

1

# HARMONIUS

*Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*

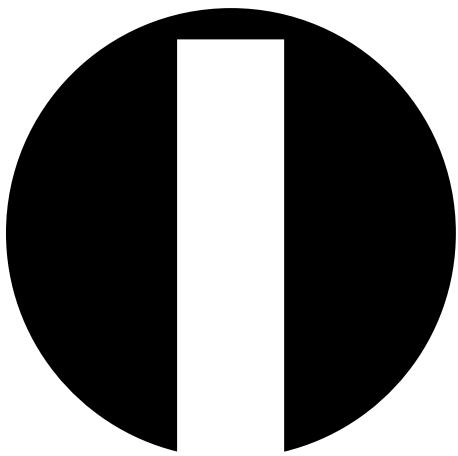


1

HARMONIUS

Journal of Legal and Social Studies in South East Europe





1

# HARMONIUS

*Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*

1 • HARMONIUS • Journal of Legal and Social Studies in South East Europe

**Glavni urednik:** Nataša Hadžimanović

**Urednici:** Milena Đorđević, Nenad Tešić

**Uređivački odbor:** Vanja Bajović, Slavko Đorđević, Hano Ernst, Balša Kašćelan, Svetislav Kostić, Zlatan Meškić, Bojan Milosavljević, Nataša Petrović Tomić, Stefan Pürner, Mirjana Radović, Vuk Radović, Marko Stanković, Vladimir Vuletić

**Međunarodni naučni savet:** Christa Jessel-Holst, Tatjana Josipović, Rainer Kulms, Eugenia Kurzynsky-Singer, Damjan Možina, Yuko Nishitani, Meliha Povlakić, Oliver Remien, Hannes Rösler

**Sekretari:** Filip Bojić, Marko Jovanović, Miloš Stanković

**Izdavač:** Harmonius, Omladinskih brigada 7đ,  
11000 Beograd, [www.harmonius.org](http://www.harmonius.org)

**Dizajn:** Peđa Hadžimanović

**Priprema i štampa:** Dosije studio, Beograd

**Tiraž:** 300 primeraka

**ISSN** 2334-6566

**Godina:** godina 2, broj jedan, 2013

## SADRŽAJ

EDITORIAL NOTE .....	9
FOREWORD BY THE IRZ.....	11

### NAUČNI ČLANCI I RASPRAVE

<i>Vanja Bajović</i> PRIZNAVANJE STRANIH VISOKOŠKOLSKIH ISPRAVA – HARMONIZACIJA SA PROPISIMA EVROPSKE UNIJE.....	15
<i>Dalibor Đukić</i> EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I AUTONOMIJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA .....	30
<i>Katarina Dolović</i> ZAKONSKI RASKID UGOVORA U EVROPSKOM UGOVORNOM PRAVU .....	45
<i>Lazar Jovevski</i> PRAVNO-ORGANIZACIONI ASPEKTI SISTEMA ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU U EVROPSKOJ UNIJI.....	59
<i>Balša Kašćelan</i> O STVARNOJ ULOZI VEŠTAKA U PARNIČNOM POSTUPKU .....	79
<i>Judith Knieper</i> THE CULTURAL BACKGROUND OF ARBITRATORS AND ITS INFLUENCE ON THE PROCEEDINGS .....	99
<i>Velibor Korać</i> NOTARIJAT U SREDNJOVJEKOVNIM KOMUNAMA JUGOISTOČNOG JADRANA – UTICAJ NA MODERNA EVROPSKA RJEŠENJA .....	109

<i>Savo Manojlović</i>	
USTAVNA ŽALBA U REPUBLICI SRBIJI – NORMATIVNI I PRAKTIČNI IZAZOVI –.....	137
<i>Milorad Marković</i>	
MEĐUNARODNO PRAVNA POMOĆ U KRIVIČNIM STVARIMA – IZAZOVI CRNE GORE NA PUTU PRIDRUŽIVANJA EVROPSKOJ UNIJI .....	157
<i>Dejan Micković</i>	
<i>Angel Ristov</i>	
HARMONIZACIJA PORODIČNOG I NASLEDNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI .....	177
<i>Bojan Milisavljević</i>	
ODGOVORNOST DRŽAVE ZA MEĐUNARODNE PROTIVPRAVNE AKTE – OPŠTI OSVRT .....	204
<i>Mladen Nikolić</i>	
CENZUS U ANTIČKOM I SAVREMENOM EVROPSKOM KONTEKSTU .....	218
<i>Vuk Radović</i>	
OSNOVNO KOLIZIONO PRAVILO U MEĐUNARODNOM STEČAJNOM PRAVU ( <i>LEX FORI CONCURSUS</i> ) SA POSEBNIM OSVRTOM NA UREDBU O STEČAJNIM POSTUPCIMA.....	233
<i>Marko Stanković</i>	
OBAVEZNO GLASANJE NA IZBORIMA – TEORIJSKA OSNOVA I PRIMENA U USTAVnim SISTEMIMA U EVROPI I SVETU.....	256
<i>Miloš Stanković</i>	
<i>José Manuel Gutiérrez Celadrán</i>	
OGLED O MOGUĆNOSTI HARMONIZACIJE EVROPSKOG NASLEDNOG PRAVA KROZ ANALIZU NAJZNAČAJNIJIH SLIČNOSTI I RAZLIKA SRPSKOG I ŠPANSKOG NASLEDNOG PRAVA .....	264

<i>Igor Vujović</i>	
PREVARA U SVIJETLU DONOŠENJA SRPSKOG	
GRAĐANSKOG ZAKONIKA.....	310
<i>Ilija Vukčević</i>	
THE PROPOSAL FOR THE INTRODUCTION OF VAT	
ANTI-ABUSE MEASURES IN THE MONTENEGRIN TAX	
SYSTEM: CAN WE LEARN SOMETHING FROM THE CJEU	
CASE PRACTICE?.....	319
<i>Vladimir Vuletić</i>	
<i>Marko Kićanović</i>	
JUSTIJANOVA KODIFIKACIJA – LIČNA KARTA PRAVNOG	
IDENTITETA EVROPE .....	337
 <b>MEĐUNARODNA SARADNJA</b>	
<i>Stefan Piürner</i>	
THE IRZ AND ITS CONTRIBUTION TO LEGAL	
HARMONISATION IN PRESENT AND FUTURE	
EU MEMBER STATES.....	359
 UPUTSTVO ZA AUTORE .....	373
INSTRUCTIONS FOR THE AUTHORS .....	377



## EDITORIAL NOTE

The Harmonius Editorial Board is proud to present the second issue of the *Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, first in 2013. This journal aims at fostering and promoting harmonization of law in the SEE region with EU law and with general principles of international law, whilst providing a forum for the exchange of ideas and scholarly work of young scholars from the region and beyond.

In accordance with the mission of the journal, as well as with the main objectives of the Harmonius association, the second issue of the journal features eighteen articles on important topics submitted by young scholars from Croatia, Germany, Macedonia, Montenegro and Serbia, whereas the section on international cooperation includes an important article by the IRZ on its contribution to the legal harmonization in the region and beyond.

The members of the Editorial Board are particularly grateful to the IRZ – Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V., for the continuous support to the publication of this journal. We are also indebted to the distinguished scholars who, despite of their busy schedules, accepted to be the reviewers of the articles submitted for this issue. Finally, the Editorial Board wishes to thank all the contributors without whom the publication of this issue would not have been possible.

We strongly believe that the contributions contained in this issue will be of ample interest to the wide-ranging public in South East Europe. We also hope that this issue will enhance the interest for publishing in this journal in the future, and that it will continue to attract authors from numerous jurisdictions, thus leading to the full accomplishment of our mission.

Editors – in – Chief



## FOREWORD BY THE IRZ

The German Foundation for International Legal Cooperation IRZ is once again supporting this edition of the journal *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South-East Europe*, as well as the winter school of the HARMONIUS Network 2013 in Zlatibor with the aim to enable young lawyers from the region, who are particularly interested in the harmonisation of the law of their home countries with European law and in regional cooperation, the opportunity to publish articles and to gain experience as speakers at scientific events. In doing so, IRZ firmly believes, they will, at the same time, improve their personal qualifications and make a significant contribution to extending the knowledge on European law in the region, as well as to the expert exchange between lawyers from their home countries and other European countries.

The IRZ would also like to thank the HARMONIUS Network as a whole and especially its liaison, the Vice President of HARMONIUS and Senior Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg, Dr. Nataša Hadžimanović, and Mr. Filip Bojić, from the University of Belgrade Faculty of Law, for the excellent cooperation in every respect. Furthermore, the IRZ would especially like to thank the German Federal Ministry of Justice for the general support of the work of the IRZ and the German Foreign Ministry, which sponsors the activities of the IRZ in South-East Europe with funds from the Stability Pact for South-East Europe. Without this funding a cooperation like this would not be possible. The ongoing support of initiatives such as HARMONIUS from the federal government budget (and thus from the German taxpayers' contributions) shows that Germany is strongly involved in the region of South-East Europe, with which it has traditionally maintained manifold relations. The signatory furthermore wishes to express his sincere thanks to Assessor Dragana Radisavljević who has organised the cooperation with HARMONIUS in her function as IRZ Project Manager in the project area "South-East Europe Central" in a very competent and dedicated way.

For those who are interested in finding out more about the activities of the IRZ, please read the article “The IRZ and its Contribution to Legal Harmonisation in Present and Future EU Member States – Part 2” in this journal. Further information about the IRZ, also in German, Russian and Arabic, is available at [www.irz-stiftung.de](http://www.irz-stiftung.de). This website also posts regular announcements of current events and other activities of the IRZ in South-East Europe as well as other states.

The IRZ hopes that the HARMONIUS network of young legal scholars in South-East Europe will continue its work in 2014 at the present level.

Dr. Stefan Pürner, attorney at law  
Head of Section for South East Europe Central  
(Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia)  
at the IRZ

NAUČNI ČLANCI  
I RASPRAVE



Mr Vanja Bajović\*

## PRIZNAVANJE STRANIH VISOKOŠKOLSKIH ISPRAVA – HARMONIZACIJA SA PROPISIMA EVROPSKE UNIJE

*Predmet analize je praksa priznavanja stranih visokoškolskih isprava u Republici Srbiji, kao i usklađenost domaćih propisa sa međunarodnim dokumentima u ovoj oblasti pre svega Lisabonskom deklaracijom i Direktivom EU o priznavanju stručnih kvalifikacija. Razlika se pravi između akademskog priznavanja isprava namenjenog daljem školovanju i tzv. stručnog priznavanja namenjenog zapošljavanju u državi u kojoj se traži priznavanje. U vezi sa tim daju se određene preporuke kako u cilju usklađivanja sa međunarodnom regulativom, tako i u cilju podsticanja akademske mobilnosti koja je jedan od ciljeva evropskih integracija.*

Ključne reči: *Priznavanje stranih visokoškolskih isprava. – Akademsko priznavanje. – Stručno priznavanje. – Lisabonska deklaracija. – Direktiva 2005/36/EZ.*

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Ako ste završili studije u inostranstvu i poželeti da se u Srbiji zaposlite ili nastavite školovanje, na prvi pogled će se sve učiniti vrlo jednostavnim budući da je Srbija već uveliko zakoračila u Bolonjski proces, ratifikovala je Lisabonsku konvenciju o priznavanju stranih visokoškolskih isprava, a formalno je i članica ENQA mreže.<sup>1</sup> Prvi logičan korak bio bi poseta sajtu ENIC/NARIC mreže,<sup>2</sup> koji sadrži

---

\* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, bajovic@ius.bg.ac.rs.

- 1 Evropska mreža za procenu kvaliteta (ENQA mreža) osnovana je da ciljem uspostavljanja jedinstvenog sistema procene kvaliteta nastave. Srbija je članica od 5.4.2013. godine.
- 2 NARIC je mreža nacionalnih informacionih centara za akademsko priznavanje (*National Academic Recognition Information Centers*), osnovana 1984. od strane Evropske Komisije. Na osnovu iskustava ove mreže Savet Evrope i Or-

relevantne informacije o priznavanju diploma u svim državama članicama. Međutim, ako „kliknete“ na link koji treba da Vam pruži informacije o priznavanju diplome u cilju zapošljavanja tj. priznavanja stečenih kvalifikacija, završiće na sajtu Komisije za akreditaciju i proveru kvaliteta<sup>3</sup> u čijoj nadležnosti je akreditacija i kontrola kvaliteta viskoobrazovnih ustanova i vrednovanje studijskih programa, ali ne i ono zbog čega ste „preusmereni“ na ovaj sajt tj. priznavanje diplome. Ista bi Vas sudbina zadesila i kada bi eventualno odlučili da probate sa nastavkom studija– naći ćete se na sajtu Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja i pod pretpostavkom da poznajete srpski jezik (budući da sajt nema englesku verziju) videćete da nema nijedne jedine rečenice niti linka koji će Vam dati tražene informacije. Već ovo je dovoljno da se uvidi da jedno od osnovnih načela Lisabonske konvencije formalno implementirane u naš pravni sistem, načelo transparentnosti nije ispoštovano. Dalje teškoće nastaju kada se „uđe u postupak“ pa ubrzo ta na prvi pogled jednostavna procedura postaje dugotrajna i „mukotrpsna misija“.

Jasno je da uprkos ratifikaciji Lisabonske deklaracije i težnjama ka harmonizaciji domaćeg zakonodavstva sa evropskim propisima u čitavoj priči nešto „ne funkcioniše“ i da čitav sistem priznavanja stranih visokoškolskih isprava zahteva temeljno preispitivanje. U vezi sa tim neophodno je napraviti razliku između tzv. akademskog priznavanja namenjenog daljem školovanju i stručnog priznavanja čiji je cilj zapošljavanje u državi u kojoj se traži priznavanje.

## 2. MEĐUNARODNA REGULATIVA

Najznačajniji međunarodni dokumet u oblasti priznavanja stranih visokoškolskih isprava je *Lisabonska deklaracija*<sup>4</sup> koja Srbiju obave-

ganizacije UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO) su ustanovili 1994. godine Evropsku mrežu nacionalnih informacionih centara za akademsku mobilnost i priznavanje diploma (*European Network of National Information Centres on academic mobility and recognition – ENIC*). <http://www.enicnaric.net/index.aspx?c=Serbia#Policies%20and%20Procedures%20for%20the%20Recognition%20of%20Foreign%20Qualifications0>, 28. oktobar 2013.

3 Dostupno na: <http://www.kapk.org/index.php>

4 Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region, CETS No. 165, 11. april 1997, doneta je pod okriljem Saveta Evrope i UNESCO-a a stupila na snagu 1.2. 1999. Vidi i kriterijume za tumačenje Lisabonske deklaracije: *Recommendation on Criteria and*

zuje od maja 2004. godine<sup>5</sup> i čiji je cilj liberalizacija postupka priznavanja u cilju akademske mobilnosti. Lisabonska deklaracija zasnovana je na načelima transparentnosti, koherentnosti i pouzdanosti postupka i kriterijuma priznavanja (čl. III–2), zabrane diskriminacije (čl. III–1), saradnje univerziteta tj. razmene informacija u cilju obezbeđivanja podataka potrebnih za postupak priznavanja (čl. III 3 i 4) i efikasnosti postupka (čl. III. 5). Deklaracija nalaže državama potpisnicama da obezbede adekvatne i jasne informacije o svom obrazovnom sistemu i da uspostave posebne nacionalne informacione centre sa zadatkom da olakšaju pristup informacijama o sistemu visokog obrazovanja i da pruže mišljenje i informacije u vezi sa problemima priznavanja i ocenjivanja kvalifikacija u skladu sa nacionalni zakonima i propisima (IX–2). Lisabonska deklaracija razlikuje i posebno uređuje priznavanje u cilju pristupa visokom obrazovanju (glava IV), priznavanje određenih perioda studija (glava V) i priznavanje visokoškolskih kvalifikacija (glava VI), a posebno je regulisano i priznavanje kvalifikacija izbeglica, raseljenih lica i lica sa statusom izbeglice (glava VII).

Pristup visokom obrazovanju podrazumeva upis na osnovne studije odnosno visokoškolsku ustanovu u državi u kojoj se traži priznavanje. U tom smislu je predviđeno da države potpisnice pristup visokom školstvu mogu usloviti polaganjem dodatnih ispita (IV–5), kandidatovim poznavanjem jezika nastave u toj instituciji (IV–7) a ako je prijem u instituciju visokog obrazovanja ograničen ili selektivna ocena kvalifikacija stečenih u inostranstvu mora biti nediskriminarorna (čl. IV–6). Priznavanje određenih perioda studija podrazumeva nastavak studija započetih studija u drugoj državi potpisnici. Državama se nalaže da priznaju periode studija u drugoj državi, osim ako se ne utvrdi da postoje suštinske razlike između obrazovnih programa (V–1). Priznavanje visokoškolskih kvalifikacija podrazumeva priznavanje kvalifikacije koju je podnositelj zahteva stekao u drugoj državi u cilju: a) pristupa daljim studijama visokog obrazovanja (Master, Magistarskim ili Doktorskim studijama studijama) b) korišćenja akademske titule u skladu sa zako-

---

*Procedures for the Assessment of Foreign Qualifications adopted by the Lisbon Recognition Convention Committee at its second meeting, Riga, 6 June 2001, dostupno na: [http://www.coe.int/t/dg4/highereducation/recognition/criteria%20and%20procedures\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dg4/highereducation/recognition/criteria%20and%20procedures_EN.asp), 29.10.2013.*

5 Lisabonska konvencija uređuje priznavanje diploma između Srbije i svih evropskih zemalja, osim Grčke i Monaka, kao i između Srbije i Australije, Izraela, Kazahstana, Kirgistana, Novog Zelanda i Tadžikistana

nima i propisima države u kojoj se traži priznavanje c) lakšeg pristupa tržištu rada u državi u kojoj se traži priznavanje, a koje je regulisano zakonima i propisima te države. Ocena kvalifikacije može biti u vidu uopštenog mišljenja za potrebe zaposlenja; mišljenja upućenog obrazovnoj instituciji u cilju prijema u njene programe; ili mišljenja upućenog bilo kojoj drugoj ustanovi nadležnoj za priznavanje (VI-4). Državama potpisnicama se nalaže da ustanove transparentne sisteme za opis stečenih kvalifikacija u cilju lakšeg priznavanja istih (IX-1).

Jedini osnov po kome se može odbiti priznavanje kvalifikacija je postojanje *suštinskih razlika* između kvalifikacije čije se priznavanje traži i odgovarajuće kvalifikacije u zemlji potpisnici u kojoj se ono traži (VI-1). U svakom slučaju, nadležni organi su dužni da navedu razloge za odbijanje zahteva i dati informacije u vezi sa merama koje kandidat može preduzeti. Ako je priznavanje uskraćeno ili nije doneta nikakva odluka, kandidat može podneti žalbu u odgovarajućem vremenskom roku (čl. III-5). Pojam *suštinskih razlika* detaljnije je objašnjen u Pratećem izveštaju uz Konvenciju po kome se akcenat stavlja na *ishode učenja*, a ne na formalna obeležja završenog studijskog programa poput naziva predmeta, godine studija na kojoj se predmeti izučavaju, razlike u broju ESPB između pojedinih predmeta ili manje razlike u dužini trajanja studija. Kao primer takvih razlika se navode razlike u dužini studija koje su od uticaja na sadržinu nastavnog programa, postojanje određenih kurseva ili predmeta čije je polaganje neophodno za sticanje kvalifikacije u određenoj državi, razlike u ciljevima određenih progama – da li su namenjeni nastavku školovanja ili profesionalnom usavršavanju i t. sl. Teret dokazivanja postojanja određenih manjkavosti je na instituciji koja sprovodi postupak priznavanja (čl. IV-1).

Često pozivanje na Lisabonsku deklaraciju u domaćoj javnosti u cilju zalaganja za liberalizaciju ovog procesa gubi iz vida da je primaran cilj ove deklaracije podsticanje tzv. akademske mobilnosti tj. priznavanje diploma u cilju nastavka studija, dok za zapošljavanje važe daleko rigoroznija pravila.<sup>6</sup> Prema izričitim odredbama deklaracije, priznavan-

---

6 Ono što navodi na pogrešan zaključak je glava VI deklaracije koja nosi naziv *Priznavanje visokoškolskih kvalifikacija*. Međutim članom VI-3 je predviđeno da priznavanje kvalifikacije ima za cilj: a) pristup daljim studijama visokog obrazovanja uključujući relevantne ispite i/ili pripreme za doktorat pod istim uslovima koji važe za nosioce kvalifikacija u zemlji potpisnici u kojoj se traži priznavanje; b) korišćenje akademske titule u skladu sa zakonima i propisima zemlje potpisnice ili nadležnost nad tim korišćenjem u zemlji potpisnici u ko-

nje visokoškolskih kvalifikacija će samo „olakšati pristup tržištu rada koje podleže zakonima i propisima zemlje potpisnice ili je u nadležnosti zemlje potpisnice u kojoj se traži priznavanje.“ (VI-3). Kada se radi o stručnom priznavanju tj. priznavanju diploma u cilju zapošljavanja, dokument koji treba imati u vidu je *Direktiva 2005/36/EZ Evropskog parlamenta i Saveta o priznavanju stručnih kvalifikacija* od 7 septembra 2005 godine (u daljem tekstu Direktiva).<sup>7</sup>

Uprkos proklamatornim težnjama da se uspostavi ujednačeniji, transparentniji i fleksibilniji režim priznavanja kvalifikacija i garancijama ka „jednakom pristupu“ profesiji u drugoj državi, Direktiva ostavlja slobodu državama članicama da zadrže pravo utvrđivanja minimalnog stepena ospozobljenosti, kako bi osigurale kvalitet usluga na svojoj teritoriji.<sup>8</sup> Čini se da su maltene sve države članice EU „iskoristile“ ovu mogućnost.<sup>9</sup> Tako se primera radi za obavljanje profesije advokata u većini država članica EU zahteva polaganje posebnih ispita (tzv. *aptitude test*) u okviru Advokatske komore ili određen period prilagođavanja (tzv. *adaptation period*) koji podrazumeva pohađanje određenih obu-

joj se traži priznavanje. Dakle uprkos naslovu glave, priznavanje kvalifikacije kao primaran cilj ima nastavak studija odnosno korišćenje akademске titule u drugoj državi potpisnici, dok je zapošljavanje samo sporadično pomenuto u daljem tekstu člana VI-3 koji doslovno predviđa da će „pored toga, priznavanje olakšati pristup tržištu rada koje podleže zakonima i propisima zemlje potpisnice ili je u nadležnosti zemlje potpisnice u kojoj se traži priznavanje.“

- 7 Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:255:0022:0142:en:PDF>, 26.10.2013.
- 8 Direktiva naime razlikuje i posebno reguliše tzv. „regulisane profesije“ pod koje ubraja profesije lekara, medicinske sestre, stomatologa, veterinara i arhitekta, dok ostale profesije potпадaju pod tzv. „opšti režim“. Međutim i kod profesija koje podležu tom opštem režimu Direktiva ostavlja pravo državama članicama da utvrde minimalni stepen ospozobljenosti kako bi osigurale kvalitet usluga na svojoj teritoriji. Takođe je izričito predviđeno da opšti režim priznavanja kvalifikacija ne sprečava državu članicu da zbog primene pravila struke koja je opravdana opštim javnim interesom, obavljanje određene profesije na svojoj teritoriji uslovi ispunjavanjem posebnih uslova (čl. 11 Preamble).
- 9 Primera radi, lista regulisanih profesija u Hrvatskoj obuhvata preko 200 zanimanja gde između ostalog spadaju i „djelatnik službe za zaštitu od požara“, autoelektričar, autolimar, dimnjičar, elektroinstalater, vozač teretnog motornog vozila, mornar, itd. Vidi: Popis reguliranih profesija u Republici Hrvatskoj, dostupno na: [http://www.husi.hr/download/Popis\\_reguliranih\\_profesija\\_RH.pdf](http://www.husi.hr/download/Popis_reguliranih_profesija_RH.pdf), 22.10.2013.

ka i „probni rad“ u državi u kojoj se traži priznavanje diplome.<sup>10</sup> Iako predviđa da kod „provere sposobnosti“ treba uzeti činjenicu da je podnosič zahteva u matičnoj državi kvalifikovani stručnjak, Direktiva takođe predviđa da ova provera obuhvata odabrane predmete sa liste čije je znanje preko potrebno za obavljanje profesije u državi članici domaćinu, a može uključiti i poznavanje pravila struke koja se primenjuju na odgovarajuće delatnosti. Dalje je propisano da pojedinosti u vezi sa primenom provere sposobnosti i statusom podnosioca zahteva u državi članici domaćinu za vreme pripreme za proveru sposobnosti određuju nadležne vlasti te države. Direktiva između ostalog nalaže uspostavljanje mreže kontaktnih mesta sa zadatkom pružanja informacija i pomoći u cilju priznavanja kvalifikacija.

### 3. DOMAĆA REGULATIVA

Za razliku od većine država članica EU koje su donele posebne zakone iz oblasti priznavanja stranih visokoškolskih isprava, u Srbiji je ova materija regulisana sa svega dva člana Zakona o visokom obrazovanju (u daljem tekstu ZVO).<sup>11</sup> ZVO izričit primat u postupku priznavanja daje međunarodnim ugovorima dok se unutrašnje odredbe primenjuju tek subsidijarno, ako međunarodnim ugovorom nije regulisano drugačije (čl. 104 st. 2). Pored pomenute Lisabonske deklaracije koja našu državu obavezuje od maja 2004. godine,<sup>12</sup> Srbija je potpisnica i Konvencije o priznavanju studija, diploma i zvanja u oblasti visokog obrazovanja u državama koje pripadaju evropskom regionu;<sup>13</sup> Konvencija o priznavanju visokoškolskih studija, diploma i stepena u mediteranskim arapskim i evropskim državama;<sup>14</sup> Regionalna konven-

- 
- 10 Dostupno na: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/qualifications/regprof/index.cfm?action=decisions](http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/regprof/index.cfm?action=decisions), 29.10.2013.
  - 11 Zakon o visokom obrazovanju, Službeni glasnik RS, br. 76/2005, 97/2008, 44/2010, 93/2012 i 89/2013.
  - 12 Lisabonska konvencija uređuje priznavanje diploma između Srbije i svih evropskih zemalja, osim Grčke i Monaka, kao i između Srbije i Australije, Izraela, Kazahstana, Kirgistana, Novog Zelanda i Tadžikistana.
  - 13 Ova konvencija se primenjuje samo u odnosu na one države ugovornice koje istovremeno nisu i članice Lisabonske konvencije. To su Kanada i Turkmenistan.
  - 14 Konvencija reguliše sistem priznanja diploma stečenih u Alžiru, Egiptu i Maroku.

cija o priznavanju visokoškolskih studija, diploma i stepena u Latinskoj Americi i Karibima.<sup>15</sup> Međutim u većini slučajeva odredbe navedenih instrumenata nisu primenjive direktno već zahtevaju određenu „doradu“ putem unutrašnjih propisa.

Prednost nad zakonskim odredbama imaju i bilateralni ugovori koje je Srbija zaključila sa određenim državama, no čini se da je veliki problem u praksi nepoznavanje i tumačenje relevantnih konvencija i ugovora. Primera radi, Srbija je 2005 godine sa Republikom Srpskom zaključila *Sporazum o uzajamnom priznanju dokumenata u obrazovanju i regulisanju statusnih pitanja učenika i studenata* koji eliminiše neophodnost sprovodenja postupka priznavanja visokoškolske isprave stečene u drugoj državi potpisnici. Ovaj sporazum zaveden je u Ministarstvu prosvete, nauke i tehnološkog razvoja,<sup>16</sup> ali nikada nije objavljen u „Službenom glasniku Republike Srbije“ budući da Republika Srpska nije međunarodni subjekt i nema Ministarstvo spoljnih poslova čija je nadležnost razmena nota i pokretanje postupka ratifikacije, pa je zbog toga Sporazumom predviđeno da isti stupa na snagu danom potpisivanja (tačka 10 Sporazuma). Ocenjujući zakonitost i pravilnost rada Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja koje godina primenjuje ovaj sporazum, Zaštitnik građana nedavno je našao da je ovakvo postupanje nezakonito budući da sporazum nije objavljen u Službenom glasniku te samim tim nema ni obavezujuću pravnu snagu za Republiku Srbiju.<sup>17</sup> Ovakva praksa govori o „neozbilnosti“ države u kojoj pojedni organi postupaju na osnovu zaključenog Sporazuma, drugi isti ne primenjuju budući da nije zakonito implementiran u pravni sistem Srbije, a „najdeblji kraj“ u svemu tome izvlače pojedinci koji pokušavaju da ostvare svoja prava.

Tako je Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu nedavno je stigao zahtev za priznavanje diplome osnovnih studija stečene na Pravnom fakultetu u srpskom Sarajevu, u cilju zapošljavanja. Podnositelj zahteva je svojevremeno, a na osnovu navedenog Sporazuma, zasnovao radni

---

15 Konvencija reguliše pitanja priznanja u odnosu na diplome stečene u Boliviji, Brazilu, Čileu, El Salvadoru, Ekvadoru, Kolumbiji, Meksiku, Nikaragvi, Peruu, Surinamu, Venecueli i na Kubi, kao i u Crnoj Gori, Holandiji, Makedoniji, Sloveniji i Svetoj Stolici.

16 Sporazum je u Ministarstvu zaveden pod brojem 680-01-70/05-01 od 25.4.2005. godine.

17 Zaštitnik građana Republike Srbije, del. Br. 21151 od 25.7.2013.

odnos u Opštinskom Sudu u Novom Sadu, položio pravosudni ispit, upisao se u Advokatsku komoru Srbije, već godinama obavlja advokatsku praksu, a nedavno je položio i javnobeležnički ispit. Međutim, u postupku prijavljivanja na konkurs za izbor javnih beležnika, Ministarstvo pravde i državne uprave zahtevalo je dokaz o nostrifikaciji diplome, shodno članu 25 stav 1 Zakona o javnom beležništvu shodno kome je neophodno da podnositelj zahteva „ima diplomu pravnog fakulteta u Republici Srbiji ili da je nostrifikovao diplomu pravnog fakulteta stečenu izvan Republike Srbije.“<sup>18</sup> Shodno tome, podnositelj zahteva je na osnovu isprave stečene u Republici Srpskoj već godinama pred određenim organima ostavrilao svoja prava na osnovu pomenu-tog Sporazuma (zapošljavanje, polaganje pravosudnog i javnobelež-ničkog ispita, upis u Advokatsku komoru), dok drugi organi navedeni Sporazum ne priznaju, zahtevajući „nostrifikaciju isprave?! Najveći „paradoks“ je što se u oba slučaja može naći zakonsko utemeljenje za takvo postupanje!

Zakon o Visokom obrazovanju preuzeo je osnovne smernice Lisabonske deklaracije, zamenjujući dotada korišćen termin nostrifikacije, terminom priznavanje stranih visokoškolskih isprava.<sup>19</sup> Propisano je da se priznavanje strane diplome vrši na lični zahtev njenog imao-ca (čl. 104 st. 9), a u skladu sa zakonom, međunarodnim ugovorom i posebnim pravilnicima, koji donose stručni organi samostalnih visokoškolskih ustanova (čl. 104 st. 2 i 5). Postupak vrednovanja sprovodi stručni organ samostalne visokoškolske ustanove, uzimajući u obzir podatke o stranoj visokoškolskoj ustanovi na kojoj se studijski pro-gram izvodi, a koje pribavlja od Ministarstva (čl. 105 st. 3). Jednom iz-vršeno pozitivno vrednovanje određenog stranog studijskog programa važi za sve naredne slučajeve kada se radi o istom studijskom progra-mu (čl. 105 st. 2) Takođe je predviđeno da se u postupku priznavanja uzima u obzir a) sistem obrazovanja u zemlji u kojoj je stečena strana

---

18 Uočljivo je da Zakon o javnom beležništvu i dalje govori o „nostrifikaciji“, su-protro odredbama Lisabonske konvencije i Zakona o visokom obrazovanju koji insistiraju na „priznavanju“ stranih visokoškolskih isprava a ne na postup-ku nostrifikacije u smislu detaljnog upoređivanja premeta i studijskih progra-ma.

19 Dok nostrifikacija podrazumeva detaljno upoređivanje studijskih programa stečene i tražene kvalifikacije, u postupku priznavanja akcenat je isključivo na ishodima učenja, te je u tom smislu neophodno proveriti da li je fakultet na kome je lice završilo studije akreditovan u matičnoj državi i da li postoji zna-čajna razlika u sistemima studiranja između dve države.

visokoškolska isprava, b) studijski program, c) uslovi upisa na studijski program, d) prava koja daje ta visokoškolska isprava u zemlji u kojoj je stečena i e) druge činjenice od značaja za priznavanje strane visokoškolske isprave (čl. 104 st. 8).

Međutim, ZVO ne uređuje detaljnije sam postupak priznavanja, već propisuje da je priznavanje stranih visokoškolskih isprava u nadležnosti visokoškolske ustanove i obavlja se na način i po postupku propisanim opštim aktom te ustanove (čl. 104 st. 5). Shodno tome, Univerziteti u Srbiji sadrže sopstvene pravilnike o priznavanju stranih visokoškolskih isprava kojima se detaljnije uređuje sam postupak priznavanja. Sa izuzetkom Univerziteta u Beogradu koji je akademsko i stručno priznavanje diploma regulisao posebnim pravilnicima, ostali Univerziteti na jedinstven način, jedinstvenim Pravilnicima regulišu priznavanje diploma u cilju zapošljavanja i u cilju nastavka školovanja.<sup>20</sup>

Kada se radi o akademском признавању диплома такво решење је оправдано, будући да надлеžна тела Универзитета на коме кандидат жели да настави школовање проценjuје да ли су испunjени услови укључивања у студијске програме које организује. Међутим, када се ради о признавању у циљу запошљавања (тзв. струčно признавање) овакво решење предмет је основане критике будући да отвара врата за неуједначеној практици и методама прознанја у зависности од тога којој институцији је поднет захтев. Основни проблеми у имплементацији Лисабонске Декларације очигледају се у недовољнојасним критеријумима за оценјивање захтева, дужини и трошковима поступка. Далеко проблематичније је признавање диплома у циљу запошљавања које је у Србији регулисани на неадекватан начин.

Po Lisabonskoj deklaraciji postojanje *suštinskih razlika* jedini je osnov po kome se može odbiti zahtev za priznanje strane visokoškolske isprave. Uprkos nastojanjima da se ovaj pojам bliže definiše u Pratećem izveštaju uz Konvenciju, nesumnjivo je da on nadležnim organima ostavlja prostora za slobodno i diskreciono tumačenje. ZVO predviđa da se u postupku priznavanja strane visokoškolske isprave uzima u obzir sistem obrazovanja u zemlji u kojoj je stečena isprava, studijski program, uslovi upisa na studijski program, prava koja daje

---

20 Pravilnikom Univerziteta u Novom sadu je doduše razdvojeno priznavanje visokoškolskih isprava u cilju nastavka školovanja i zapošljavanja, ali je ova materija regulisana jedinstvenim pravilnikom.

ta visokoškolska isprava u zemlji u kojoj je stečena i druge činjenice od značaja za priznavanje strane visokoškolske isprave (čl. 104 st. 8). Isti kriterijumi navedeni su Pravilnicima Univerziteta u Kragujevcu i Novom Sadu, dok Univerzitet u Beogradu ove kriterijume pominje kod priznavanja diploma u cilju zapošljavanja ali ne i kod akademskog priznavanja. Po pravilniku UUB zahtev je moguće odbiti ako je isprava izdata od ne-akreditovane visokoškolske ustanove, ako studijski program po kome je stečena isprava nije akreditovan u matičnoj državi ili ako postoje *suštinske razlike* u ishodima učenja i kompetencijama, opterećenju studijskog programa, pristupu daljim aktivnostima – nastavku studija ili ključnim elementima programa (čl. 12 i čl. 15 Pravilnika). Po Pravilniku UNS zahtev je moguće odbiti ako je za „uskladihanje“ sa domaćim programom potrebno polaganje više od 3 stručna ispita, dok Pravilnik Univerziteta u Kragujevcu koji na jedinstveni način reguliše i akademsko i stručno priznavanje samo „prepisuje“ kriterijume sadržane u ZVO relevantne za ocenu zahteva. Kako je priznavanje isprava u cilju nastavka obrazovanja osnovano dato u nadležnost Univerzitetima, mora im se i izvesna doza diskrecije kod odlučivanja o usvajanju zahteva. Međutim prilikom ove procene ne smeju se gubiti iz vida zahtevi propisani Lisabonskom Deklaracijom koji nadležnim organima nalažu što fleksibilnije tumačenje zakonskih odredbi u cilju nastojanja da se podnosiocu zahteva omogući pozitivan ishod.<sup>21</sup> U cilju usklađivanja domaćih Pravilnika sa deklaracijom potrebno je jasnije definisati kriterijum suštinskih razlika i teret dokazivanja njihovog postojanja prebaciti na ustanovu koja odlučuje o zahtevu. U tom smislu bi celishodno bilo propisati da je nadležna ustanova dužna da obrazloži u čemu se kvalifikacije suštinski razlikuju, koji ishodi učenja nedostaju i t. sl.

Prema kriterijumima za tumačenje Lisabonske Deklaracije o zahtevu treba odlučiti u najkraćem mogućem roku koji ne bi trebalo da traje duže od četiri meseca. Donošenjem posebnog pravilnika koji se odnosi na priznavanje diploma u cilju nastavka školovanja, Univerzitet u Beogradu je nastojao da „ubrza“ proceduru propisivanjem rokova za preduzimanje određenih radnji. Nakon što kandidat podnese zahtev Univerzitetu, isti se prosleđuje fakultetu na kome kandidat želi da na-

---

21     *Recommendation on Criteria and Procedures for the Assessment of Foreign Qualifications adopted by the Lisbon Recognition Convention Committee at its second meeting, Riga, 6 June 2001*, dostupno na: [http://www.coe.int/t/dg4/higher-education/recognition/criteria%20and%20procedures\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dg4/higher-education/recognition/criteria%20and%20procedures_EN.asp), 30.10.2013.

stavi školovanje, a „fakultet“ je dužan da donese odluku i Univerzitetu podnese izveštaj o mogućnosti priznavanja strane visokoškolske isprave (čl. 13 Pravilnika UUB). Na ovu odluku kandidat može u roku od 8 dana uložiti žalbu Senatu Univerziteta koji je razmatra na prvoj nadnevoj sednici. Na osnovu konačne odluke rektor donosi rešenje o priznavanju koje je konačno u upravnom postupku. Shodno tome, u „idealnoj situaciji“ čitav postupak bi mogao biti okončan za manje od mesec dana ali se u praksi navedeni rokovi tumače dosta fleksibilno, pa postupak može trajati i više godina, posebno ako je priznavanje uslovljeno polaganjem diferencijalnih ispita.

Dodatni problem su i troškovi čitave procedure. Lisabonska Deklaracija nalaže državama potpisnicama da „razmotre mogućnost“ besplatne ocene stranih kvalifikacija, a kada to nije moguće poželjni je da troškovi budu „razumni“ kako cena ne bi odvraćala potencijalne podnosioce zahteva. Troškovi čitave procedure u Srbiji su daleko od „razumnih“. Tako primera radi po Pravilniku UUB priznavanje diplome u cilju zapošljavanja domaće državljanje košta dinara, master, magistarskih i specijalističkih studija 36000 dinara, za priznavanje diplome doktorskih studija treba izdvojiti 54.000 dinara, dok su za strane državljanje ovi iznosi duplo viši<sup>22</sup>. Priznavanje isprave u cilju nastavka školovanja je nešto jeftinije i staje 10.000 RSD.

U pogledu stručnog priznavanja kvalifikacija najveći problem je u tome što u Srbiji ne postoji telo koje bi se na nacionalnom nivou bavilo ovom problematikom, već je to takođe stavljeno u nadležnost Univerziteta odnosno visokoškolskih ustanova u njihovom sastavu. Budući da se u pogledu priznavanja visokoškolskih isprava ne vode jedinstvene evidencije,<sup>23</sup> lako se može desiti da ista diploma ne bude priznata od strane Univerziteta u Nišu ali da bude priznata od strane Univerziteta u Kragujevcu, što podnosiocu zahteva omogućava pristup jedinstvenom tržištu rada. Pored toga, Srbija nije usvojila ni Nacionalni okvir kvalifikacija koji bi omogućio priznavanje kvalifikacija stečenih u drugoj državi i njihovo poređenje sa domaćim kvalifikacijama.

- 
- 22 U Hrvatskoj primera radi čitav postupak košta 65 Eura bilo da se radi o domaćim ili stranim državljanima i nezavisno od diplome čije se priznavanje traži.
- 23 Raniji Zakon o visokom obrazovanju je od visokoškolskih ustanova zahteva da akt o nostrifikaciji dostave nadležnom ministarstvu, koje je propisivalo način vođenja evidencije

Po Pravilniku Univerziteta u Beogradu u postupku priznavanja strane visokoškolske isprave uzima se u obzir sistem obrazovanja u državi u kojoj je stečena isprava, trajanje studija, nastavni plan i program, renome visokoškolske ustanove koja je izdala ispravu, prava koja daje stečena isprava i druge okolnosti od značaja za priznavanje (čl. 4).<sup>24</sup> Za priznavanje je nadležan odgovarajući fakultet u okviru Univerziteta koji donosi predlog odluke o priznavanju i upućuje ga Komisiji Univerziteta na odlučivanje. Zahtev može biti usvojen (bezuslovno ili uz polaganje određenih ispita), odbijen ili se fakultet može oglasiti nenađežnim za odlučivanje o istom u kom slučaju se predmet dostavlja Univerzitetu kako bi ga prosledio drugom fakultetu u svom sastavu. Podnositelj zahteva ima pravi žalbe na odluku o kojoj odlučuje Senat Univerziteta koji može potvrditi ili preinačiti odluku Komisije. Ako je konačna odluka pozitivna, Rektor donosi rešenje o priznavanju strane visokoškolske isprave koja podnosioca zahteva omogućava pristup tržištu rada.

Prema statistici Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, najveći broj zahteva za priznavanje diploma u cilju zapošljavanja podnose lica koja su osnovne studije završila na nekom od fakulteta sa područja bivše SFRJ, najčešće u Crnoj Gori ili BiH. ZOV predviđa da se postupak priznavanja ne sprovodi kada je javna isprava stečena na teritoriji SFRJ do 27. aprila 1992. godine (član 104 stav 6). Na Univerzitetu u Beogradu važila je praksa bezuslovnog priznavanja diploma stečenih u bilo kojoj od država sa teritorije bivše SFRJ (bez obzira na datum kada je isprava stečena), zasnovana navodno na usmenom sporazumu, ali bez ikakvog izričitog zakonskog utemeljenja. Tako se dešavalo da je podnositelj zahteva nakon bezuspšnog „pokušaja“ studija na Pravnom fakultetu u Beogradu i par položenih ispita prelazio na neki od fakulteta u regionu i kasnije zahtevao da mu se takva diploma prizna u cilju zapošljavanja u Srbiji. Uprkos sve jačim glasovima za liberalizaciju postupka priznavanja i pozivanja na Lisabonsku deklaraciju, zanemaruje se činjenica da je ovaj dokument namenjen prevashodno akademskom priznavanju isprava, dok sve Evropske države i dalje nastoje da „zaštite“ svoje tržište rada propisivanjem rigoroznijih kriterijuma kada se radi o stručnom priznavanju. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu prekinuo je sa praksom bezuslovnog priznavanja isprava stečenih na

---

24 Reč je naime o kriterijuma preuzetim iz ZVO uz dodatni kriterijum koji zah-teva procenu renomea ustanove koja je izdala ispravu.

teritoriji bivše SFRJ, no i dalje se postavlja pitanje osnova po kome se zahtev za priznavanje može odbiti. Kriterijumi navedeni ZVO i koji se odnose na sistem obrazovanja u državi u kojoj je isprava stečena, trajanje studija, nastavni plan i program i prava koja daje stečena isprava, ne daju osnova za odbijanje zahteva budući da su nastavni pralnovi i programi studija na većini fakulteta na teritoriji bivše SFRJ maltene „preslikani“. Jedini „izlaz“ nalazi se u kriterijumu koji se odnosi na „renome visokoškolske ustanove koja je izdala ispravu“ a koji je predviđen Pravilnikom UUB. Ovaj kriterijum podrazumeva više od ispitivanja da li je ustanova koja je izdala ispravu akreditovana u matičnoj državi, budući da bi zahtev za priznavanje isprave izdate od neakreditovane ustanove trebalo odbiti čim pristignu podaci Ministarstva, bez ispitivanja njegove osnovanosti.<sup>25</sup> U vezi sa tim nameće se problem jer fakultetska Komisija za priznavanje stranih visokoškolskih isprava faktički procenjuje „renome“ ustanove koja je akreditovana u matičnoj državi.<sup>26</sup> I u vezi sa tim daleko adekvatnije rešenje bi bilo kada bi se o stručnom priznavanju diploma odlučivalo od strane jednog tela uspostavljenog na nacionalnom nivou, koje bi odlučivalo u saradnji sa profesionalnim udruženjima (primera radi advokatskom komorom, lekarskom komorom i sl.) kada su u pitanju tzv. regulisane profesije.

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Jedan od ciljeva Evropskih integracija je kako akademска tako i stručna mobilnost koja podrazumeva jednostavniji, transparentniji i brži postupak priznavanja visokoškolskih isprava stečenih u drugoj državi članici. Brojni dokumenti *acquisa communautairea* iz oblasti visokog školstva temelje na ideji mobilnosti studenata i nastanika što po

---

25 Članom 7 stav 2 PUUB o zapošljavanju je propisano samo da fakultet od resornog Ministarstva pribavlja podatke o stranoj visokoškolskoj ustanovi na kojoj se studijski program izvodi. Međutim analogna primena Pravilnika UUB koji se odnosi na akademsko priznavanje isprava bi nalagala odbijanje zahteva u slučaju da ta ustanova (ili studijski program) nije akreditovana u matičnoj državi (član 12 PUUB o priznavanju stranih visokoškolskih isprava u cilju nastavka obrazovanja).

26 Povizujući se na ovaj kriterijum Pravni fakultet UUB je primera radi odbijao zahteve za priznavanje diploma Pravnog fakulteta u Tetovu ili Pravnog fakulteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru.

logici stvari podrazumeva liberalizaciju procesa priznavanja diploma stečenih u drugim državama članicama. Međutim, uprkos Lisabonskoj deklaraciji većina država članica EU pravi razliku i postavlja rigoroznije kriterijume kada se radi o priznavanju diploma u cilju zapošljavanja nego kada se radi o priznavanju u cilju daljeg školovanja. U Srbiji je tzv. akademsko priznavanje osnovano stavljeni u nadležnost Univerziteta na kome kandidat želi da nastavi školovanje, ali usklađivanje sa Lisabonskom deklaracijom zahteva transparentnije i jasnije kriterijume za ocenjivanje zahteva kao i brži postupak priznavanja. Stručno priznavanje sa druge strane regulisano je na neadekvatan način, budući da omogućava različite ishode postupka u zavisnosti od ustanove kojoj je podnet zahtev, bez obzira na to što mu je osnovni cilj da omogući pristup jedinstvenom tržištu rada. U tom smislu je neophodno osnivanje posebne agencije na državnom nivou koja bi se bavila priznavanjem stručnih kvalifikacija, kao i donošenje nacionalnog okvira kvalifikacija. Insistiranja na liberalizaciji čitavog procesa treba uzeti sa rezervom kada se radi o stručnom priznavanju, ne samo u cilju zaštite domaćeg tržišta i garancije kvaliteta pružanja određenih usluga, već i u cilju zaštite domaćih diplomaca od „nelojalne“ konkurencije.

*Vanja Bajović, LL.M.*

## RECOGNITION OF FOREIGN HIGHER EDUCATION CERTIFICATES – HARMONIZATION WITH EU LAW

### *Summary*

Academic and professional mobility is declared as one of the purposes of European integration what logically required recognition of higher education certificates achieved in another country. Regarding that, the difference could be made between academic recognition that implies continuation of the studies in another state and professional recognition that means possibility of employment abroad. Academic recognition is primarily regulated by The Council of Europe/UNESCO Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region (Lisbon Recognition Convention)

and implies much softer criteria than professional recognition that is within European Union regulated by EU's Directive on recognition of professional qualifications, 2005/36/EC. The matter of analyze is harmonization of Serbian law with these documents, as well as Serbian practice in this area.

Key words: *Recognition of foreign higher education certificates. – Academic recognition. – Professional recognition. – Lisbon Convention. – EU's Directive 2005/36/EZ.*

Dalibor Đukić, LL.M.\*

## EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I AUTONOMIJA CRKAVA I VERSKIH ZAJEDNICA

*Početkom meseca jula 2013. godine verski mediji preneli su vest o donošenju presude Velikog veća Evropskog suda za ljudska prva u slučaju *Sindicatul Pastorul Cel Bun v. Romania*. Malo je presuda (a možda je ovo i prva) koje su izazvale toliko interesovanje među verskim službenicima svih religija. Sa posebnom zabrinutošću, ovaj proces pratili su hrišćanske crkve u Evropi, strahujući od mogućih posledica ove presude za njihovu unutrašnju organizaciju i strukturu. Pitanje koje se našlo pred Evropskim sudom bilo je kako istovremeno zaštiti autonomiju crkava i verskih zajednica sa jedne i pravo verskih službenika na slobodu udruživanja sa druge strane. Presuda koja je doneta imaće uticaja na formiranje regulative koja uređuje pravni položaj crkava i verskih zajednica, i to posebno u pravnom poretku država na istoku evropskog kontinenta, koje se nalaze u fazi harmonizacije ove oblasti zakonodavstva sa praksom zemalja Evropske unije.*

Ključne reči: *Crkve i verske zajednice. – Sloboda udruživanja. – Autonomija verskih zajednica. – Sloboda veroispovesti.*

### 1. UVOD

Nakon pada Berlinskog zida, sve nekada komunističke države na istoku Evrope postale su članice Saveta Evrope i potpisale su Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>1</sup> Potpisivanjem ovog dokumenta ove države obavezale su se na poštovanje principa izraženih u Konvenciji. Od značaja za slobodu veroispovesti je član 9 Konvencije

\* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs.

1 Izuzetak je Belorusija, kojoj je status specijalnog gosta ukinut januara 1997. godine.

kojim se garantuje sloboda misli, savesti i veroispovesti.<sup>2</sup> Za ovaj rad značajan je i čl. 11 Konvencije koji štiti slobodu okupljanja i udruživanja.<sup>3</sup> Ove dve slobode međusobno se dopunjaju, pošto religija kao unutrašnje verovanje potrebuje i javnu manifestaciju, koja se najčešće ostvaruje u grupi ili zajednici. Međutim, te slobode nekada mogu isključivati jedna drugu. Određena lična, ali i kolektivna prava i slobode verskih službenika, poput slobode udruživanja, mogu biti ograničena autonomnim pravilima verskih zajednica. U takvim situacijama državni organi imaju delikatan posao da ocene da li načelo poštovanja autonomije verskih zajednica, iz kojeg proističe njihovo pravo na jednoobraznost veroispovedanja i samostalnost u uređivanju unutrašnje organizacije, ima prednost nad zaštitom ličnih prava i sloboda verskih službenika.

U prilog tome koliko je ova tematika osetljiva i delikatna govori i činjenica da je Evropski sud za ljudska prava u više slučajeva raspravljaо na ovu temu. Postoji jedna zanimljiva činjenica vezana za praksu ovog Suda. Naime, radi se o tendenciji da pravoslavne države (odnosno države sa pravoslavnom većinom) sve češće bivaju osuđene za kršenje slobode misli, savesti i veroispovesti u smislu čl. 9 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U prilog tome govori i zvanična statistika: u periodu od 1959. do 2012. godine Sud je za kršenje čl. 9 doneo 3 presude protiv Jermenije, 5 protiv Bugarske, 1 protiv Gruzije, 4 protiv Moldavije, 5 protiv Rusije, 3 protiv Ukrajine. Primetno je da se ovde radi o državama koje su pripadale nekadašnjem komunističkom bloku, pa je moguć razlog ovakvog stanja činjenica da ove države nemaju dovoljno iskustva u regulisanju prava verskih zajednica, zbog diskontinuiteta koji je napravio višedecenijski totalitarni ateistički režim. Jedini izuzetak predstavlja Grčka, u kojoj nije bilo komunističkog režima, ali je „apsolutni rekorder“ sa čak 10 presuda u kojima su grčke vlasti kažnjene zbog kršenja člana 9 Konvencije. Od ukupno 46 sudskih presuda donetih zbog kršenja čl. 9, čak njih 31, odnosno 67% odnosi se na neku od pravoslavnih država.<sup>4</sup>

---

2 Sloboda misli, savesti i veroispovesti zaštićena je i drugim međunarodnim aktima: čl. 18 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 10 Povelje Evropske unije o osnovnim pravima.

3 Pored Evropske konvencije, slobodu okupljanja i udruživanja garantuju čl. 21 i 22 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 10 Povelje Evropske unije o osnovnim pravima.

4 Violations by Article and by respondent State (1959–2012), [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2012\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2012_ENG.pdf), 25/07/2013.

Razlozi za ovakvo stanje sigurno su brojni, od socioloških preko političkih i pravnih do religijskih. U ovom radu analiziraće se presuda Evropskog suda za ljudska prava doneta povodom odbijanja rumunske države da registruje sveštenički sindikat u okviru Rumunske Pravoslavne Crkve, inače osnovan bez njene prethodne saglasnosti. Cilj je da se utvrdi koliko je Sud uspeo da razume i shvati složenu crkvenu realnost u jendoj od pravoslavnih država istočne Evrope. Takođe, biće razmatrano i pitanje da li svojim odlukama Sud može uticati na unutrašnju organizaciju i ustrojstvo Pravoslavne Crkve i kakve bi bile posledice tog uticaja.

## 2. SLUČAJ SINDIKAT „PASTIR DOBRI“ PROTIV RUMUNIJE

Odnos prava zaposlenih da osnivaju sindikate i preko njih vrše pritisak na poslodavca kako bi obezbedili svoje interese i pravo poslodavaca da nezavisno od volje zaposlenih donose odluke predstavlja jednu od najosetljivijih oblasti koju reguliše radno pravo. Daleko je teže uskladiti ovaj odnos kada su u ulozi zaposlenih – sveštenici, a poslodavac je verska zajednica, čija je autonomija u uređivanju unutrašnje organizacije zagarantovana.<sup>5</sup>

U aprilu 2008. godine grupa sveštenika i laika zaposlenih pri Rumunskoj Pravoslavnoj Crkvi (RPC) osnovala je sveštenički sindikat u Oletniji (Oltenia, jugozapadna Rumunija) pod nazivom „*Pastir dobri*“.<sup>6</sup> U skladu sa tada usvojenim statutom ciljevi sindikata su „*predstavljanje i zaštita profesionalnih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava i interesa njegovih članova, klirika i laika, u njihovim odnosima sa crkvenom jerarhijom i Ministarstvom kulture i vera*“.<sup>7</sup> Statutom su određeni i načini na koji će sindikat pokušavati da postigne ove ciljeve. Neki od tih načina mogu biti, u najmanju ruku, problematični posmatrano iz ugla pravoslavnog kanonskog prava: učešće u izradi kolektivnih ugovora koji se sklapaju sa Rumunskom Pravoslavnom Crkvom, obezbeđivanje

---

5 J. Flavius, EU Court of Human Rights on Romanian Church „unions“, <http://www.economist.com/blogs/erasmus/2013/07/clergy-and-trade-unions>, 25.9.2013.

6 To nije jedini sveštenički sindikat u Rumuniji. Iste godine osnovan je i sindikat „*Pokrov Bogorodice*“ u mestu Jaši (severoistočna Rumunija).

7 *Sindicatul „Pastorul cel bun“ v. Romania*, (predstavka br. 2330/09), Presuda od 31.1.2012, par. 6.

zastupljenosti predstavnika sindikata u telima koja donose odluke bitne za interes članova sindikata, zaštita interesa sindikata putem peticija, protesta i štrajkova, delegiranje jednog člana iz reda sveštenstva, koji bi učestvovao u radu Svetog arhijerejskog sabora Rumunske Pravoslavne Crkve itd.<sup>8</sup>

U skladu sa važećim rumunskim zakonodavstvom, izabrani predsednik sindikata podneo je prvostepenom суду u Krajovi (*Craiova*) zahtev za upis u zvanični Registar sindikata, koji omogućava sticanje pravnog subjektiviteta. U obrazloženju zahteva navodi se da on nije u suprotnosti sa Zakonom o slobodi veroispovesti, niti sa Zakonom o sindikatima. Ovu činjenicu potvrđio je i javni tužilac. Kao treća strana u postupku javlja se Arhiepiskopija iz Krajove, tvrdeći da u skladu sa Ustavom Rumunske Pravoslavne Crkve sindikat ne može biti registrovan bez blagoslova (dozvole) nadležnog arhijereja (episkopa), kao i da se sveštenici ne mogu pojavljivati pred državnim sudovima bez pretvodnog obaveštenja i odobrenja od strane Episkopa. I pored toga, Sud je u maju 2008. godine odobrio osnivanje sindikata i njegovu registraciju, bazirajući svoju odluku na činjenici da podneti zahtev ispunjava sve formalne zakonom propisane uslove.

Nakon ove odluke, Arhiepiskopija iz Krajove podnela je žalbu drugostepenom суду u Dolju (*Dolj*). U žalbi je navedeno nekoliko razloga zbog kojih bi odluka prvostepenog organa trebala biti poništena. Najpre, ustavni princip verske slobode ne može biti nadjačan drugim ustavnim principima poput slobode udruživanja i prava na organizovanje. Zatim, odluka prvostepenog organa narušava pravo verskih zajednica na autonomiju u unutrašnjim pitanjima, kao i njihovo pravo da svoju organizaciju urede u skladu sa sopstvenim identitetom i tradicijom, jer se spornom odlukom u crkvenu organizaciju uvodi nova institucija bez njene saglasnosti. Najzad, ciljevi sindikata su u suprotnosti sa svešteničkim pozivom, zbog čega je Sveti arhijerejski sabor RPC osudio inicijativu sveštenstva za osnivanje sindikata. Imajući u vidu ove argumente, u julu 2008. godine Sud u Dolju poništio je odluku o registraciji svešteničkog sindikata „*Pastir dobri*“.

Poništavanje odluke o registraciji od strane drugostepenog suda bio je razlog da predstavnici sindikata podnesu tužbu Evropskom судu za ljudska prava protiv Rumunije zbog kršenja čl. 11 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojim se garantuje sloboda oku-

---

8      *Ibid.*

pljanja i udruživanja. Sud je u toku postupka uzeo u obzir argumente podnosioca tužbe, Vlade Rumunije kao i trećih strana: Arhiepiskopije u Krajovi i nevladine organizacije Evropski centar za pravo i pravdu (*European Centre for Law and Justice*). U januaru 2012. godine Malo veće Evropskog suda donelo je presudu u kojoj presuđuje da je Sud u Dolju odlukom o poništavanju registracije Sindikata „*Pastir dobri*“ prekršio čl. 11 Evropske konvencije.<sup>9</sup>

Argumenti Suda za ovakvu odluku mogu se sumirati na sledeće: sveštenici su zaposleni pri crkvi na osnovu ugovora o radu, koji ne smeju biti „klerikalizovani“ tako što bi bili izuzeti od pravila građanskog prava, zatim, ciljevi istaknuti u Statutu spornog sindikata odnose se na ekomska, socijalna i kulturna prava zaposlenih ne dotičući se verskih pitanja čime se ne ugrožava zagarantovana autonomija verskih zajednica i najzad, sindikat ne predstavlja pretnju za javni red i demokratsko društvo, pogotovo imajući u vidu da već postoje dva slična sindikata na teritoriji Rumunije.

U aprilu 2012. godine slučaj je dospeo pred Veliko veće Evropskog suda. U međuvremenu presuda Malog veća izazvala je veliko interesovanje među pravoslavnim crkvama, tako da su se u toku postupka pojavile sledeće treće strane: vlade Grčke, Gruzije, Moldavije i Poljske, Moskovska patrijaršija, kao i dve nevladine organizacije. Njihovi stavlji i argumenti bili su u korist Vlade Rumunije. Veliko veće je donelo presudu 9. jula 2013. godine. U presudi Veće smatra da odluka Suda u Dolju ne predstavlja kršenje čl. 11 Evropske konvencije. Argumenti Velikog veća mogu se svesti na sledeće: autonomija verskih zajednica u skladu sa čl. 9 Evropske konvencije podrazumeva da država prepušta verskim zajednicama rešavanje bilo kakvih sukoba među njihovim članovima, pogotovo u pitanjima učenja i unutrašnje organizacije. Sud je, takođe, uzeo u obzir činjenicu da pripadnici svešteničkog reda preuzimaju obaveze posebnog karaktera, pri čemu moraju održavati visok nivo lojalnosti prema Crkvi, što samo po sebi otežava povlačenje precizne granice između duhovnih aktivnosti sveštenstva i aktivnosti ekonomskе prirode. Veliko veće uzelo je u obzir i činjenicu da bi se registracijom svešteničkog sindikata stvorila nova institucija u okvirima crkvene organizacije, što bi imalo za posledicu povredu zagarantovane autonomije verskih zajednica ali istovremeno i povredu državne neu-

---

9      *Sindicatul „Păstorul cel bun“ v. Romania*, (predstavka br. 2330/09), Presuda od 31.1.2012.

tralnosti u verskim pitanjima, jer bi se država registracijom spornog sindikata umešala u oblikovanje unutrašnje organizacije Rumunske Pravoslavne Crkve. Veliko veće je, takođe, primetilo da su ciljevi novoosnovanog sindikata u suprotnosti sa Ustavom RPC i njenom tradicijom, kao i da se članovi spornog sindikata mogu učlaniti u već postojeća sveštenička udruženja koja imaju blagoslov Crkve.<sup>10</sup>

Na ovaj način izbegnute su štetne posledice ne samo za Rumunsku Pravoslavnu Crkvu, već i za sve ostale crkve i verske zajednice koje deluju u državama članicama Saveta Evrope, jer bi se ova odluka primenjivala u svim sličnim budućim situacijama.

### 3. UTICAJ SLUČAJA NA PRAVOSLAVNU CRKVU U OKRUŽENJU

Iako je slučaj Sindikat „*Pastir dobri*“ protiv Rumunije naizgled lokalnog karaktera, sama činjenica da je pitanje registracije svešteničkog sindikata dospelo pred Evropski sud za ljudska prava i da je Malo veće donelo odluku u korist pomenutog sindikata, imalo je za posledicu pojavu sličnih tendencija i unutar drugih pomesnih pravoslavnih crkava.

U maju 2010. godine pokrenuta je inicijativa u Bugarskoj sa ciljem osnivanja svešteničkog sindikata. Razlog njegovog osnivanja je loše materijalno stanje u kojem se nalazi većina bugarskog sveštenstva. Sinod Bugarske Pravoslavne Crkve nije dao blagoslov (dozvolu) za osnivanje ovog sindikata.<sup>11</sup>

Iste godine u decembru sveštenici nepriznate Makedonske Pravoslavne Crkve izrazili su namjeru da po ugledu na svoje kolege iz susedne Bugarske osnuju sindikalno udruženje radi rešavanja problema neregulisanog zdravstvenog i socijalnog osiguranja. Sveti sinod Makedonske Pravoslavne Crkve nije doneo nikakvu odluku u vezi sa tom inicijativom, ali smatra da su sveštenički sastanci koji se organizuju na nivou eparhija neka vrsta sindikata i da u Crkvi ne može postojati sindikat nezavisan od episkopa.<sup>12</sup>

---

10 *Sindicatul „Păstorul cel bun“ v. Romania*, (predstavka br. 2330/09), Presuda od 9.7.2013., par. 129–173.

11 Izvor: <http://www.bnews.bg/article-19433>, 2.9.2013.

12 Izvor: [http://www.eparhija-gornjokarlovacka.hr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=396%3Asvetenici-u-makedoniji-ele-sindikat&Itemid=78&lang=sr](http://www.eparhija-gornjokarlovacka.hr/index.php?option=com_content&view=article&id=396%3Asvetenici-u-makedoniji-ele-sindikat&Itemid=78&lang=sr), 2.9.2013.

Slične ideje postojale su i u skorijoj prošlosti Srpske Pravoslavne Crkve. Neka vrsta svešteničkog udruženja nastala je u okvirima SPC još pre Drugog svetskog rata. Nakon 1945. godine ovu ideju ponovo su oživeli pripadnici pravoslavnog sveštenstva koji su želeti da budu bliski sa komunističkim vlastima. Komunistička partija je pomagala osnivanje ovakvih udruženja, a protiv njih bili su svi viđeniji i uticajniji episkopi srpske Crkve, među kojima i Episkop Nikolaj Velimirović. Posebno se zameralo ovim udruženjima što su bila teritorijalno organizovana po principu unutrašnjih federalnih jedinica, protivno opštem crkvenom poretku i tada preovlađujućoj ideji u SPC da Jugoslaviju čine samo tri plemena – nacije.<sup>13</sup>

Loše iskustvo iz prošlosti, kada su sveštenička udruženja zloupotrebljavana od strane države radi kontrole crkvenih velikodostojnika možda je jedan od razloga, pored ostalih, što u Srpskoj Pravoslavnoj Crkvi nema pokušaja stvaranja svešteničkih sindikata.

#### 4. PRAVOSLAVNO UČENJE O SVEŠTENSTVU

Crkva je još od svog osnivanja pokazivala posebnu brigu za položaj, prava i obaveze sveštenstva (ili klira).<sup>14</sup> To pokazuje i činjenica da su kanonima regulisana do tančina sva pitanja koja se tiču uslova za stupanje u sveštenstvo, ali i načina života na koji se obavezuju lica koja u njega stupaju.<sup>15</sup> Osim kanona, i kasnije crkveno zakonodavstvo dodatno reguliše ovu tematiku, pa tako i Ustav SPC propisuje dužnosti sveštenstva.<sup>16</sup>

Za potrebe ovog rada trebalo bi precizirati kakvo je pravoslavno učenje o sveštenstvu i da li se u skladu sa njim može prihvati post-

13 Ova udruženja obuhvatala su pravoslavno sveštenstvo nastanjeno na teritoriji federalnih jedinica koje su formirane unutar komunističke Jugoslavije. U to vreme vladika Nikolaj Velimirović se nalazio u izgnanstvu u SAD i otuda je pisao protiv takve organizacije i stvaranja novih nacija u Makedoniji i Crnoj Gori. Savo Jović, *Utamničena crkva: stradanje sveštenstva Srpske pravoslavne crkve od 1945. do 1985. godine*, Pravoslavna reč, Novi Sad 2012, 25.

14 Reč klir potiče od starogrčke reči *κλῆρος*, što znači kocka, deo dobijen kockom. U hrišćanskoj terminologiji ova reč označava članove crkve koji imaju vlast u njoj. Sergije Troicki, *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 329.

15 Dimšo Perić, *Crkveno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 98.

16 Ustav Srpske Pravoslavne Crkve 1957, Beograd 1957.

janje svešteničkog sindikata u kanonskom poretku Pravoslavne Crkve. Naime, Crkva se sastoji od njenih članova koji imaju vlast (sveštenstva), i njenih članova koji nemaju vlast (svetovnjaka).<sup>17</sup> Nosioci te vlasti nisu jednaki među sobom, već postoji određena hijerarhija. Tako episkop ima vlast nad svojom eparhijom, a sveštenik nad poverenom parohijom. To znači da episkop u skladu sa pravoslavnim učenjem ima punu vlast nad sveštenstvom svoje eparhije. Pitanje koje je nametnuo slučaj svešteničkog sindikata iz Rumunije jeste da li se odnos između episkopa i sveštenstva može okarakterisati kao klasičan odnos između poslodavca i zaposlenog.

O prirodi svešteničkog poziva najbolje govore uslovi za stupanje u sveštenički čin, propisani način života koji se očekuje da sveštenik vodi i dužnosti koje preuzima. Postoje lični, verski, moralni, porodični, građanski i društveni uslovi, koje treba da ispuni kandidat za sveštenika kako bi mogao biti rukopoložen,<sup>18</sup> dok nakon rukopoloženja od njega se očekuje da prihvati brojne dužnosti. Od interesa za ovaj rad su obaveza sveštenika da propoveda svoju veru, da vrši službe za svoje parohijane bez najmanjeg odlaganja,<sup>19</sup> i da bude „na većoj moralnoj visini od ostalih ljudi“.<sup>20</sup> Takođe, Ustav SPC propisuje dužnosti parohijskog sveštenika među kojima su da služi dobrim primerom svojim parohijanima u svome ličnom i porodičnom životu, da redovno služi svetu liturgiju i da izvršava na vreme odluke i naredbe svojih prepostavljenih vlasti.<sup>21</sup>

Samo na osnovu gore navedenog manjeg broja dužnosti pravoslavnog sveštenstva može se zaključiti da bilo kakav oblik sindikalnog organizovanja nije kompatibilan sa svešteničkim pozivom. Obaveza je sveštenika da vrši službe za svoje parohijane, tako da ne postoji mogućnost štrajka sveštenstva, kako je to Statutom sindikata „Pastir добри“ bilo predviđeno. U samoj srži svešteničkog poziva nalazi se služenje Bogu i narodu. Bilo kakvo odbijanje sveštenika da vrši službe radi postizanja neduhovnih ciljeva, može se smatrati jedino zloupotrebotom poverenja koje je cela Crkva preko nadležnog episkopa ukazala svešteniku tokom čina njegovog rukopoloženja. Osim toga, takvo ponašanje izazivalo bi negodovanje vernika i stvaranje unutarcrkvenih sukoba.

---

17 S. Troicki (2011), *op. cit.* fn. 14, 329.

18 Detaljnije o tim uslovima u D. Perić (2006), *op. cit.* fn. 15, 95.

19 Nikodim Milaš, *Pravoslavno crkveno pravo*, Mostar 1902, 447.

20 S. Troicki (2011), *op. cit.* fn. 14, 339.

21 Čl. 176 Ustava Srpske Pravoslavne Crkve, Beograd 1957.

Pošto je dužnost sveštenika da podučava druge, za očekivati je da on to čini između ostalog i svojim primerom, kako u javnom tako i u privatnom životu. To znači da sveštenički poziv nije samo profesija u uskom značenju ove reči, već način življenja. Sveštenik nije na dužnosti samo tokom službi u crkvi, već na svakom mestu na kojem svedoči istinu Crkve Hristove. Ne postoji način da se razgraniči profesionalni i privatni život sveštenstva. To je razlog zašto u pojedinim evropskim zemljama postoji posebna klauzula koja se unosi u ugovor o radu verskih službenika i kojom oni prihvataju posebne uslove i određena ograničenja svojih prava.<sup>22</sup> Dakle, nije prihvatljivo očekivati da sveštenik na poziv nekog sindikata učestvuje u uličnim protestima ili demonstracijama koje su uperene protiv crkvenih vlasti, pa samim tim nije neophodno ni da postoji sindikat koji bi to organizovao.

Posebno značajno jeste pitanje crkvene discipline. Crkvena disciplina obuhvata jednako vernike i klirike.<sup>23</sup> Ona podrazumeva prihvatanje vlasti viših činova od strane nižih činova u crkvenoj hijerarhiji. U tom smislu sveštenstvo je dužno da prihvati vlast episkopa u duhu ljubavi, iz koje proističe poslušanje kao vrlina, poput odnosa koji postoji između roditelja i dece. Kako je to patrijarh Fotije u Epanagogi opisao, episkop predstavlja „ikonu Hristovu“ u svojoj eparhiji,<sup>24</sup> pa je nepoštovanje episkopskih odluka jednako nepoštovanju same Crkve kao božanske ustanove i njenog Osnivača. Dakle, odnos između crkve i sveštenika, odnosno episkopa i sveštenika nije klasičan odnos poslodavca i zaposlenog. To je osim radnog i duhovni odnos, pri čemu su to dve strane iste medalje. Zato je neprihvatljivo da sveštenik pribegava van-crkvenim organizacijama kako bi obezbedio povoljniji odnos episkopa prema njemu. On ne može odvojiti svoje radne obaveze od moralnih i hrišćanskih načela, pa iz tog razloga i ne može voditi sindikalnu borbu protiv svoga episkopa i svoje crkve, čak i u slučajevima kada ciljevi te borbe nemaju crkveni ili duhovni karakter.

U presudi *Sindicatul Pastorul Cel Bun* protiv Rumunije Evropski sud za ljudska prava nije obratio dužnu pažnju na karakteristike svešte-

22 To je obaveza lojalnosti (*duty of loyalty*) kojom se zaposleni obavezuje da će poštovati moralne zahteve verske zajednice sa kojom sklapa ugovor o radu. *Schüth v. Germany* (predstavka br. 1620/03), Presuda od 23.9.2010, par. 71.

23 O problematici nedostatka crkvene discipline među vernicima pravoslavne crkve: Zoran Krstić, *Pravoslavlje i modernost*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 25.

24 Epanagoge, 3.1.

ničkog poziva u Pravoslavnoj Crkvi. Šta više, u tekstu presude pominje se samo zaštita pravoslavnog kanonskog predanja i tradicionalna hijerarhija Crkve. Sud se nije bavio pravoslavnim učenjem o sveštenstvu, iako bi to pomoglo boljem razumevanju kompleksnosti slučaja i lakšem donošenju presude, pogotovo imajući u vidu da se pravoslavno sveštenstvo dosta razlikuje od protestantskog, a donekle i od rimokatoličkog klira.<sup>25</sup>

## 5. KOMENTAR PRESUDE

Kada je Malo veće Evropskog suda za ljudska prava u januaru 2012. godine donelo presudu kojom prihvata stanovište predstavnika sindikata „*Pastir dobri*“ da je Sud u Dolju svojom odlukom da odbije njegovu registraciju prekršio odredbe čl. 11 evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, za ovaj slučaj počeli su da se interesuju predstavnici različitih crkava iz cele Evrope. Korisno bi bilo analizirati argumente Malog veća, kojima se opravdava ovakva odluka pre analize argumenata i odluke Velikog veća.

Najpre, Malo veće je konstatovalo da su sveštenici i laici pri crkvi zaposleni na osnovu ugovora o radu. Stav suda je da ovi ugovori ne smeju biti „*klerikalizovani*“ tako što bi se na njih primenjivalo pravo Rumunske Pravoslavne Crkve ili tako što bi bili izuzeti od pravila građanskog prava. To znači da u skladu sa principom jednakosti, svi koji su zaposleni pri crkvi imaju pravo udruživanja i sindikalnog organizovanja. Međutim, sud ovde pokazuje da nije uzeo u obzir šta je sveštenstvo, kakav je njegov odnos prema Crkvi i u krajnjoj liniji šta je zapravo Crkva. Sveštenik se ne postaje potpisivanjem ugovora, već činom rukopoloženja. Bez tog čina niko ne može postati sveštenik, bez obzira kakav ugovor potpisao sa Crkvom. Pomenuti ugovori se najčešće prave radi regulisanja radno-pravnog statusa sveštenstva i radi ostvarivanja određenih socijalnih prava. U Rumuniji sveštenici potpisuju ugovore kako bi mogli primati lični dohodak iz državnog budžeta. Dakle, karakter tih ugovora je supsidijaran i njihovo postojanje ne znači da je odnos sveštenika i crkve klasičan odnos zaposlenog i poslodavca koji se zasniva na odredbama ugovora o radu. To je nadasve duhovni odnos, a od sveštenika se očekuje da preuzeme obaveze i dužnosti od kojih mnoge ne mogu biti predmet ugovora, jer su moralne prirode.

---

25 Više o pravoslavnom sveštenstvu: Hilendarski putokazi, *Uzvišenost sveštenostuženja*, Manastir Hilandar 2000.

Drugi argument je da se ciljevi istaknuti u Statutu spornog sindikata odnose na ekonomski, socijalni i kulturni prava sveštenika, ne dotičući se verskih pitanja, što znači da postojanje sindikata ne ugrožava zagarantovanu autonomiju verskih zajednica. Sud polazi od pretpostavke da je kod svešteničkog poziva moguće razdvojiti njegov socijalni, ekonomski i kulturni aspekt od verskih uverenja i dužnosti. To je zapravo nemoguće, jer religija utiče na život u celini. Religija ima težnju da prožima celokupan čovekov život. Ako se to odnosi na veru, onda daleko više to važi za sveštenstvo. Iz tog razloga ne može biti argument za osnivanje bilo kakve organizacije u okvirima crkve činjenica da se ta organizacija ne izjašnjava o verskim pitanjima i da nema verske ciljeve.

Još veću nelogičnost predstavlja tvrdnja da se osnivanjem takve organizacije ne ugrožava zagarantovana autonomija Crkve. Sama odluka Malog veća kada bi se sprovela predstavljala bi narušavanje institucionalne crkvene autonomije u pitanjima vere i unutrašnje organizacije. To bi značilo da sud svojom odlukom ustanovljava organizaciju unutar Crkve bez njene saglasnosti. Pitanje koje se postavlja samo od sebe jeste odakle bilo kojem svetovnom суду takvo pravo. Takođe, pitanje je na koji način sud misli da primora crkvu na saradnju sa organizacijom (u ovom slučaju sindikalnom) koju želi da joj nametne.<sup>26</sup> Mešanje u unutrašnju organizaciju Crkve ustanovljavanjem novih organizacija u njenim okvirima predstavlja najdirektnije kršenje autonomije verskih zajednica, bez obzira koji su ciljevi te organizacije.

Još jedan argument Malog veća privlači pažnju. To je tvrdnja da sporni sindikat ne predstavlja pretnju za javni red i demokratiju. Nejasno je zašto Malo veće nije posmatralo ovaj slučaj kroz prizmu verske slobode i autonomije verskih zajednica, već kroz prizmu javnog reda. Neki smatraju da je to najveća greška ove presude.<sup>27</sup> Svakako da sukobi unutar jedne verske zajednice mogu predstavljati pretnju za javni red, ali činjenica da do takvih sukoba neće doći u određenom slučaju ne opravdava i donošenje određene odluke. Potrebni su i drugi, dodatni argumenti. Ovaj stav Malog veća pre se može smatrati samo kontraargumentom kojim veće želi da ospori stav rumunske Vlade, da se odbijanjem registracije spornog sindikata želete izbjeći stvaranje ten-

---

26 Tomo Vuksić, Pravna sekularizacija Crkve i klera, Nezavisne novine, <http://www.nezavisne.com/komentari/kolumnne/Pravna-sekularizacija-Crkve-i-klera-135712.html>, 2.9.2013.

27 *Ibid.*

zija u okvirima crkve, koje bi lako mogle ugroziti javni red i demokratiju.

Odluka Velikog veća Evropskog suda za ljudska prava doneta 9. jula 2013. godine suprotna je presudi Malog veća iz 2012. godine. Veliko veće je uzelo u obzir da je neophodno zaštiti autonomiju verskih zajednica kao i posebnost svešteničkog poziva. Sud nije dovodio slučaj u vezu sa javnim redom, kao što je to činilo Malo veće, nego je slučaj posmatralo iz ugla zaštite slobode veroispovesti. To ujedno znači da je za sud zaštita slobode veroispovesti i autonomije verskih zajednica pretežnija od zaštite slobode udruživanja verskih službenika i zapošljenih pri verskim zajednicama.<sup>28</sup>

Na osnovu ranijih presuda može se zaključiti da Evropski sud smatra da država treba da ima neutralnu i nepristrasnu ulogu u verskim pitanjima.<sup>29</sup> I ovom presudom Sud podstiče neutralno ponašanje države. U Evropi postoje različiti sistemi odnosa države i verskih zajednica.<sup>30</sup> Neutralnost države u verskim pitanjima u direktnoj je vezi sa sistemom koji je u određenoj državi na snazi. I pored toga, većina modernih sekularnih država nastoji da se ne upliče u sukobe koji nastaju unutar verskih zajednica.<sup>31</sup> Zato je Veliko veće stalo na stanovište da je sud u Dolju ispravno postupio ne mešajući se u sukob između sveštenstva koje osniva sindikat i nadležnog episkopa. Time je sud zapravo ispoštovao princip neutralnosti. Neutralnost države ujedno predstavlja garanciju autonomije verskih zajednica u odnosu na svetovnu – državnu vlast.

Sud je, međutim, doneo i jednu zabrinjavajuću odluku. Naime, sud smatra da samo pozivanje verske zajednice na zaštitu njene autonomije nije dovoljno da bi se lična ili kolektivna prava njenih članova zagarantovana Evropskom konvencijom mogla ograničavati ili ukidati. S tim u vezi stanovište suda je da domaće sudstvo mora vršiti temeljno ispitivanje svakog pojedinačnog slučaja, kako bi utvrdilo da zaista po-

---

28 Emily Christie, Priests denied the right to form a trade union, <http://www.hrlc.org.au/priests-denied-the-right-to-form-a-trade-union>, 2.9.2013.

29 Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet, Novi Sad 2012, 386.

30 Više o modelima koji postoje u Evropi: Avramović Sima, *Prilozi nastanku državno-crkvenog prava u Srbiji*, Beograd 2007, 105.

31 Alasdair Henderson, No trade unions for clergy if the Archbishop says no, rules European Court, <http://ukhumanrightsblog.com/2013/08/01/no-trade-unions-for-clergy-if-the-archbishop-says-no-rules-european-court/>, 22.10.2013.

stoji pretnja autonomiji verske zajednice.<sup>32</sup> Cilj je da se izbegne prekomerno i bespotrebno ograničavanje ličnih prava i sloboda, kao i da se iznađe izbalansirano rešenje kojim će biti zaštićena prava obe suprostavljene strane.

Ovo mišljenje je kritično iz najmanje dva razloga. Prvi razlog je što Evropski sud za ljudska prava dozvoljava državnim sudovima da se bave unutrašnjim crkvenim i verskim pitanjima.<sup>33</sup> Država je nenađležna u verskoj materiji. Svetovni sudovi nemaju nikakva prava da zalaze u pitanja organizacije Crkve. Time se zapravo oni mešaju u posao najviših crkvenih organa, koji jedini imaju pravo da donose odluke vezane za unutrašnju organizaciju Crkve. Za razliku od pomenutih crkvenih organa, svetovni sudovi nisu kompetentni za takav posao, ne poseduju dovoljna znanja i u krajnjoj liniji takvim mešanjem u verske poslove u potpunosti krše princip autonomije verskih zajednica.

Drugi razlog je što ovakvo mišljenje predstavlja suprotnost pretvodnom stavu suda,<sup>34</sup> u kojem se dodatno osnažuje autonomija verskih zajednica i brani sloboda veroispovesti. Ostaje nejasno, kako sud misli da očuva institucionalnu autonomiju crkve i njene organizacije, ako istovremeno zahteva od vancrkvenih tela (državnih sudova) da temeljno ispituju odluke crkvenih organa i da donose odluke koje mogu uticati na unutrašnju organizaciju crkve. Takođe, ovakvo mišljenje u suprotnosti je i sa principom državne neutralnosti u verskoj materiji, jer zahteva od državnih organa da se direktno mešaju u poslove koji su *par excellence* verskog karaktera. Na ovaj način sud je istovremeno utvrdio, ali i ugrozio princip autonomije verskih zajednica.<sup>35</sup>

Dakle, iako je presuda Malog veća izazvala veliku zainteresovanost i zabrinutost među predstavnicima hrišćanskih crkava u Evropi, odlukom Velikog veća izbegнута је veoma problematičна mogućnost da se ugrozi fundamentalna verska sloboda i autonomija verskih zajednica. Ovom presudom, ipak su otvorena neka nova pitanja, čije rešavanje će sigurno doći na red u budućnosti.

32 Slučaj *Sindicatul „Păstorul cel bun“ v. Romania*, Predstavka br. 2330/09.

33 ΑΓΙΟΡΕΙΤΙΚΟ BHMA, Σημαντική απόφαση υπέρ της Ορθοδόξου Εκκλησίας της Πουμανίας, <http://www.agoritikovima.gr/patriarcheia/25120-imantiki-apofa>, 2.9.2013.

34 A. Henderson, No trade unions for clergy if the Archbishop says no, rules European Court, <http://ukhumanrightsblog.com/2013/08/01/no-trade-unions-for-clergy-if-the-archbishop-says-no-rules-european-court/>, 2. 9.2013.

35 E. Christie, Priests denied the right to form a trade union, <http://www.hrlc.org.au/priests-denied-the-right-to-form-a-trade-union>, 2.9.2013.

## 6. ZAKLJUČAK

Slučaj *Sindicatul Pastorul Cel Bun v. Romania* nastao je kao posledica želje nekolicine sveštenika da sindikalnim delovanjem zaštite svoja radna prava u lokalnoj sredini, da bi vremenom izrastao u borbu za zaštitu najvažnijeg kolektivnog verskog prava – autonomije verskih zajednica, za koju se zainteresovala stručna javnost skoro cele Evrope.<sup>36</sup> U samom početku ovaj slučaj bio je interni problem Rumunske Pravoslavne Crkve, da bi vremenom privukao interesovanje kako Rimokatoličke crkve, tako i pojedinih protestantskih crkava. Problem koji je on postavio zaista je suštinski: da li zaštita autonomije verskih zajednica i slobode veroispovesti ima prednost nad zaštitom prava i sloboda verskih službenika, poput npr. slobode udruživanja.

Sud je na neki način našao srednje rešenje. On je istovremeno zaštitio i ugrozio autonomiju crkava i verskih zajednica. Presuda sama po sebi predstavlja doprinos zaštiti crkvene autonomije. Ona nije dala pravo državi da ustanovljava u okvirima Crkve nove organizacije bez njene prethodne saglasnosti. Ali nažalost, dala je državnim sudovima pravo da ispituju slučajeve vezane za interne crkvene stvari. Na taj način ugrožen je princip državne neutralnosti u sporovima koji nastaju unutar verskih zajednica.

Koliko je ovo bio težak slučaj pokazuje i činjenica da je čak sedam od sedamnaest sudsija napisalo izdvojeno mišljenje. Iako je slučaj rešen u korist Rumunske Pravoslavne Crkve, dogodilo se ono što se obično dešava kod velikih i komplikovanih slučajeva. Njihovim rešavanjem zatvara se jedan problem, a otvara novi. Tako je ovaj slučaju otvorio problem nadležnosti svetovnih sudova u verskoj materiji. Biće zanimljivo posmatrati kako će ova presuda uticati na buduće rasprave o odnosu autonomije verskih zajednica i drugih kolektivnih prava, kao i o (ne)nadležnosti države u verskoj materiji.

Kada su u pitanju slučajevi pred Evropskim sudom za ljudska prava u kojima se kao jedna od zainteresovanih strana pojavljuje Pravoslavna Crkva, Sud bi trebao da uzme u obzir osobenosti pravoslavnog učenja o Crkvi kao i sve druge njene karakteristike koje iz te činjenice proističu. Ne može se Crkva tretirati kao preduzeće ili kao obična ustanova. Osim toga, ne može se ni Pravoslavna Crkva posma-

---

36 U prilog tome koliko je veliko interesovanje za ovaj slučaj govori i činjenica da se o njemu mogu naći članci na svim jezicima, a samo u izradi ovog rada korišćeni su radovi na grčkom, engleskom i ruskom jeziku.

trati na isti način kao protestantske i Rimokatolička crkva. Ove osobnosti Evropski sud bi trebao imati u vidu kako svojim odlukama ne bi ugrožavao njenu crkvenu autonomiju i unutrašnju organizaciju, pogotovo ako se zna da se pravoslavne crkve na istoku evropskog kontinenta nalaze u fazi obnove i prevazilaženja posledica vladavine komunističkih režima.

*Dalibor Đukić, LL.M.*

## EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND AUTONOMY OF CHURCHES AND RELIGIOUS COMMUNITIES

### *Summary*

On 9 July 2013 the Grand Chamber of the European Court of Human Rights upheld a Romanian County Court's denial of registration to a trade union formed by priests of the Romanian Orthodox Church. The case was highly anticipated, ruling as it did, on the extent of church autonomy when weighed against other rights. This judgment is a strong indication that the European Court encourages a neutral approach by the State to the internal workings of religious organizations. But, this judgment simultaneously upholds and narrows church autonomy. The Grand Chamber stated that „*a mere allegation by a religious community that there is an actual or potential threat to its autonomy is not sufficient*“ and that the domestic courts must conduct „*an in-depth examination of the circumstances of the case and a thorough balancing exercise between the competing interests*“. So, the Court has denied the church the ability to be the final arbiter on the extent of its autonomy. When it comes to cases before the European Court, in which as one of the interested parties appearing Orthodox Church, the Court should take into account the characteristics of the Orthodox teaching on the Church and clergy. It will be interesting to see how the recent judgment will influence future discussion over the balancing of religious freedom with other individual and collective rights.

Key words: *Religious freedom. – Autonomy. – ECHR. – Churches and religious communities.*

Katarina Dolović, LL.M.\*

## ZAKONSKI RASKID UGOVORA U EVROPSKOM UGOVORNOM PRAVU

*Zakonski raskid pripada grupi najosetljivijih pitanja ugovornog prava. Ako je jednostrani raskid pravo jednog ugovornika da mimo volje drugog učini kraj jednom ugovornom odnosu, a sporazumno raskid ništa drugo do saglasnost volja ugovornika, čime onda opravdavamo mogućnost raskida ugovora po samom zakonu? Ne suprotstavlju li se tzv. automatski raskidi samoj definiciji raskida ugovora kao voljnog načina prestanka njegovog postojanja? Ovo pitanje postavljamo iz razloga što nas sam termin asocira na to da su u pitanju raskidi do kojih dolazi mimo volje ugovornika.*

*Da li zakonske/automatske raskide uopšte možemo smatrati raskidima ugovora, kao i da li oni uvek i nužno podrazumevaju odsustvo volje ugovornika, samo su neka od pitanja na koja ćemo nastojati dati odgovore.*

*Pitanje smatramo značajnim pre svega iz razloga što zakonski raskidi nisu nepoznati srpskom ugovornom pravu. To ne znači ipak da ovu kategoriju raskida ugovora nećemo sagledati i u svetu uporednopravnih zakonskih rešenja.*

Ključne reči: *Raskid. – Volja ugovornika. – Zakonski/automatski raskid. – Evikcija. – Fiksni ugovor.*

### 1. O PRAVU NA RASKID I REALIZACIJI RASKIDA UGOVORA

Prestanak postojanja ugovora raskidom predstavlja ostvarivanje prava na raskid. Otuda je i sam postupak realizacije raskida, ništa drugo do postupak ostvarivanja ovog prava.

Iako uvek voljni način prestanka postojanja ugovora, razlikujemo jednostrani i sporazumno raskid. Dok jednostrani raskid svoj osnov

---

\* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, k.dolovic@ius.bg.ac.rs.

nalazi u zakonu, sporazum o raskidu izraz je saglasne izjave volja ugovornika. Stoga pravo na raskid ugovora mimo volje druge strane nastaje samo u slučaju postojanja raskidnog razloga sadržanog u normi zakona. S druge strane, kako je sporazumno raskid dogovor dve ugovorne strane, do prestanka ugovora na ovaj način dolazi uvek kada učinjena ponuda za raskid bude prihvaćena.

Raskid zbog neizvršenja jednostranom izjavom volje pripada grupi preobražajnih prava.<sup>1</sup> Sticanjem ovog prava (moći) njegov imalac postaje „nadređen“ u odnosu na drugu ugovornu stranu.<sup>2</sup> Za konkretnog ugovornika kao imaoца prava na raskid, ono znači mogućnost da mimo volje druge ugovorne strane izdejstvuje kraj postojećeg ugovornog odnosa. Imalac prava na raskid može odlučiti da da još jednu šansu ugovoru, te da svoje stečeno pravo na odustanak i ne ostvari, a ponovo bez obzira na volju svog saugovornika.

Ni različiti načini realizacije raskida ugovora zbog neizvršenja ne diraju u ovu „moć“ imaoца prava na raskid. Bilo da je u pitanju sudske, bilo vansudske raskid ugovora, do brisanja ugovora iz pravnog života ne može doći mimo volje konkretnog ugovornika. Kod vansudskog raskida, to je očigledno, jer se ugovor raskida izjavom volje usmerene na raskid, a zasnovane na zakonom predviđenim raskidnim razlozima. U sistemu sudskega raskida, pak, iako raskid mora biti izrečen od strane suda, sudske postupak će biti pokrenut od strane ugovornika, čime on upravo manifestuje raskidnu volju.

Pored raskida u vidu jednostranog odustanka od ugovora, kao što smo već napomenuli, ugovor se može raskinuti i sporazumno. Tada do raskida dolazi saglasnim izjavama volja ugovornika, a u osnovi ovog načina prestanka ugovora ponovo je volja. Razlika u odnosu na jednostrani raskid, svakako postoji, a tiče se nemogućnosti jednog ugovornika da raskine ugovor mimo volje drugog. Nastanak sporazuma o raskidu, a samim tim i raskida uslovljen je postojanjem raskidne volje i na drugoj ugovornoj strani.

---

1 O pojmu preobražajnih prava vid.: Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo*, Beograd 2012, 213; Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u Građansko pravo*, Beograd 1996, 107; Dragoljub Stojanović, *Uvod u Građansko pravo*, Beograd 1976, 93; Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2004, 200; Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazic, *Uvod u Građansko pravo*, Niš 2008, 164; Zoran Rašović, *Građansko pravo*, knjiga prva, Podgorica 2006, 134.

2 V. Vodinelić, *op. cit.*, fn. 1, 214.

U slučaju ispunjenosti uslova za jednostrani raskid, sticalac ovo pravo može, a i ne mora ostvariti. Ukoliko pak odluči da ostvari svoje pravo na raskid, učiniće to bez obzira na volju druge ugovorne strane. Nasuprot tome, u svakom trenutku se može učiniti ponuda drugoj strani za sporazumno raskid ugovora. Međutim, niti se samim činom davanja ponude stiče pravo na raskid, a još manje isti realizuje. Tek prihvatanjem ponude za sporazumnim raskidom, sporazum nastaje, a njihovim nastankom ugovor prestaje da postoji.

Stoga, nezavisno od toga da li se radi o jednostranom raskidu ugovora (sudskim putem ili mimo suda) ili o raskidu ugovora u vidu sporazuma (u vidu novog ugovora ili raskidne klauzule), odnosno, bez obzira na osnov raskida u konkretnom slučaju, ugovor ne može prestati da postoji bez izjavljene volje usmerene na raskid makar jednog ugovornika.

Dakle, čak i u situacijama kada razlog za jednostrani raskid nesporno postoji, ugovor, po pravilu, ne prestaje da postoji automatski, a iz razloga što savesna strana može, propuštanjem ostvarenja prava na raskid, održati ugovor na snazi.<sup>3</sup> Stoga, osim prava da ugovor „održi u životu“ s jedne strane, odnosno, da dovede do njegovog kraja, s druge strane, ne postoji nikakva „treća mogućnost“ niti „međurešenje“ u rukama poverioca.<sup>4</sup>

## 2. O POJMU ZAKONSKOG RASKIDA UGOVORA

Postojanje instituta zakonskog raskida u ugovornom pravu, na prvi pogled, ukazuje na mogućnost raskida ugovora mimo volje i bez obzira na volju ugovornika. Za ovakav vid raskida koristi se termin i „automatski“ raskid.<sup>5</sup>

Pođemo li pak od definicije raskida ugovora kao prestanka postojanja istog voljom jednog ili oba ugovornika<sup>6</sup>, te izlaganja o pojmu

---

3 John Birds, Robert Bradgate, Charlotte Villiers, *Termination of Contracts*, USA 1995, 24.

4 Hugh Beale, *Chitty on Contracts*, vol I, general principles, London 2008.

5 Čl. 136 st. 1 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi, preuzeta sa sajta Ministarstva pravde Republike Srbije: [www.mpravde.gov.rs](http://www.mpravde.gov.rs); Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije, Beograd 2007.

6 Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1977, 486.

raskida i načinima ostvarivanja ovog prava, uvidećemo nelogičnost i protivrečnost samog termina „zakonski“ odnosno „automatski“ raskid. Pokušaj pronalaska opravdanja za uvođenje ovog instituta od strane zakonodavca mogao bi ići u dva različita smera: ili se zakonodavac u nedostatku adekvatnijeg termina poslužio pojmom raskida ili u situacijama obuhvaćenim pojmom zakonskih raskida vidi prečutnu volju poverioca usmerenu na raskid. U suprotnom, postojala bi opasnost da se pod automatskim raskidima podrazumevaju situacije prinudnog ostvarivanja prava.

U prvom slučaju, predložili bismo da se pomenuti slučajevi podvedu pod širi pojam prestanka ugovora.<sup>7</sup> Naime, trenutkom nastupanja određenih okolnosti predviđenih normom zakona, prestajao bi da postoji ugovor po sili zakona. Iako veoma logično, ovo rešenje patilo bi od preteranog pojednostavljenja problema, a iz razloga što se čini da se čak i u situacijama u kojima dolazi do automatskih raskida ne bi moglo uvek govoriti o potpunom odsustvu volje ugovornika. Upravo ova kritika dovodi nas do drugog mogućeg objašnjenja.

Nesporno je da se ne može smatrati pravilom da automatski raskid uvek dovodi do prestanka postojanja ugovora mimo volje oba ugovornika. Stoga je neophodno, pre svega ispitati u kojim sve ugovornim situacijama dolazi do prestanka postojanja ugovora automatskim/zakonskim raskidom. Nakon toga, korisno bi bilo grupisati pomenute situacije, a kao kriterijum uzeti upravo ulogu (a pre toga – postojanje) volje ugovornika na ukidanje ugovora kao pravne činjenice. Uprkos svesti o tome da različiti pravni sistemi propisuju u različitim ugovornim situacijama nastupanje raskida po samom zakonu, nastojaćemo otkriti postoji li ipak neka pravilnost ili bar zajednička ideja kojom su zakonodavci vođeni u formulisanju raskidnih razloga zakonskih (automatskih) raskida.

Na kraju bi trebalo pomenuti još jedan razlog zbog kojeg smatramo da je termin zakonski raskid pravno neprecizan i nelogičan. Naime, kako je raskid ugovora udar na stabilnost ugovornih odnosa, otuda pravo da se odustane od ugovora postoji uvek uz pravo da se zahteva njegovo izvršenje.<sup>8</sup> Međutim, pravo na izbor savesne strane upravo se

<sup>7</sup> Smatramo, posebno u ovakvim situacijama, veoma praktičnim postojanje termina „termination“ u anglosaksonskom sistemu, koji obuhvata raskid ugovora, ali je daleko širi od pojma raskida.

<sup>8</sup> Edwin Peel, *The Law of Contract*, London 2011, 852.

negira mogućnošću nastupanja automatskih raskida i obrnuto, ukoliko postoji pravo izbora, ne može postojati raskid bez obzira na volju.<sup>9</sup>

### 3. OSNOV ZAKONSKOG RASKIDA UGOVORA

Uprkos osnovanim kritikama upućenim na račun samog režima automatskih raskida, nesporno je da nekada, u određenim situacijama dolazi do raskida po samom zakonu. Razlozi koji bi dovodili do zakonskog raskida ugovora, tj. uslovi koji bi morali biti ispunjeni da bi automatski raskid nastupio, moraju biti tačno određeni. Ovi raskidi svoj izvor mogu naći ili u saglasnoj izjavi volja ugovornih strana ili ih, s druge strane, može regulisati zakonodavac normom kojom predviđa da će se u slučaju nastupanja određenih činjenica smatrati da je ugovor raskinut.

#### 3.1. *Zakonski raskidi koji osnov imaju u autonomiji volje ugovornih strana*

Ugovornici mogu sami određenim situacijama dati značaj razloga za automatski raskid ugovora. Oni će to činiti u vidu raskidne klauzule, sadržane u samom tekstu ugovora, a na način što će se saglasiti oko toga da će eventualna povreda ugovora do koje dođe u budućnosti imati za posledicu prestanak postojanja ugovora po sili zakona. Uslov za primenu raskidne klauzule jeste da ona nedvosmisleno izražava zajedničku nameru stranaka da u konkretnom slučaju ugovor bude raskinut.<sup>10</sup> Stoga je očigledno da ovakav vid zakonskog raskida spada u grupu sporazumnih raskida<sup>11</sup>, a iz razloga što se osnov za ovaj raskid nalazi u sporazumu ugovornika.

Najčešća formulacija raskidne klauzule bila bi u smislu da će u slučaju da jedna od strana ne ispunji svoju obavezu, raskid nastupiti po samom pravu.<sup>12</sup> Očigledno je da su predmet našeg interesovanja upravo klauzule ovakve (i slične) sadržine, te se nećemo u ovom radu baviti

---

9 Jack Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2002, 5.

10 Jasques Flour et al., *Droit Civil, Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, Paris 2004, 182.

11 Više o sporazumnim raskidima vid.: Katarina Dolović, „Sporazumni raskid ugovora“, *Pravni život* 10/2012.

12 Patrick Canin, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2011, 83.

situacijama u kojima bi ugovornici svojim saglasnim izjavama stvarali klauzule drugaćije sadržine. Jedan od razloga za to je i želja da ukazemo na veliki značaj koji upravo ovakve klauzule imaju u francuskom ugovornom pravu, te osobenosti i shvatanja prisutna u anglosaksonском праву.

Ovakva raskidna klauzula svakako je privilegija za poverioca, jer predstavlja svojevrstan vid pritiska na dužnika da izvršava svoje dospele obaveze. Francuski pravnici, međutim, posmatrajući raskidne klauzule iz ugla svog sudskog sistema raskida, pronalaze u njima još jednu prednost. Oni uviđaju da raskidna klauzula osim pritiska na dužnika ide u korist poveriocu iz još jednog razloga, a naime, u slučaju neizvršenja dužnikove obaveze raskid nastupa automatski, bez potrebe pokretanja i vođenja sudskog postupka. Time se izbegava i rizik da poveriočev zahtev za raskid ugovora bude od strane suda odbijen kao neosnovan.<sup>13</sup> U sistemima sudskog raskida, postojanje ove klauzule oduzima sudu ulogu odlučivanja o raskidu, kao i moć njegovog izricanja.<sup>14</sup>

Raskidna klauzula ove sadržine, značajna je i u sistemima u kojima je dozvoljen raskid ugovora izjavom volje, a iz razloga što otklanja neizvesnost u pogledu ocene ispunjenosti uslova za raskid, te odgovora na pitanje da li je poveriočeva raskidna izjava bila zasnovana na valjanim razlozima. Ugovornici formulacijom ove klauzule, sami određuju situacije koje će svojim nastupanjem učiniti kraj ugovoru.

S druge strane, čini se da anglosaksonski pravnici dosta logike unose u određivanje raskidnih razloga sadržanih u raskidnoj klauzuli. Oni smatraju da bi zakonski raskid bio opravдан samo u situaciji kada bi se pod raskidnim razlogom podrazumevalo nešto van kontrole ugovornika, dok bi u slučaju povrede ugovorne obaveze trebalo dati pravo nevinoj strani da jednostrano raskine ugovor, pozivajući se na klauzulu ugovora.<sup>15</sup>

13 Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Paris 2007, 276; Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, 411.

14 Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel – Munck, *Les Obligations*, Paris 2006, 456; Muriel Fabre – Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilateral*, Paris 2007, 629.

15 J. Beatson, *op. cit.*, fn. 9, 527.

### 3.2. Zakonski raskidi koji osnov imaju u zakonu

Čini se da zakonski raskid ugovora predstavlja jednu vrstu poštene sankcije za slučaj neispunjena ugovorne obaveze.<sup>16</sup> Otuda se i uslovi koje zakonodavci propisuju za nastupanje ovog vida raskida odnose na situacije u kojima ugovorne obaveze nisu uredno i u potpunosti ispunjene.

Koji su to razlozi koji navode zakonodavce da u pojedinim slučajevima povrede ugovora smatraju da nije dovoljno samo dati konkretnom ugovorniku pravo da odustane od ugovora zbog neizvršenja obaveze druge strane, već da, samom neispunjenu konkretne obaveze daju značaj razloga koji će prouzrokovati raskid ugovora po sili zakona?

Naredna poglavlja posvetićemo uslovima neophodnim za nastupanje raskida po samom zakonu predviđenim od strane zakonodavca, a same naslove formulisaćemo u duhu shvatanja zakonskih raskida prisutnog u našem Zakonu o obligacionim odnosima.

#### 3.2.1. Potpuna evikcija kao razlog za zakonski raskid ugovora

Čl. 510 st. 1 ZOO predviđa da u slučaju potpune evikcije nastupa raskid ugovora po samom zakonu, dok u slučaju delimične evikcije kupac stiče pravo na raskid ugovora. Pomenuti stav značajan je ne samo iz razloga što sadrži razlog za automatski raskid, već i zbog toga što pravi gradaciju u smislu težine učinjenih povreda ugovora, a koje će opet biti razlog za sticanje prava na jednostrani raskid zbog neizvršenja (u slučaju delimične evikcije) odnosno zakonski raskid (u slučaju potpune evikcije).

Potpuna evikcija postoji kada pribavilac (u smislu čl. 510 – kupac) usled prava trećeg izgubi državinu cele stvari.<sup>17</sup> Do potpune evikcije dolazi u slučaju kada prodavac proda i preda kupcu tuđu stvar, koja će mu kasnije biti oduzeta od strane vlasnika reivindikacionom tužbom, kao i u slučaju kada prodata stvar opterećena zalogom bude prodata, a kupac time lišen državine stvari.<sup>18</sup> Trenutkom „deposedova-

---

16 Jelena Perović, *Raskid ugovora zbog neispunjena u medjunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Beograd 2002, 312.

17 S. Perović, *op. cit.*, fn. 6, 378.

18 Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2007, 355; S. Perović, *op. cit.*, fn. 6, 378; Živomir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, opšti deo,

nja<sup>19</sup> ugovor za kupca postaje „bespredmetan“, a iz razloga što „on nije nije nije dobio ništa od onog što je računao da će dobiti“.<sup>20</sup> Za kupca, nestaje svrha radi koje je zaključio ugovor.<sup>21</sup>

S druge strane, slučajevi koji su obuhvaćeni pojmom delimične evikcije predstavljaju jedan vid neispunjena ugovora, ali svakako ne potpunog neispunjena kao kod potpune evikcije. Kupac nije dobio sve od onoga što je računao da će dobiti, ali nije baš da nije dobio ništa. Stoga delimična evikcija ne predstavlja razlog za automatski raskid, ali svakako na njenim osnovama nastaje pravo kupca da ugovor raskine.

Očigledno je da težina povrede ugovora tj. obim neispunjena jeste kriterijum kojim je zakonodavac vođen u određivanju pojma zakonskog raskida. Nama se čini ipak da bi u slučaju potpune evikcije možda trebalo govoriti o prestanku postojanja ugovora, izbegavajući na taj način termin raskid. Svakako da ovaj predlog ima samo teorijski značaj, a iz razloga što i sam raskid jeste jedan od načina prestanka postojanja ugovora.

### 3.2.2. Zakonski raskid fiksnih ugovora

Fiksni karakter ugovora mora biti vidljiv, bilo iz samog ugovora, bilo iz okolnosti.<sup>22</sup> U prvom slučaju, u samom tekstu ugovora predviđeno je da će ugovor biti raskinut u slučaju da ispunjenje izostane u predviđenom roku.<sup>23</sup> Saglasna izjava volja ugovornika koja određuje ovakav karakter ugovora čini sadržinu raskidne klauzule. S druge strane, u odsustvu jedne ovakve klauzule, koja se često naziva i kasatornom<sup>24</sup>, ugovor može biti fiksni i po „samoj priroda posla“.<sup>25</sup>

Bez obzira na to da li se razlog za automatski raskid nalazi u ugovornoj klauzuli, ili je iz same prirode posla očigledno da se radi o ugovoru gde je rok ispunjenja jedan od bitnih elemenata, fiksni ugo-

Beograd 1976, 216; Borislav Blagojević *et al.*, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, II knjiga, Novi Sad 1983, 1327; Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Beograd 1970, 313.

19 Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Klasici jugoslovenskog prava, Beograd 1977, 454.

20 Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, Beograd, 2004, 152.

21 J. Perović, *op. cit.*, fn. 16, 312.

22 J. Radišić, *op. cit.*, fn. 20, 169.

23 Čl. 125 st. 4 ZOO.

24 J. Radišić, *op. cit.*, fn. 20, 169.

25 Čl. 125 st. 4 ZOO.

voru neispunjnjem o roku gube svrhu svog postojanja. U tome upravo leži ratio dozvoljenosti raskida ugovora po samom zakonu.<sup>26</sup>

Možda najspornije pitanje u vezi sa režimom zakonskih raskida jeste mogućnost njihovog održavanja na snazi. Prvo, ukoliko do prestanka postojanja ovih ugovora dolazi samom činjenicom proteka određenog vremenskog perioda, kako se onda isti ugovor može održati na snazi, makar i voljom poverioca. Formulacija koju koristi i naš zakonodavac „po isteku roka bez odlaganja“ čini se spornom. Bilo kakav vid održavanja ugovora na snazi „po isteku roka“ ukazivao bi na „oživljavanje jednom prestalog ugovora“, a što ugovorno pravo ne poznaje kao mogućnost. Čini se da su ove kritike naročito opravdane u situaciji kada se radi o tzv. fiksnim ugovorima u apsolutnom smislu<sup>27</sup>, tj. onim kod kojih protek vremena odnosi i mogućnost ispunjavanja obaveza. U pomenutim situacijama, dalje postojanje ugovora, odnosno njegovo održavanje na snazi bilo bi bez svrhe, a s nemogućnošću ispunjenja obaveze iz ugovora trajno bi nestala i mogućnost ostvarenja cilja zbog kojeg je isti i zaključen.

### 3.2.3. Protek naknadnog roka kao razlog za zakonski raskid

Odredbom čl. 126 st. 3 ZOO –a propisano je da u slučaju da dužnik ni u naknadno ostavljenom roku ne ispuni svoju obavezu nastupaju iste posledice kao u slučaju kad je rok bitan sastojak ugovora. St. 3, dakle, upućuje na odredbu čl. 125 st. 1, kojim je predviđeno da se fiksni ugovori, u slučaju neispunjjenja ugovora u roku, raskidaju po samom zakonu. To bi dalje značilo, da se u slučaju nefiksnih ugovora, ukoliko dužnik ni u naknadno ostavljenom roku ne ispuni svoju obavezu, ugovor automatski raskida. Dakle, u sistemu vansudskog raskida, iako je pravilo da se ugovor raskida jednostranom izjavom volje poverioca saopštenom drugoj strani, postoje situacije u kojima zakonodavac predviđa raskid po samom zakonu. Međutim, ukoliko se citirana odredba dovede u vezu sa odredbom čl. 130 istog zakona, čl. 126 st. 3 može dobiti i drugačiji smisao.<sup>28</sup> Odredbom čl. 130 predviđena je obaveza poverioca koji raskida ugovor da isto saopšti dužniku bez odlaga-

---

26 J. Perović, *op. cit.*, fn. 16, 312.

27 O podeli na prave i nepravne fiksne ugovore vid.: J. Radišić, *op. cit.*, fn. 20, 169.

28 J. Perović, *op. cit.*, fn. 16, 341–344.

nja.<sup>29</sup> Smatramo stoga mogućim da se zakonodavac u formulaciji ovog člana vodio sledećom logikom – poverilac je, samim određivanjem i ostavljanjem naknadnog roka, stavio dužniku do znanja da će ugovor smatrati raskinutim ukoliko dužnik ni u naknadno ostavljenom roku ne ispuni obavezu. Jer, zašto bismo nekome ostavljali naknadni rok, ukoliko bi i njegovim protekom (a u slučaju ponovnog neizvršenja) ugovor ostajao na snazi. Drugo moguće objašnjenje bilo bi da zakonodavac podrazumeva da u trenutku kada poverilac ostavlja dužniku naknadni rok, istovremeno mu i saopštava da će, u slučaju da ovaj ne iskoristi ni „drugu šansu“ koja mu je data, ugovor biti raskinut trenutkom proteka roka. Tumačenje čl. 126 st. 3 na ovaj način, značilo bi da je ipak neophodna poveriočeva raskidna izjava, bilo prečutna, bilo izričita, izražena u trenutku određivanja istog ili pak (što je manje logično) nakon proteka roka.

#### 4. ULOGA VOLJE UGOVORNIKA U REŽIMU ZAKONSKIH RASKIDA

Kao što smo naglasili na samom početku rada, prvo pitanje koje se postavlja u vezi sa ovim režimom raskida jeste da li zakonski raskid predstavlja prestanak postojanja ugovora mimo volje ugovornika.

Odgovor na postavljeno pitanje zavisi od toga da li je osnov zakonskog raskida u autonomiji volje ugovornika ili u normi zakona.

U slučaju nastupanja raskidnih razloga sadržanih u raskidnoj klauzuli, ugovor se raskida bez saopštavanja izjave o raskidu. Međutim, iako takve izjave volje nema u trenutku raskidanja ugovora, jer on nastupa po samom zakonu, raskidna volja ipak postoji, a izražena je kroz raskidnu klauzulu. Stoga, odsustvo izjave o raskidu ugovora u realizaciji raskida, ne znači da do prestanka ugovora dolazi mimo volje ugovornika. Raskidna klauzula predstavlja vid sporazumnog raskida ugovora, te njena primena i znači samo manifestovanje volje oba ugovornika.

---

29 Na ovom mestu trebalo bi ukazati na odredbu čl. 137 st. 3 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije: „Ako dužnik ne ispuni obavezu u naknadnom roku, ugovor se raskida izjavom poverioca upućenom dužniku na nesumnjiv način“. Očigledno je da su brojne rasprave u vezi sa tumačenjem odredbe čl. 126 st. 3 ZOO-a motivisale zakonodavca da u tekstu Prednacrta precizira da istek naknadnog roka nije razlog za automatski raskid, već da je za prestanak postojanja ugovora neophodno da poverilac izjavi da isti raskida.

U slučaju, pak, kada se osnov za raskid nalazi u zakonu, problem je složeniji. Tu ne možemo, kao u prethodnom slučaju, reći da volja ugovornika nesporno i uvek postoji. Ovde se, čini nam se radi o situacijama za koje zakonodavac procenjuje da predstavljaju ozbiljne povrede ugovora, te da njihovim nastupanjem nestaje svrha njegovog daljeg postojanja. Moglo bi se čak reći i da zakonodavac pretpostavlja da bi u takvim situacijama i poverilac sigurno nastojao raskinuti ugovor. Ne bi bilo tačno reći ni da u svim situacijama kojima zakonodavac daje epitet raskidnog razloga nastupa nemogućnost izvršenja ugovora, te da u tome postoji opravdanje zakonskog raskida.<sup>30</sup>

Smatramo korisnim da u okviru situacija koje opravdavaju zakonski raskid, i to voljom zakonodavca, odvojeno posmatramo s jedne strane, slučaj potpune evikcije<sup>31</sup> i neispunjena fiksnog ugovora u apsolutnom smislu<sup>32</sup>, a s druge strane neispunjena fiksnog ugovora u relativnom smislu<sup>33</sup> i situaciju proteka naknadnog roka za ispunjenje<sup>34</sup>.

U prvom slučaju ugovor postaje „bespredmetan“, gubi svaku svrhu postojanja. Obaveza se u ovim situacijama i ne može više ispuniti. U slučaju nastupanja potpune evikcije, prodavac ne može ispuniti svoju obavezu iz ugovora, a iz razloga što se (najčešće) obavezao predati stvar na kojoj i nema pravo svojine. S druge strane, ukoliko se određeno izvršenje strogo vezuje za određeni trenutak u vremenu, neko naknadno izvršenje ne bi predstavljalo ispunjenje ugovorene obaveze. Otuda i mogućnost održavanja ugovora na snazi voljom poverioca, u ovom slučaju, ostaje bez značaja. Stoga, protek roka, odnosno, nastupanje potpune evikcije odnose i svaku nadu u mogućnost izvršenja ugovorne obaveze, dok ugovor time gubi svrhu svog postojanja. U ovim situacijama bi možda pravno korektnije bilo govoriti o prestanku ugovora, izbegavajući na taj način termin „raskid“.

U slučaju neispunjena o roku fiksnog ugovora u relativnom smislu, bilo bi mesta primeni odredbe o održavanju ugovora na snazi. Poslednje bi zavisilo od volje poverioca, ali bi i naknadno ispunjenje ipak bilo moguće.

---

30 Inače, nemogućnost izvršenja u srpskom ugovornom pravu ostaje izvan polja primene instituta raskida ugovora zbog neizvršenja, te izvan pojma raskidnog razloga.

31 Čl. 510 st. 1 ZOO-a.

32 Čl. 125 st. 1 ZOO-a.

33 Čl. 125 st. 2 ZOO-a.

34 Čl. 126 st. 3 ZOO-a.

Situacija u kojoj bi do automatskog raskida dolazilo protekom naknadnog roka za ispunjenje zavisila bi u krajnjem od volje poverioca. Prvo, istekom naknadnog roka poverilac bi mogao održati ugovor na snazi. Drugo, i kada ne bi došlo do toga, ponovo se ne bi moglo govoriti o raskidu ugovora mimo volje poverioca. Naime, reč je o naknadnom roku<sup>35</sup> koji simbolizuje „drugu šansu“ koju upravo poverilac daje dužniku, i to samo onda kada ima svrhe očekivati izvršenje. Ukoliko dužnik propusti i drugu šansu da izvrši obavezu, može se smatrati da je nepotrebno zahtevati od dužnika da izjavljuje da raskida ugovor, već da je adekvatna sankcija za dužnikovo ponašanje upravo zakonski raskid.

## 5. ZAKLJUČAK

Najspornije pitanje u vezi sa režimom zakonskog raskida jeste polje njegove primene. Kako se pojam raskida uvek odnosi na situacije voljnog prestanka postojanja ugovora, nejasno ostaje zbog čega zakonodavac upotrebljava termin „zakonski raskid“. Pokušajmo, međutim, da objašnjenje ovog termina pronađemo u samom načinu realizacije raskida. Moglo bi se reći da se terminom „zakonski“ raskid nastoji ukazati na situacije u kojima do raskida može doći ne samo mimo sudske odluke, već i bez izjave poverioca o raskidu. Na taj način bi epitet „zakonski/automatski“ objašnjavao sam način realizacije raskida, tj. posledicu koja nastaje nastupanjem konkretnе situacije.

Ne mora dakle značiti da ovaj vid raskida negira volju ugovornika usmerenu na okončanje jednog ugovornog odnosa. Ovo je nesporno u situacijama kada automatski raskid nastupa primenom raskidne klauzule čija sadržina jeste izraz saglasnosti volja ugovornika u cilju prestanka postojanja ugovora, i to automatski, samim činom nastupanja određenih situacija. Volja dakle postoji, i to kod oba ugovornika, a sam termin „zakonski raskid“ ukazuje samo na način na koji će raskid nastupiti. Kako je ovo vid sporazumnog raskida ugovora, izraz „zakonski raskid“ koji bi podrazumevao opisane situacije, bio bi savim adekvatan.

---

35 Čini se da bi se, ukoliko protek naknadnog roka ne bi značio i kraj ugovora, dovela u pitanje i sama svrha postojanja naknadnog roka. Naknadni rok bi se tada pretvorio u redovno produžavanje osnovnog roka za ispunjenje, te mogućnost koju bi dužnici redovno koristili kako bi odugovlačili sa ispunjenjem i izbegavali raskid ugovora.

S druge strane, slučajevi u kojima automatski raskid nastupa u odsustvu raskidne klauzule, daleko su složeniji. Tada je osnov ovog vida raskida ne u volji ugovornika, već u volji samog zakonodavca. Nesporno je da raskidne razloge za automatski prestanak ugovora zakonodavac vidi u nekim ozbiljnijim povredama ugovora. Možda bismo smeli reći i da se radi o onim povredama ugovora koje ugovoru oduzimaju svrhu daljeg postojanja, a nekada čak i mogućnost izvršenja. Ovo je posebno vidljivo u situacijama nastupanja potpune evikcije i neispunjena fiksnih ugovora u apsolutnom smislu, u kojima ne samo da se može reći da postoji pretpostavka da bi poverilac raskinuo ugovor, već i da je prestanak postojanja ugovora neminovan. Otuda bi bilo ispravnije ove situacije podvoditi pod jedan širi pojam prestanka ugovora.

U odnosu na mane kako sudskog, tako i vansudskog postupka raskida ugovora zbog neizvršenja, zakonski režim raskida ima tu prednost što otklanja svaki vid neizvesnosti. Naime, nesporno je nastupanje kojih činjenica opravdava raskid. Međutim, to ne znači da i u ovom režimu raskida neće dolaziti do spora između ugovornika, a u pogledu toga ima li mesta primeni konkretnе raskidne klauzule, odnosno, norme zakona, te pitanja da li je nastupio automatski raskid ili je ugovor i dalje na snazi.

*Katarina Dolović, LL.M.*

## AUTOMATIC TERMINATION IN EUROPEAN CONTRACT LAW

### *Summary*

Automatic termination belongs to the group of the most sensitive issues of contract law. If unilateral termination is the right of a contractor to end a contractual relationship against the will of the other, and the mutual termination is nothing but the consent of the contractors' wills, by which is then justified the possibility of contract termination under the law? Should not there be an opposition between the so-called automatic termination and the definition of contract termination as a voluntary termination of its existence? This question deserves special attention since the term itself implies that such termination occurs against the wills of contractors.

Should we consider legal / automatic terminations at all as contract terminations and do they always and necessarily imply unwillingness of contractors? These are just some of the questions that this paper attempt to answer.

The issue is considered particularly important because the legal terminations are not unknown in the Serbian contract law. However, the scope of the research presented in this paper is not limited to Serbian law only, but it encompasses comparative law analysis as well.

Key words: *Termination. – Will of contractors. – Legal / automatic termination. – Eviction. – Fixed-term contract.*

*Dr Lazar Jovevski\**

## PRAVNO-ORGANIZACIONI ASPEKTI SISTEMA ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU U EVROPSKOJ UNIJI

*U radu se razmatra zaštita zdravlja i bezbednost na radu u Evropskoj uniji u pravnom i organizacionom smislu. Ona obuhvata kako normativnu analizu, tako i praktične aspekte primene normativnog okvira u Uniji i zemljama članicama; sisteme organa i tela za sprovođenje zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, socijalne subjekte kao aktivne činioce u sproveđenju, kao i nove tendencije i bazičnu paradigmu shvatanja sistema zaštite zdravlja i bezbednosti na radu. Pravno-organizacioni sistem zaštite zdravlja je suština koncepta primene i efikasnosti komunitarnog prava u zemljama članicama, kao deo *acquis communautaire* vrednosti.*

Ključne reči: *Zaštita zdravlja i bezbednost na radu. – Evropska unija.  
– Evropska Agencija za zdravlje i bezbednost na radu. – Eurofon. – Evropski normativni okvir.*

### 1. IMPLEMENTACIJA ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU U ZEMLJAMA ČLANICAMA

Normativni okvir koji donosi Evropska unija na supranacionalnom nivou, pretočen pre svega u direktivima, ali i u pravilima (uredbama), u stvari se odnosi na uspostavljanje standarda ali i na kreiranje politika i usmeravanje ideja i resursa kod zemalja članica. Direktni efekat se više oseća u stvaranju i razvoju nacionalnih pravnih okvira koji znače i implementaciju zajedničkih politika Unije<sup>1</sup>. Sama implementacija

\* Autor je docent na Pravnom fakultetu Justinijan Prvi u Skoplju, Univerzitet Sv. Kirili i Metodij Skoplje, l.jovevski@gmail.com.

1 J. Fairhurst, *Law of the European Union VI*, Pearson-Longman, 2007, 268-280.

zaštite zravlja i bezbednosti na radu se svodi na stvaranje posebnih nacionalnih sistema u zemljama članicama, koje su prethodno ili dodatno implementirale zajedničke politike i normativne „pravce“ sadržane u komunitarnom pravu, na nadnacionalnom nivou. Zato se može reći da zemlje članice imaju obavezu da implementiraju norme donesene od strane organa Unije, ali ne kao kopiranje ovih normi, nego više kao sprovođenje direktive (koje sadrže minimalne standarde) kao pravnoobavezujućih akata i određenih preporuka koji imaju pre svega političku i ideološku ulogu u komunitarnom pravu, a iste se sprovode kao konkretne norme na nacionalnom nivou<sup>2</sup>. Koristeći akte EU kao normativnu platformu, u stvari sve zemlje članice grade vlastiti nacionalni sistem zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, koji je harmonizovan sa direktivama. Sa druge strane, ako direktiva nije implementirana u određenom roku u radnom pravu zemlje članice, onda direktiva može da ima i direktno dejstvo pred nacionalnim sudom (vertikalno dejstvo), ako je jasna, precizna i kompletno formulisana<sup>3</sup>.

Celi sistem bazira se na članu 118 A iz Jedinstvenog evropskog akta iz 1987. godine, na osnovu koga se donose direktive iz ove oblasti. Pored ovih pravnih instrumenata, donosi se i veći broj akcionih programa (npr. u 1988, 1994, 2000) koji imaju za cilj smanjenje povreda na radu. Poslednjih godina, u okviru sprečavanja i prevencije povreda na radu i profesionalnih bolesti, kao i smanjenje broja smrtnih slučajeva na radu doneta je Komunitarna strategija zdravlja i bezbednosti na radu 2007–2012, sa krajnjim ciljem da se poboljša produktivnost i kvalitet na radu<sup>4</sup>. Kada se donosila ova strategija postavila je pred sobom visoki cilj, a to je smanjenje stepena povreda na radu za 25% u 2006. preračunato na 100 000 radnika u EU-<sup>27</sup><sup>5</sup>.

Posebno značajnu ulogu imaju i presude Evropskog suda pravde u odnosu na implementaciju i primenu zaštite na radu uopšte, kao i u odnosu na zaštitu posebnih kategorija zaposlenih<sup>6</sup>. Presudama Evropskog suda i njegovog precedentnog prava se u stvari vrši tumačenje

---

2 Više kod: J. Fairhurst, *op.cit.*, fn.1, 283–289; J. Брсакоска, *Начиноти на гонесување на оглушки во Европската Унија*, Скопје, 2005, 73–78.

3 R. Blanpain, Ch. Engels, *European Labour Law*, Kluwer, 1988, 117.

4 COM(2007) 62.

5 Community strategy on health and safety at work 2007–2012, 3.

6 J. Fairhurst, *op.cit.*, fn.1 262–264; B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID Podgorica, 2004, 116–118; L. Betten, *International Labour Law*, Kluwer, Deventer, 1993, 50.

i primena akata Unije na nacionalnom nivou, a sa druge strane Sud svojim presudama utiče i na Komisiju i Savet, u odnosu na stvaranje novih direktiva i preporuka. Zato se može reći da je uloga Suda pravde ogromna, ako ne i najznačajnija u odnosu na implementaciju i primenu normativnog okvira i politike Unije u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu<sup>7</sup>.

### *1.1. Praktični aspekti*

I pored postojanja mehanizama za ostvarenje i nadzor zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, u praksi zemalja članica još uvek postoji veliki broj povreda na radu i smrtnih slučaja koji su prouzrokovani od rada. U Evropskoj uniji svake godine umiru oko 167 000 ljudi u nesrećama na radu ili zbog profesionalnih bolesti. Prema podacima Međunarodne organizacije rada, na teritoriji Evropske unije kao rezultat profesionalnih bolesti umire oko 159 500 ljudi godišnje. Kao direktna posledica nesreća na radu u Evropskoj uniji umire 5580 ljudi godišnje<sup>8</sup>. Sve ovo ukazuje na veliki broj povreda na radu i profesionalnih oboljenja, kao i smrtnost na radnim mestima i pored preduzetih mera za njihovo sprečavanje. Istini za volju, ovaj broj beleži tendenciju smanjenja, poslednjih 10 godina, pre svega zahvaljujući implementiranju mera i strategija i to za realnih 17 % u periodu od 2002. do 2006. godine, sa tendencijom da se smanjuje do 2012, a odsustva sa rada za tri ili više dana su smanjena za 20 %. Ipak od celokupne radničke populacije (15–64) Unije, čak 3,2 % imaju jednu ili više nesreća na radu u poslednjih 12 meseci, što obuhvata 6,9 miliona lica<sup>10</sup>.

Prema podacima Evropske unije, muškarci su mnogo više izloženi nesrećama i povredama na radu za razliku od žena, u svakom segmentu, ali sa druge strane broj zaposlenih muškaraca je mnogo veći od broja žena.

Smatra se da oko 8,6 % zaposlenih muškaraca i žena, na godišnjem nivou, imaju zdravstvene probleme koji su povezani sa radom,

---

7 Naravno da ova uloga Suda pravde se ne odnosi samo za deo zaštite na radu. Ipak Sud sudi i presuđuje u okviru njegove nadležnosti koja obuhvata različite normativne sfere Evropske unije, odnosno celokupno komunitarno pravo.

8 Izvor: Eurostat.

9 *Ibid.*

10 Health and safety at work in Europe (1999–2007), European Commission, Eurostat, Belgium, 2010, 29.

što obuhvata oko 20–23 miliona zaposlenih<sup>11</sup>. Posebno zabrinjava što je 40% zaposlenih u EU-27 izloženo faktorima rizika na radu, koji štete fizičkom zdravlju (oko 80 miliona<sup>12</sup> radnika), dok su 27%, odnosno 56 miliona radnika, izloženi faktorima rizika koji ugrožavaju psihičko zdravlje<sup>13</sup>. Sve ovo ukazuje na potencijalnu opasnost koja postoji u odnosu na zdravlje radnika kod zemalja članica.

Broj smrtnih slučajeva, a posebno povreda na radu i profesionalnih oboljenja je još uvek prilično visok i ne ispunjava evropska očekivanja. Upravo zato su u smanjenju ovih brojeva uključeni svi socijalni partneri, kroz zajedničke napore da se zaštite radnici. To se radi preko preventivnih programa i instrumenata, takođe i merama o nadzoru i kontroli, a posebno preko aktivnosti Evropske agencije o bezbednosti i zdravlja na radu. Posebno je alarmantna situacija u oblasti poljoprivrede, gde je zabeležen najveći broj povreda na radu, ali i u rudarskoj industriji i građevinarstvu, gde je najveći procenat od problema povezanih sa zdravljem muskaraca, dok u sektorima socijalnog rada i zdravstva zdravstveni problemi povezani sa radom u najvećem procentu se odnose na žene<sup>14</sup>.

Trend smanjenja povreda na radu i profesionalnih bolesti, kao i smrtnih slučajeva, očekuje se da će se produžiti u okviru EU-27 sa određenim oscilacijama, kod određenih zemalja. Ipak, ohrabruje podatak o zajedničkom radu svih činilaca u procesu na nacionalnom nivou, a posebno na nadnacionalnom nivou u odnosu na standardizaciju i ujednačavanje uslova o radu, zakona, propisa i mera bezbednosti i zaštite na radu. To je u interesu svih, a predstavlja bitan preuslov za ostvarenje socijalne pravde i ekonomskog progresa širom Evrope.

## 2. NAČIN DONOŠENJA AKATA

Jedan od osnovnih ciljeva Evropske socijalne politike je poboljšanje radnih uslova (po članu 151 iz Lisabonskog ugovora)<sup>15</sup>. Taj cilj se posebno postiže sa poboljšanjem radne sredine preko zaštite zdravlja

---

11 *Ibid.*, 41; A. Venema, S. van den Heuvel, G. Gueskens, *Eurostat* 63/2009, 1; U ovaj procenat nisu uključeni podaci iz Francuske.

12 A. Venema, S. van den Heuvel, G. Gueskens, *op. cit.*, fn. 11.

13 *Ibid.*

14 *Health and safety at work in Europe (1999–2007)*, *op. cit.*, fn. 10, 28.

15 (2010/C 83/01)EN 30.03.2010 Official Journal of the European Union C 83/1; ranije član 136 iz Ugovora za EZ.

i bezbednosti radnika (član 153, stav 1 (a) iz Lisabonskog ugovora)<sup>16</sup>. Osnovni pravni instrumenti za postizanje ovih ciljeva su pravni akti Unije izraženi preko pravila (regulative) i direktive (ili uputstva). Može se reći da su direktive glavno sredstvo za harmonizaciju radno-pravnih sistema država članica<sup>17</sup>. One imaju poseban značaj jer se preko njih u najvećem obimu implementiraju radno-pravni standardi iz oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti pri radu sa subnacionalnog na nacionalni nivo<sup>18</sup>. Regulative sa druge strane imaju opštu primenu, direktni efekat pri primenjivanju kod zemalja članica i potpuno su obavezujući.

Organi i institucije koje su zadužene za donošenje ovih akata su Savet (ministara) i Evropski parlament. Sa Lisabonskim ugovorom data je veća uloga Evropskom parlamentu u postupku donošenja akata nego što je to bio slučaj ranije. Uobičajeni zakonodavni postupak se sastoji od donošenja ovih akata od strane Evropskog parlamenta i Saveta na predlog Komisije.

Postupak donošenja ovih akata od strane Saveta se sastoji u tome sto je najčešće potrebna jednoglasnost pri odlučivanju (ministara rada). Međutim u odnosu na direktive koje se nose iz oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu postoji izuzetak i one se donose kvalifikovanom većinom (član 153, tač. 1 i 2 st. 3 iz Lisabonskog ugovora)<sup>19</sup>. Ovo važi i u odnosu na regulative. Donošenje ovih akata je uslovljeno konsultacijama sa Evropskim parlamentom koje se u redovnom postupku mogu odvijati i u takozvana tri čitanja (član 294 iz Lisabonskog ugovora)<sup>20</sup>. Ovo znači menjanje sistema donošenja akata sa pravila jednoglasnosti na pravilo većine.

Kvalifikovana većina pri donošenju akata zaštite zdravlja i bezbednosti na radu ne predstavlja negativnu odliku sistema, nego naprotiv, ova osobenost ima svoje značenje. Pre svega ovo znači da je pojednostavljen i ubrzano donošenje akata iz ove oblasti. Ovo je potrebno zbog velike uloge i važnosti koju ima zaštita zdravlja i bezbednost pri radu. Zato je i najveći broj direktiva upravo iz ove oblasti. Sa druge strane kvalifikovana većina za donošenje akata iz ove oblasti znači da

---

16 Ranije član 137 iz Ugovora za EZ.

17 B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 111.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*, 115. P. Craing, G. de Burca, *EU Law: text, Cases and Materials*, 4-ed, Oxford University Press, 2007, 52.

20 Ranije član 251 iz Ugovora za EZ.

za ovo pitanje postoji veća kohezija i usaglašenost zemalja članica šta na kraju rezultuje sa neposrednom primenom i harmonizacijom nacionalnih zakonodavstava.

Šta je ustvari kvalifikovana većina sa kojom se donose akti od strane Saveta u delu zaštite zdravlja i bezbednosti pri radu? To predstavlja poseban broj glasova predstavnika u Savetu. Pri tome u Savetu sve zemlje nemaju isti broj glasova. Tako, Francuska, Nemačka i drugi imaju po 29 glasova, dok Luksemburg ima 4 glasa. Da bi se odluka smatrala donetom potrebna su 62 glasa<sup>21</sup>. Ali od 1. novembra 2014. godine kvalifikovana većina će se ostvariti ukoliko glasaju najmanje 55% članova Saveta, koji obuhvataju petnaest zemalja članica i zemlje članice koje obuhvataju najmanje 65% stanovništva Unije (član 16 st. 4 iz Ugovora za EU kao sastavni deo konsolidovane verzije Lisabonskog ugovora). Kvalifikovana većina će se smatrati postignutom onda kada blokiračka manjina broji do 3 člana. Ova pravila imaju izuzetke prema članu 238 (2) ali se one ne odnose na pitanja zaštite zdravlja i bezbednosti radnika pri radu.

### 3. ZAŠTITA PRAVA ZAPOSLENIH U POGLEDU ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU U ZEMLJAMA DRŽAVAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE

Akti Evropske unije, sekundarno zakonodavstvo, u nacionalnim zakonodavstvima zemalja članica se mogu implementirati na dva načina i to preko normativnih akata države, ili preko kolektivnih ugovora. Naravno da je ovde i direktna primena nekih akata, kao na primer pravila (uredbi). Nezavisno na koji način su implementirane radno-pravne norme Unije, one treba da se poštuju i primenjuju u zemljama članicama. Ukoliko se neka prava ne poštuju, radnik ima mogućnost da se zaštitи pred nacionalnim organima, ukoliko norma na koju se poziva ima direktni efekat<sup>22</sup>, a posle i na komunitarnom nivou. Osnovno pitanje koje se postavlja je dokle je nadležnost nacionalnih institucija o zaštiti prava, nasuprot organima Unije?

---

21 Više kod: B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 103.

22 *Ibid*, 118.

I pored toga što u aktima EU nigde nije rečeno, smatra se da je osnovno napisano pravilo da prednost ima pravo Evropske unije u odnosu na nacionalna prava<sup>23</sup>. Ali sa druge strane, Ugovori o osnivanju, nemaju cilj stvaranja novih pravnih sredstva za zaštitu, pored onih koji postoje u zemljama članicama<sup>24</sup>. Ipak je Sud pravde zauzeo stav da sudovi zemalja članica treba da osiguraju potpunu primenu prava Unije, u svojim nacionalnim pravim sistemima. To se desilo preko određenog broja predmeta koji su bili temelj teorije prednosti<sup>25</sup>. Sudska praksa Suda pravde ima ulogu precedenta, ili ulogu stvaranja evropskog prava u zavisnosti od nacionalnog sistema zemlje članice, a sa druge strane omogućuje nadnacionalnu sudsку zaštitu građana Evrope<sup>26</sup>.

Zaštita prava zaposlenih, na ovaj način će se prvo štititi pred nacionalnim sudovima i organima. Ukoliko to nije moguće ili ukoliko postoji povreda evropskog komunitarnog prava u nacionalnim sudovima, tek tada je moguća zaštita pred Sudom pravde. U okviru nacionalnih pravnih sistema, sa druge strane, postoje i drugi instrumenti o zaštiti kao što su na primer inspekcije rada, razni odbori za zaštitu na radu, organi upravljanja gde postoji radnička participacija, sindikalno delovanje itd. Ipak nacionalni sudovi u zemljama članicama predstavljaju osnovni bastion zaštite komunitarnih prava radnika u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu.

#### 4. EVROPSKE INSTITUCIJE (TEL A) ZA SPROVOĐENJE I KONTROLU ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU

U okviru Evropske unije postoje tela koja imaju savetodavnu, ali i nadzornu i kontrolnu ulogu<sup>27</sup>. Savetodavnu ulogu imaju Komisija za zdravljie i bezbednost u rudarstvu i drugim granama prerađivac-

---

23 A. Ravnić, *Osnove radnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004, 683; *The Relationship Between European Community Law and National Law: The Cases*, Cambridge, 1994, 3.

24 B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 119.

25 A. Ravnić, *op. cit.*, fn. 23, 684.

26 *Ibid*, 685.

27 O institucijama i telima u Uniji više kod: A. Ravnić, *op.cit.*, fn. 23, 666–667; J. Fairhurst, *op.cit.*, fn.1, 84–124.

ke industrije i Savetodavni komitet o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu. Postoji i Evropska agencija za zdravlje i bezbednost na radu, kao i Visoki komitet o inspekciji rada (više od dvadest godina). Evropska agencija, a posebno inspektorat, se staraju o efikasnoj primeni direktiva, kao i ostvarivanju saradnje u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu između zemalja članica, sa ciljem poboljšanja u oblasti radne sredine.

Uključenje inspekcije rada, od država kandidata u radu Visokog komiteta, je bitno radi harmonizacije nacionalnih zakonodavstva u delu zaštite i bezbednosti na radu kao i samog funkcionisanja nacionalnog nadzora u oblasti rada<sup>28</sup>, a sa tim se doprinosi bržem uključenju u punopravno članstvo ovih zemalja.

Jedna od najznačajnijih institucija koja ima nadležnost o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu na supranacionalnom nivou je svakako Evropska Agencija za zdravlje i bezbednost na radu<sup>29</sup>. I pored toga sto je osnovana relativno kasno, krajem oktobra 1995. u Bilbaou (Španjolska), čije se sedište i danas nalazi u ovom gradu, ova Agencija ima značajnu ulogu u zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, što se vidi iz njenih nadležnosti i funkcija. Tako, Evropska Agencija:

- prikuplja i analizira sve informacije o zdravlju i bezbednosti na radu kod zemalja članica i vrši dalju distribuciju ovih informacija;
- prikuplja naučne analize o zaštiti na radu;
- promoviše i podržava razmenu informacija o zaštiti na radu između zemalja članica;
- organizuje konferencije, seminare i druge naučne rasprave o problemima oko zaštite i bezbednosti na radu;
- snabdeva informacijama organe Unije i zemlje članice preko kojih se gradi politika o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu;
- formira mrežu informacija između zemalja članica i koordiniše aktivnosti između njih i međunarodnih tela;

---

28 B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 248.

29 Agencija ima svojstvo pravnog lica, a njeni organi su Upravni odbor, sastavljen od 78 članova u tripartitnom sastavu, Biro, sastavljeno od 11 članova i Direktor. O ovome više može se naći na: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/health\\_hygiene\\_safety\\_at\\_work/c11110\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/health_hygiene_safety_at_work/c11110_en.htm); ili na: <http://osha.europa.eu/en>

- prikuplja i stavlja na raspolaganje podatke od trećih zemalja i međunarodne organizacije kao sto su Međunarodna organizacija rada, Svetska zdravstvena organizacija (SZO), Međunarodna organizacija za migracije (IMO), Panamericka zdravstvena organizacija (PAHO) i dr.;
- sprovodi tehničke, ekonomski i naučne mere u vidu pomoći malim i srednjim kompanijama o zaštiti na radu i promociju dobre prakse;
- razvija akcione planove o podršci i razvoju zaštite zdravlja i bezbednosti na radu itd.

Sve ove nadležnosti Agencije su usmerene ka ostvarenju njenog osnovnog cilja koji je razvoj i poboljšanje u oblasti radne sredine<sup>30</sup>. Agencija radi koordinirano sa ostalim organima Unije, čime se povećava njena efikasnost i značaj. Posebno je važno to što Agencija radi na stvaranju mreže između socijalnih partnera u zemlji članici i nacionalnog zakonodavstva sa supnacionalnim sistemom zaštite na radu. Sa druge strane, sve zemlje članice imaju obavezu da dostavljaju informacije o zdravlju i bezbednosti na radu i to kako u odnosu na legislativu, tako i podatke o praktičnim aspektima primene i povezanim problemima.

U okviru aktivnosti koje preuzima Evropska agencija na polju promocije i razvoja zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, određen deo zauzima i aktivnost na zaštiti posebnih kategorija zaposlenih i to starijih zaposlenih, radnika migranata, lica sa invaliditetom, žena i mladih radnika. Interesantno je što kod zaštite žena, Agencija se zadržava na zaštiti ženskog zdravlja generalno, a ne samo za vreme trudnoće i materinstva, što je bila intencija Direktive 92/85 EEZ. U odnosu na posebne kategorije zaposlenih, Agencija preuzima sve korake i aktivnosti, kao i zaštitu zdravlja i bezbednosti generalno. Kod ovih kategorija zaposlenih, Agencija pravi i dodatne analize i prikuplja informacije, s obzirom na ranljivost ovih grupa, a sa ciljem njihove efikasnije zaštite. Posebno je pozitivno što Agencija prikuplja, obrađuje i distribuiše najznačajnija pitanja i probleme koji se javljaju kod ovih kategorija zaposlenih pri zaštiti na radu i dostupni su za sve, preko sistema i mreža informisanja. U ovom pravcu se sprovode i informacije i ideje o stvaranju dobre prakse i poboljšanju nacionalnih zakonodavnih sistema kod zemalja članica. Takođe se deo programa Agencije, fokusira upravo na ove kategorije zaposlenih<sup>31</sup>.

---

30 R. Blanpain, Ch. Engels, *op. cit.*, fn. 3, 52; B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 248.

31 Više na: <http://osha.europa.eu/en/campaigns>.

Pored Evropske Agencije za koju smatramo da ima centralnu i posebno bitnu ulogu u okviru zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, postoje i drugi organi i tela. Među njima, kao što je pomenuto, spada i Konsultativni komitet o bezbednosti, higijeni i zaštiti zdravlja na radnom mestu, osnovan još 1974. godine, od strane Evropske komisije, gde se pre svega razmenjuju mišljenja i iskustva, koordinišu stavovi zemalja članica. Ovo predstavlja tripartitno telo koje broji 6 članova, po dvoje od svih socijalnih partnera. U okviru Ekonomsko-socijalnog komiteta (osnovan 1957. godine) takođe postoji Sekcija za zaštitu radne i životne sredine, javnog zdravlja i udruženja potrošača. Ova sekcija po potrebi može organizovati studijsko-naučne grupe, koje mogu da analiziraju određeno pitanje ili problem.

Posebna autonomna institucija, koja radi za potrebe Evropske unije, predstavlja Evropska fondacija za unapređenje životnih i radnih uslova, sa sedištem u Dablinu (Irska). Ova fondacija vrši istraživački i informativni rad koji se temelji na naučnim metodama, sa ciljem da se pripreme planovi i mere poboljšanja i unapređivanja socijalnih i drugih pitanja, u vezi sa radom i zaštitom na radu. Na kraju, u okviru Unije postoji i evropska nedelja bezbednosti i zaštite zdravlja na radu.

Pored ranije navedenih institucija i tela koja su deo mehanizma kontrole i nadzora u sprovođenju akata iz oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu treba spomenuti ponovo ulogu Suda pravde Evropske unije. Iako on postupa po inicijativi pojedinaca ili preko kolektivnih inicijativa, kao i po inicijativi zemalja-članica, sa svojim precedentnim pravom nedvosmisleno garantuje poštovanje zakona u primenjivanju ugovora i sekundarnog prava, kao i preko njihovog tumačenja (član 19 t. Ugovora EU). To se posebno ostvaruje preko specijalizovanih sudova koji su deo same strukture Suda.

Sud pravde u prvom redu ima funkciju nadzora primene prava EU u državama članica. To obavlja preko odlučivanja po tužbama u konkretnim sporovima. Odnosno, sud nema ulogu da preko svojih organa, tela ili predstavnika neposredno vrši nadzor, već to radi na zahtev Komisije. Ako Komisija smatra da je određena zemlja članica propustila ispunjavanje obaveze iz nekog ugovora ili sekundarnog izvora ona daje mišljenje. Ukoliko zemlja članica ne postupa po mišljenju Komisije u određenom roku, Komisija sporno pitanje može dati na odlučivanje i rešavanje Sudu pravde<sup>32</sup>.

---

32 A. Ravnic, *op. cit.*, fn. 23, 689; Više kod: P. Craing, G. de Burca, *op. cit.*, fn. 19, 66–67, 71.

Delovanje Suda uopšte, kao i u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu radnika, treba gledati sa jedne dinamičnije strane što znači da bi se razumelo funkcionisanje Suda treba znati da on deluje na način da želi ispitati celokupni kontekst u koji se nalazi određena odredba ili kada daje tumačenje. To je daleko od uskog jezičkog pristupa, i više je teleološki, i baš zato je u prošlosti Sud bio meta napada<sup>33</sup>. Ali i pored toga, njegova velika uloga u odnosu na nadzor i sprovodenje akata Unije sve više se potencira, posebno posle Nice.

## 5. EKOLOŠKI ASPEKTI ZAŠTITE NA RADU U EVROPSKOJ UNIJI

Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu, pored normativnog značaja, ima i širu društvenu ulogu i funkciju, a samim tim i drugačije značenje. Više se ne postavlja pitanje, posebno u Evropskoj uniji, da li postoji povezanost zaštite na radu sa zaštitom ekološke radne sredine i sredine uopšte, nego koliko je uzajamna povezanost i uticaj. Naravno da bi odgovor bio potvrđan konstatacijom da su uslovljenost i povezanost ogromne. Na normativnom i tehničkom planu, a posebno na funkcionalnom-operativnom polju, gde je zaštita na radu deo stvaranja ekološke radne sredine, a sa tim i zdrave životne sredine. Stvaranje udobne radne sredine i okruženja kao deo zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, predstavlja osnovni cilj komunitarnog radnog prava<sup>34</sup>. Zaštita zdravlja se ne može zamisliti u ekološki nezdravoj, odnosno zagađenoj radnoj i životnoj sredini. Iz ovoga se opravdava i nova deviza u okviru Evropske unije, koja glasi: „Socijalna Evropa – Ekološka Evropa“.

Možemo reći da zaštita zdravlja i bezbednosti na radu ima dve dimenzije ekološke pojavnosti, i to kako za konkretnog radnika na koga se odnosi i koga se tiče, tako i za celu životnu sredinu, gde se sprovode određene mere, što znači za sve građane. Ovo pre svega kada je reč o opštoj zaštiti. Zaštita posebnih kategorija zaposlenih, u sebi ta-

---

33 P. Craing, G. de Burca, *op. cit.*, fn. 32, 74–75. Najpoznatiji od prvih kritičara Suda je bio Rasmussen koji je smatrao da je Sud tražio „inspiraciju u uputstvima koja su u suštine političke prirode, a ne pravne i prema tome nisu sudske primenjivе“, više kod: H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Nijhoff, 1986, 62.

34 B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 242.

kođe uključuje i ekološke aspekte, odnosno ekološku dimenziju. Preko zaštite posebnih kategorija radnika direktno, a u većem delu i indirektno, utiče se na stvaranje i očuvanje zdravlja radnika u zdravoj životnoj i radnoj sredini.

Povezanost između životne i radne sredine u Evropskoj uniji je odavno prevaziđena i akceptovana sfera delovanja. Može se reći da je još 70-tih godina prošlog veka stvoren Eurofond<sup>35</sup> za poboljšanje životnih i radnih uslova. Ovo je tripartitno telo čiji je glavni cilj da doprinese planiranju i uspostavljanju boljih uslova za život i rad, u smeru povećanja i proširenja znanja, sa kojima bi se postigao taj cilj<sup>36</sup>. Ustvari Fond predstavlja kariku povezivanja između aktuelnih politika koje se sprovode u Zajednicama, sa jedne strane, i pružanje, pre svega naučnih i tehničkih informacija institucijama u zajednicama, sa druge strane.

Poboljšanje životnih uslova preko poboljšanja radnih uslova generalno, Eurofond koncepira u nekoliko tačaka delovanja među kojim i sveobuhvatno mobilizovanje svih činioца koji mogu dati doprinos kao što su univerziteti, državni organi, poslovni subjekti i socijalne institucije bilo koje vrste. Za ostvarenje svog cilja, Eurofond posebno deluje na više polja. U delu radnih odnosa, Eurofond radi na poboljšanju radnih uslova preko organizacije procesa rada, radnog vremena, fleksibilnosti, kao i promene radnih uslova<sup>37</sup>. U delu životnih uslova, Fond se posebno brine za sve činioce koji utiču na uslove za život građana Evrope, uzimajući u obzir balans između rada i porodičnog života, dalje, sprovođenje javnih zdravstvenih usluga, kao i stvaranje sistema integrativnog zapošljavanja<sup>38</sup>. Ova dva aspekta delovanja Fonda, ustvari dobijaju realnu komponentu uključenjem agende delovanja koja se odnosi na industrijske odnose. To podrazumeva delovanje u sferi korporativnih poslovnih subjekta u društvu preko njihove promene i prestrukturiranja, a sa ciljem, njihove bolje integracije u sistemu ravnoteže između zdrave radne sredine i zdrave životne sredine. Na taj način se želi napraviti jedna vrsta „evropeizacije“ industrijskih odnosa.

---

35 Formiran je u 1975 godinu u Dablinu (Irskoj) aktom: Council Regulation (EEC) No 1365/75.

36 Više u: Regulativi 1365/75 EE3.

37 O ovome više na: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/health\\_hygiene\\_safety\\_at\\_work/c11111\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/health_hygiene_safety_at_work/c11111_en.htm)

38 *Ibid.*

Iz svega ovoga može se zaključiti da Eurofond ima značajnu ulogu u sistemu povezivanja zdrave radne i životne sredine. U stvari, to znači poboljšanje radnih uslova kao deo dela životnih uslova. Obuhvatajući ova tri segmenta, radni odnos (zaštita na radu), životne uslove i industrijske objekte (subjekte) ustvari zaokružuje se krug delovanja i obuhvataju se svi aspekti celine, koja znači povezanost uzajamnost između ekologije i zaštite zdravlja i bezbednosti radnika (građana). Fond tenuo sarađuje i sa Evropskom agencijom za zdravlje i bezbednost rada upravo u smeru ostvarivanja cilja: „zdrava životna sredina preko zdrave radne sredine“.

Sa ciljem da se poboljša radna sredina, Unija je uspostavila i sistem statističkih podataka koji se odnose na javno zdravlje i na zdravlje i bezbednosti radnog mesta. Reč je o povezanosti i međusebnjoj uslovljenoći uslova na radnom mestu i javnog zdravlja. Ovim i empirijskim podacima se dokazuje direktna zavisnost zdrave radne sredine sa javnim zdravljem nacije, ili drugim rečima, koliko loši i ne ekološki radni uslovi utiču na javno zdravlje. Ovde naravno, kao što je pomenuto, glavni faktor krajnjeg rezultata ima stepen zaštite zdravlja i bezbednosti na radu svih zaposlenih, a naročito posebnih kategorija radnika.

Značenje koje Unija daje poboljšanju ekološke sredine, preko poboljšanja radne sredine se ogleda i u donetoj „strategiji Unije o zdravlju i bezbednosti na radu“<sup>39</sup>. U njoj se predviđa kreiranje nacionalnih politika koje će biti u pravcu poboljšanja javnog zdravlja novim pravnim okvirima, kao i promocija zdravije i bezbednije radne sredine u okviru životne sredine uopšte. U ovome posebnu ulogu treba da imaju kompanije. Znači, promoviše se drugačiji koncept od do sada poznatog, gde države članice treba da prenesu deo odgovornosti i tereta zdrave i bezbedne sredine na poslovne subjekte, ali i na radnike preko tzv. radničke participacije u smislu sprovođenja i kontrole zaštite na radu. Sve ovo ima krajnji cilj da se promoviše deviza da dobro zdravlje na radu pomaže u promovisanju javnog zdravlja i života (životni uslovi) u celini, kao i produktivnost i konkurentnost kompanije. Iz ovoga, ako se uzmu u obzir i troškovi socijalnih davanja, usled problema sa zdravljem, uzrokovani na radnom mestu, dobiće se prava slika koja ima ekološki aspekt zaštite na radu za kompanije, radnike i celokupno društvo. Takođe može se reći da ekološka radna sredina u sebi inkorporira element prevencije, i obratno.

## 6. ODGOVORNOST POSLODAVCA U ODNOSU NA ZAŠTITU ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU

U okviru opšte zaštite na radu, poslodavci nisu jedina lica koja su zadužena za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu<sup>40</sup>. Tu obavezu imaju i ona lica koja su zadužena za dizajn i proizvodnju mašina i alata. Sa druge strane, neke odgovornosti su prenesene i na sindikate, i na kraju, ali ne manje značajno, radnici nemaju samo pravo na zdrave i bezbedne uslove, nego imaju i dužnost da se pridržavaju zaštitne regulative i da sarađuju u njenoj implementaciji<sup>41</sup>. Ipak, poslodavci imaju najveću obavezu za obezbeđivanje bezbedne i zdrave radne okoline<sup>42</sup>. Ta obaveza je najčešće predviđena zakonskim normama i supstituiše se ugovorima o radu, kao i drugim aktima koji bi mogli da obuhvate ovu problematiku. To bi mogli biti kolektivni ugovori o radu, gde se socijalni partneri dogovaraju o obavezama poslodavca (što znači da se ne radi samo o volji poslodavca), ili aktima koje donosi sam poslodavac (npr. pravilnik o zaštiti i bezbednosti na radu) i dr. Obim obaveza koje treba da preuzme poslodavac, u vezi sa zaštitom i bezbednosti na radu se razlikuje u razlicitim zemljama Unije, ali se ipak izdvajaju neke sveprisutne i karakteristične obaveze. Tako, poslodavac je posebno odgovoran za: bezbednost opreme i mašina na radu, odgovarajuću bezbednost na radnom mestu, obezbeđenje zaštite opasnih delova radnih prostorija ili mašina, predviđanje individualne i kolektivne bezbednosti radnika i zdravlje životne sredine; odgovarajuću organizaciju procesa rada, medicinska ispitivanja i kontrole radnika itd. Takođe su oni najčešće zaduženi za pripremu planova o zaštiti, o sprovođenju obuka, informisanju o opasnostima na radu radnika i dr. Situacija se menja u zavisnosti od toga da li je reč o velikoj kompaniji ili malim firmama, kao i da li je reč o korporacijama, samozaposlenju i sl. Samo u malim firmama postoji najčešće direktna odgovornost poslodavca u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu. U ostalim slučajevima, najčešće je reč o alokaciji odgovornosti menadžerskog kadra ili na lica koja su zadužena za zaštitu i bezbednost na radu<sup>43</sup>. Ali, da li isti princip, odnosno principi, važe i u slučaju zaštite posebnih kategorija radnika?

---

40 W. Szubert, „Safety and Health at Work“, Chapter 7, *Labour Law*, Volume XV, 1983, 29.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 O sistemu alokacije više kod: W. Szubert, *op. cit.*, fn. 40, 31.

Normativni okvir kod zemalja Unije, poslodavca stavlja kao centralnog aktera u odnosu na obaveze o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu posebnih kategorija zaposlenih (tzv. posebna zaštita). U stvari, još samom okvirnom Direktivom (89/391/EEZ) poslodavci su aktivno legitimisani da preuzimaju niz koraka i obaveza u odnosu na zaštitu radnika. Uloga poslodavca je bivalentna, koja se ogleda u preuzimanjem preventivnih mera i zaštitnih mera. Danas se posebno stavlja akcenat na preventivne mere. Tako, u članu 6 Direktive su nabrojani svi principi na kojima se temelji prevencija<sup>44</sup>. Kad se radi o posebnoj kategoriji radnika, poslodavac može da odstupa od opštih principa u pripremi programa za zaštitu. Moguće je ovim radnicima dati prednost pojedinih sistema zaštite, kao i pripremiti posebne programe za zaštitu, samo za ovu kategoriju radnika, programe koji će se razlikovati od ostalih akata (pravilnici, odluke i dr.). Na kojoj se suštini temelji odgovornost poslodavca za posebne kategorije radnika?

Ona je suprotna pravima koje imaju radnici. Sa tehničkog aspekta zaštite, poslodavac ne sme ni u jednom slučaju ove kategorije radnika da izlaže povećanom ili dopunskom riziku, bilo kakvog izvora (hemski, fizički, biološki). Sa druge strane, u normativnom radnom okviru, ovi radnici treba da uživaju povećan obim prava, ili povećanu zaštitu u odnosu na primenu prava i obaveza, od samog radnog odnosa. Ova kategorija radnika predstavlja posebnu ranjivu grupu radnika zbog njihovih individualnih fizičkih i psihičkih svojstava. Takav je slučaj i sa mlađim radnicima, gde poslodavac ima brojne odgovornosti, kako u tehničkom, tako i u radno-pravnom smislu, pri obezbeđivanju zaštite. Isto je i kod trudnih žena, lica sa invaliditetom i starijih radnika.

Podsećanja radi, danas u Evropskoj uniji se dešava 167.000 smrtnih slučajeva<sup>45</sup> zbog povreda na radu ili bolesti. Pored toga, nesreće na radu koje prouzrokuju odsustvo sa rada više od tri dana popelo se na 7 miliona godišnje<sup>46</sup>. Sve ovo ukazuje na alarmantnu situaciju koja i pored svih napora Unije još uvek predstavlja oblast koja

---

44 To su: izbegavanje rizika, procena rizika koji se ne mogu izbeći, zamena opasnih sredstava i metoda sa manje opštim, pružanje prednost kolektivnim merama bezbednosti, nasuprot pojedinačnim i.t.d. O ovome više u: Direktivi 89-391, član 6 i dalje.

45 IOSHA – Improving the OSH (Occupational Safety and Health) awareness of employers and employees in CEE, 3, preuzeto sa: [www.mgyosz.hu/projekti/20090915iosha\\_a.doc](http://www.mgyosz.hu/projekti/20090915iosha_a.doc)

46 *Ibid.*

prouzrokuje brojne probleme. Posledice su u odnosu na zaposlene, ali i uopšte na ekonomiju. Naravno da se ovde pre svega misli na sistem socijalne sigurnosti ili osiguranja, kao i ogromne sume koje se isplaćuju za obeštećenja. Sa druge strane, za sprečavanje i prevenciju ovakvog stanja, jednu od ključnih uloga ima i treba da odigra ustvari poslodavac (pored radnika, države i sindikata). U tom smislu je i koncepirana strategija o zaštiti i bezbednosti zdravlja u EU 2009–2012, u kojoj se planira smanjenje nesreća i povreda na radu do 25 %, zaključno sa 2012. godinom u EU-27, o čemu je bilo reči.

Da bi se postigao taj cilj, uloga poslodavca je usmerena preko opredeljivanja odgovornosti na komunitarno pravnom nivou, ali ujedno i u kreiranju normativnih okvira zemalja članica. Tako, u zemljama članicama, nacionalna zakonodavstva tačno opredeljuju ulogu i odgovornost poslodavca pri ostvarenju zaštite i bezbednosti na radu svih zaposlenih, ujedno i posebnih kategorija radnika. Tako je u Irskoj, Engleskoj, Belgiji, Grčkoj, Nemačkoj, Holandiji, Sloveniji i dr.

Zbog specifičnosti i složenosti pitanja, a naročito imajući u vidu brojne izazove sa kojima se sreću zemlje članice u Uniji pri obezbeđivanju zaštite radnika, a naročito posebne kategorije zaposlenih, sve više se razvija koncept supsidijarne odgovornosti između poslodavca i radnika, odnosno sindikata. Sindikati imaju sve značajniju ulogu u sprovođenju programa o zaštiti radnika, ali i same zaštite na radnom mestu. Ova tema je sve više deo socijalnog dijaloga i kolektivnih pregovora, čime i sam princip odgovornosti poslodavca dobija drugačiju dimenziju. Svakako da je odgovornost poslodavca u prevenciji i zaštiti bezbednosti zdravlja radnika, ključna uloga (bila je i biće), s obzirom na njegovu dominantnu, zakonski subordiniranu ulogu u procesu rada i samog radnog odnosa.

Poslednjih godina se primećuju određene aktivnosti u odnosu na zaštitu i bezbednost zdravlja na radu od strane Unije poslodavaca (UNICE) koja ima posebnu službu koja se bavi zaštitom zdravlja i bezbednosti na radu. Osnovni cilj je smanjenje troškova o zaštiti i bezbednosti na radu, a samim tim i celokupnih troškova rada. Upravo zato su poslodavci posebno zainteresovani za implementaciju preventivnih mera i edukaciju radnika.

Na kraju treba ponoviti i podvući da veliki broj obaveza i odgovornosti poslodavca, a sa tim i njegova uloga u zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, su opredeljeni okvirnom Direktivom 89/391.

Samom implementacijom (transponiranjem) ovog akta u nacionalnom zakonodavstvu, u velikom se delu oformljuje sistem i struktura odgovornosti poslodavaca<sup>47</sup>.

## 7. ULOGA SOCIJALNIH PARTNERA U ZAŠTITI ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU

Odgovornost poslodavca za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu je najveća i najznačajnija, ali ipak nije jedina. Naravno da odgovornost imaju i oni koji proizvode i projektuju mašine koje se koriste na radu<sup>48</sup>. Odgovorni su i sindikati, sami radnici, a i država. Pored stvaranja normativnog okvira, nadzora i sankcionisanja zaštite na radu, država ima posebnu ulogu u ostvarenju zaštite posebnih kategorija zaposlenih.

Sindikalne organizacije danas postaju sve značajniji subjekt u prevenciji i zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu<sup>49</sup>. To je zbog tendencije u okviru Unije koja se odnosi na stvaranje aktivnije uloge socijalnih partnera u okviru stvaranja i obezbeđivanja bezbednih i zdravih uslova za rad. U tom smislu, sindikati dobijaju sve veću ulogu, gotovo veću u odnosu na same radnike i državu. Aktuelni koncept koji se promoviše poslednjih godina i na komunitarnom i na nacionalnom nivou teži davanju proaktivne uloge sindikalnim centralama i prenošenju dela odgovornosti za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu. To se najbolje omogućava kroz razvijanje socijalnog dijaloga i kolektivnih pregovora. Može se reći da je opšteprihvaćena paradigma u Evropskoj uniji da se težište mora pomeriti sa poslodavca prema ostalim socijalnim partnerima, naravno u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. Ovo je posebno izraženo za posebne kategorije zaposlenih, gde se sindikati (kao na pr. ETUC<sup>50</sup>) posebno brinu o njihovoj posebnoj zaštiti na radu. Današnji odnos između poslodavca i sindikata se vidi kao partnerski odnos sa ciljem poboljšanja zaštite zdravlja i bezbednosti na

47 Više kod: R. Nilsen, *European Labour Law*, Copenhagen, 2000, 124 i dalje; R. Blanpain, Ch. Engels, *op. cit.*, fn. 3, 319 i dalje.

48 W. Szubert, *op. cit.*, fn. 40, 29, 34.

49 Ovim mislimo na današnju ulogu sindikata u kapitalističkim zemljama, dok su istorijski gledano, sindikati u periodu socijalizma kod određenih zemalja Europe imali značajnu ulogu, rekli bi i ključnu ulogu u zaštiti na radu.

50 Reč je o European Trade Union Confederation-ETUC, koji je reprezentativni sindikat na evropskom nivou.

radu. Upravo partnerski odnos i uzajamna saradnja između socijalnih partnera je najizraženija kod posebne zaštite na radu određenih kategorija zaposlenih.

Ipak smatramo da i pored toga što se javlja pomeranje oko osnovnog koncepta odgovornosti za zaštitu i bezbednost na radu u okviru EU, na dugi rok ne treba očekivati da će se sindikatima davati neki veći značaj u odnosu na odgovornosti za ostvarenje zdrave i bezbedne radne sredine. To nije intencija i bazična postavka samih ekonomsko-tržišnih mehanizama. Tim pre što je i sama ekonomska kriza pokazala da se u takvim uslovima prava radnika smanjuju, a sindikati su nemoćni da učine nešto više da bi zaustavili taj trend. Sa druge strane, ova uloga i povećanje značaja sindikata je više deklarativna i paradna, jer po definiciji to nije uloga sindikata, a poslodavci imaju glavnu reč u implementaciji mehanizama za zaštitu na radu. Svakako da je na njihovoj strani mogućnost za organizovanje radnika da mirnim metodama (pregовори, arbitraže i sl.), ili kolektivnim akcijama (štrajk) preuzmu mere za zaštitu i ostvarivanje prava na zdravu i bezbednu sredinu. U budućnosti sindikati (nezavisno na kom nivou-nacionalnom ili evropskom) treba da posvećuju veću pažnju posebnim kategorijama radnika, koji prema empirijskim saznanjima su sve ranjiviji i mnogo više izloženi lošim radnim uslovima od ostalih radnika<sup>51</sup>.

Odgovornost radnika kao koncept nije noviji. Oni nisu samo zaštićeni, nego su i obavezni da doprinose ostvarivanju bezbednosti i zdravlja na radu. Potrebna je naročita pažnja kod delegiranja i podele nadležnosti sa poslodavaca na sindikate i radnike, gde se ne sme učiniti pogrešan strateški manevr, čime bi se smanjila odgovornost samih poslodavaca u odnosu na radne uslove i bezbednost na radu. Ovo bi značelo tipičnu zloupotrebu prava i „pranje ruku“ od strane poslodavaca. Ovaj proces će biti ubrzан aktuelnom ekonomskom krizom u svetu, gde poslodavci pokušavaju da smanje svoje troškove,

---

51 U ovom smislu, misli se na mlade radnike koji su na primer mnogo izloženiji stresu od ostalih radnika. Takođe stanje je slično i za lica sa invaliditetom, za koja se i samo komunitarno pravo tek razvija i predviđa zaštitne norme. Stariji radnici na evropskom nivou se mnogo teže uključuju na tržište rada, kada ostanu bez posla, a trudnice su izložene polnoj diskriminaciji i nemogućnosti za ostvarenje osnovnih prava po osnovu trudnoće i materinstva. To nije slučaj kod ostalih zaposlenih. Upravo zato smatramo da uloga sindikata za sve ove zaposlene može da ima i treba da bude od neprocenjive vrednosti i egzistencionalnog značaja.

na svaki mogući način, a za njih je najbezbolnije – preko radnika (otpuštanjem ili smanjenjem prava).

## 8. UMETO ZAKLJUČKA

Zaštita zdravlja i bezbednosti na radu predstavlja posebno značajno pitanje u Evropskoj uniji. Razmatranjem ovog pitanja, u celoj njegovoj kompleksnosti, samo potvrđuje opredeljenost Unije da preko direktiva (ali i drugih akti) odlučno postavi visoke standarde na ovom polju. Implementacijom direktiva za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu radnika, u zemljama članicama, konkretno se ostvaruju prava zaštite i bezbednosti na radu.

Pored toga, u poslednje vreme se posebno razvija i prihvata gledište o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu kroz prizmu dostojanstava na radu. Dostojanstvo na radu obuhvata zaštitu same ličnosti u njenoj duhovnoj, etičkoj i moralnoj pojavi, a ne samo zaštita fizikusa. To se najbolje uočava u razvijanju svesti, ali i normi o zaštiti „lepote čovekove ličnosti“<sup>52</sup>. To je direktno povezano sa zaštitom od uznemiravanja ili ucene na radu, kao i sa zaštitom prava privatnosti na radnom mestu<sup>53</sup>. Evropski sud pravde je posebno aktivан na ovim poljima, posebno kod zaštite privatnosti. Sve ovo predstavlja deo prihvaćenog sadržaja *acquis communautaire*. Ove nove tendencije, pored njihove aktuelnosti u Evropskoj uniji, paralelno se razvijaju i na međunarodnom planu, u MOR-u, OUN, kao i u Savetu Evrope.

Na kraju se može reći da zaštita zdravlja i bezbednosti na radu, kao osnovni postulat i izvor same pojave radnog zakonodavstva u Evropi, vremenom evoluira u tzv. treću generaciju ljudskih prava (okolinska prava). Zaštita i bezbednost na radu je danas višeslojna i odnosi se na različne profesije, na sve zaposlene, ali i na posebne kategorije zaposlenih. Razvijajući zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, u EU i Savetu Evrope se neguje i njena osnovna vrednost, a to je zaštita samog čoveka kao zaposlog, njegov život, zdravlje i dostojanstvo. Pri tome se štiti čovek – zaposleni, radnik–građanin kao ličnost u fizičkom i duhovnom smislu. Jer se samo na dva mesta, istinski može izgubiti značenje reči čovek, a to je pred organima države i na radnim mestima.

---

52 B. Lubarda, *op. cit.*, fn. 6, 264.

53 *Ibid*, 268–269.

Dr. Lazar Jovevski

## LEGAL AND ORGANISATIONAL ASPECTS OF PROTECTION OF HEALTH AND SAFETY AT WORK IN EUROPEAN UNION

### *Summary*

The paper considers the protection of health and safety at work in the European Union through its occurrence in legal and organizational context. It includes the source of the rights on the normative side, and practical aspects of applying the normative framework of the Union and the Member States. Then, it analyzes the system of authorities and bodies for the implementation of health and safety at work, social subjects as active stakeholders in implementation, as well as new trends and basic paradigm for understanding the protection of health and safety at work. Legal and organizational system of protection of health and safety at work is the essence of concept of application and efficiency of the *acquis communautaire* values.

**Keywords:** *Health and safety at work. – European Union. – European Agency for health and safety at work. – Eurofonds. – European legal framework.*

*Dr Balša Kašćelan\**

## O STVARNOJ ULOZI VEŠTAKA U PARNIČNOM POSTUPKU

*Sud poseže za veštakom kao dokaznim sredstvom samo kada je to potrebno radi utvrđenja ili razjašnjenja neke činjenice a sud ne raspolaze potrebnim stručnim znanjem. Uloga veštaka se iscrpljuje izvođenjem veštačenja i davanjem saopštenja o preduzetom veštačenju. Da bi veštačenje bilo uspešno, ono zavisi i od uloge sudije i od delovanja veštaka. Odgovornost sudskih veštaka je velika, imajući u vidu da analiza sudske prakse pokazuje da sud veoma često usvaja nalaz i mišljenje veštaka od kojeg je tražio pomoć prilikom utvrđivanja neke sporne činjenice.*

Ključne reči: *Veštak. – Dokazno sredstvo. – Sudija. – Odgovornost. – Nalaz i mišljenje.*

### 1. UVOD

U savremenom svetu sa razvojem civilizacijskih dostignuća i sve većom prepletenošću pravnih subjekata pojavljuje se veliki broj sporova koji se značajno meri neposredno ili posredno oslanjaju na jedno dokazno sredstvo – veštace. Kao što kaže prof. Šarkić, opšta kriza koja postoji kod nas reflektovala se i na pravni sistem i dovela do povećanja broja predmeta i njihovog usložavanja.<sup>1</sup> Na samom početku izlaganja, treba istaći da su veštaci samo jedno od predviđenih dokaznih sredstava koje je regulisano Zakonom o parničnom postupku.<sup>2</sup> Pritom, veštaci kao takvi, su dokazno sredstvo, nije veštačenje dokazno sredstvo

---

\* Autor je docent Pravnog fakulteta, Univerziteta Slobomir, bkascelan@yahoo.com.

1 U ovim novim okolnostima pojavljuje se sve veći broj sporova čije rešavanje nije moguće bez adekvatne veštine odlučivanja. Videti: Nebojša Šarkić, Mladen Nikolić, „Veštačenje kao dokazno sredstvo“, *Pravna riječ* 24/2010, 415.

2 Zakon o parničnom postupku („Sl. glasnik RS“, br. 72/2011) reguliše pitanje veštaka kao dokaznog sredstva u odredbama 259–275.

(omaška koja se gotovo odomačila u teoriji).<sup>3</sup> Veštačenje pak, predstavlja aktivnost koju obavlja veštak, to je njegov zadatak koju preduzima kao poverenu dužnost od strane suda. Sudija pribegava veštaku kao dokaznom sredstvu i veštačenju kao radnji kada je potrebno radi utvrđivanja ili razjašnjenja neke činjenice stručno znanje kojim sud ne raspolaže.<sup>4</sup> Drugim rečima, veštačenje je pružanje stručnog znanja i veštine<sup>5</sup> na činjenice koje predstavljaju predmet veštačenja.

Sa pojmom veštačenja i veštaka se ne susrećemo samo u parničnom postupku već i u drugim postupcima pre svega u krivičnom, ali i u prekršajnom, upravnom i dr. Kada je reč o mogućim dodirnim tačkama uloge veštaka u krivičnom i parničnom postupku, uzećemo u razmatranje jednu situaciju koja je dosta česta. Naime, parničnom postupku koji se vodi za naknadu štete, obično prethodi krivični postupak u kome se utvrđuje krivica.<sup>6</sup> To znači da se u krivičnom postupku utvrđuje koji je obim i vrsta povrede oštećenog. Sudija prilikom donošenja presude o krivici okriviljenog uzima u obzir nalaz i mišljenje veštaka o stepenu povrede i njenim posledicama. Kada oštećeni, nakon dobijanja krivične presude, odluči da tuži osuđenog zbog naknade štete za npr. pretrpljene bolove, parnični sudija će po pravilu angažovati veštaka da utvrdi na koji način su te povrede uticale na tužioca i kakve su sve posledice proizvele. U slučaju da se „nalaz i mišljenje veštaka iz parnice razlikuje od nalaza i mišljenja veštaka iz krivičnog postupka, sud je dužan da nastale protivrečnosti otkloni“.<sup>7</sup>

Ovde takođe, možemo postaviti i pitanje da li parnični sudija može odlučiti da upotrebi nalaz i mišljenje veštaka iz krivičnog postup-

3 Zoran Stanković, „Veštačenje i veštaci u parničnom postupku“, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete*, 2011, 20; Duško Medić, „Značaj veštačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovackog zakonodavstva i pravne prakse*, 7/2009, 234; Dragan Obradović, „Veštaci i veštačenje u srpskom procesnom zakonodavstvu“, *Pravni informator*, 1/2008, 65.

4 Pravilno utvrđivanje činjenica u velikom broju slučajeva traži određenu stručnost da bi se to postiglo. Borivoj Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad, 2004, 307.

5 „Veštačenje je parnična radnja kojom se pribavlja poseban dokaz-iskaz veštaka i kao takva doprinosi ostvarenju načela materijalne istine“. Jozo Čizmić, „O veštačenju u parničnom postupku sa posebnim osvrtom na veštačenje na području medicine“, *Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka*, 1/2011, 473.

6 Videti opis situacije i navedeno mišljenje: Z. Stanković, *op. cit.*, fn. 3, 19.

7 *Ibid*, 20.

ka koji se tiče neke odlučne činjenice koja je osporena u parničnom postupku? Drugim rečima, da li parnični sud može kao dokazno sredstvo koristiti iskaz veštaka iz krivičnog postupka? Ovo pitanje može dobiti na značaju imajući u vidu približavanje dva pravna sistema: „common law“ sistema i kontinentalnog (civilnog), prava.<sup>8</sup> Principi common law-a najvećim delom su sadržani u donetim sudskim odlukama, najčešće viših sudova, a koje se odnose na specifične situacije koje mogu nastati kao posledica spornih slučajeva koje su niži sudovi rešili. Za razliku od „common law“ sistema, civilno pravo, odnosno kontinentalno pravo<sup>9</sup>, može se definisati kao pravna tradicija koja je nastala na osnovu rimskog prava, kodifikovanog od strane Justinijana, i koja se proširila po čitavoj Evropi.<sup>10</sup>

Kada govorimo o upotrebi dokaznog sredstva u krivičnom i parničnom pravu, u anglosaksonском праву традиционално постоји јасна дистинција између доказа који се примењује у кривичном праву и одговарајућег доказа који се примењује у грађанским поступцима. Наиме, у кривичном праву се захтева да биће кривичног дела буде доказано употребом одређеног доказног средства „изнад сваке сумње“ (beyond reasonable doubt),<sup>11</sup> док у грађанском судском поступку када се користи одређено доказно средство (нпр. веštак), захтева се

---

8 A.W. Sijthoff, *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law*, 1961, 56; Evans-Jones, „The Civil Law Tradition in Scotland“, *The Stair Society*, Edinburgh, 1995, 7.

9 Kontinentalno pravo за razliku od common law sistema je veoma složeno хијерархијски организовано и заснива се на општим одредбама, широким принципима где нема много места pojedinačним одредбама. Attwool-Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, 165.

10 Овде треба само напоменути да је континентално право условно ређено поделјено на две струје: кодификовано римско право које је добило свој израз у Француском грађанском законику, Аустријском грађанском законику, Немачком грађанском законику, Српском грађанском законику и др., а друга варијанта континенталног права је некодификовано право заступљено у Шкотској. Oliver Antić, *Family Law and Inheritance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2006, 26;

11 Standard који се тиче доказивања изнад сваке сумње примењује се у кривичном праву од 1700. године и игра веома значајну улогу у кривичној процедуре. Видети: Henry A. Diamond, „Reasonable doubt to define, or not to define“, *Columbia Law Review*, Vol. 90, No. 6, 1990, 1716–1736; Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307 (1979).

manji stepen sigurnosti i traži se tzv. „obična verovatnost“ (preponderance of the evidence).<sup>12</sup>

Analizirajući situaciju u srpskom pravu, vidimo da zakonodavac u krivičnom postupku navodi da je sud u obavezi da utvrdi činjenicu tako da se isključuje svaka razumna sumnja u njenu istinitost<sup>13</sup>, drugim rečima, sud zasniva odluku samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren.<sup>14</sup> Sa druge strane, u parničnom postupku se može napraviti teorijska razlika između utvrđivanja činjenica koje se tiču procesnih prepostavki i utvrđivanja činjenica od kojih zavisi osnovanost meritornih zahteva. Kada sud odlučuje o procesnim pitanjima, koje ne utiču na okončanje postupka, radi ekonomičnosti postupka<sup>15</sup> (a u skladu sa Preporukom Komiteta ministara državama članica o efikasnosti sudskega postupaka)<sup>16</sup>, preovlađuje mišljenje<sup>17</sup> da je verovatnost u odlučivanju dovoljna. Kada je reč o utvrđivanju činjenica od kojih zavisi odluka o osnovanosti tužbenih zahteva, sud takvu odluku mora formirati na osnovu izvesnosti da određena činjenica postoji ili ne postoji. Drugim rečima, vidimo da se dokazno sredstvo izvedeno u krivičnom postupku (utvrđeno sa izvesnošću), može koristiti i u parničnom postupku. Međutim, u parničnom postupku sud može ceniti samo dokaze koji su u samom parničnom postupku izvedeni, a korišćenje dokaza iz drugih postupaka je moguće iz razloga ekonomičnosti postupka, ali samo pod uslovom da su parnične stranke na to nedvosmisleno i izričito pristaže.<sup>18</sup>

12 Dominique Demougin, „Preponderance of evidence“, *European Economic Review*, 50/2006, 963.

13 O dokazima i stepenovanju sumnje u pretkrivičnom i krivičnom postupku videti: Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2012, 202.

14 Videti član 16 Zakonik o krivičnom postupku. („Sl. Glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012).

15 Zahtev za procesnom ekonomijom nije nova stvar u procesnom pravu. O ekonomičnosti građanskog sudskega postupka videti i: Siniša Triva, „Mere koje imaju za cilj da građanski sudske postupak bude brži i efikasniji“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1972, 418.

16 Preporuka CM/Rec (2010)12.

17 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, 480; Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1989, 241.

18 Veštačenje iz drugog postupka može se koristiti kao dokaz u konkretnoj parniči samo uz izričitu saglasnost stranaka. U tom smislu se opredeljuje i sudska praksa: Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 11521/05.

Takođe, veštak kao dokazno sredstvo je samo jedna od mogućnosti koje može odrediti sudija u cilju utvrđivanja činjenica u parničnom postupku. Sa druge strane, u krivičnom postupku veštačenje ima malo drugačije mesto. Naime, u krivičnoj proceduri ako postoji sumnja da je smrt određenog lica neposredna ili posredna posledica krivičnog dela<sup>19</sup> ili je u trenutku smrti lice bilo lišeno slobode ili je nepoznat identitet leša, tada je obavezno sprovesti radnje veštačenja koje se tiču pregleda i obdukcije leša. Isto tako, kada se radi o utvrđivanju uračunljivosti okrivljenog, sud je u obavezi da odredi tzv. psihijatrijsko veštačenje.<sup>20</sup>

Uloga veštaka i značaj samog veštačenja u parnici zavisi ne samo od stručnosti i objektivnosti veštaka, već i od ponašanja i delovanja sudije.<sup>21</sup> Naime, veštak radi i postupa isključivo po nalozima i prema upustvu koje mu je odredio sud.<sup>22</sup> Sud određuje predmet veštačenja i rukovodi procesom veštačenja. Ukoliko su upustva o predmetu veštačenja jasna i ne ostavljaju mogućnost proizvoljnog tumačenja, nalaž i mišljenje veštaka će biti pouzdano, precizno i sveobuhvatno. Sveobuhvatnost se odnosi na pružanje odgovora na sva zadata pitanja a da pritom veštak ne sme preći granicu između utvrđivanja činjenica i njihove ocene. Veštak ne sme tretirajući neku činjenicu upustiti se u ocenu pravnih pitanja,<sup>23</sup> njegov zaključak i mišljenje ne mogu ni na koji način analizirati osnovanost tužbenog zahteva.<sup>24</sup>

Sud poseže za veštakom kao dokaznim sredstvom samo kada je to potrebno radi utvrđenja ili razjašnjenja neke činjenice a sud ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem.<sup>25</sup> Uloga veštaka se iscrpljuje

- 
- 19 U mišljenju će veštak navesti poreklo i neposredni uzrok smrti (član 129–131. Zakonika o krivičnom postupku).
  - 20 Videti o uvođenju biološkog veštačenja u krivični postupak: Dragan Obradović, „Veštaci i veštačenje u srpskom procesnom zakonodavstvu“, *Pravni informator*, 1/2008, 65 i dalje.
  - 21 Kod određivanja veštaka i naloga za veštačenje sud je dužan dati veštaku konkretni nalog a ne paušalno rešenje o utvrđivanju štete, jer takva vrsta veštačenja ne predstavlja stručnu pomoć суду za rešavanje konkretnog spora. Viši privredni sud, Pž. 105/92, navedeno prema: Tomislav Krsmanović, *Parnica u praksi*, Beograd, 2003, 199.
  - 22 S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, fn. 17, 526.
  - 23 Sud prilikom davanja upustva o predmetu veštačenja ne sme tražiti od veštaka odgovor na pravna pitanja. J. Čizmić, *op. cit.*, fn. 5, 475.
  - 24 Veštak je pomoćnik suda isključivo u utvrđivanju činjenica, videti o tome: D. Medić, *op. cit.*, fn. 3, 235.
  - 25 Videti član 259 ZPP.

izvođenjem veštačenja i davanjem saopštenja o preduzetom veštačenju. Da bi veštačenje bilo uspešno, ono, kao što smo napomenuli, zavisi i od uloge sudije i od delovanja veštaka. Naime, u situaciji kada je sud dao nepotpuno i protivrečno upustvo veštaku, a veštak nije tražio razjašnjenje ili je pogrešno postupio po uputu, odgovornost za veštačenje se nalazi i na adresi suda i na adresi veštaka.

## 2. ULOGA VEŠTAKA U PARNICI

Pojam i uloga veštaka u parničnom postupku regulisana je odredbama Zakona o parničnom postupku u kome se navodi da su veštaci jedno od dokaznih sredstava<sup>26</sup> koja stoje суду на raspolaganju prilikom utvrđivanja činjenica. Dokazna sredstva služe da razotkriju postojanje ili nepostojanje neke činjenice. Problem utvrđivanja činjenice se javlja u slučaju da su u pitanju činjenice koje su se odigrale u prošlosti, ili zato što za činjenice koje postoje u sadašnjosti, sud ne poseduje dovoljno stručnog znanja. Prvenstvena obaveza predlaganja dokaza<sup>27</sup> leži na strankama.<sup>28</sup> Sud će da razmotri i utvrdi samo činjenice koje su stranke iznele i da izvede samo one dokaze na koje su stranke ukazale u svom predlogu, ako zakonom nije drugačije propisano.<sup>29</sup> Ukoliko iz rezultata raspravljanja proizilazi da stranke imaju namjeru da raspolažu zahtevima kojima ne mogu raspolažati,<sup>30</sup> sud je ovlašćen da utvrdi činjenice i izvede dokaze koje stranke nisu predložile.

Shodno usvojenoj teoriji slobodne ocene dokaza, sud odlučuje po svom uverenju, na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaznog sredstva kao i svih dokaza kao celine. Drugim rečima, sud nije

26 Dokazna sredstva prema srpskom Zakonu o parničnom postupku su uviđaj, isprave, svedoci, veštaci i saslušanje stranaka.

27 Svaka od stranaka je ovlašćena da u svom procesnom delovanju iznosi činjenična i pravna tvrđenja, stvarne i procesne predloge i ispunjava svoje procene dužnosti. Videti o položaju stranaka prilikom predlaganja dokaza: Branko Mirilović, „Zaštita slabije stranke u parničnom postupku“, *Pravni život* 12/1978, 7.

28 Stranke imaju obavezu da potkrepe istinitost svojih tvrdnji o relevantnim činjenicama. Predlog stranaka treba da označi koje činjenice se dokazuju i kojim dokaznim sredstvima. B. Starović, R. Keča, *op. cit.*, fn. 4, 292.

29 Videti član 7 ZPP.

30 Videti član 7 stav 3 ZPP.

vezan zakonskim dokaznim pravilima, već „postupa kao čovek sa određenim životnim iskustvom“.<sup>31</sup> Međutim, slobodna ocena dokaza se ne sme zloupotrebiti prilikom odlučivanja, jer je sudijsko uverenje o kom govori zakonski tekst je dosta relativan pojam. To znači da „životno iskustvo“ o kome je govorio prof. Marković podrazumeva vezanost sudsije pravilima logike, rasuđivanja i nauke. Jedan od glavnih instrumenata kontrole samovolje sudsije svakako je i pisanje obrazloženja, u kome se iznose razlozi za navedeno odlučivanje.

Kada se govori o veštačima kao dokaznom sredstvu, treba primetiti veliku rasprostranjenost i primenu ovog dokaznog sredstva, odmah pored dokaznog sredstva svedoci.<sup>32</sup> Ipak, rezultati veštačenja u dokaznom pogledu imaju apsolutno veći značaj od izvođenja dokaznog sredstva svedočenjem. Posebno ćemo obratiti pažnju koliki stvarni uticaj imaju veštaci na sudijsko odlučivanje, tj. da li nalaz i mišljenje veštaka imaju snagu izvesnosti i istinitosti. Imajući u vidu da se za veštace traži određena stručna spremam  
<sup>33</sup>, dužnost veštačenja ne može se nalaziti u istoj ravni sa dužnošću svedočenja.<sup>34</sup> U skladu sa tim, Zakon o sudskim veštačima<sup>35</sup> predviđa uslove za obavljanje veštačenja, postupak imenovanja i razrešenja, postupak upisa i brisanja pravnih lica koja obavljaju poslove veštačenja, kao i prava i obaveze

31 Analizirajući svako dokaz posebno sudsija formira uverenje o verodostojnosti dokaznih sredstava i o snazi svakog pojedinog dokaznog sredstva. Kada se pojedinačni utisci sklope u jednu celinu, sudsija dobija uverenje o istinitosti ili neistinitosti sporne činjenice. Videti o teoriji slobodne ocene dokaza i utvrđivanju materijalne istine: Milivoje Marković, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1957, 112.

32 Iako se ova dva dokazna sredstva razlikuju, moguće je da se u istoj osobi spoje i svedok i veštak.

33 Od veštaka treba razlikovati tzv stručnog svedoka. To je lice koje raspolaže određenim stručnim znanjem i zbog toga može učestvovati u postupku i kao veštak. Na primer, u takvoj situaciji će se naći lekar koji je prisustvovaо saobraćajnoj nesreći i koji je pregledao učesnike saobraćajne nesreće. Mihailo Dika, „Dokazivanje saslušanjem svedoka u hrvatskom parničnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56/2006, 2–3, 506.

34 Srećko Culja, *Gradansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1936, 578.

35 Zakon o sudskim veštačima koji je donela Narodna skupština Republike Srbije 29.6.2010. godine, objavljen je u „Sl. glasniku RS“, br. 44/2010, i stupio je na snagu 8.7.2010. godine. Zakon predviđa strožije uslove za obavljanje poslova veštačenja.

lica koja obavljaju veštačenje. Zakon o sudskim veštacima je podeljen u šest glava i propisuje pojам i uslove za obavljanje veštačenja, postupak imenovanja i razrešenja, pravna lica koja obavljaju poslove veštačenja i prava i obaveze veštaka. Zakonodavac ne govori o tužiočevom veštaku ili veštaku tuženog već postoje samo sudski veštaci. Stranke predlažu veštaka i sud određuje veštaka iz reda registra sudskih veštaka. Shodno pozitivnopravnim propisima, stranka koja je predložila veštaka snosi troškove veštačenja i plaća naknadu i nagradu veštaku. Ova odredba ZPP, je posledica primene sve većeg broja ustanova anglosaksonskog prava u pravnim sistemima kontinentalnog prava. Navedena odredba koja je inače sadržana u „Saveznim pravilima o izvođenju dokaza“, (Federal Rules of Evidence),<sup>36</sup> privileguje strankama koje imaju novčanih sredstava za angažovanje i plaćanje veštaka, dok stranke slabije platežne moći neće uvek biti u prilici da predlože veštaka.

## 2.1. Pojam i predmet veštačenja

Poslovi veštačenja predstavljaju stručne aktivnosti čijim se obavljanjem uz korišćenje naučnih, tehničkih i drugih dostignuća pružaju суду потребна stručna znanja koja se koriste prilikom utvrđivanja, ocene ili razjašnjenja pravno relevantnih činjenica.<sup>37</sup> Veštaci su treća lica koja učestvuju u parničnom postupku na osnovu svojih stručnih kvalifikacija.<sup>38</sup> Oni postupaju po nalogu suda i iznose суду svoja zapažanja o predmetu veštačenja i daju stručno mišljenje<sup>39</sup> o utvrđenim činjenicama. Zahvaljujući veštacima, суд dolazi do saznanja o određenim činjenicama koje nije sam у mogućnosti da utvrdi. To znači da je veštak lice koje ima posebne sposobnosti<sup>40</sup>, koje sudi-

---

36 Rule 706. Federal Rules of Evidence, Sjedinjene američke države, 2013.

37 Član 2 Zakona o sudskim veštacima.

38 Imenovani sudski veštaci koji su članovi Udruženja sudskih veštaka pružaju usluge sudskog i vansudskog veštačenja iz sledećih oblasti: građevinarstvo i arhitektura; mašinska tehnika; elektrotehnika; poljoprivreda; šumarstvo; grafička tehnologija; intelektualna svojina; informacione tehnologije; grafologija. Vidi: [www.sudski-vestaci.org.rs](http://www.sudski-vestaci.org.rs).

39 Iz mišljenja se vidi na osnovu kojih pravila struke, nauke ili veštine je izведен određeni zaključak. D. Medić, *op. cit.*, fn. 3, 234.

40 Krug znanja i veština koje je potrebno za veštačenje je bez granica, što znači da суд prema predmetu veštačenja određuje i angažuje veštaka odredene stručne spreme. Videti o stručnoj i pravnoj sposobnosti veštaka: Tatjana Lukić,

ja prema svom pravnom i opštom obrazovanju nema niti može da ima.<sup>41</sup>

Prema Zakonu o sudskim vešticima, poslove veštačenja mogu obavljati fizička<sup>42</sup> i pravna lica<sup>43</sup> koja ispunjavaju uslove predviđene ovim zakonom, državni organi u okviru kojih se može obaviti veštačenje, kao i naučne i stručne ustanove. Osnovna karakteristika veštaka (za razliku od svedoka), je pored njegove stručne kvalifikacije i njegova zamenjivost. To znači da na području jednog suda deluje više veštaka koji poseduju posebna stručna znanja, i iz tog razloga, sud može veštaka, na njegov zahtev osloboditi dužnosti veštačenja, a ovo oslobođanje može zatražiti i ovlašćeno lice organa ili organizacije u kojoj je veštak zaposlen.<sup>44</sup>

Polazeći od toga da sudski veštak može biti samo nepristrasno i objektivno fizičko lice, zakonodavac je predviđao mogućnost isključenja ili izuzeća veštaka<sup>45</sup> iz istih razloga iz kojih može biti isključen

---

„Medicinsko veštačenje u procesnom zakonodavstvu“, *Pravni život* 10/2008, 71.

- 41 Ukoliko je sud u stanju da sam utvrdi određene činjenice „običnim računskim operacijama i pribavljanjem podataka od određene državne institucije“ tada prestaje potreba za angažovanjem veštaka. J. Čizmić, *op. cit.*, fn. 5, 475.
- 42 Prema Zakonu o sudskim vešticima, fizičko lice može biti imenovano za veštaka ako pored opštih uslova za rad u državnim organima propisanih zakonom ispunjava i sledeće posebne uslove: 1) da ima odgovarajuće stečeno visoko obrazovanje na studijama drugog stepena (diplomske akademske studije – master, specijalističke akademske studije, specijalističke strukovne studije), odnosno na osnovnim studijama, za određenu oblast veštačenja; 2) da ima najmanje pet godina radnog iskustva u struci; 3) da poseduje stručno znanje i praktična iskustva u određenoj oblasti veštačenja; 4) da je dostojan za obavljanje poslova veštačenja. Izuzetno od stava 1. ovog člana, za veštaka može biti imenovano lice koje ima najmanje završenu srednju školu, ako za određenu oblast veštačenja nema dovoljno veštaka sa stečenim visokim obrazovanjem. Fizičko lice mora biti upisano u Registar veštaka. Čl. 8 Zakon o sudskim vešticima.
- 43 Pravno lice može obavljati poslove veštačenja ako ispunjava sledeće uslove: 1) da je upisano u registar nadležnog organa za delatnost veštačenja u odgovarajućoj oblasti; 2) da su u tom pravnom licu zaposlena lica koja su upisana u Registar veštaka, imajući u vidu da u ime pravnog lica poslove veštačenja može obavljati samo lice koje je upisano u Registar veštaka. Član 9 Zakon o sudskim vešticima.
- 44 Vida Petrović Škero, „Veštačenje u građanskim parnicama“, *Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete*, 2011, 567.
- 45 Videti i S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, fn. 17, 528.

ili izuzet sudija ili sudija porotnik.<sup>46</sup> Odredbe o isključenju odnosno izuzeću veštaka primenjuju se samo ako je takav zahtev stranka podnela čim je saznala da postoji razlog za to, a najkasnije pre početka izvođenja dokaza veštačenjem.<sup>47</sup> Zakonodavac govori samo o inicijativi stranke za isključenjem odnosno izuzećem veštaka. Može se postaviti pitanje da li sud (ex officio), može pokrenuti postupak za isključenje odnosno izuzeće ukoliko sazna da postoji razlog za to. Imajući u vidu da nema izričite zakonske zabrane, treba prihvati i takvu mogućnost. U svom zahtevu za isključenje odnosno izuzeće, stranka mora navesti okolnosti na kojima zasniva svoj zahtev. Ove okolnosti mogu proizilaziti iz zakonskih razloga ali se mogu odnositi i na neke druge razloge. Tako se prema autoru Petrović Škero, veštak izuzima iz postupka i kada „postoji subjektivan odnos njega prema ostalim učesnicima u postupku ili ostalih učesnika prema njemu, ili mišljenje javnosti da veštak neće biti nepristrasan“.<sup>48</sup>

Kada se govori o predmetu veštačenja, treba poći od toga da predmet spora u parnici može biti materijalna i nematerijalna šteta. To znači da će veštak biti angažovan da utvrди stepen i vrstu umanjenja imovine (kao i izmaklu dobit), ili će dati mišljenje o šteti koja je nastala u subjektivnoj sferi čoveka<sup>49</sup>, kao što je bol<sup>50</sup> i

46 Tako u odluci Vrhovnog suda Srbije stoji da „ Lekar koji je lečio pacijenta ili bio direktor medicinske ustanove u kojoj je pacijent lečen, ne može biti veštak u parnici po tužbi za naknadu štete, protiv druge medicinske ustanove u kojoj je isti pacijent lečen, ako je potrebno utvrđivati uzročno-posledičnu vezu između preduzetih mera lečenja u obe medicinske ustanove i nastale štete.“ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2316/2006.

47 Ako je stranka saznala za razlog za isključenje ili izuzeće veštaka posle izvršenog veštačenja i ukoliko podnosi prigorov koji se odnosi na taj razlog, sud će postupiti kao da je zahtev blagovremeno podnet. Član 266 Zakon o parničnom postupku.

48 V. Petrović Škero, *op. cit.*, fn. 44, 568.

49 O predmetu veštačenja u parnici: Z. Stanković, *op. cit.*, fn. 3, 20.

50 Tako prof. Krstić govoreći o bolu kao manifestaciji neprijatnosti, naglašava da on predstavlja subjektivni doživljaj i gotovo je nemoguće proceniti koliko je njegova manifestacija srazmerna stvarnim stimulusima. U tom smislu, bol kao fenomen je karakterisan neurološkim, fiziološkim i psihološkim dimenzijama. Videti: Dragan Krstić, *Psihološki rečnik*, Beograd, 1988, 75. Isto tako: Prilikom ocene stepena i vrste pretrpljenih fizičkih bolova, veštak se služi znanjima iz anatomije i fiziologije боли. Davorin Kozomara, „Domaći i evropski kriterijumi medicinskog veštačenja nematerijalne štete“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 7/2009, 405.

strah.<sup>51</sup> Predmet veštačenja određuje sud i poziva veštaka da predmet razmotri. U tom smislu, sud poverava veštaku predmet veštačenja i saopštava mu koje činjenice treba da utvrdi i o kojim činjenicama treba da podnese nalaz i mišljenje. Prilikom određivanja predmeta veštačenja, sud ima posebnu obavezu, a to je da precizno odredi predmet i okvire veštačenja, jer će u suprotnom to prouzrokovati neprecizne, nejasne ili protivrečne nalaze što će dovesti u krajnjoj liniji do odugovlačenja postupka.

## 2.2. Prava i obaveze veštaka

U parničnom postupku kao subjekti parničnih radnji, pored ostalih (sud, stranke, umešači, zakonski zastupnici, punomoćnici), pojavljuju i veštaci. Navedeni parnični subjekti se nalaze u određenom međusobnom odnosu koji prouzrokuje i određena prava i dužnosti svakog od njih. Kada je reč o pravu koji ostvaruje veštak, zakonodavac je propisao da veštak ima pravo na naknadu putnih troškova, troškova za ishranu i prenoćište kao i na naknadu izgubljene zarade i troškova veštačenja. Pored ovih osnovnih naknada koje zakonodavac predviđa i za svedoka, veštak ima pravo i na nagradu<sup>52</sup> za dostavljanje nalaza i davanja mišljenja, tj. za izvršeno veštačenje. Veštak ima pravo da bude oslobođen dužnosti veštačenja iz razloga iz kojih svedok može da uskrati svedočenje ili odgovor na pojedina pitanja. Zakonodavac navodi da veštak ima pravo da traži oslobođanje od dužnosti veštačenja i „iz drugih opravdanih razloga“<sup>53</sup>. Imajući u vidu da sud rukovodi procesom veštačenja, veštak ima pravo da od suda dobije predmet koji će razgledati, konkretan zadatak i konkretna upustva. Takođe, veštak ima pravo da zahteva od suda pojašnjenja koja se tiču predmeta veštačenja.

Kada je reč o obavezama veštaka, pre svega to je obaveza da se odazove sudscom pozivu i da svoj nalaz i svoje mišljenje o predmetu veštačenja dostavi суду. У обављању своје дужности, веštак има оба-

---

51 Opisujući pojam straha prof. Krstić kaže da je to izrazito jaka emocionalna reakcija na situaciju koja preti integritetu organizma, međutim, sporne su procene kada je realna i opravdana reakcija straha. Videti: D. Krstić, *op. cit.*, fn. 50, 595.

52 Nagrađivanje veštaka za izvršeno veštačenje je u nekim situacijama odgovlačilo postupak zbog teškoća oko pravilne procene nagrade. Sudu je ponekad bilo teško utvrditi i odrediti razumnu nagradu, imajući u vidu da je ona morala biti različita za različite vrste i različite vrednosti predmeta veštačenja. Videti o razumnoj nagradi: J. Čizmić, *op. cit.*, fn. 5, 503.

53 Član 265 ZPP.

vezu da zadrži nepristrasan i objektivan pristup predmetu veštačenja<sup>54</sup> i ne dozvoli da niko od strane parničnih subjekata utice na njegov rad. Svoj pisani nalaz i mišljenje,<sup>55</sup> veštak ima obavezu da dostavi sudu najkasnije 15 dana pre ročišta.<sup>56</sup> Pisani nalaz i mišljenje<sup>57</sup> moraju biti jasni i potpuni. U suprotnom postojaće obaveza veštaka da ispravi ili dopuni nalaz i mišljenje. U određenoj situaciji, veštak će imati obavezu i da se usmeno izjasni na ročištu.

U toku obavljanja poslova veštačenja, veštak ima i obavezu da čuva tajnost podataka do kojih je došao. Kada veštak prouzrokuje troškove svojim neopravdanim nedolaskom ili neopravdanim odbijanjem da vrši veštačenje,<sup>58</sup> tada će sud na zahtev stranke naložiti veštaku da nadoknadi navedene troškove. Treba naglasiti i da veštak ima obavezu da postupa savesno<sup>59</sup> prema svom uverenju i da svoj rad obavlja u skladu sa pravilima parnične procedure i autoriteta struke.

### 3. KOLIKI JE STVARNI UTICAJ VEŠTAKA NA DONOŠENJE ODLUKE?

Veštak je dokazno sredstvo koje, koristeći svoje stručno znanje, iznosi zapažanje i daje nalaz i mišljenje o činjenicama koje su važne za utvrđivanje istinitosti navoda. Veštačenje se određuje u onim slučajevima<sup>60</sup> kada je to суду neophodno za donošenje sudske odluke.<sup>61</sup> Takođe,

54 O tome i zakonodavac posebno govori: „...sud će upozoriti veštaka da je dužan da obavesti stranke o danu određenom za veštačenje, ako je njihovo prisustvo potrebno, da nalaz i mišljenje mora da izradi u skladu sa pravilima struke objektivno i nepristrasno...“ Videti član 269 ZPP.

55 Sud će sa nalazom i mišljenjem upoznati parnične stranke pre zakazane rasprave.

56 U svojoj obavezi dostavljanja nalaza i mišljenja, veštak mora i da poštuje rok koji mu je odredio sudija.

57 Odstupanje od načela usmenosti se vidi i u ovoj odredbi, međutim, ostavljena je mogućnost i za usmeno izjašnjavanje veštaka na raspravi.

58 O zloupotrebljama prilikom veštačenja videti: Girolamo Montelone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 424.

59 Član 27 Zakona o sudske veštacima.

60 „...sud neće trebati veštaka za pitanja iz trgovackog, pomorskog ili rudničkog poslovanja, ako u veću učestvuju počasne sudije koje imaju potrebno stručno znanje o tim predmetima.“ S. Culja, *op. cit.*, fn. 34, 580.

61 Videti o vidovima veštačenja: Milena Trgovčević-Prokić, „Veštačenje u vanparničnom i javnobeležničkom postupku“, *Zbornik radova: Veštačenja-sporna pitanja*, Beograd, 2008, 86 i dalje.

veštačenje se sprovodi samo onda kada sam sud ne raspolaže potrebnim znanjem. U tom smislu, u presudi Vrhovnog kasacionog suda se navodi da u postupku utvrđivanja diskriminacije nije potrebno izvoditi dokaz veštačenjem zato što „sud može da proceni i utvrdi da li se u identičnim situacijama nejednakost postupa“<sup>62</sup> Sud određuje rešenjem<sup>63</sup> da veštak da nalaz ili mišljenje ili nalaz i mišljenje. Kada je reč o dokaznoj vrednosti iskaza veštaka, sud ne bi trebao da bude vezan iskazom veštaka, već da ga ceni isključivo po svom slobodnom uverenju.<sup>64</sup> Ipak, treba reći, da je sud angažovao veštaka želeći da utvrdi neku činjenicu i verujući u autoritet i stručnost veštaka. To znači da za razliku od drugih dokaznih sredstava saradnja sudske i veštaka se pretvara u oblik simbioze rukovođenja<sup>65</sup> i odlučivanja.

### 3.1. Nalaz i mišljenje veštaka

Uloga veštaka u parnici je često puta nezahvalna,<sup>66</sup> jer iskaz koji veštak podnosi po pravilu ne odgovara jednoj od parničnih stranaka.<sup>67</sup> Veštak<sup>68</sup> mora da bude siguran u svoj nalaz i mišljenje i da stručno i argumentovano stoji iza svog iskaza. U situaciji da na raspravi veštak nije siguran u odgovor na postavljeno pitanje, treba se uzdržati od odgovora pre nego dati pogrešan odgovor i uputiti sud u pogrešnom pravcu. Dva su ključna dela iskaza veštaka: nalaz i mišljenje. Nalaz predstavlja veštakov opis predmeta veštačenja koji sadrži konstataciju činjenica koje su bitne za postupak. Mišljenje predstavlja ekspertski sud o konstatovanim činjenicama i odgovore na postavljena pitanja. Mišljenje<sup>69</sup>

---

62 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2. 687/2012.

63 O novinama ZPP-a koje se tiču izvođenja dokaza videti: Aleksandar Radovanov, „Bitne karakteristike novog zakona o parničnom postupku“, *Glasnik*, 2/2012, 99.

64 S. Culja, *op. cit.*, fn. 34, 580.

65 T. Lukić, *op. cit.*, fn. 40, 75.

66 Veštak mora biti neutralan i ne sme imati nikakav interes u tekućoj parnici u kojoj iznosi svoje stručno mišljenje. G. Montelone, *op. cit.*, fn. 58, 418.

67 To znači da će stranka kojoj nalaz i mišljenje ne idu u prilog pokušati argumentovano osporiti navedeni iskaz ali neretko i će posegnuti i za diskreditacijom ličnosti veštaka.

68 Veštak svojim stručnim nalazom i mišljenjem u velikoj meri pomaže sudu da se utvrde određene činjenice i tako dođe do istine. Nakon iskaza veštaka sud utvrđuje konkretnost određene činjenice što omogućava da se postupak povodom ovog dokaznog sredstva privede kraju.

69 Mišljenje je poželjno pisati razumljivim jezikom, koncizno i logično.

mora biti obrazloženo, jer će u velikom broju slučajeva sud na takvom mišljenju sud zasnovati svoju odluku.

Zakonodavac propisuje da sudija u svom rešenju o veštačenju mora da odredi rok u kome je potrebno da se veštačenje obavi i dostavi pisani iskaz veštaka. Taj rok sam sud određuje imajući u vidu prirodu veštačenja i vodeći računa da rok bude primeren vremenu u kome je potrebno utvrditi zadate činjenice. U pitanju je tzv. razuman rok.<sup>70</sup> Veštak ima obavezu da se pridržava rokova određenih rešenjem suda i da veštačenje obavlja savesno, stručno i nepristrasno.<sup>71</sup> U slučaju da veštak ne podnese nalaz i mišljenje u navedenom roku, sud može, na predlog stranke,<sup>72</sup> da odredi drugog veštaka, pritom vodeći računa o nepotrebnim novim troškovima kao i o odugovlačenju postupka.<sup>73</sup>

Kada veštak podnese nalaz i mišljenje<sup>74</sup> koji je nejasan, nepotpun ili protivrečan sam sebi, sud će naložiti veštaku da dopuni i ispravi nalaz i mišljenje.<sup>75</sup> U ovom slučaju, sud će ostaviti veštaku poseban rok kojeg je veštak dužan da se pridržava.<sup>76</sup> U situaciji kada postoji osnovni i dopunski nalaz, sud može zasnovati svoju odluku bilo na podlozi osnovnog bilo na podlozi dopunskog nalaza. Stranka takođe može uputiti primedbe i na dopunski nalaz veštaka i sud je u obavezi (naročito ako zasniva svoju odluku na dopunskom nalazu), da dostavi primedbe veštaku na izjašnjenje. Može se javiti slučaj da se podaci u osnovnom i dopunskom nalazu bitno razilaze. Tada je sud dužan da otkloni nesaglasnosti u nalazima.<sup>77</sup> Kada je u pitanju složenije veštačenje, sud će pozvati veštaka na raspravu gde će i stranke i sud imati mogućnost da postavljaju pitanja veštaku i da traže razjašnjenje.

Sud će strankama pre rasprave dostaviti nalaz i mišljenje veštaka. Stranka koja primi iskaz veštaka, ima tri mogućnosti: može se sagla-

70 Rok ne može da bude duži od 60 dana. Član 269 ZPP.

71 Član 27 Zakona o sudskim veštačicama.

72 Vesna Begović, „Glavna rasprava i odluke“, *Zbornik radova posvećen novom zakonu o parničnom postupku*, 2004, 53.

73 Član 272 stav 1 ZPP.

74 Sud može odrediti i da veštak usmeno iznese svoj stručni iskaz. Videti: Paula Loughlin, Stephen Gerlis, *Civil Procedure*, London, 461.

75 Član 270 ZPP.

76 Član 270 ZPP.

77 Otklanjanje nesaglasnosti i suprotnosti iz nalaza se vrši ili ponovnim saslušanjem veštaka ili ponovnim veštačenjem. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 702/1997.

siti sa iskazom veštaka, može osporiti (zakonodavac kaže u pisanom obliku), a može tražiti na raspravi i određena pojašnjenja povodom predočenog nalaza i mišljenja veštaka. Kada je reč o drugoj situaciji, tj. osporavanju iskaza veštaka,<sup>78</sup> stranka po pravilu angažuje drugog veštaka koji u pisanom obliku dostavlja primedbe sudu.<sup>79</sup> Sud će u takvoj situaciji dozvoliti učestvovanje na raspravi i iznošenje navedenih primedbi.<sup>80</sup> Ukoliko nema mogućnosti da se stručna mišljenja saglase,<sup>81</sup> a argumenti veštaka koji je podneo primedbe su takve prirode da zahtevaju ozbiljnu analizu, sud će odrediti drugog veštaka i o tome obavestiti stranke.<sup>82</sup> Kada su u pitanju složeniji predmeti veštačenja, sud može odrediti više više veštaka. U tom slučaju, veštaci podnose zajednički nalaz i mišljenje, naravno pod uslovom da se u svemu slažu. Ukoliko postoje različita stručna mišljenja, svaki veštak će podneti zasebno svoj nalaz i mišljenje. U ovom slučaju, sud će ceniti da li se mišljenja i nalazi bitno razlikuju i ako ustanovi da je nemoguće da se razlike otklone ponovnim saslušanjem veštaka, sud će odrediti novo veštačenje.<sup>83</sup>

- 
- 78 Kada stranka odluči da ospori nalaz i mišljenje sudskega veštaka, ona mora u svom pisanom odgovoru da označi sasvim konkretno u čemu se sastoje manjkavosti osporenog iskaza veštaka. Kada primi primedbe, sud na te primedbe mora dati adekvatan odgovor. Ako smatra da su primedbe na mestu dozvolice raspravu povodom toga, ukoliko smatra da su primedbe neosnovane, sud mora obrazložiti zbog čega smatra da su primedbe neosnovane.
- 79 Izjašnjenje veštaka povodom primedbe koju mu je uputila stranka na njegov nalaz, veštak predaje sudu koji ga je angažovao. Sud nema obavezu da izjašnjenje uputi stranci. Takvo postupanje suda neće predstavljati bitnu povredu pravila parničnog postupka. Videti: Odluka Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 12900/2010.
- 80 Na samoj raspravi stranka može neposredno postavljati pitanja veštaku koja se odnose na njegov nalaz i mišljenje. Rešenje Okružnog suda u Nišu, Gž. 3644/2006.
- 81 U situaciji kada se mišljenja i nalazi veštaka ne slažu, sud mora dati razloge zbog čega prihvata pojedino mišljenje ili nalaz. U tom smislu videti Dyson v Leeds CC (1999), navedeno prema: P. Loughlin, S. Gerlis, *op. cit.*, fn. 74, 458.
- 82 Ukoliko je iskaz drugog veštaka bitno različit od iskaza koji je podneo prvi veštak, sud će odlučiti da se još jednom sproveđe veštačenje tzv.superveštačenje koje se poverava najčešće određenoj instituciji koja donosi definitivno mišljenje. Videti: N. Šarkić, M. Nikolić, *op. cit.*, fn. 1, 422.
- 83 Član 273 ZPP.

### 3.2. Reč veštaka

Ulogu koju veštak ima u stvaranju činjenične podloge na osnovu koje će sudija doneti sudsku odluku je presudna u mnogim slučajevima. Sudija na osnovu činjenica koje je utvrdio veštak donosi izreku koja čini izvor prava inter partes. Naravno, sud bi trebalo da iskaz veštaka ceni kao i svako drugo dokazno sredstvo. Ipak, treba uvek imati u vidu da iskaz veštaka nije „obično“ dokazno sredstvo, već da za ovim dokazom sudija poseže kad mu je uloga veštaka u utvrđivanju činjenica neophodna i nezamenljiva<sup>84</sup>, te stoga, „nalaz i mišljenje veštaka koji je solidno i logično zasnovan na činjenicama o zdravstvenom stanju ne može se oboriti iskazima svedoka, već samo od strane drugih veštaka“<sup>85</sup>.

Vidimo, da veštak ima veliki uticaj na konačno formiranje uverenja kod sudije, međutim, možemo postaviti pitanje da li je sud faktički vezan iskazom veštaka, odnosno, da li sud može drugaćije utvrditi činjenično stanje od onog kakvo je prezentovao veštak i kakve će to imati posledice? Nesporno je da prihvatanje dokaznih sredstava zavisi od slobodnog sudijskog uverenja, međutim, kako je moguće u praksi da sud ne prihvati nalaz i mišljenje veštaka (naročito kada je reč o medicinskom veštačenju), kad sudiji nedostaje upravo ono stručno znanje zbog koga je i angažovao veštaka.<sup>86</sup> Sud zaista treba da podvrgne analizi svako dokazno sredstvo, ali kako će kritički sagledati<sup>87</sup> iskaz veštaka medicinske struke? Ova pitanje nameće potrebu za otvorenom i punom saradnjom između veštaka i suda kako bi zajednički došli do pune istine. Što se tiče pitanja o posledicama neprihvatanja iskaza veštaka, treba zaključiti da u tom slučaju veštačenje nije uspelo tj. da utvrđivanje činjenice zbog koje je angažovan veštak nije valjano obavljen.

84 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Prev. 744/1996.

85 U tom smislu je i odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev.3798/92; Navedeno prema: V. Petrović Škero,*op. cit.*, fn. 44, 570.

86 Iako je proglašena nezavisnost odluke sudije od rada veštaka, u praksi je situacija postavljena drugačije, jer za neprihvatanje nalaza i mišljenja veštaka, sud mora pružiti ubedljive i čvrste argumente i razloge, a to sudije teško da mogu da učine imajući u vidu stepen njihovog medicinskog obrazovanja. D. Medić, *op. cit.*, fn. 3, 245.

87 Bez obzira što sudija ne raspolaže dovoljnom količinom stručnog znanja iz oblasti u kojoj je angažovan veštak, sudija ne sme da primi bez kritičke analize nalaz i mišljenje veštaka. Videti: T. Lukić, *op. cit.*, fn. 40, 76.

Zakon o parničnom postupku u delu koji se odnosi na dokazivanje ne određuje redosled niti ograničava upotrebu dokaznih sredstava, kao ni snagu pojedinih izvedenih dokaznih sredstava, ipak, kada je reč o veštaku kao dokaznom sredstvu ovde se u praksi pokazuje da je veštak neka vrsta posebne pomoći sudiji.<sup>88</sup> Pored sposobnosti zapažanja, pamćenja i reprodukcije, veštak za razliku od svedoka mora imati i specifično stručno znanje koje predstavlja pomoć sudiji. Sa druge strane, veštak u svom nalazu i mišljenju koje dostavlja суду mora navesti i obrazloženje sa navođenjem činjenica i dokaza na kojima je nalaz zasnovan. Dakle, navođenjem obrazloženja omogućava se proverljivost tvrdnji veštaka, sud ceni nalaz veštaka i po njegovoј sadržini a ne samo da li je nalaz dostavljen u propisanoj formi. To znači da sudija, iako ne raspolaže stručnim znanjem, ne može nekritički i bez analize preuzeti mišljenje veštaka. Sudija pak, ne treba da u svakoj situaciji posegne za određivanjem veštaka. Neretko, sudija po navici određuje izvođenje dokaza putem veštaka čim to stranka zatraži, ne vodeći računa da li je to i potrebno u svakoj prilici.

Iako troškove snose same stranke, zbog principa ekonomičnosti, sud bi morao da putem veštaka izvodi samo one dokaze koji bi mogli biti odlučni za formiranje sudijskog uverenja. Naročito treba obratiti pažnju na određivanje zadatka veštaku i na postavljanje konkretnih pitanja koje veštak mora da odgovori. Rešenje o izvođenju dokaza ne sme patiti od nedostatka jasnih zadataka i navođenja spornih činjenica na koje treba pružiti odgovor. Sudija ne sme po automatizmu da prihvata predloge stranaka za veštačenjem, nego samo kada je to zaista i potrebno, jer od veštaka ne treba očekivati ni previše ni premalo.

Prema tome, sudska veštačenje treba koristiti samo onda kada je za utvrđivanje ili razjašnjenje neke činjenice potrebno stručno znanje<sup>89</sup> kojim sud ne raspolaže. Međutim, to ne znači da veštak ima slobodu delovanja u obavljanju svoje aktivnosti, sud je taj koji rukovodi veštačenjem.

---

88 Veštak je jedna vrsta asistenta sudiji, („un organo ausiliario del giudice“, pomoćno telo sudije), koji svoju aktivnost obavlja na poziv i uz upustvo sudije. G. Montelone, *op. cit.*, fn. 58, 418; Salvatore Satta-Carmine Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 321.

89 Šta će sud uraditi ukoliko veštak ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem? Videti: Monika Ninković, Balša Kašćelan, *Praktikum za građansko procesno pravo*, Beograd, 2006, 88.

čenjem. Ukoliko predmet veštačenja nije brižljivo razmotren vezano za stručnu kvalifikaciju činjeničnog sklopa, to rezultira i pogrešnom primenom materijalnog prava. Kao što smo naveli aktivnost veštaka se završava davanjem nalaza i mišljenja. Pri tome, treba reći da se nalaz veštaka bavi činjeničnim pitanjima u sferi znanja i veština veštaka, dok se mišljenje veštaka tiče stručne kvalifikacije činjenica, tako da ova kvalifikacija ulazi u tkivo pravne norme, bez koje ona ne može biti primenjena. Otuda, mišljenje veštaka direktno utiče na primenu materijalnog prava, te se zato i smatra pravnim pitanjem.

Odgovornost sudskih veštaka je dakle, velika, jer imamo prilike da vidimo kroz sudsku praksu, da sud veoma često usvaja nalaz i mišljenje veštaka<sup>90</sup> od kojeg je tražio pomoć prilikom utvrđivanja neke sporne činjenice. Upravo zbog takvog odnosa, stepen utvrđenja činjenica u iskazu veštaka treba sadržati izvesnost a ne verovatnoću.

#### 4. ZAKLJUČAK

Videli smo da je veštak veoma značajno dokazno sredstvo u građanskom procesnom pravu. Sud poseže za veštakom kao dokaznim sredstvom samo kada je to potrebno radi utvrđenja ili razjašnjenja neke činjenice, u situaciji kada sud nema odgovarajuće stručno znanje. Uloga veštaka se iscrpljuje izvođenjem veštačenja i davanjem nalaza i mišljenja o preduzetom veštačenju. Treba reći da se nalaz veštaka bavi činjeničnim pitanjima u sferi znanja i veština veštaka, dok se mišljenje veštaka tiče stručne kvalifikacije činjenica, tako da ova kvalifikacija ulazi u tkivo pravne norme, bez koje ona ne može biti primenjena. Otuda, mišljenje veštaka direktno utiče na primenu materijalnog prava, te se zato i smatra pravnim pitanjem. Iako dakle, mišljenje utiče na primenu materijalnog prava, sama primena materijalnog prava mora uvek biti u nadležnosti suda. Veštak kao stručno lice u određenoj oblasti nema potrebna znanja o pravu i ne treba ni da ih ima, jer je za poznavanje prava i njegovu primenu isključivo obavezan i odgovoran sud. Da bi

---

90 Sud čini apsolutno bitnu povredu postupka ako se samo poziva na stručno i kvalitetno urađen nalaz veštaka, bez njegove konkretne ocene u sklopu spornih činjenica. Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Pž. 138/2001, navedeno prema: M. Ninković, B. Kašćelan, *op. cit.*, fn. 89, 88.

veštačenje bilo uspešno, ono zavisi i od uloge sudije i od delovanja veštaka.

Uloga veštaka u parničnom postupku regulisana je odredbama Zakona o parničnom postupku u kome se navodi da su veštaci jedno od dokaznih sredstava koja stoje sudu na raspolaganju prilikom utvrđivanja činjenica. Ipak, čitajući pozitivnopravne propise iz ove oblasti ne možemo da primetimo da je zakonodavac dao poseban privilegovan položaj veštaku. Ono je samo jedno od mogućih dokaznih sredstava. Međutim, u praksi se pokazuje da nalaz i mišljenje veštaka postaju u jednom određenom broju slučajeva, jedino merodavno i prihvaćeno dokazno sredstvo koje ulazi u podlogu donošenja sudske odluke.

Ovakav odnos suda i veštaka nije od juče, ali ova konstatacija nema za cilj da abolira ni odgovornost suda ni veštaka. Nije samo veštek odgovoran za rezultate svoje aktivnosti i sam sud mora da preduzme određene radnje koje će omogućiti veštaku da na stručan, nepričrasan i savestan način obavi svoju zakonsku dužnost. Sud je taj koji jasno i precizno definiše zadatak veštačenja, što znači da veštek ne snosi odgovornost za loše ili pogrešno definisan zadatak. Ukoliko veštek zaista ima stvarni uticaj na sudiju i to više nego što to sam zakon predviđa, onda je to odgovornost i sudije, veštek ne primenjuje fizičku silu da sud bezuslovno i bez provere prihvata njegov nalaz i mišljenje.

Sud treba da vodi računa da je on državni organ koji pre svega štiti ugled države, zatim, da čuva svoj dignitet, ali ima i obavezu prema strankama da svoju stručnost i znanje ispolji tako što će nalaz i mišljenje veštaka uzeti i sagledati kritički u punom obimu koji mu sudska funkcija pruža i na taj način stati iza svoje presude ne prihvatajući iskaz veštaka po automatizmu.

Dr. Balša Kašćelan

## THE ROLE OF EXPERT WITNESSES IN CIVIL LITIGATION

### *Summary*

Expert witnesses perform a vital role in civil litigation. Reading the positive legislation in this field we can notice that the legislator has given special position for the expert witnesses. It is just one of the possible means of proof. However, the practice shows that the role of expert witnesses are much more significant for the court. These days, the use of expert evidence is being subjected to ever increasing scrutiny by the courts and such testimony appears to be meeting with more resistance than has previously been the case.

Key words: *Expert witness. – Special knowledge of skills. – Expert evidence. – Expert report. – Litigation.*

Dr. Judith Knieper\*

## THE CULTURAL BACKGROUND OF ARBITRATORS AND ITS INFLUENCE ON THE PROCEEDINGS<sup>1</sup>

*In this paper the author examines the influence of cultural background on the conduct of arbitration proceedings, focusing on the experiences from the Balkan region. In order to verify her initial hypothesis – that the cultural clashes of different jurisdictions for arbitrators from the Balkan countries are less important than for many other arbitrators – the author set up a questionnaire and reached several important conclusions. Firstly, the lawyers in the Balkan region are fairly exposed to foreign influence and have seldom acquired at least some part of their legal education abroad. Secondly, foreign influence in the field of arbitration is further supported in the education process through the organization of various international events, such as scientific conferences and student competitions. Finally, the nationality of arbitrators plays an important role in the perception of their independence and impartiality.*

Key words: Arbitration. – Culture. – Balkans.

### I. INTRODUCTION

The topic of the cultural background of arbitrators and its influence on the arbitral proceedings is a very broad one. It is mainly discussed under three aspects.

- 
- \* The author was at the time of writing the article working for the Open Regional Funds for South East Europe -Legal Reform implemented by the Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GIZ, financed by the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development BMZ. Currently, Judith Knieper is working for the UNCITRAL-Secretariat. The views expressed in the article are those of the author and do not necessarily reflect the views of the United Nations, judith.knieper@uncitral.org.
- 1 I would like to thank Adela Llatja and Erlanda Agaj, both GIZ, for supporting me in the discussion on different cultural aspects related to arbitration, who have contributed significantly to the final version of this paper.

The first aspect is the clash between different home jurisdictions of the arbitrators: be it differences between the continental European versus the common law approach or be it the need for western arbitrators to apply the Shariá<sup>2</sup>; or on a smaller scale, the differences between the home jurisdictions of neighboring countries, which could be in their application quite diverse. Even though the internationalization and the creation of a uniform legal frame, as provided by the UNCITRAL instruments after long discussions of representatives of all legal jurisdictions and different cultural backgrounds, have a growing impact and influence on the national jurisdictions, the approaches are indeed still far from being the same: history, language, social norms and national politics and developments are still important factors for the legal frame.<sup>3</sup> However, from the region we have two Arbitration Model Law countries: Serbia and Croatia. Albania is on the way to become one: indeed the draft law was designed and drafted with the support of the UNCITRAL secretariat. The draft law in question is now in the parliamentarian procedure.

The second aspect is the cultural behavior or the communication styles, which could very much differ. Miscommunication can be both verbal and non-verbal. It includes the understanding of parties conduct as well as moral and ethical codes. This is certainly also a non purely legal topic of utmost importance in legal procedures and negotiations. However, cultural communication/behavior is difficult to grasp and to objectively define – that is why cross-cultural negotiations “are inherently more difficult”<sup>4</sup> than intra-cultural negotiations. Most likely, this can be learnt only by doing – and maybe by getting training by psychologists, anthropologists, economists, linguists etc<sup>5</sup>. That is why in certain arbitration cases, the arbitrator is selected according to religion or cultural background. In the case *Jivraj v Hashwani*<sup>6</sup> for instance, the

---

2 See I. Fadlallah, „Arbitration facing conflicts of culture”, *Arbitration International*, 25/2009, 303–317.

3 See e.g. K. P. Berger with the very comprehensive overview of what the culture „baggage” of the German arbitrator looks like: „The International Arbitrator’s Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction”, *Arbitration International*, 25/2009, 217–238.

4 See W. K. Slate, „Paying Attention to „culture” in international commercial arbitration”, *Dispute Resolution Journal*, 59/2004, 96, 100.

5 *Ibid.*, 101.

6 See M. Gearing, „Jivraj v Hashwani: a pro-choice, corrective ruling from the Supreme Court”, *Kluwer Arbitration blog*: <http://kluwerarbitrationblog.com/>

Supreme Court in London stated that an arbitration clause can foresee that the arbitrator “shall be a respected member of the Ismaili community and holder of high office within the community”. Hereby the Court recognized that cultural background and ethos play an important role. An arbitrator without the necessary background might on the one hand not be able to get the full picture of a dispute and on the other hand parties might lack confidence in his/her ability to properly solve the dispute. For parties this is however important, as they should have in a dispute resolution the feeling that they are fully understood, including their cultural approaches. In so far I would just like to highlight the debate on minority-culture arbitration: parties coming from a minority might have much more trust in a national arbitration procedure than in a state court procedure<sup>7</sup> and might want to escape from the “majority” based court system.

And finally the third aspect is the question of independence and impartiality of arbitrators which includes the impact of similar cultural backgrounds of both the arbitrator and one of the parties on impartiality or independence.

In the following, I would like to concentrate on only two facets of these aspects. First, I would like to draw up the thesis that the cultural clashes of different jurisdictions for arbitrators from the Balkan countries are less important than for many other arbitrators. Second, I would like to see how people from the region perceive the influence of the cultural background of arbitrators from the region. In that context I circulated a questionnaire to enquire among Balkan lawyers and will share the results of this questionnaire with you.

## II. PEOPLE OF THE REGION MORE EXPOSED TO FOREIGN EXPERTISE AND EDUCATION THEREBY VERY INTERNATIONAL

The region can be characterized by its fundamental and structural change of society and hereby the legal system in the last twenty

---

[blog/2011/09/22/jivraj-v-hashwani-a-pro-choice-corrective-ruling-from-the-supreme-court/](http://www.international-arbitration.com/blog/2011/09/22/jivraj-v-hashwani-a-pro-choice-corrective-ruling-from-the-supreme-court/), 3.9.2013.

7 See G. Spitzko, „Judge Not: In defense of Minority Culture Arbitration”, *Washington University Law Review*, 77/1999, 1065 ff.

ty years<sup>8</sup>. The political changes were significant for society and legal systems not only with regard to the content of the reforms but also with regard to time lines. The reforms were fundamental – the society had to be changed and had to be changed immediately and simultaneously, leaving little time for people to get accustomed. And what might render the setting of a new legal frame and its implementation even more difficult is that a lot of the proposed changes was the result of outside guidance, e.g. because of obligations fixed in the respective Stabilization and Association agreements of the region but also because of donor programs from a variety of countries. The most impressive example with regard to reform and reform speed is probably Albania, having been one of the harshest communist dictatorships throughout the world, a completely closed country and now being a potential candidate for EU membership.

#### Why is that important in our context?

Because students as well as lawyers who undergo studies in a system that is continuously changing, in a transition society, who are continuously exposed to experts from very different backgrounds, get acquainted with a number of different legal solutions, that all appear at a first sight worthy of discussion, have a different and possibly more open approach than someone who grew up within one relatively stable legal system, where legal ideas and solutions from a different system are only touched upon on a rare and not systematic basis. Someone with such a strong “legal identity” and “legal consciousness” with regard to his/her own system is not trained to accept diversity with regard to legal solutions, is not trained to think in a different legal dimension. Most probably he will already have difficulties in listening to something that seems not to fit in the own system and may seem to be absurd at a first sight. The exposure to the different legal systems by experts recognized within the legal society on the other hand increases the tolerance and understanding of the different system. Exchange programs play a role of utmost importance. Of course there are nowadays exchange programs on a worldwide scale and it is everywhere very much recommended for everyone to get a foreign experience. But in the region, this seems to be particularly frequent and exchanges seems

---

8 See the article by K. Rokumoto, „Law and culture in Transition”, *The American Journal of Comparative Law*, 49/2001, 545 where he shows how difficult the implementation of significant reform processes are and that even if cultures can change, time and patience is required.

to be done quite systematically. Just to cite the case of the university in Belgrade: From those who are now under 35 years and studied law, around 50% went abroad for a certain time to participate in students exchange programs, or do a master or some research. From the assistant professors and professors teaching arbitration in Belgrade all went for some studies abroad<sup>9</sup>. Many got hereby acquainted with the Anglo-American system, although coming from a continental-European jurisdiction.

Even for those students who do not go abroad, there is an enhanced exchange. The exposure to different jurisdictions and foreigners is quite high, because of conferences, round tables, workshops, working groups and other events like this one here, where people bring in their very different approaches and ideas that derive from different legal backgrounds are discussed. Indeed the Premoot “Belgrade Open” and this conference is a good example. Since 2008, the year of the first “Belgrade Open” the following very diverse countries did participate: Albania, Australia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Brazil, Cayman Islands, Croatia, Denmark, Germany, Hungary, India, Italy, Macedonia, Mexico, Montenegro, the Netherlands, New Zealand, Paraguay, Poland, Rumania, Russia, Singapore, Serbia, Slovenia, South Korea, Spain, Switzerland, Turkey, UK, Uruguay and the USA. At the conference taking place the day before the Premoot, you have the same variety of speakers, meaning that the audience is exposed to an impressive variety of statements and different approaches. A quote from the former Secretary from UNCITRAL Sekolec, now vice president of the LCIA summed this up: “The Belgrade Premoot is very special with regard to its extraordinary participation of teams from all over the world. It is almost a Moot!”<sup>10</sup>

Through such high exposure throughout the region<sup>11</sup>, the home jurisdiction is not any more the only one sole jurisdiction, but the perception is widened and there is the clear knowledge that other solutions and approaches do exist.

In sum, nowadays in general but in the Balkans even more than in many other places, students are very much exposed and those who

---

9 E. g. assistant professors and professors working in Belgrade studied in France, in Pittsburgh, in the American University in Budapest, etc.

10 Statement given at the occasion of the Belgrade Open Pre-Moot in 2012.

11 See for instance the projects SEELS, which has as one main pillar the exchange of students as well as of professors.

are curious and open are able to assemble the different ideas of the different concepts, becoming in a sort kind of melting pot of different jurisdictions and different ideas of different legal systems.

### III. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF ARBITRATORS

An arbitrator is expected to be impartial and independent. The question is what could make an arbitrator partial or dependent. The UNCITRAL rules 2010 (see Art. 11, 12), the rules of MEDART, the mediation and arbitration center in Albania (Art. 4a) and the Kosovo Arbitration rules 2011 (Art. 10 II) request that the arbitrator disclose those circumstances that give raise to justifiable doubts with regard to impartiality and independence. The rules of the Serbian Foreign Trade Court of Arbitration provides for the higher threshold of disclosure of all circumstances that give doubts with regard to the impartiality or independence, without qualifying these doubts (see Art. 25 I). So does the Montenegrin rulebook on Foreign Trade Arbitration (Art. 33), the rulebook of the Macedonian Permanent Court of Arbitration (Art. 33), the rules of Arbitration of the Croatian Chamber of Economy (Art 23 I), as well as the rules of the Foreign Trade Court of Arbitration of the Republika Srpska (Art. 33).

The different rules raised the questions of what people in the region consider to raise justifiable or in the case of most rulebooks in the region raise doubts with regard to the impartiality and independence.

Therefore a survey<sup>12</sup> was conducted in the region in order to find out if not only the question of nationality but furthermore the national affiliation is of interest. The questionnaire was modeled according to the one developed by Illhung Lee for the Asian region<sup>13</sup>. It was distributed all over the ORF countries. Altogether 142 questionnaires were filled in, at least 10 from each country. 6 of them were obviously contradictory, e.g. some ticked that an arbitrator in a given situation would not raise any concern at all about the arbitrator's independence or im-

---

12 Thanks to Anna and Sophia Raunig who were helping in the evaluation of the questionnaires.

13 As a basis for the questionnaire the one from I. Lee, „Practise and Predicament: the Nationality of the international Arbitrator (with survey results)”, *Fordham International Law Journal*, 31/2007, 603 etc. was taken, but adopted to the region.

partiality, but that he/she would object to this arbitrator being selected. These questionnaires were consequently not taken into consideration. Further 20 questionnaires were sent to outsiders to the region, to ask them how they think people from the region would answer the questionnaire.

Some results were not surprising:

92% of the interviewees would object to an arbitrator of the same nationality as one of the parties being selected, 90% would challenge this arbitrator solely on this basis if appointed.

Some were:

96% would have serious concerns with an arbitrator born in Germany to parents from one country in the region, having German nationality, living in Germany. As many would object to such an arbitrator and 90% would challenge her/him only on these grounds (as many as with regard to the nationality).

Interestingly enough, an arbitrator with parents coming from a country from one of the parties and being born in that country, but who moved to Germany years ago, and now has German citizenship and lives in Germany, is considered less problematic. Only 80% would have serious concerns, 80% would object to such an arbitrator and 75% would challenge her/him only on these grounds.

The affiliation via marriage was not considered to be problematic: only 20% would have some concern if the arbitrator is German, with German citizenship, lives in Germany, and is married to a woman with the ethnicity/nationality of one of the parties. 10% have serious concerns. 15% would object this arbitrator and 5% would challenge her/him on only these grounds. The less contested was the German arbitrator with German nationality, who just lives in one of the countries of one of the parties. 10% had some concerns, 5% had serious concerns. 5% would object, 3% would challenge her/him only on these grounds.

What could be concluded is that the members of the Diaspora are seen as being the most biased and this even more if they are not born in their country of origin. In other words: the more far away a potential arbitrator with some ethical affiliation is from the region the less objective he/she is considered to be.

Those having no national affiliation to the region, but knowing the region or living in the region have a slight different perspective:

25% think that none of these proposed arbitrators raises any concern. As many think however that people of the region would have serious concerns with all arbitrators proposed, think that all of them would be objected and challenged only on these grounds if appointed. In order as one comment stated “to create the perfect conditions for the client to make its case and possibly win it.”

Additionally 40% think that the German arbitrator, with German citizenship, who just lives in one of the countries of one of the parties would raise serious concerns from the side of the region. As many thing that he would be objected and if appointed challenged! This might be a sign that foreigners seem to observe among themselves a high identification with the country they live in. 30% think that the diaspora whether born in one of the countries or in Germany raises serious concerns, would be objected and challenged if appointed. 2% think that all arbitrators raise serious concerns but neither be objected nor challenged if selected. Asked for a reasoning the explanation was that people in the region are often feeling too polite to object even if they do not agree at all with a given situation.

In sum, nationality and national affiliation can still be considered to be an important aspect in the choice of the arbitrator. In international rules, in general just nationality is seen as a problem: e.g. Art. 6 of the UNCITRAL rules 2010 state that the appointing authority shall take into account the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than the nationalities of the parties<sup>14</sup>.

The answers to the questionnaires clearly indicate that besides the nationality which remains the strongest factor of identification, birth place and the background of the parents seems to be a piece of identity nearly as strong.

Interestingly enough the discussion in literature is just reflecting the relationship between the arbitrator and the party, but not the relationship between council and arbitrator having the same cultural background. As some rules of the arbitration courts in the region provide for disclosure of everything that might create doubts with regard to impartiality and independence the question might be, if the arbitrator would also have to disclose these criteria with regard to the relationship with the council. Being requested to disclose everything that might causes doubts might be asking for too much.

---

14 See also Art. 11 para. 3 of the Zagreb Rules.

## IV. CONCLUSION

There is a beautiful and wise picture of arbitration as a “two-way-mirror”<sup>15</sup> from Lowenfeld: you see the other and you see how the other perceives you. The same vice versa. This picture needs probably to be modified a little, as less and less people come from only one jurisdiction, especially in the Balkan region. The mirror becomes multifaceted. This trend is supported on a worldwide scale by the UNCITRAL Notes on the arbitral proceedings, trying to bridge the cultural gaps, by putting them expressively on the table and making differences obvious<sup>16</sup>, e.g. with regard to the taking of evidence, disclosure of facts, experts and witnesses. However, nationality and identity questions still play an important role and the building up of a common culture and legal frame needs constant discussion and care. Indeed, the disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) shows how quickly a uniform legal frame can disintegrate and how different legal developments can be in only 20 years. The topic of cultural clashes between the different jurisdictions will remain a topic of concern in the world of arbitration. Therefore, one can only hope that the diversity of audience at the arbitration conferences and international student competitions in the region will eventually reduce the tensions in the future.

*Dr. Judith Knieper*

## KULTUROLOŠKI ASPEKTI ARBITRAŽE

### *Sažetak*

U ovom radu autor ispituje kulturološke aspekte arbitraže, usredstređujući se na iskustva balkanskog regiona. Kako bi ispitala svoju početnu hipotezu, prema kojoj sukobi nacionalnih kultura u kontekstu odvijanja arbitražnog postupka imaju manji značaj u državama Balkana nego u drugim državama, autor je sastavila upitnik pomoću koga je izvela nekoliko važnih zaključaka. Prvo, balkanski pravnici su u dobroj meri izloženi inostranom uticaju i često su stekli barem jedan deo svog stručnog obrazovanja u inostranstvu. Drugo, inostrani uticaj na polju

---

15 By Lowenfeld, as quoted by K. P. Berger, *op. cit.*, fn. 3, 217.

16 See J. Sekolec, „UNCITRAL Notes on organizing arbitral Proceedings – Background Remarks”, *Yearbook Commercial Arbitration* (1997), XXII, 448–451.

arbitraže je dodatno osnažen u obrazovnom procesu kroz organizovanje brojnih događaja sa međunarodnom vokacijom, kao što su naučne konferencije i studentska takmičenja. Konačno, državljinstvo, odnosno etnička pripadnost arbitara igra važnu ulogu u spoljnom doživljaju njihove nezavisnosti i nepristrasnosti.

Ključne reči: *Arbitraža. – Kultura. – Balkan.*

Mr Velibor Korač\*

## NOTARIJAT U SREDNJOVJEKOVNIM KOMUNAMA JUGOISTOČNOG JADRANA – UTICAJ NA MODERNA EVROPSKA RJEŠENJA

*U ovom članku dat je kratak osvrt na dio istorije notarijata sa posebnim naglaskom na notarijat u istočnojadranskim komunama. Mnogi gradovi na istočnoj obali Jadranskog mora, kao što su Zadar, Split, Dubrovnik, Kotor, Budva imali su notarsku službu koja je nastala pod uticajem notarijata iz gardova Italije. Korijeni današnjem osnovnom modelu notarijata potiču upravo iz notarske službe srednjeg vijeka. Za istorijat notarijata na našim prostorima od značaja je i Maksimilijanov Reichsnotariatsordnung iz 1512. god. koji je prethodio austrijskom Notariatsordnunu iz 1871. god., a ovaj je bio osnova za izradu Zakona o javnom bilježništvu Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine. Zakon Kraljevine Jugoslavije je bio osnova za pripremu važećih zakona o javnom bilježništvu u državama nastalim na prostoru ex Jugoslavije. Ideja notarijata koja je praktikovana u srednjovjekovnim primorskim gradovima značajno je uticala na izgled notarijata u savremenoj Evropi. Danas postoje različiti modeli notarijata koji su plod tradicionalnih i regionalnih specifičnosti. Dominantan je jedan, koji je prihvaćen i kod nas, odnosno u svim državama na prostoru bivše Jugoslavije. To je tzv. latinski model notarijata koji je bio osnova za nastanak Zakona Ventôse u Francuskoj 1803. godine koji je udario temelje modernog notarijata u mnogim evropskim i vanevropskim državama. Razlika je u tome što notarska isprava u srednjovjekovnom pravu nije imala fides publica, a danas u modernim evropskim pravnim porecima notarski akt ima svojstvo javne isprave i pod određenim uslovima predstavlja izvršnu ispravu.*

Ključne riječi: Notarijat. – Srednjovjekovne komune. – Modeli notarijata.

---

\* Autor je saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, velibork@ac.me.

## 1. UVOD

U istorijskom presjeku notarijata uočavaju se periodi i prostori kojima pripada ključna uloga u profilisanju javnog bilježništva kao instrumenta pravne sigurnosti i preventivne jurisdikcije. Evolucija notarske službe od rimskog *notarius-a*, pisara koji vlada stenografijom, do savremenih notara kao lica od javnog povjerenja čiji pravni akti imaju svojstvo javne i izvršne isprave, bilježi razne promjene položaja, organizacije i uloge ove zavidne pravničke profesije. Bili su osporavani i hvaljeni, ukidani i obnavljani, ali su nadživjeli sve svoje kritičare i danas su prisutni u pravnom životu velikog broja država. Ideja notarijata duguje se rimskoj pravnoj tradiciji, utemeljenje pripada srednjovjekovnom pravu, a dogradnja, usavršavanje i prilagođavanje novim potrebama, djelo je savremenog zakonodavstva i prakse.

Korijeni srednjovjekovnog notarijata koji su u italijanskim gradovima utemeljili stablo javnog bilježništva, koje je svoje grane širilo po evropi dosezali su do istočnojadranskih komuna koje su pod uticajem bolonjske pravne škole baštinile i dograđivale iskustva susjedne Italije. Naša pažnja ovdje će biti zadržana na gradovima južnog Jadrana, ali ćemo prethodno napraviti osvrt na medievalni notarijat na istočnojadranskoj obali u cijelini.

## 2. NOTARIJAT U MEDIEVALNIM GRADOVIMA DALMACIJE

Notarijat u dalmatinsko-hrvatskom području ima tradiciju dugu skoro hiljadu godina i spada u red najstarijih i najrazvijenijih instituta javnog bilježništva u Evropi. Normativno regulisanje u statutima srednjovjekovnih gradova (Korčule, Splita, Zadra, Trogira, Šibenika, Dubrovnika i dr.) i brojne notarske isprave (listine) svjedoče o utemeljenosti, trajanju i ulozi notara u pravnom životu Hrvatske u kontinuitetu sve do 1941. godine. Na pojavu i razvoj notarijata u ovom području od uticaja je bila tradicija rimske tabeliona, pisara longobardske Italije i Franačkog carstva, kao i recepcija rimskog prava.

O dalmatinskom srednjovjekovnom notarijatu objavljano je više stručnih i naučnih radova, a prvo cijelovito i temeljno proučavanje obavio je Milan pl. Šufflay u poznatom monografskom radu objavljanom na njemačkom jeziku u izdanju Carske Akademije nauka u Beču 1904.

godine, koji ostaje nezaobilazno naučno djelo pri razmatranju javnog bilježništva u dalmatinskim gradovima. Iz knjiga bilježnika, oporuka, sudskih knjiga i naročito statuta primorskih gradova Šufflay je dao izvanredan pregled notarijata u Dalmaciji od prve listine do 1421. godine.<sup>1</sup>

Privatnopravne isprave u početku, od X vijeka, pisali su ljudi vični pismu i jeziku, uglavnom svještenici. Pisari prvih isprava u Zadru, Splitu, Dubrovniku i drugim primorskim gradovima bili su duhovna lica koja su u pisanju navodila svoj duhovni položaj: biskup (*episcopus*), svještenik (*presbiter*), redovnik (*monachus*), đakon (*diaconus*), podđakon (*subdiaconus*).<sup>2</sup> Ovi duhovni skriptori za pisanje isprava (listina) nijesu dobijali naknadu jer to nije bila njihova oficijelna služba niti profesionalna djelatnost. Iako se notarski dokumenti koje su pisali pripadnici klera sretaju u prvoj polovini XI vijeka (u Rabu 1118. god., Zadru 1033, Pagu 1071, Krku 1118) tek će se od polovine XII vijeka pod uticajem Italije notarijat učvrstiti u mnogim dalmatinskim gradovima.<sup>3</sup> Neki pisari su početkom XI vijeka pored svog duhovnog položaja dodavali i naziv notarius, ali ta praksa koja je obustavljena do sredine XII vijeka nije bitnije promijenila status pisara koji su ostali duhovni poslenici.<sup>4</sup>

U početku XII vijeka uticaji italijanskog bilježništva bio je posebno izražen u Zadru i Dubrovniku, a krajem toga stoljeća i na cijelu istočnu obalu Jadranskog mora.<sup>5</sup> Geografski položaj, ekonomске i kulturne prilike omogućile su primorskim komunama da statutarno utemelje i praktično realizuju notarsku službu formiranjem javnih bilježnika školovanih u Italiji, posebno u Bolonji. U nekoliko gradova kao što su Split, Trogir, Hvar, Šibenik, Omiš osnovano je javno bilježništvo, a u Zadru i Dubrovniku sada je dodatno utemeljeno. Milan Šufflay navodi

---

1 M. Šufflay, *Die Dalmatinische Privaturkunde*, Wien 1904. Nakon skoro stotinu godina ova knjiga objavljena je na hrvatskom jeziku pod naslovom *Dalmatinsko-hrvatska srednjovjekovna listina, povjest hrvatskoga notarijata od XI. do XV. stoljeća*, izdanje i prevod Darko Sagrak, Zagreb 2000.

2 M. Šufflay, *Dalmatinsko-hrvatska srednjovjekovna listina, povjest hrvatskoga notarijata od XI do XV stoljeća*, Zagreb 2000, 29.

3 M. Kostrenić, *Fides publica* (Javna vera) u pravnoj istoriji Srba i Hrvata do kraja XV veka, Beograd 1930, 76 i dalje.

4 B. Grbavac, „Notari kao posrednici između Italije i Dalmacije – studije, službe, seobe između dvije obale Jadrana“, *Acta histriae* 4/2008, 507 i 508.

5 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 31.

da se kao prvi poznati pisari koji sebe nazivaju *notarius*-om javljaju: u Splitu 1176, u Trogiru 1213, u Hvaru 1226, Šibeniku 1243, Omišu 1245. itd.<sup>6</sup> Uz naziv notara javni bilježnici dodaju i ime grada, na primjer, *notarius Idertinus* (zadarski notar) čim se izražava kompetencija lokalne vlasti da postavlja notare kao lica od javnog povjerenja.<sup>7</sup> Sredinom XII vijeka domaći notari počinju koristiti pravu notarsku formu i notarski znak.<sup>8</sup> Kasnije se u svim gradovima koristila oznaka *iuratus notarius communis* koja je pored ukazivanja na gradsku vlast koja imenuje notare izražavala i brigu komune da se kroz zakletvu javnog bilježnika garantuje ukazano javno povjerenje.<sup>9</sup> Tokom XII i XIII vijeka notarsku službu su obavljali uglavnom sveštenici odnosno pripadnici svešteničkog staleža. Od XIII vijeka pored domaćih notara u dalmatinskim primorskim gradovima počela su djelovati i strani notari koji su dolazili iz Italije. Strani profesionalni notari službu su obavljali uz ovlašćenje papske vlasti (*sacrii palatii notarius*) ili na osnovu carskog autoriteta (*imperiali auctoritate notarius*).<sup>10</sup>

Dolazak italijanskih bilježnika i razvoj notariata prema italijanskom uzoru podstakli su politički i kulturni uslovi. Poseban značaj u tom pogledu imao je izbor stranaca za određen funkcije u gradovima. Tako je, na primjer, u Splitu za rektora grada bio izabran čovjek iz Ankone, a u Šibeniku i Trogiru izabrani su mletački rektori (*rectores*) i pratioci grada (*comites*), i to prije nego su potpali pod političku vlast Venecije.<sup>11</sup> U XIII vijeku bilo je propisano da kod svakog pratioca grada i kod kurije radi notar, a najčešće je za *notarius ciuilium questionum* biran strani bilježnik. Tako se uvećavala potreba za notarima naročito kad je ograničeno djelovanje javnih bilježnika iz svešteničkog klera. To je više otvaralo prostor stranim notarima koji su najčešće dolazili iz Ankone, Venecije, Padove, Bolonje, Verone i drugih gradova Italije. Kao izvanjci, *officiales extrinseci* imenovani su za službenike opštine koja im je obezbjeđivala platu. U početku su to bili notari sa papskim autoritetom, ali od XIV vijeka skoro isključivo u primorskim

6 Ibid.

7 Prvi notar u zadaskoj komuni koji svom potpisu dodaje mjesnu odrednicu pojavio se 1146. godine. B. Grbavac, *op. cit.* fn. 4, 508.

8 B. Grbavac, *op. cit.* fn. 4, 508 i 509.

9 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 32.

10 Tako je, na primjer, u Zadru prvi notar od papske vlasti djelovao 1271. godine, a prvi carski notar 1285. godine. B. Grbavac, *op. cit.* fn. 4, 510.

11 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 37.

gradovima Dalmacije djeluju notari carske vlasti.<sup>12</sup> Gradske komune nijesu se protivile postavljanju stranih notara koji su zvanjem *imperiali auctoritate notarius* uvjeravali u visoko pravno obrazovanje i praktično postupanje. Ubrzo su dobili povjerenje građana i skoro sve isprave odnosno listine sačinjavali su carski notari. U XIV vijeku talijanski notari su skoro potpuno potisnuli domaće notare u dalmatinskim gradovima. Neki od njih bili su mobilni i obavljali su službu u različitim komunama na ističnojadranskoj obali. Strani notari brzo su se inkorporirali u domaći društveni život, pojavljivali se kao svjedoci i zastupnici raznih pravnih poslova, izvršioci testamenta, pa čak i politički funkcionери (npr. knežev vikar).<sup>13</sup> Međutim, postepeno domaći notari školovani u Italiji postaju konkurenцијa italijanskim carskim notarima, posebno na ostrvima i u unutrašnjosti Dalmacije gdje strani notari nijesu mogli prodrijeti.<sup>14</sup> Sve više se u XIV vijeku sačinjavaju isprave na hrvatskom jeziku, razvija se dalmatinsko-hrvatska listina pisana rukom domaćeg pisara.<sup>15</sup>

Prema Milanu Šufflay u evoluciji hrvatske isprave (listine) razlikuju se dva perioda: prvi traje do polovine XII vijeka, a drugi počinje poslije toga. U prvom periodu isprave su sastavljane pod snažnim uticajem talijanskih uzora i označavane su imenom *carta* ili *noticia*. *Carta* je više bila prisutna u sjevernom dijelu primorja ali je postepeno potisnuta od *noticije* koja doživljava procvat pošto se u svim gradovima Dalmacije dokazivanje odnosno pismenio potvrđivanje pravnih poslova moglo odvijati samo u obliku *noticije*.<sup>16</sup> Od početka XII vijeka prevladava oblik isprave pod imenom breva koju karakteriše uticaj hrvatskih običaja, za razliku od ranijih listina koje su pod uticajem lombardijske carte.

Međutim, u ovom prvom razdoblju ni carta ni noticija nijesu nikada imale samostalnu dokaznu snagu. Njihova autentičnost dokazivala se pomoću svjedoka, dokaz ne leži u njoj samoj već u svjedocima, pa

---

12 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 40.

13 Više B. Grbavac, *op. cit.* fn. 4, 512–518.

14 Tako je, na primjer, zadarski notar Mihovil kao zakleti opštinski notar napustio službu 1316. godine, nakon dolaska velikog broja talijanskih notara i pošao na studije u Italiju i ponovo se vratio 1325. godine sa ovlašćenjem da se na dokumentima potpisuje *imperiali auctoritate notarius*. B. Grbavac, *op. cit.* fn. 4, 520.

15 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 42.

16 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 46–48.

otuda i izreka *affirmare cartulam et testes*.<sup>17</sup> U stvari listine toga doba bile su samo gole zabilješke o zaključenom poslu, objektu i svjedocima pred kojima se i izršavao pravni posao. To je ostala dominantna karakteristika hrvatsko dalmatinske listine na cijelom primorju do druge polovine XII vijeka. Zatim postepeno dalmatino-hrvatska breva prelazi u instrumentum, pa je ponekad bilo teško utvrditi koja je isprava u pitanju pošto je notar u listinu upisivao imena više svjedoka što je otvaralo pitanje da li pravnu snagu ispravi daju izjave svjedoka ili notarevo svjedočanstvo.<sup>18</sup>

Drugi period dalmatinsko-hrvatske listine počinje krajem XII vijeka sa pojmom javnih bilježnika u primorskim gradovima i uticajem italijanskih formula. Listine iz ovoga perioda razlikuju se od ranijih po autoritetu sastavljača i dokaznoj snazi koju imaju. Usvajanjem javnog notarijata isprava koju je sastavio notar u nekom od dalmatinskih gradova imala je javnu vjeru, *instrumentum publicum* i nije se mogla pobijati svjedocima.<sup>19</sup> Javno povjerenje bilježnika i *fides publica* isprava svoj procvat doživljavaju u XIV vijeku.<sup>20</sup> U ovom razdoblju definitivno dalmatinsko-hrvatska listina prezali u instrument sa elementima koji određuju njegovu posebnost (popisivanje svjedoka od strane javnog bilježnika, potpis instrumenta, stavljanje pečata, odnosno signuma, završne formule) Statuti primorskih gradova propisuju javnu vjeru isprave koju sačinjavaju javni bilježnici ako je sastavljena u *publicam formam*. Sada se svjedoci pozivaju ne zbog dokazne snage isprave već zbog svečanosti i ozbiljenosti javnobilježničkog akta. Sačinjavanjem notarske isprave pravni posao se perfektuirala bez obzira na prisustvo svjedoka. Svojeručni potpis bilježnika sa pečatom bio je garancija vjerodstojnosti instrumenta, pune javne vjere koju je imao i instrument stranog grada ako ta gradska vlast „u zapečaćenom pismu okarakterizira pisara kao bilježnika na dobrom glasu“.<sup>21</sup> Propisana javna vjera bilježničkog instrumenta zahtijevala je i zaštitu od falsifikovanja. Pod uticajem nekih uporednih rješenja iz nekih evropskih država pojedini statuti su propisivali vrlo rigorozne kazne za krivotvorene bilježnič-

17 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 52.

18 L. Margetić, „O javnoj vjeri i dispozitivnosti srednjovjekovnih notarskih isprava s osobitim obzirom na hrvatske primorske krajeve“, *Radovi Instituta zavoda za hrvatsku povijest* 4/1973, 16.

19 M. Kostrenčić, *op. cit.* fn. 3, 71 i dalje.

20 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 55.

21 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 86.

ke isprave (npr. odsjecanje desne ruke pisara, lišenje svih prava, velika novčana kazna). Istovjetne kazne bile su predviđene i za onoga ko je kudio bilježnički instrument za slučaj da ne može dokazati da je kuđenje osnovano.<sup>22</sup>

Po ugledu na italijanske uzore statuti obalnih gradova od Istre do Boke kotorske propisivali su način izbora, dužnosti notara kao i njegova prava.<sup>23</sup> Međutim, često dužnosti notara nijesu jasno navedene, a uočavaju se određene nepreciznosti, neodređenosti i ponavljanja.<sup>24</sup> Notare je birala gradska vlast, a nakon pada pod vlast Venecije to je bila ingerencija Mlečana, kada je notar pored ranijih naziva nosio i titulu *et Ducali Venetiarum auctoritate notarius*.<sup>25</sup> Prema Statutu grada Splita jednog notara za sastavljanje spisa u građanskim parnicama i sporoviva biralo je Veliko vijeće svake godine, sjutradan nakon izvršenog izbora načelnika, odnosno upravitelja grada. Birao se dobar i savjestan notar koji nije smio biti iz Dalmacije. Taj notar morao je doći u Split i sastavljati spise svima koji vode građansku pranicu pred načelnikom, upraviteljem, sudijama i službenicima, a splitska komuna osiguravala mu je stan i platu.<sup>26</sup> Bilježnik prije svega nije smio odbiti *officium*, uskratiti svoju službu, uslugu, na način kako se zakleo prilikom postavljanja na dužnost. Statut Splita izričito je propisivao obavezu notara sljedećom formulacijom: „Notar koji bude zamoljen da napiše neki ugovor, dužan je da pod zakletvom i kaznom, i zato što je plaćen taj ugovor i molbu one strane u čiju je korist objavi i u javnoj formi iznese“.<sup>27</sup> Isto tako nije mu se moglo uskratiti sastavljanje instrumenta ako je pravni posao bio dozvoljen. Notar koji je bio zamoljen da sastavi neki ugovor bio je dužan, vezan zakletvom i pod prijetnjom kazne i globe (dvadeset solida), da taj ugovor napiše u obliku javne isprave i da ga u roku od tri dana preda stranci.<sup>28</sup> Zamoljeni notar (*rogatus notarius*) prvo je sastavljao koncept ugovora (*scheda*) i unosio ga u notarsku knjigu (*liber imbrevis*)

---

22 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 87.

23 M. Krešić, „Javno bilježništvo na hrvatsko-slavonskom pravnom području 1859.–1941.“, *Časopis za suvremenu povijest ČSP* 1/2010, 92.

24 M. Trgovčević-Prokić, *Ovlašćenja javnog beležnika*, Beograd 2007, 32.

25 N. Bogojević-Gluščević, „Porijeklo i ustavljavanje notarske službe u srednjovjekovnim istočnojadranskim gradovima“, *Boka – Zbornik radova iz nauke, kulture i umjetnosti* 27/2007, 9.

26 Glava 58 splitskog Statuta.

27 Glava 63 splitskog Statuta.

28 Glava 59 splitskog Statuta.

aturarum), a onda na osnovu toga koncepta, u roku od osam dana, stavljao je cjelovitu ispravu (*instrumentum*), sa uobičajem formulama i notrskim znakom koji je sam izrađivao i stavljao ispod teksta isprave.<sup>29</sup> Naknadu bilježniku za pruženu uslugu plaćale su stranke, neposredno po sačinjavanju instrumenta, a visina je zavisila od vrijednosti predmeta pravnog posla, imovinskih prilika stranaka i mjesnih običaja, s tim što je za strance bila dvostruko veća.<sup>30</sup>

Uporedo sa pojavom javnog bilježništva i uvođenja instrumenta došlo je, pod uticajem italijanskih uzora, do stvaranja pravnih običaja, a zatim i statutarnih odredaba koje obavezuju javnog bilježnika da vodi evidenciju koncepta sačinjenog instrumenta. Ustanovljena je obaveza vođenja registra instrumenata (*imbreviatura*) za slučaj da dube izgubljen, uništen ili falsifikovan (*quaternus imbreviaturarum*). Tako su u više gradova sačuvani registri (Zadar, Split, Korčula) koji svjedoče o kontinuitetu imbreviatura, a kao najstarija sačuvana knjiga imbreviatura u Dalmaciji navodi se notarska knjiga zadarskog javnog bilježnika *Creste de Tarallo* koja počinje sa 1289. godinom.<sup>31</sup> Tako je, na primjer, splitskim Statutom bila propisana obaveza notara koji je pozvan da stavi neki ugovor da sa sobom ponese notarsku knjigu u koju će upisati cijeli ugovor prije nego se stranke razidu, i to u prisustvu dva svjedoka i egzaminatora. Odmah zatim notar je bio dužan da ugovor pročita strankama i uvjeri se da li su „složne da je onako u knjizi napisano kako su ugovorili“.<sup>32</sup> Pravilo je inače bilo da odmah nakon sačinavanja instrumenta ili u roku od tri dana bilježnik je bio dužan unijeti koncept pravnog posla u imbreviaturu. Iz imbreviature bilježnik je izdavao *publicum instrumentum*, a saglasno roku propisanom u statutu morala je uslijediti *redactio in publicam formam*.<sup>33</sup> Da bi se pristupilo izdavanju duplikata isprave morao se ispoštovati postupak i dobiti dozvola. Zainteresovana stranka pod zakletvom da je dokument izgubila obraćala je gradskom sudu za dozvolu da joj izda duplikat isprave, a onda se uključivala crkva u traganje za dokumentom, pa ako isprava nije nađena dozvoljavano je notaru da izda prepis isprave.<sup>34</sup> U Splitu su se

29 A. Gulin, „Javna djelatnost notarske kancelarija i kapitola u Senju tijekom srednjeg vijeka“, *Senjski zbornik* 13/1988, 31.

30 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 99.

31 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 99.

32 Glava 60 splitskog Statuta.

33 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 101.

34 I. Sindik, *Komunalno uređenje Kotora, od druge povovine XII do početka XV stoljeća*, Beograd 1950, 106; N. Bogojević-Gluščević, *op. cit.* fn. 25, 13 i 14.

notarske knjige čuvale u kuli komune, pa ako je nekome trebala isprava obraćao se načelniku grada koji je slao svoga punomoćnika koji bi u prisustvu svih otvarao kulu i iz nje ne bi izlazili dok isprava na osnovu notarskih knjiga ne bude sastavljena.<sup>35</sup>

Javni bilježnici u dalmatinskim primorskim gradovima bili su, kako je već rečeno, pretežno italijanskog porijekla i nijesu bili u mogućnosti kao oni u Italiji da se organizuju u korporacije koje bi im pružale pogodnosti, štitile njihove interese i isovremeno ih nadzorise. Zbog toga je u primorskim gradovima (Zadar, Šibenik, Split, Trogir i dr.) formirana nova služba poznata pod imenom egzaminatori (*examinatores*).<sup>36</sup> Ova služba preuzeta je iz Venecije gdje se prvi put pojavila 1204. godine, s tim što su tamo ovjeru vršila dva egzaminatora a ne jedan kao u Dalmaciji.<sup>37</sup> Bez egzaminatorovog potpisa na ispravi ona nema značaj dokaznog sredstva sa javnom vjerom. Notarska isprava bez potvrde egzaminatora bila je obično dokazno sredstvo, bez obzira na to što je sastavljena *lege artis* i upisana u knjigu imbreviatura.<sup>38</sup> To je, u stvari, realizacija koncepcije da isprava dobija svojstvo javne vjere kad bude ovjerena od službenika opštinske vlasti.

Zadatak ovih službenika bio je da ispituju instrumente koje sačinjavaju ili izvršavaju zakleti gradski bilježnici. Egzaminatori nijesu smijeli pod prijetnjom velike novčane kazne, ispitivati instrumente bilježnika bez zakletve. Ako instrument nije bio egzaminiran u roku bio je nevažeći. Ispitivanje je potvrđivano potpisom egzaminatora po jedinstvenoj formuli. Prema Statutu grada Splita egzaminator je morao biti prisutan prilikom zaključenja ugovora kako bi brinuo da ne bude propusta u poštovanju zakonske forme. Ime egzaminatora upisivalo se u knjigu notara.<sup>39</sup> „Kao čuvari zakona stajahu oni više i od samih bilježnika pa je zato i njihov potpis zauzimao prvo mjesto“.<sup>40</sup> U početku je za egzaminatora mogla biti postavljena svaka pismena i ugledna osoba, a od XIV vijeka za to zanimanje zahtijevala su se posebna pravnička znanja.

Najznačajniji pravni poslovi koje su sačinjavali srednjovjekovni javni bilježnici u dalmatinskim gradovima bili su: kupoprodaja, daro-

---

35 Glava 61 splitskog Statuta.

36 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 105, fn. 459.

37 L. Margetić, *op. cit.* fn. 18, 44.

38 L. Margetić, L., *op. cit.* fn. 18, 40 i 41.

39 Glava 60 splitskog Statuta.

40 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 106.

vanje i testament (oporuka). Iz odredaba statuta primorskih gradova proizilazi da je kupoprodaja konsensualni ugovor, a „isprava je služila samo kao dokaz o tome da je sklopljen ugovor i kakav je ugovor sklopljen“.⁴¹ I isprava o ugovoru i njegov upis u notarsku knjigu bili su samo dokaz o sadržini ugovora, a ne njegova forma kao uslov važnosti.

### 3. NOTARI U GRADOVIMA JUŽNOG JADRANA

#### *3.1. Notari srednjovjekovnog Kotora*

O notarima u srednjovjekovnom Kotoru saznajemo u prvom redu iz Statuta grada (*Statvta Civitatis Cathari*)<sup>42</sup> i notarskih knjiga iz 14. i 15. vijeka koje su, za razliku od Budve, Bara i Ulcinja, u znatnoj mjeri sačuvane i svjedoče o privrednom, trgovačkom, pravnom, porodičnom i vjerskom životu u ovoj, uglavnom autonomnoj, primorskoj komuni.<sup>43</sup> Međutim, notarska služba postojala je 100 godina prije prve sačuvane notarske knjige, odnosno prvog notarskog dokumenta iz 1303. godine koji se pominje u Statutu. Naime, prvi notar u Kotoru pominje se u ispravi izdatoj 3.1.1200. godine koju potpisuje sveštenik Junije (*presbyter Junius*) notar gradskih vijeća.<sup>44</sup> Statut nije donešen odjednom i nije djelo istog zakonodavca, već je dopunjavan sukcesivno, pa je analogno tome u određenoj mjeri mijenjan položaj notara i notarske službe. Na normativni izgled kotorskog notarijata imala su uticaja i rješenja dubrovačkog Statuta kao i specifična običajana pravila i izgrađena praksa ove bokokotorske komune. Kao i u gradovima Italije i Dalmacije no-

---

41 L. Margetić, *op. cit.* fn. 18, 61.

42 Statut grada Kotora u prvoj redakciji sastavljen je u periodu između 1302. i 1315. godine, za vrijeme Stefana Uroša II Milutina. A. Marinović, „Razvitak vlasti u srednjovjekovnom Kotoru“, *Historijski zbornik* 1–4/1957, 83.

Prvo štampano izdanje ove kodifikacije (*Statvta Civitatis Cathari*), čiji redaktori su bili pripadnici kotorske vlastele Marijan Buća i Frano Bolica, pojavilo se u Veneciji 1616. godine, u vrijeme dok se Statut još primjenjivao i uređivao pravni život u Komuni Kotora. M. Milošević, S. Ćirković, „O Statutu grada Kotora“, *Statut grada Kotora, knj. II*, Kotor 2009, 15.

43 Prva sačuvana notarska knjiga djelo je kotorskih notara: Filip iz Osima, Petar Vitov, Marko sin Petra Vitovog i Petar Savinjanin. A. Marinović, *op. cit.* fn. 42, 86.

44 A. Mayer, *Kotorski spomenici – prava knjiga kotorskih notara od 1326–1335*, Zagreb 1951, 8.

tarsku službu u početku vršili su sveštenici. U prilog tome navodi se dokumenat iz 1124. godine kojim je biskup Ursacije i kotorska vlastela poklonili zemljište crkvi sv. Tripuna, a napisao ga je biskup „*per voluntatem omnium nobilium*“, koji je u to vrijeme vršio notarsku službu.<sup>45</sup> Kasnije Statut isključuje sveštenike iz notarske službe. To se u Statutu obrazlaže raznim smutnjama koje su se dešavale zbog notarske službe koja je bila u rukama sveštenika i da su mnogi izgubili prava zbog njihove arogancije. Stoga se nalaze da se statutarna odluka kojom je određeno da nijedan klerik ne može biti notar nepovredljivo poštuje pod prijetnjom kazne od 500 perpera.<sup>46</sup> Nakon toga notari su najčešće bili stranci koji su sa carskim ovlašćenjem (*imperiali auctoritate notarius*) dolazili iz Ankonitanske Marke, Milana i Apulije.<sup>47</sup>

Statut ne propisuje način izbora notara, uslove koje treba da ispunjava, niti vrijeme za koje se bira. Vjerovatno je taj postupak obavljalo Veliko vijeće, a vrijeme trajanja službe notara određivano je ugovorom.<sup>48</sup> Zna se da je u vrijeme Mletačke vladavine izbor vršilo Veliko vijeće na predlog Malog vijeća, s tim što je 1459. godine Mletačka vlast to pravo oduzela Kotoru i izbor notara prisvojila za sebe.<sup>49</sup> Notari su prilikom izbora polagali zakletvu, ali to nije važilo za sveštenike posto se oni nijesu mogli prinuditi da polazu zakletvu, pa zbog toga od 1386. godine nijedan klerik nije mogao svjedočiti niti je njegovo svjedočenje imalo značaja, čak i kad je bio određen za svejdoka.<sup>50</sup> I zbog ovoga sveštenici nijesu mogli vršiti notarsku službu, jer je odgovornost sveštenika-notara drukčija od odgovornosti činovnika koji su polagali zakletvu.<sup>51</sup> Stoga su se i različito potpisivali notari sa zakletvom (*iutarus notarius communis*) i notari koji nijesu polagali zakletvu (*notarius communis*).

Notar u srednjovjekovnom Kotoru imao je različite dužnosti. U Statutu se prvenstveno određuje da je notar dužan da zasjeda sa sudija-

---

45 Sindik, I., *op. cit.* fn. 34, 101.

46 Glava 295 Kotorskog statuta.

47 S. Ćirković, M. Milošević, „Tumač ključnih pojmoveva“, *Statut grada Kotora, knj. II*, Kotor 2009, 53.

48 N. Fejić, „Kotorska kancelarija u srednjem veku“, *Istorijski časopis*, knj. XXVII 1980, 30.

49 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 102 i 103.

50 Glava 28 Kotorskog statuta.

51 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 102.

ma svakog dana kad treba da se sudi, sa zadatkom da čita odgovarajuće zakonske odredbe i ponuđene isprave, da zapisuje statutarne odredbe i vodi zapisnik o parnicama. Za ovu aktivnost notar je dobijao naknadu: od svake presude jedan groš, a od svakog suđenja 3 folara i za zapisivanje presude 6 folara.<sup>52</sup> U glavi 390 Statuta određena je dužnost notara da zapisnik pred sudom vodi po redu, „ništa ne dodajući ili umanjujući, sve predstavke stranaka, tužbe odgovore na tužbe, priloge, pravne izvore i uredske spise i zabilješke građanskih predmeta stranaka koje se parniče“. U istoj glavi je propisano da notar ne smije drukčije konačno formulisati presudu nego što je u zapisnik upisano, u suprotnom presuda nije bila pravno valjana. Notar je sačinjavao isprave o različitim pravnim poslovima: kupoprodaji, davanju u zakup, zamjeni, darivanju, ustupanju, mirazu, zaduživanju, dobrovoljnom vraćanju duga, iznajmljivanju broda, zalozi, prodaji putem oglašavanja, testamentu i drugim obligacijama i ugovorima. Pripremao je i sudske isprave: tužbe, odgovor na tužbe, procjene imanja i uvođenje u posjed, presude zbog nedolaska na ročište, vansudsko poravnjanje, primanje obaveze pred sudom i dr.<sup>53</sup> Pored toga notari su bilježili različita zbivanja u svakodnevnom životu grada, odlazili povremeno kao izaslanici van grada (Dubrovnik, Venecija, papski dvor), radi obavljanja određenih poslova, a pojavljivali su se i kao izvršioci odluka gradskih vijeća.<sup>54</sup> Notari su često odnosili sudske predmete nakon apelacije kolegijumu školovanih pravnika (doktora) u Padovi, Bolonji ili Veroni na odlučivanje.<sup>55</sup> Notarskom ispravom se dokazivalo ovlašćenje za izgradnju svoda ili arhivolta nad ulicom<sup>56</sup> i stavljalna zabrana na odvodni kanal između dvije kuće.<sup>57</sup> I u prvoj notarskoj knjizi koja je ogledalo primjene Statuta sretaju se imrevijature kupoprodaje, testamenti, presude, imenovanje prokuratora, zajam, poklon, najam i dr.<sup>58</sup> Svaka imrevijatura počinjala je notarskom formulom *extracta est foris* (izdana je isprava) na lijevoj

52 Glava 47 Kotorskog statuta.

53 N. Fejić, „Isprave kotorskih notara iz XV stoljeća“, *Istorijski arhiv* 1980, 12.

54 N. Fejić (1980a), *op. cit.* fn. 48, 10 i 11.

55 Kotorski statut, glava 390.

56 Kotorski statut, glava 231.

57 Kotorski statut, glava 244.

58 Prva sačuvana kotorska notarska knjiga sadrži 1333 imrevijature koje su naizmjениčno sačinjavala četiri tadašnja notara u Kotoru, počev od 1326. do 1335. godine. M. Ivković, „Diplomatički elementi najstarije očuvane notarske knjige u Kotoru“, *Spomenik*, CV, SAN, Beograd 1956, 231.

ivici, slijedila obrazac pravnog posla sa prepoznatljivom specifičnošću određenog notara.<sup>59</sup>

Statutom su određeni poslovi bili izričito zabranjeni notaru. Tako javni notar nije mogao sastavljati isprave, apelacije i presude biskopu ni klericima, a ako bi nešto napisao to bi bilo bez dejstva.<sup>60</sup> Isto tako, notar nije smio na molbu stranca ili građanina napisati, stilizovati ili zabilježiti neki protest protiv Komune Kotora ili protiv građana toga grada.<sup>61</sup> Notarima je bilo zabranjeno da na molbu stranca ovjeravaju, prepisuju ili izdaju neku statutarnu odluku, reformaciju ili druge kancelarijske spise, osim u procesima koji su u toku i u apelacijama.<sup>62</sup>

Najčešće i najznačajnije notarske isprave odnose se na pravne poslove kojima se prenosi pravo svojine (kupovina, prodaja, razmjena, poklon), ustanavljava zaloga, sklapa zajam, sačinjava testament. Pravo svojine mogao je imati svaki građanin, Komuna i Crkva. Posebne odredbe u Statutu su posvećene otuđenju i davanju na korišćenje nepokretnosti. Svako je u formi notarske isprave mogao prodati svoju baštinu ili drugu nepokretnost uz poštovanje prava preče kupovine, prava otkupa i ograničenja predviđenih za strance. Pravo da otkupi prodatu baštinu imao je najbliži rođak prodavca u roku od godinu dana, ako je u Gradu, odnosno u roku od godinu dana od povratka, ako je bio izvan Grada. Tako kupljene baštine kupac nije mogao prodati niti na drugi način otuđiti.<sup>63</sup> Izričito je bio zabranjen promet zemljišta u Župi Grbaljskoj. Niko nije mogao svoj dio za života prodati, darivati, zamjeniti ili na bilo koji način otuđiti, niti pokloniti crkvi poslije smrti.<sup>64</sup> Zemljište se jedino moglo davati u miraz svome nasljedniku.

Isto tako određeno zemljište koje je pripadalo Kumuni (Grbalj, Ledenice, Bijela), nije mogao založiti ili prodati, niti u najam dati nikо od sudija ili vijećnika.<sup>65</sup> Statutarnom odlukom iz 1339. godine bilo je određeno da građani koji su ranije prodali, poklonili ili založili dio zemljišta u Grblju mogu to zemljište u roku od maja do oktobra te godine otkupiti po istoj cijeni po kojoj su ga prodali, a kupci su bili dužni

---

59 A. Mayer, *op. cit.* fn. 44, 10 i dalje.

60 Glava 420 Kotorskog statuta.

61 Odluka donijeta u vijećima Kotorana godine 1392, Glava V.

62 Odluka donijeta u vijećima Kotorana godine 1392, Glava VI.

63 Kotorski statut, glava 261.

64 Kotorski statut, glava 412.

65 Kotorski statut, glava 415.

da nepokretnost vrate. Ako raniji vlasnici ne bi htjeli da otkupe zemljište, otkupljivala ga je Opština, i uz poštovanje prava preče kupovine, prodavala ga glavaru ždrijeba, a u slučaju da on neće na red dolaze dva druga u ždrijebu, pa ako ni oni ne bi htijeli – tri njihova druga, zatim šest njihovih drugova, i konačno, ako na taj način ne bi mogla prodati Opština je zemljište prodavala na javnoj dražbi.<sup>66</sup> Van prometa u srednjovjekovnom Kotoru bili su i posjedi crkve. Nijedan notar ili kancelar nije smio sačiniti neku ispravu ili dokument o davanju u zakup, zamjeni ili otuđenju crkvenih posjeda.<sup>67</sup>

Za prodaju nepokretnosti (kuće, okućnice, zemljišta, vinograda, njive) bilo je od 1312. godine predviđeno javno oglašavanje, kako bi se spriječile višestruke prodaje, prodaje založenih stvari ili druge eventualne zloupotrebe. Oглаšavanje je vršeno posredstvom vikara (ili riparijusa) na trgu tri nedjelje. Tek nakon oglašavanja notar je mogao o toj prodaji sačiniti ispravu.<sup>68</sup> Iako sadržina *carta de vendico* nije propisana Statutom, iz sačuvanih isprava se vidi da je najčešće bila tipizirana: izjava o prodaji, naziv stranaka, predmet prodaje, cijena, klauzula o obezbjeđenju, formula o obavljenom javnom oglašavanju, imena svjedoka, sudije, auditora i notara sa potpisom i znakom.<sup>69</sup>

Značajnu ulogu imao je notar i kod sačinjavanja testamenta u srednjovjekovnom Kotoru. Naime, testator je mogao sačiniti testament pred dva svjedoka i odrediti epitrope (izvršioce). U roku od 30 dana od smrti testatora podnosio se testament notaru i sudijama, a oni su podnosiocima testamenta nalagali da se zakunu da nijesu ništa umanjili ili uvećali u tom zavještanju, i tada je notar objavljivao testament.<sup>70</sup> U slučaju kad je testator umro izvan Grada svjedoci i epitropi koji su bili prisutni imali su obavezu da u roku od 30 dana od povratka u Kotor najave ili podnesu testament notaru i sudiji kako bi ispitali da li su svjedoci i epitropi podobni. Nakon toga notar je testament publikovao.<sup>71</sup> Testator je mogao slobodno sačiniti svojeručni testament ili testament pred svjedocima koji bi mu napisao neko drugi, ali ako je zaostavština bila veća od 100 perpera testament pred dva svjedoka mogao je napi-

66 Kotorski statut, glava 433.

67 Kotorski statut, glava 438.

68 Kotorski statut, glava 256.

69 N. Bogočević, Ugovor o kupoprodaji u pravu grada Kotora u XIV vijeku, Titograd 1980, 66 i 67.

70 Kotorski statut, glava 183.

71 Kotorski statut, glava 186.

sati samo notar ili kancelar.<sup>72</sup> Notar je po kazivanju testatora upisivao formulu datuma s naznakom dana i mjeseca, navodeći ime testatora, kao i potvrdu da je testament izraz njegovog svjesnog stanja, a nakon toga bilježio je sadržaj posljedne volje testatora, sa imenom epitropa. Na kraju su testament potpisivali sudija, auditor i svjedoci.<sup>73</sup> Svojeručni testament testator je mogao predati notaru na čuvanje, s tim što je testament morao biti zatvoren, zapečaćen i označen na poledini svojeručnim natpisom notara, kancelara ili samog testatora.

*Iurati notari communitis Cathari* bili su ovlašćeni da na zahtjev staranka sastavljuju isprave (*carta* ili *instrumentum*) o nagodbi ili obavezi ili bilo kojoj drugoj stvari, a da im pri tome niko od sudija ili bilo ko drugi ne može zabraniti da ispravu sačine i izdaju.<sup>74</sup> Sve isprave o ugovorima, obligacijama i drugim aktima notari su bilježili u svoje *libri seu quaterni* koje su kontrolisane svakih šest mjeseci. U slučaju da sudija u postupku ne prizna potraživanje iz notarske isprave snosio je svu štetu koja bi povjeriocu iz toga proizašla. Statutom je bilo propisano da svaku ispravu notar treba da sačini u prisustvu bar jednog od zakletih sudija koji će se u nju upisati kao svjedok.<sup>75</sup> Na isti način je postupao i kad je neku ispravu trebalo da sačini Komuna, s tim što se prethodno moralо saglasiti Vijeće. Na ovaj način je *carta* sticala javnu vjeru, postajala „vjerodostojana i tvrda“.

Čini se da nikad u srednjovjekovnom Kotoru notar sam, bez učešća drugog službenika i svjedoka, nije mogao sačiniti ispravu koja bi imala javnu vjeru. Međutim, po mišlјiju A. Marinovića u prvo vrijeme kad su notari bili domaći sveštenici *carta* je uživala javnu vjeru (*fidem publicam*) samim tim što ju je napisao i potpisao notar.<sup>76</sup> Takav zaključak izvodi iz odredbe 393 glave Statuta kojom se određuje da sve isprave objavljene u Kotoru od vremena zakletg notara Mihe Gige ostaju autentične i „ne mogu biti obarane svjedocima ni na koji način...“. Ovakav zaključak ne bi se mogao prihvati ako se zna da je u Kotoru 1221. godine bilo određeno, radi kontrole rada notara, da se isprava može sastaviti samo pred sudijom i svjedocima.<sup>77</sup> Notarska isprava sama po sebi nije imala punu pravnu valjanost, nije imala *fi-*

72 Kotorski statut, glava 435.

73 N. Fejić (1980b), *op. cit.* fn. 53, 12 i dalje.

74 Kotorski statut, glava 289.

75 Kotorski statut, glava 286.

76 A. Marinović, *op. cit.* fn. 42, 88.

77 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 103.

*des publica*, kao što je to bio slučaj, na primjer, u Lombardiji. U mnogim tadašnjim gradskim komunama carta (instrumentum) bez učešća sudskog ili drugog gradskog funkcionera nije sticala javnu vjeru.<sup>78</sup> U najstarijoj kotorskoj notarskoj knjizi pored sudije i svjedoka sreta se i potpis auditora.<sup>79</sup> Konačno je Statut za javnu vjeru notarske isprave od 1351. godine zahtijevao da bude sačinjena od zakletog notara i potpisana od jednog sudije i auditora.<sup>80</sup> Ako se desi da neki notar ili sudija umre prije nego potiše ispravu to je po nalogu Vijeća obavljao drugi sudija odnosno auditor, koji je u to vrijeme bio na dužnosti. Ponekad je i čitavo osudsko vijeće učestvovalo u sastavljanju isprave pa je ona sticala javnu vjeru i dejstvo kao presuda.<sup>81</sup>

Auditori su bili opštinski službenici koji su, kao egzaminatori u nekim dalmatinskim gradovima odnosno *iurati iudices* u Dubrovniku, pomagali notaru i brinuli o zakonitosti njegove isprave. Kao pravu vične osobe oni su se starali prvenstveno o materijalnopravnoj strani posla s ciljem da on bude u skladu sa odredbama Statuta.<sup>82</sup> U početku su auditori imali ulogu tumača stranim notarima da bi kasnije dobili drugo značenje. Auditori su nadomještali nepostojanje korporacije notara koja bi, kao u nekim italijanskim gradovima, vršila nadzor nad njihovim radom.<sup>83</sup> U Kotoru su se birala tri sposobna auditora na vrijeme od šest mjeseci, sa zadatkom da odobravaju isprave koje notar sastavlja, kako se u ugovorima i među ugovornim stranama ne bi dešavale prevare. Ako bi neki od njih odbio da bude u službi plaćao je kaznu od 25 perpera.<sup>84</sup> Kratak rok na koji su se birali auditori ukazuje na značaj i odgovornost ove službe, zbog čega građani nijesu rado prihvatali ovu dužnost, ali su se time sprječavale i eventualne zloupotrebe koje bi mogle nastati dužvremenim zajedničkim radom notara i auditora.<sup>85</sup> Auditor je, prema Statutu, za svoj rad dobio polovinu cijene koju je za pisanje isprave primao notar.

78 I u Veneciji je od 1280. godine potpis najmanje dvojice egzaminatora bio uslov za pravnu valjanost svake notarske isprave. M. Horvat, „Heinrich Felix Schmid, Dalmatinische Stadtbucher“, *Historijski zbornik* 9/1956, 199.

79 I. Sindik, *op. cit.* 34, 104.

80 Kotorski statut, glava 386.

81 M. Horvat, *op. cit.* fn. 78, 201.

82 M. Kostrenčić, *op. cit.* fn. 3, 79.

83 M. Šufflay, *op. cit.* fn. 2, 105.

84 Kotorski statut, glava 9.

85 I. Sidnik, *op. cit.* fn. 34, 104.

Notarsku službu u Kotoru obavljao je jedan zakleti notar, čak i više decenija, kao što je, na primjer, *Johanes de Luxia*.<sup>86</sup> Drugim privatnim notarima bilo je zabranjeno da građaninu ili strancu sačine kakvu javnu ispravu. Ako bi neki drugi notar, mimo zakletog notara grada, sačinio neku ispravu bio je obavezan da plati 500 perpera i uz to sačinjena isprava ne bi bila valjana.<sup>87</sup> Posebno se vodilo računa o ispravnosti notarskih isprava sačinjenim u drugim gradovima. Stoga je zbog nepoštovanja pravnog reda i nemarnosti notara nekih grada, 1322. godine odlučeno da nijedna isprava javnog notara, od Bara do Drača, kako god da je sačinjena, oformljena ili uslovljena neće se priznati kao dokazno sredstvo na sudu u Kotoru.<sup>88</sup> Izuzetak je notarska isprava o mirazu. Ali sve potvrde sačinjene u Srbiji ili u bilo kojem kraju izvan Kotora, ako su ranije ovjerene od kotorskog notara priznate su kao valjane, s tim da se nakon 1339. godine one više nijesu mogle potvrditi.<sup>89</sup>

Kotorski notari su po ugledu na dalmatinske i italijanske notare rano počeli prepisivati dokumente koje su sastavlјali. Tako je u 13. vijeku u Kotoru osnovan katastik (*catasticum*) kao javna knjiga duplike prepisanih notarskih dokumenata, alična onoj koja se u većini dalmatinskih statuta naziva *quaternus imbreviaturarum*. Tako je stvorena mogućnost da se u slučaju gubitka može izdavati duplikat isprave. Ova javna knjiga čuvala se kod suda, a Statutom je bio propisan precizan postupak za izdavanje duplikata isprave upisane u katastik. Ako je neko izgubio dokument (ispravu o mirazu ili nekom nepokretnom posjedu ili priznanicu) trebalo je da traži dozvolu od sudija sa Vijećem da mu ustupe katastik. Prethodno je morao položiti zakletvu da je ispravu izgubio i da o njoj ne zna ništa. Sudije sa vijećnicima upućivale su molbu biskupu da u crkvi oglasi da je dokument izgubljen i da ga eventualni nalazač vrati ili otkrija ako nešto o njemu zna, pod prijetnjom ekskomunikacije. Nakon toga, ako se isprava nije mogla naći, sudije sa vijećnicima nalažu da notar izvrši uvid u katastik i da „tu ispravu od riječi do riječi prepiše, ništa ne dodajući niti oduzimajući.“<sup>90</sup> U periodu mletačke vladavine katastik je bio zatvoren, a ključeve su u početku državi tri vlastelina, a onda komes i dva vlastelina.<sup>91</sup>

---

86 N. Fejić (1980a), *op. cit.* fn. 48, 29.

87 Glava 306 Kotorskog statuta.

88 Glava 297 Kotorskog statuta.

89 Glava 303 Kotorskog statuta.

90 Kotorski statut, glava 294.

91 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 106.

Zbog značaja koji su notarske isprave imale posebna pažnja bila je posvećena zaštiti *carte* i zaštiti notara kao njenog tvorca. Notarska isprava se nije mogla osporavati, a ako bi se dokazalo da je neko, uključujući i notara, sačinio lažnu ispravu slijedila mu je kazna odsjecanjem desne ruke.<sup>92</sup> Dva puta je statutarnim odlukama vršena revizija notarskih isprava koje su sastavljeni notari od vremena notara Mihe Gige (13. v.) i notar Bartolomej iz Padove (14. v.) radi potvrđivanja njihove javne vjere.<sup>93</sup> Notari nijesu smjeli biti sprječavani u sastavljanju isprava, a uvreda notara, verbalna i tjelesna kažnjavana je sa 50, odnosno 100 perpera.<sup>94</sup>

Pored opštinskog notara određene notarske poslove u Kotoru obavljali su i opštinski kancelar, knežev kancelar i biskupski notar, mada ostaje neizvjesno da li su postojala dva kancelara ili je opštinski i knežev kancelar bilo isto lice.<sup>95</sup> Nadležnosti kancelara nijesu precizno određene s obrirom na to da je notar često nosio i titulu kancelara (*notarius et cancellarius*).<sup>96</sup> U Kotoru je, po uzoru na slovensku kancelariju u Dubrovniku, djelovao slovenski notar i kancelar.<sup>97</sup> Oni se pominju u dokumentima iz perioda mletačke vladavine, a nastali su iz potrebe saradnje sa zaleđem, povećanja slovenskog stanovništva u Kotoru i održavanja odnosa sa srpskim kraljevima, a zatim sa Balšićima i Crnojevićima.

### 3.2. Notari srednjovjekovne Budve

Kao i drugi srednjovjekovni gradovi na istočnojadranskoj obali i Budva je imala Statut, iako je po površini i po broju stanovnika bila

92 Kotorski statut, glava 291.

93 Kotorski statut, glava 300 i 393. Notari Miha Giga (koji je djelovao između 1247. i 1271. godine) i Bartolomej od Tri bazilike (koji je isprave sastavljaо između 1350. i 1356. godine) jedini se imenom pominju u kotorskem Statutu.

94 Kotorski statut, glava 84.

95 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 106 i 107.

96 Takođe tokom 1420. godine notarsku i kancelarijsku službu u Kotoru obavljao Antonio Puctii (*Antonius quondam Putii de Sancto Genesio, cancellarius civitatis Cathari et notarius*) koji je obavljao i funkciju poslanika, odnosno zastupnika i pripremao predaju Kotora Veneciji. M. Matijević-Sokol, „Uspostava mletačke vlasti u Kotoru 1420.godine (na osnovu kotorskih notarskih isprava)“, *Zbornik Zavoda za povijesne znanosti Istraživačkog centra JAZU* 12/1983, 11 fn. 12.

97 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 107.

mala komuna. Budvanski Statut donešen je u doba srpskog carstva, za vrijeme cara Dušana, sa dodacima iz perioda despotovine Đurđa Brankovića i Mletačke republike.<sup>98</sup> Utemeljen na običajnom pravu stvaranom pod uticajem rimsко-vizantijskog prava i specifičnih prilika ove sredine,<sup>99</sup> Statut Budve posvetio je nekoliko odredaba notarima i notarskim poslovima. Nema preciznih podataka o početku rada notara u ovoj komuni, jer su arhivski podaci uništeni u ratnim sukobima i požarima (najmanje pet) u kojima je stradala srednjovjekovna Budva. Notari su u Budvi postojali i prije Statuta, što nesumljivo proizilazi iz odredbe 65. poglavlja koje narađuje „da poslije smrti Askanija notar ne može biti nijedan naš građanin, već stranac koji je dobar i stručan čovjek“. Smatra se da je notarska služba prije Statuta bila slična ovoj koja je u njemu kodifikovana.<sup>100</sup> Među taksativno navedene opštinske službenike koje treba izabrati.<sup>101</sup> Statut izričito pominje notara.<sup>102</sup> Notara su birale sudije, vijećnici i cjelokupno Vijeće kuglicama. Izabrani se smatrao onaj ko dobije najviše kuglica. On je bio dužan da vrši notarsku službu i sluša naređenja sudija i vijećnika pod prijetnjom gubitka službe i kazne od 50 perpera.<sup>103</sup>

Opredjeljenje donosioča Statuta da notarsku službu može obavljati samo staranac motivisano je potrebom da se obezbjedi objektivnost i stručnost javnog službenika koji sačinjava isprave o pravnim poslovima sa značajnom pravnom snagom. Notar stranac dobijao je platu (1 dinar od isprave za domaćeg građanina i 2 dinara od isprave za stranca) i besplatan stan.<sup>104</sup> Ovi notari koji su uglavnom dolazili iz Italije bili su oslobođeni poreza i drugih opštinskih dažbina.<sup>105</sup> Ove privilegije bile su veliki namet maloj budvanskoj komuni pa su u peri-

---

98 N. Vučković, „Budvanski Statut u svijetu pravnih i istorijskih razmatranja“, *Srednjovjekovni Statut Budve (sa italijanskog preveo Nikola Vučković)*, Budva 1970, str. 7 i 11.

99 Vučković, N., *op. cit.* fn. 98, str. 9.

100 Ž. Bujuklić, *Pravno uređenje srednjovekovne budvanske komune*, Budva 1988, 58.

101 Kao dan kada se biraju opštinski službenici određen je dan Sv. Marka kada moraju zvoniti zvona crkve Sv. Ivana i mora se sakupiti najmanje 30 plemića Vijeća. Budvanski statut, poglavljje 70.

102 Budvanski statut, poglavljje 85.

103 Budvanski statut, poglavnjje 73.

104 Budvanski statut, poglavljje 65.

105 Budvanski statut, poglavljje 53.

odu Mletačke uprave ukinute istovremeno sa ukidanjem ranije zabrane da se za notare biraju domaći građani, kada je i određen rok od godinu dana na koji su birani notari.<sup>106</sup>

U 73. poglavlju Statuta navedeni su pravni poslovi koje je notar bio dužan da sačini: kupoprodaja, zamjena, miraz, testament, ugovor o zajmu i kreditu. Notarske isprave o ovim poslovima nijesu imale *fides publica* dok ih ne potpiše sudija. Kasnije se, vjerovatno pod uticajem kotorskog Statuta, za javnu vjeru notarske isprave pored ovjere od strane jednog sudije zahtjevala i ovjera od auditora, opštinskog službenika koji je kao čuvar zakonitosti nadzirao rad notara.<sup>107</sup> Notar je imao obavezu da u roku od 8 dana sačini ispravu (*carta*) o onome što su mu naredili da napiše sudije, gastaldi i arbitri i nije mogao odrediti neko lice koje će ga zamjenjivati, osim ako to odobri sudija. Sve notarske isprave o pravnim poslovima notar je unosio u posebnu knjigu – katastik (*catastico*) koja je imala dvostruku ulogu. Služila je kao dokaz o vlasništvu nad nepokretnostima i kao registar javnih i privatnih isprava iz koga su se mogli izdavati prepisi dokumenata u slučaju gubitka originala. Bez odobrenja sudije notar nije mogao prepisivati catastik prethodnika.<sup>108</sup>

Najznačajniji su svakako bili ugovori koji su za predmet imali nepokretnost, bilo da se njima prenosilo pravo svojine (kupoprodaja, razmjena, poklon), pravo korišćenja (zakup) ili se obezbjeđivalo potraživanje (zaloga). Raspolaganje nepokretnim stvarima bilo je u znatnoj mjeri ograničeno pravom preče kupovine u korist određenih lica, pravom zaštite miraza i zabranom otuđenja nepokretnosti u korist stranaca.<sup>109</sup> Uz to za prodaju nepokretnosti bio je, slično Dubrovačkom i Kotorskom Statutu, predviđen postupak javnog oglašavanja bez koga se nije mogao zaključiti punovažan ugovor.<sup>110</sup> Javnim oglašavanjem tražio

106 Budvanski statut, poglavljje 279; Iako Statut o tome nema odredbe poznato je da je u Budvi pored opštinskog notara djelovao i biskupski notar i da je jedno vrijeme tu dužnost obavljao Krsto Ivanović. Vučković, *op. cit.* fn. 98, 33.

107 Budvanski statut, poglavljje 179, 244 i 260.

108 Budvanski statut, poglavljje 127.

109 Ž. Bujuklić, *op. cit.* fn. 100, 157.

110 *Naredujemo da ukoliko neka osoba namjerava da proda neku svoju nepokretnost, obavezna je da o tome obavjesti sudije ili kancelara i da se uz zvonjavu zvona crkve Sv. Ivana preko senicija i vataka kroz tri nedeljna dana uzastopce izvikuje: taj i taj čovjek prodaje nepokretnost, ko će da je kupi. Pošto je tri nedelje objavljivano uz zvuke zvona, kancelar će sastaviti posebnu bilješku (cedula) o tome i predati je notaru pred koga treba da pristupi i vlasnik nepokretnosti.*

se najpovoljniji kupac i istovremeno obavještavaла zainteresovana lica, posebno rodbina da iskoristi pravo preče kupovine. Iako pravo preče kupovine u korist rođaka u Statutu nije izričito navedeno ono proizilazi iz odredaba koje propisuju pravo rođaka da u roku od godinu dana otkupe prodatu nepokretnost.<sup>111</sup>

Statutom je bilo zabranjeno strancima da kupuju nepokretnosti u Budvi ili da nepokretnosti otkupljuju od svoji rođaka, jer su one bile rezervisane za one koji stanuju ili su rođeni u tom gradu.<sup>112</sup> Uz to bilo je naređeno da nijedan seljak ne može kupiti nepokretnosti u distiku Budve, a notar koji bi sačinio ispravu o toj kupovini plaćao je kaznu u vrijednosti cijene posjeda, a isprava je bila nevažeća.<sup>113</sup> To je bilo uobičajeno ograničenje u primorskim gradovima u cilju očuvanja ekonomske osnove i političke moći komune.<sup>114</sup> Notarska forma ugovora o prometu nepokretnosti bila je jedino dokazno sredstvo zaključenja ugovora, ali je i za svaki pravni posao čija vrijednost predmeta prelazi destet perpera bilo neophodno sačiniti notarsku ispravu.<sup>115</sup> Čini se da notarska isprava nije služila samo kao dokazno sredstvo postojanja ovih ugovora, već je bila i uslov njihove važnosti.<sup>116</sup> Drugim riječima, ovi ugovori nijesu se mogli dokazivati drugim dokaznim sredstvima niti su proizvodili pravna dejstva bez poštovanja notarske forme.

Prodaji nepokretnosti prisustvovali su opštinski prodavač i procjenivač kao službenici koje bira Vijeće i po izboru zaklinje biskup.<sup>117</sup> Procjenjivač vrijednosti nepokretnosti i opštinski prodavač nadzirali su prodaju s ciljem da bude u skladu sa Statutom. Time kupoprodaja postaje čvrsta i valjana i ne može joj se više prigovarati.<sup>118</sup> Notar nakon upisa kupoprodaje u opštinsku knjigu (*catastico*) bio je dužan da u roku od 8 dana, pod prijetnjom kazne od 50 perpera, izda ispravu o pravnom poslu.

---

*Ukoliko se prodaja obavi na drugačiji način ne obavezuje i nije valjana.* Budvanski statut poglavljje 155.

111 Budvanski statut, poglavljje 244.

112 Budvanski statut, poglavljje 244 i 248.

113 Budvanski statut, poglavljje 248.

114 Ž. Bujuklić, *op. cit.*, fn. 100, 71.

115 Budvanski statut, poglavljje 235.

116 Ž. Bujuklić, *op. cit.*, str. 158.

117 Budvanski statut, poglavljje 70.

118 Budvanski statut, poglavljje 268.

Jedan od čestih pravnih poslova koji je sačinjavao notar bio je testament, kome Statut posvećuje nekoliko odredaba. Svako ko je imao testamentalnu sposobnost (14 godina za muškarca i 12 godina za ženu koja nema muža) mogao je sačiniti testament s notarskom ispravom, ili pred svjedocima ili ga napisati svojeručno uz potrdu svjedoka).<sup>119</sup> Testament koji je sačinio notar bio je čvrst i valjan, a testament pred svjedosima notar je bio dužan da napiše kad mu ga podnesu staratelji umrloga i pošto ispita svjedoche. U slučaju da notar neće da napiše testament sudije si bili dužni da na testament udare pečat opštine i testament definitivno ostaje punovažan.<sup>120</sup> Testator je mogao akt posljednje volje sačiniti i izvan Budve pred tri svjedoka, ali je bio dužan da ga u roku od tri mjeseca, ako se nalazi u provinciji, odnosno u roku od godinu dana, ako se nalazi van provincije, doneše u zemlju i da ga u roku od 8 dana predoči sudijama koji su dužni da ga predaju notaru da ga napiše svojom rukom i udari pečat opštine.<sup>121</sup>

### *3.3. Notari u srednjovjekovnom Baru i Ulcinju*

Notari su u srednjem vijeku djelovali i u Baru i Ulcinju, ali je za razliku od Kotora i Budve, dokumentacija o njihovim poslovima i organizaciji notarske službe nestala. Statuti ova dva grada sa juga jadranske obale nijesu sačuvani ali je djelimično izvršena njihova rekonstrukcija na osnovu građe srednjovjekovnih apelacionog suda u Dubrovniku, dokumentata dubrovačkog Malog vijeća, citata u drugim dokumentima i uporednih rješenja statuta susjednih gradova.<sup>122</sup> I ove statutarne kodifikacije, slično statutima drugih primorskih komuna, posvetile su određene odredbe notarima i notarskim poslovima, imajući u vidu rimsко-vizantijski uticaj, uporedna statutarna rješenja, običajno pravo i lokalne specifičnosti.<sup>123</sup> Osnovano je prepostaviti da je *catra di nota-*

119 Budvanski statut, poglavljje 166.

120 Budvanski statut poglavljje, 168.

121 Budvanski statut, poglavljje 170.

122 S. Ćirković, *et al.*, *Bar grad pod Rumijom*, Bar 1984. 28; M. Bakić, „Stari arhivi na crnogorskem primorju“, *Hrvatsko-crnogorski dodiri / crnogorsko-hrvatski dodiri: identitet povijesne i kulturne baštine Crnogorskog primorja*, *Zbornik radova*, Lovorka Čoralić (ur.), Zagreb 2009, 607; S. Marković, „Notarijati medievalnih komuna crnogorskog primorja (odrazi antičkog nasljeđa, autonomnosti urbaniteta i humanističkog univerzalizma)“, *Acta histriae* 4/2010, 834 i 835.

123 Smatra se da je Statut Bara redakcijski sastavljen u periodu između kotorskog i budvanskog Statuta, iako se u istoriografiji prvi put pominje 1330. godine.

rio bila forma *ad probationem* ili *ad solemnitatem* za različite ugovore i druge pravne poslove u tadašnjem Baru i Ulcinju. I u ovim srednjovjekovnim komunama notarska isprava je bila uslov važnosti ugovora o kupoprodaji nepokretnosti, ugovora o zalozi, ugovora o mirazu i testamenta kao akta posljednje volje.<sup>124</sup>

U Baru se prvi notar pominje 1252. godine<sup>125</sup> i poznato je da ih je do polovine XV vijeka bilo najmanje devet<sup>126</sup> sa različitim nazivima (*imperiali auctoritate notarius, communis iuratus notarius, iuratus notarius communis Antibari*).<sup>127</sup> Bili su to uglavnom svještenici jer ovdje i u Ulcinju laicizacija notarske službe nije išla kao u drugim primorskim gradovima, što se objavljava ekonomskim razlozima koji su onemogućavali ove komune da plaćaju stalne notare.<sup>128</sup> Pored notara postojao je i kancelar, a uz njih vicenotar i vicekancelar.<sup>129</sup> Smatra se da je kancelar bio zamjenik notara, a ne posebno bilježničko zvanje, iako je bilo slučajeva da isto lice bude i notar i kancelar.<sup>130</sup>

Čini se da je Barski statut štitio svojinska prava, posebno kad su nepokretnosti u pitanju, jer su one imale veliki značaj za privredni život barske komune. Značajnu ulogu imali su notari i notarske isprave pri raspolaganju svojinom *inter vivos i mortis causa*. I u ovoj komuni se poput drugih primorskih gradova za prenos prava na nepokretnostima zahtjevala notarska karta i prethodno javno oglašavanje zvukom zvona. Barani su u kancelariji notara sklapali i brojne druge ugovore: o zakupu, o zalozi, o najmu radne snage, o najmu broda i prevozu tereta

---

Statut srednjovjekovnog Ulcinja nastao je u XIII vijeku, a prvi put se u dokumentima pominje 1366. godine. S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, str. 833 i 836; N. Vučković, *op. cit.* fn. 98, 10.

- 124 N. Bogojević-Gluščević, „Negotium i instrumentum u gradovima na jadranskoj obali u XIV vijeku“, *Istorijski zapisi* 1–2/1998, 119 i dalje.
- 125 Od notara u Baru navode se: Andreas Ugolini (1247), Triphon (1252), Joanni de Mauro (1300), Johannes Merula de Napoli (1358) i dr. S. Marković, *op. cit.* fn. 122, 834.
- 126 B. Šekularac, „Tradicija pismenosti u temelju crnogorske kulture“, *Matica* 27–28/2006, 97.
- 127 S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 834.
- 128 I. Sindik, *op. cit.* fn. 34, 102.
- 129 S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 833.
- 130 Tako je, na primjer, kanonik crkve sv. Petra u Baru *Don Dominichus Capsenta* bio zakleti notar i kancelar Bara 1409. godine, a prije toga (1369) *Franciscus Decani* djelovao je sa titulom *vicenotarius et cancellarius communis Antibari*. S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 834.

ulja, o zajmu, o djelu, o zastupanju, o darovanju, o osiguranju tereta.<sup>131</sup> Pri tome je često korišćena kaluzula *Renun tiando* kojom se dužnik unaprijed odričao pozivanja na pravo koje bi ga moglo oslobođiti preuzete obaveze.<sup>132</sup>

Pored navedenog domaći notari ili stranci koji su dolazili iz Napulja, Ankone, Vićence i drugih gradova obavljali su poslove pomoćnika i saradnika suda, prepisivali odredbe Statuta za potrebe konkretnog spora, vodili zapisnike, pisali upravne akte, akte u vezi osnivanja privrednih društava, izjave o određivanju legata, međunarodne ugovore i dr. Iz pojedinih dokumenta može se zaključiti da su notarske isprave ovjeravane pečatom koji je bio „crn i okrugao sa predstavom sv. Đura (Đurđa) i natpisom: *sigilati sigillo dicte ciuitatis Antibari*“.<sup>133</sup> Čini se, ipak, da je notarska isprava sticala *fides publica* tek nakon ovjeravanja od strane sudije i auditora. Auditor je brinuo o zakonitosti isprave, vršio nadzor nad radom notara i prevodio akte notarima-strancima. Za slučaj odbijanja rada ili nepravilnog postupanja notaru je slijedila novčana kazna ili gubitak službe.

Zanimljivo je da je početkom 14. vijeka u Dubrovniku, a nešto kasnije u Kotoru, donešena odluka da notarske isprave sačinjene od grada Bara do Drača ne vrijede jer nijesu sastavljene na propisani način. Vidjeli smo da je Statutom Kotora kao razlog za nepriznavanje ovih isprava navedeno da se prilikom njihovog sastavljanja ni malo ne poštuje propisani način i pravni red.<sup>134</sup> Vjerovatno su razlozi nepoštovanja forme rukovodili i Dubrovčane da donesu takvu odluku, mada je zabilježeno da su se notarske isprave iz 14. vijeka poštovale u Dubrovniku.<sup>135</sup>

I srednjovjekovni Ulcinj je slično Baru imao organizovanu notarsku službu. Notari se ovdje pominju od 1261. godine, a bilo ih je, osim iz Ulcinja, i iz nekih italijanskih gradova.<sup>136</sup> „Od 1261. do 1396. godine ubilježena su imena šest notara, koji su vršili i dužnost učitelja.“<sup>137</sup>

131 S. Marković, „Statuta et leges civitatis Antibari (prilog poučavanju statuta medievalnog Bara)“, *Povjesni prilozi* 23/2002, 29–33.

132 Ž. Bujuklić, *op. cit.* fn. 100, 192.

133 S. Marković(2002), *op. cit.* fn. 131, 37.

134 Kotorski Statut, glava 297.

135 S. Ćirković, *op. cit.* fn. 122, 22.

136 Kao prvi ulcinjski notar navodi se *Anastasius (Communis Dulcinii Notarius)*, 1261. god. S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 837.

137 B. Šekularac, *op. cit.* fn. 126, 97.

Pored notara i kancelara, koji su službu obavljali kao sveštenici i magistri, djelovali su vicenotari i vicekancelari. Bio je običaj poštovan i u vrijeme Mletačke vlasti, da se notari plaćaju iz opštinske kase, od lokalnih prihoda i carine.<sup>138</sup> Sastavljeni su isprave o pravnim poslovima kao i u drugim primorskim gradovima, s tim što je prema Statutu za svaku ispravu o dugu većem od tri dukata bila potrebna pismena forma. Ispravu je u odsustvu notara mogao sačiniti i zakleti vicenotar, a ovjeravale su je sudije stavljući pečat komune Ulcinja. Ako je zbog udaljenosti mjesta postojala sumnja u sposobnost i marljivost vicenotara u propratnom pismu je objavljivano „svima i svakome“ da je vicenotar koji je sačinio kartu po običajima Ulcinja *homo de bona fama e de bona opinion e fedelmente e lialmente fo el suo oficio* (čovjek na dobrom glasu, vjeran i odan svojoj službi).<sup>139</sup> U Ulcinju je slično Kotoru postojala i slovenska kancelarija u kojoj su najčešće sačinjavane notarske isprave o testamentima, s obzirom na to da ulcinjski Statut nije dozvoljavao da testatori pišu testament svojeručno.

#### 4. EVROPSKA RAZNOLIKOST NOTARIJATA

Iz sjeverne Italije kao rodnog mjesta savremenog notarijata, poznatog pod imenom latinski notarijat, nastavljeno je njegovo širenje po Evropi, pa i van nje. Prema Cannati notarijat se iz Italije počeo širiti u nekoliko pravaca. Prvi pravac je išao preko Marseja (1185) doиона (1220), preko Grenobla i Savoje, do Sent Morisa u Švajcarskoj (1250 i 1260). Drugi pravac vodi u Španiju do Valensije (1239), a treći počinje u Liježu (1274) i vodi preko Insbruka do Libeka (1283). U Englesku notarijat stiže 1257, a u Dansku pred sam kraj XIII vijeka.<sup>140</sup>

U drugom dijelu bivše Franačke države od kojeg je nastala Francuska notarijat se donekle razlikovao od onog u Italiji. Luj XIV je 1761. godine obezbijedio pečat svakom francuskom notaru, pa oni više nijesu morali svoj notarski akt podnositi *garde-scel-u* na ovjeru. Notari sa ovako određenim javnim ovlašćenjima zadržali su se sve do zakonodavne reforme nakon Francuske revolucije. Zakonima iz 1791. i 1803. ukinuti su kraljevski notari, kupovina, prodaja i nasljedivost službe i

---

138 S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 836.

139 S. Marković (2010), *op. cit.* fn. 122, 838.

140 C. A. Cannata, „Aperçu historique du notariat européen“, *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs und Grundbuchrecht/Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier* 4/1986, 204 i 205.

ustanovljen novi model evropskog notarijata, praktični spoj modernog i tradicionalnog, prilagođen uslovima savremene organizacije društva.

Od uredbe cara Maksimilijana I 1512. godine notarska profesija je postala državna služba.<sup>141</sup> On je postavio jedinstvenu notarsku službu na prostoru cijelog njemačkog carstva. Nešto kasnije ukinuti su javni bilježnici kao slobodna profesija, a njihovi poslovi preneseni su na državne službenike. Nasuprot tome, u Francuskoj je zakonom iz 1803. godine poznatim pod nazivom *Loi Ventôse* udaren temelj današnjem savremenom modelu notarijata. Notarski akt dobio je dokaznu snagu javne isprave kao i svojstvo izvršnog naslova bez angažovanja suda. Ovaj Zakon poslužio je kao uzor za uređivanje notariajta u Njemačkoj i Austriji, a preko austrijskog Zakona iz 1871. godine načela ovog zakona prihvaćena su i Zakonu o javnom beležništvu Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine. Zakon Kraljevine Jugoslavije je bio osnova za pripremu važećih zakona o javnom bilježništvu u državama nastalim na prostoru *ex Jugoslavije*.

Notariat u savremenim evropskim državama utemeljen je u srednjovjekovnim gradovima uključujući i istočnojadranske medievalne komune. On je kasnije samo oblikovan, dograđivan i usavršavan sa izraženim specifičnostima pravne, nacionalne i regionalne osobnosti. Pravna tradicija i različiti društveno-ekonomski i istorijski uslovi doveli su do raznolikosti notarijata u Evropi. Latinski model je dominantan u državama evropskokontinentalnog pravnog kruga. U okviru latinskog notarijata postoje dva sistema: notariat koji se obavlja u vidu isključivog zanimanja, tzv. samo-notariat (*Nurnotariat*) i advokatski notariat (*Anwaltsnotariat*). U većini država dominira jedan model notarijata najčešće latinski, ali ima i država u kojima egzistiraju nekoliko vrsta notara, npr. u Njemačkoj gdje postoje tri vrste notara: isključivi javni bilježnik, advokat-javni bilježnik i javni bilježnik kao državni službenik.<sup>142</sup> Većina evropskih država stupila u međunarodni savez latinskog bilježništva 1948. godine (*Union internationale du notariat latin – UINL*) gdje je na sastanku u Buenos Airesu dogovorena definijija notara: „Latinski bilježnik je po zanimanju pravnik, koji na osnovu javnih ovlašćenja prihvata od stranaka izjave volje, daje im

141 P. A. Malavet, „Counsel for the Situation: The Latin Notary, A Historical and Comparative Model“, *Hastings International and Comparative Law Review* 3/1996, 4.

142 D. Knežić-Popović, „Pravna priroda javnog beležništva“, *Pravni zapisi* 2/2010, 346.

potrebnu pismenu formu i o tome izdaje odgovarajuće isprave, koje imaju karakter javne isprave. Originale tih isprava preuzima na čuvanje, a izdaje ovjerene prepise. U njihove zadatke spada takođe i javno potvrđivanje činjenica.<sup>143</sup> Pored ove asocijacije predstavnici notara država Evropske unije osnovali su, u cilju bolje saradnje, 1976. godine u Parizu Konferenciju notara Evropske unije (*Conférence des Notariats de l'Union Européenne – CNUE*).

S druge strane u Engleskoj notari nemaju nadležnosti kao u pravima kontinentalne Evrope. *Notaries public* samo prisustvuju sastavljanju ugovora i drugih pravnih dokumenata kako bi se obezbijedila njihova autentičnost i čuvanje drugog originalnog primjerka. To su uglavnom solisiteri, advokati nižeg ranga, obični pravnici, pa čak i lica bez pravničkog obrazovanja koja svakodnevno kontaktiraju sa strankama. Ipak, oni moraju biti imenovani od *Master of Faculties* vodeći računa o moralnim kvalitetima i određenom razumijevanju prava što se dokazuje polaganjem ispita.<sup>144</sup>

Mr Velibor Korać

## NOTARY SERVICES IN THE MEDIEVAL COMMUNES OF SOUTH-EASTERN ADRIATIC – INFLUENCE ON CONTEMPORARY EUROPEAN SOLUTIONS

### Summary

This article presents a brief history of notaries with special emphasis on the notary in the eastern Adriatic communes. Many cities on the eastern coast of the Adriatic Sea, namely Zadar, Split, Dubrovnik, Kotor, Budva had a notary service whose formation was influenced by the notaries from the cities of Italy. The roots of today's basic model of notaries can be traced to medieval notary service. For the history of notaries in our region of importance is the Maximilian *Reichsnotariatsordnung* from 1512 which preceded Austrian *Notariat-*

---

143 V. Rijavec, „Primerjalnopravni pregled različnih oblik notariata v svetu“, *Pravnik – revija za pravno teorijo in prakso* 1996, 12.

144 S. Avramović, „Pravnoistorijski aspekti notarijata“, *Javnobežničko pravo*, D. Hiber (ur.), Beograd 2005, 75.

*sordnungu* from 1871, which itself and this was the basis for creating the Law on Public Notary of the Kingdom of Yugoslavia in 1930. The Law on Public Notary of the Kingdom of Yugoslavia was the basis for the preparation of the positive laws of the Notary public in the states created on the territory of ex-Yugoslavia.

The idea of public notary service which was practiced in Central European coastal towns has significantly influenced on the appearance of notary public service in contemporary Europe. Various models of notary service that exist today are a product of traditional and regional diversities. One dominant model has been adopted throughout the countries created on the territory of ex-Yugoslavia. This is so-called latin model of notary which was the basis for the creation of Law *Ventôse* which laid the foundation of modern notary in many European and non-European countries. The difference is that, unlike the notary documents in medieval law, which did not have *fides publica*, modern European legal systems notary act has the capacity of a public document, and is under certain conditions, an executive document.

Key words: *Notary. – Medieval communes. – Models of Notary.*

Savo Manojlović, LL.M.\*

## USTAVNA ŽALBA U REPUBLICI SRBIJI – NORMATIVNI I PRAKTIČNI IZAZOVI –

*U radu se analitiraju normativni i praktični problemi koji su nastali uvođenjem ustavne žalbe Ustavom od 2006. Prvi je mogućnost ukidanje odluka redovnih sudova od strane Ustavnog suda. Drugo je odlučivanje o povredi prava na suđenje u razumnom roku. I treće je uvođenje odlučivanja Ustavnog suda u većima kako bi se rešio problem brojnih predmeta. Razmatra se uticaj normativnih rešenja na praksu i vice versa; odgovori ustavnog sudstva na promene zakona; pitanje ustavnosti određenih normativnih rešenja; praktični modaliteti suočavanja sa problemom brojnih predmeta.*

Ključne reči: *Ustavni sud. – Ustavna žalba. – Pravo na suđenje u razumnom roku. – Ustavnosudski aktivizam. – Podela vlasti.*

### 1. UVOD

Uvođenjem ustavne žalbe, centralizovano ustavno sudstvo, koje je u skladu sa konceptom njegovog misaonog oca H. Kelzena stvoreno kako bi vršilo kasiranje neustavnih zakona (opštih akata), dobilo je još jednu ulogu, te sada kao zaštitnik osnovnih prava zajemčenih u ustavnom tekstu, vrši kontrolu ustavnosti i pojedinačnih pravnih akata. Tako je ovim novim institutom, ustavno sudstvo pored kontrole ustavnosti opštih akata (*in abstracto*), trebalo da ocenjuje i ustavnost u realnom životu pojedinačnih – sudskih i upravnih akata (*in concreto*).

Iako institut ustavne žalbe na ovim prostorima nije *novum*, jer su ih poznivali ustavi komunističke Jugoslavije, a zatim i saveznih država (1992. i 2003), u teoriji se s pravom ističe da su oni, iz različitih razloga, bili pre svega ustavni dekori.<sup>1</sup> Njegovim uvođenje u pravni život

---

\* Autor je mlađi savetnik Ustavnog suda Republike Srbije, savomanjlovic@yahoo.com.

1 B. Nenadić, „O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanje vladavine prava* (ur. B. Nenadić), 2013, 87.

Ustavom Srbije od 2006. godine<sup>2</sup> osnovna prava su suštinski dobila instrument zaštite u svakom konkretnom slučaju. Ustavno sudstvo je dobilo jednu novu ulogu, koje je otvorilo pitanje mesta centralizovanog ustavnog sudstva u sistemu podele vlasti. Nije li time ustavno sudstvo dobilo ulogu „Nadvrhovnog suda“?<sup>3</sup> U pravni sistem je uneta, tj. ako ne uneta onda lokacijski koncentrisana jedna specifična logika rasuđivanja. A ustavno sudstvo je konstituisano kao glavni i odgovorni tumač takvog načina odlučivanja. Reč je o jednom pravno višem načinu rasuđivanja, u kome se sa opštih visina direktno, vertikalno (pod pravim uglom!) u pojedinačne pravne akte ubrizgava eliksir osnovnih (ljudskih) prava i sloboda. Ako govorimo o evropskom ustavnosudskom prostoru, ovaj način rasuđivanja dodatno je zaštićen kontrolom Evropskog suda za ljudska prava (u daljem radu: ESLJP) i koji na kraju proverava i validnost samih odluka ustavnog sudstva u postupcima po ustavnoj žalbi.<sup>4</sup>

Ustavna žalba, kao po mnogo čemu nov i specifičan pravni instrument, smatra se i dalje „kontraverznom funkcijom ustavnog sudstva“,<sup>5</sup> koja stavlja teoriju, zakonodavca, praksu, pa možda čak i *de constitutione ferenda* samog ustavotvorca (!), pred brojne izazove. Ti izazovi su bili uzrokovani određenim normativnim rešenjima, koja su pak nove izazove producirale u samoj praksi. I *vice versa* određeni problemi u praksi i odgovori Ustavnog suda na ove izazove, odražavali su se na nova zakonska rešenja kojima se regulisao postupak po ustavnoj žalbi. Osnovni cilj ove rasprave je da ukaže upravo na postojanje simbiotičke veze između normativnog i praktičnog kada je institut ustavne žalbe u pitanju. Ostavljajući po strani brojna teorijska, normativna i praktična pitanja koja otvara institut ustavne žalbe, u raspravi ćemo analizirati tri glavna nivoa međudejstva normativnog i praktičnog; izložiti tenzije pa i nadgornjanja različitih organa vlasti u normativnom odgovoru na određene izazove; kao i dati ocenu sadašnjosti (*de lege lata*), ali i ukazati na normativne perspektive (*de lege ferenda*).

---

2 Službeni glasnik SR, br. 98/06.

3 Tako ga i W. Sadurski (*Right Before Courts – A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States and Eastern Europe*, 2005, 25) naziva „Istinski Vrhovni sud“.

4 Inače Pressudom ESLJP u predmetu Vinčić i drugi protiv Srbije (broj predstavke 44698/07 i dr.) od 1. decembra 2009. godine, ustavna žalba je priznata kao delotvorno pravno sredstvo čije je iscrpljivanje uslov izjavljivanje predstavke ESLJP.

5 D. Stojanović, *Ustavno pravo II*, 2007, 369.

## 2. PRAKTIČNI I NORMATIVNI IZAZOVI

### 2.1. Mogućnost ispitivanja sudske odluke od strane ustavnog sudstva

Nakon što je Ustavom od 2006. godine, ustanovljena ustavna žalba, a zatim razrađena zakonskim odredbama, već je pred pravnim poslenicima stajao prvi izazov. Naime odredbom čl. 170 Ustava bila je ustanovljena mogućnost izjavljivanja ustavne žalbe. Istim članom određeno je *protiv čega* se može izjaviti („pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom“),<sup>6</sup> kao i pod kojim uslovima („ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu“). Ustavnim normama nije bliže određen način odlučivanja, niti stepen zadiranja u akte koji se ustanovnom žalbom osporavaju. Zakonom o ustanovnom суду – ZUS<sup>7</sup> (čl. 89 st. 2) je, pored ostalog, određeno da kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može, *inter alia*, poništiti pojedinačni akt.

Prema kompoziciji ustanovnog teksta, odredbe o Ustavnom судu bile su sadržane u posebnom (Šestom) delu Ustava, koji je ceo posvećen ustanovnom sudstvu, dok je u Petom delu o „Uređenju vlasti“, zajedno sa ostalim granama i organima vlasti sudstvo regulisana u Odeljku 7 „Sudovi“. Takođe, utvrđeno je da je Ustavni sud „samostalan i nezavisan državni organ koji štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode“ (čl. 166. st. 1. ZUS). S druge strane je utvrđeno da je Vrhovni kasacioni sud „najviši sud u Republici Srbiji“ (čl. 143 st. 4 Ustava), da sudske odluke „ne mogu biti predmet vansudskog kontrole“ (čl. 145 st. 3 Ustava), kao i da „sudske odluke može preispitivati samo nadležni sud“ (čl. 145 st. 4 Ustava).

Nakon što je Ustavni sud počeo da donosi prve odluke kojima je nakon utvrđivanja povrede određenih Ustavom zajemčenih prava i slo-

---

6 Ustanovnom žalbom se inače u određenim uporednim sistemima može napadati i opšti akt (npr. u Nemačkoj). Više o uporednopravnim razlikama, kao i ostalim teorijskim i praktičnim aspektima, videti u još uvek najkompletnoj monografiji na domaćem jeziku o ustavnoj žalbi: V. Đurić, *Ustavna žalba*, 2000.

7 Službeni glasnik glasnik RS, br. 109/07, 99/11 i 18/13.

boda poništavao odluke redovnih sudova<sup>8</sup> otvoreno je nekoliko spornih pravnih pitanja: 1) Da li sudovi spadaju u državne organe (čl. 170. Ustava i čl. 86. ZUS)? Pa samim tim, da li se u postupku po ustavnoj žalbi uopšte mogu preispitivati odluke redovnih sudova? 2) Da li, u slučaju pozitivnog odgovora na prvo pitanje, u postupku preispitivanja, Ustavni sud može poništiti odluke redovnih sudova?<sup>9</sup>

Što se prvog pitanja tiče, odgovor je više nego jasan. Na stranu što su sudovi kao organi nosioci trećine državne vlasti (Ustav Srbije prihvata podelu na tri grane vlasti: zakonodavnu, izvršnu i sudska), što država svojim aktima reguliše i iz budžetskih sredstava finansira rad ovih organa; Ustav (čl. 20) spominje da su *svi državni organi, a naročito sudovi (sic!)* dužni da pri ograničenju ljudskih i manjinskih prava, vode računa o suštini prava. Takođe, (čl. 36 Ustava) se jemči „jednaka zaštita prava *pred sudovima i drugim državnim organima*“.

Suprotno mišljenje imao je P. Trifunović, koji se slagao sa konstatacijom da je sud „nesumnjivo državni organ“, ali je „odrednica ‘državni’ izostala iz definicije redovnih sudova u Ustavu“, „svesno (kurzivom S.M.) kako bi se izrazila namera (...) da se po članu 170 Ustava ustavna žalbe dozvoli samo protiv odluka i radnji državnih organa u delu uprave“.<sup>10</sup> No, reč je o netačnom tumačenju nesporno izraženih ustavotvorčevih misli. Ako u ustavnom tekstu piše „*pred sudovima i drugim državnim organima*“, odnosno „državni organi, a naročito sudovi“, prostim jezičkim tumačenjem se može zaključiti da ustavotvorac sudove svrstava u državne organe, te nema nikakve dvojbe da li on možda „svesno“ izostavlja odrednicu državni. Ustavotvorac samo ističe poseban polazaj i ulogu sudova u odnosu na ostale državne organe. Takođe, teza da je ustavotvorac zapravo želeo da kontrolu u postupku po ustavnoj žalbi veže samo za pojedinačne akte uprave je neodrživa. Naime, Ustavom (čl. 198 st. 2) je utvrđeno da svi pojedinačni akti podležu preispitivanju sudova. To znači da bi se ustavnom žalbom osporili akti uprave, oni moraju biti preispitivani pred redovnim sudom, jer uslov izjavljivanja ustavne žalbe je iscrpljenost svih pravnih sredstava,

---

8 Termin redovnih sudova se vrlo često koristi kako bi se napravila distinkcija u odnosu na specijalizovane sudove (privredne, upravne i sl.). U ovom radu termin redovnih sudova se koristi kako bi se napravila razlika svih sudova u odnosu na ustavno sudstvo.

9 P. Trifunović, „Sudska odluka i ustavna žalba“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije 3/2009*, 164–170.

10 *Ibid.*, 168.

te ako se prihvati stanovište da se odluke sudova ne mogu preispitivati, to istovremeno znači da i svi pojedinačni akti uprave ostaju van dometa ustavnosudske kontrole A to *summa summarum* znači da Ustavni sud ne može preispitivati, maltene, ni jedan pojedinačni akt (*sic!*) i da je ustanovljeni institut ustanovne žalbe samo normativni „smokvin list“!

Odgovor na drugo pitanje je znatno složeniji. Ovde ćemo ukazati samo na probleme ovakve normativne postavke i skicirati osnovne konture mogućeg tumačenja. Ustavni sud se prema sistematici i slovu Ustava nalazi van sudskog sistema. Takođe ne male rasprave u teoriji su da li ustavno sudstvo pripada sudskoj, čini posebnu – *sui generis* vlast ili se čak smatra (kvazi)zakonodavnom?<sup>11</sup> Ukoliko je ustavno sudstvo van sudskog sistema, postavlja se pitanje mogućnosti preispitivanja odluka redovnih sudova pred Ustavnim sudom, jer je Ustavom jasno utvrđena nemogućnost preispitivanja sudskih odluka u vansudskoj kontroli (čl. 145 st. 3). Ako se s druge strane pogleda odredba o podeli vlasti (čl. 4 st. 1 Ustava) koja govori o tri grane vlasti (zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj), jasno je da možemo govoriti o drugom tumačenju. Ono bi se ogledalo u tome da ustavnosudstvo u našem pravnom sistemu pripada sudskoj grani vlasti, a da je zapravo samo lokacijski izmešteno. Ono naravno ima po mnogo čemu specifičnu, natkrovijujuću i „sistemske objedinjavajuću ulogu“<sup>12</sup>. Ali ako kao kriterijum uzmemosustavnu normu o podeli na tri vlasti; i ako podemo od stava da ustavnosudovanje po svome kvalitetu, ali i kvantitetu nije baš kadro za inauguraciju kao samostalna grana vlasti, koja će stajati „rame uz rame“ sa ostalim organima vlasti,<sup>13</sup> jasno je da time pobijamo argument o „vansudskoj kontroli“ redovnog sudstva.

Ako prihvatimo potonje tumačenje, koje smatramo ispravnim, otvara se novo pitanje: Nije li Ustavni sud u tom preispitivanju dužan da se suzdrži mogućosti poništavanja odluka Vrhovnog kasacionog suda? Kako, ako se prihvati da je sve to u okviru sudske grane, neko može po-

11 B. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova (Sa posebnim osvrtom na ustavni sud Srbije)*, Beograd, 2012, 49–56. I. Pejić, „Načelo podele vlasti i ustavno sudstvo“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanje vladavine prava* (ur. B. Nenadić), 2013, 68–69. Z. Tomić, „Ustavno sudstvo – između žreca i stvaraoca“, *Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu* (ur. B. Nenadić), 2004, 61–70. J. Đorđević, *Ustavno pravo*, 1989, 759, 765.

12 Z. Tomić, *op. cit. fn.* 11, 67.

13 Više o ovom našem stavu videti u: S. Manojlović, „Pravna priroda i položaj ustavnog sudstva u sistemu podele vlasti“, (rad je prihvaćen za objavljivanje u časopisu *Pravni život* 2013).

ništivati akte „najvišeg suda u zemlji“? Nije li onda ustavotvorac želeo da mogućnost ispitavanja sudske odluke u postupku po ustavnoj žalbi zapravo samo zadrži samo u okvirima utvrđivanja povrede određenog prava, što je domet i Evropskog suda za ljudska prava? Nije li zakonska odredba zapravo protivustavna?<sup>14</sup> Pragmitično gledano međutim to ostavljanje mogućnosti ponavljanja postupka samo bi nepotrebno prolongiralo postupke. Poređenja sa ESLJP<sup>15</sup> nisu baš najpogodnija, jer je reč o jednom međunarodnom sudom čije bi direktno zadiranje u egzistenciju pojedinačnih pravnih akata „državnih organa i naročito sudova“ bilo bušenje elementarnih postulata o suverenosti. I na kraju – ponovo se vratimo na normativni aspekt – Ustavom je ostvljena jedna bezobalna neograničavajuća mogućnost ustavnom sudstvu, pa je tako odredbom čl. 171 st. 2 Ustava utvrđeno da „Ustavni sud svojom odlukom uređuje način njenog izvršenja, kada je to potrebno“. U uporednoj praksi je to imalo za posledice ne samo da je ustavno sudstvo ukidalo određene odluke, već da je svojim odlukama kreiralo zakonski pravni poredak (*sic!*) i stvaralo opšte pravne norme!<sup>16</sup>

Najskloniji smo tumačenju da je navedena normativna dilema nastala neopreznošću ustavopisaca. No bez obzira na to, skloni smo da, imajući u vidu načelo podele vlasti (čl. 4 st. 2 Ustava), kao i slobodu koja je prepustena Ustavnom суду u odlučivanju načina izvršenja svojih odluka (čl. 171 st. 2 Ustava), da najspravnijim, bez negiranja izvenskih kolizionih trvenja između normi unutar samog Ustava, smatramo tumačenje koje bi ipak dopustilo mogućnost poništavanja sudske odluke, kada je to potrebno. Uostalom, Ustavni sud ne slučajno u svom nazivu sadrži imenicu *sud*,<sup>17</sup> te je uostalom i ustavnosudski postupak, pored ostalog (terminološki gledano) sudska, naravno sa drastičnim specifičnostima.

14 Tako. P. Trifunović, *op. cit. fn.* 9, 167–170. V. Cvetković Đorđević, „Preispitivnje sudske odluke od Ustavnog suda Srbije“, *Zbornik radova: Perpektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. S. Lilić), 2011, 220–228.

15 V. Cvetković Đorđević, *op. cit. fn.* 14.

16 T. Marinković, „Interpretativn odluke ustavnih sudova“, *Ustavni sud Srbije – u susret novom ustavu* (B. Nenadić), 2004, 247–260.

17 „Da li njegovu prirodu pretežnije određuje imenica ‘sud’ ili pridev ‘ustavni?’“ B. Nenadić, *op. cit. fn.* 11, 51. Tako Z. Tomić (*op. cit. fn.* 6, 66) koji se zastupao stanovište da je ustavno sudstvo posebna (četvrta) grana vlasti konzistentno se zalagao da novim ustavom naziv institucije bude Ustavni Tribunal, kao u Poljskoj.

Povreda određenih prava se može zadovoljiti samo konstatovanjem povrede<sup>18</sup> ili konstatovanjem povrede određenog ljudskog prava i naknadom štete;<sup>19</sup> povredu određenih ljudskih prava je, međutim, nemoguće ispraviti bez zadiranja u egzistenciju same odluke (Odluka Ustavnog suda Už – 3024/10 od 17. februara 2011. godine.) U tim slučajevima ostavljanje bilo kakve mogućnosti da utvrđivanje povrede određenog prava od strane Ustavnog suda predstavlja osnov za ponavljanje postupka koji će krenuti od nule, odnosno od prvostepenog suda, predstavlja samo nepotrebno prolongiranje pravde.<sup>20</sup>

Ustavni sud štiti određena specifična ustavna prava, za razliku od redovnog sudstva koje se bavi zaštitom zakona. Tako se i Ustavni sud više puta ogradi va od mogućih prigovora ističući da „u postupku po ustavnoj žalbi nije nadležan da kao instanciono (viši) sud ispituje zakonitost odluka redovnih sudova, već jedino da ceni postojanje povreda ili uskraćivanja Ustavom zajemčenih prava i sloboda“, „da navodi o povredi ustavom zajemčenih prava moraju sadržati „ustavnopravno prihvatljive razloge“ (Rešenje Ustavnog suda Už – 3198/10 od 15. decembra 2011. godine), kao i da „ne može ocenjivati utvrđeno činjenično stanje i primenu materijalnog prava (...), niti preispitivati pravilnost zaključaka redovnih sudova o izvedenim dokazima, ukoliko iz razloga navedenih u ustavnoj žalbi ne proizlazi da je zaključivanje suda u osporenoj sudskej odluci bilo očigledno proizvoljno“ (Rešenje Ustavnog suda Už – 2849/10 od 10. marta 2011. godine). U praksi međutim to razdvajanje između ustavnog i zakonskog nije tako kristalno jasno, pa

18 Tako je recimo Ustavni sud svojim odlukama utvrdio povedu prava na pravično suđenje, jer su sudovi donosili „različite odluke o osnovanosti tužbenih zahteva koji su se zasnivali na istom činjeničnom i pravnom stanju i da su na taj način podnosioci ustavne žalbe, kojima je odbijen njihov tužbeni zahtev, dovedeni u bitno različit položaj u odnosu na tužioce čiji je istovrsni tužbeni zahtev usvojen“, pa je Ustavni sud zauzeo „stanovišta da je takva praksa sudova poslednje instance suprotna principu pravne sigurnosti“, ali ne bi poništavao osporene odluke redovnog suda, jer je ona zapravo bila posledica pravilnog postupanja redovnog suda (Odluka Ustavnog suda Už – 779/11 od 10.7.2013. godine).

19 Tako primera radi kada je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, odlukom se može samo konstatovati povreda prava i dosuditi naknada štete (Odluka Ustavnog suda Už – 1515/11 od 23.10. 2013. godine).

20 Interesantno je da je u Zakonu o parničnom postupku (čl. 42b tač. 13), kao jedan od razloga za ponavljanje postupka kada Ustavni sud utvrdi povedu određenog ljudskog ili manjinskog prava. ZPP – Službeni glasnik RS, br. 72/11, 49/13 i 74/13.

recimo očigledno arbiterna povreda materijalnog prava recimo predstavlja povedu prava na pravično suđenje. Jasno je da ta granica između „ustavnog“ i „zakonskog“ ostaje na slobodnu ocenu ustavnom sudstvu, kao i da je u praksi nekad vrlo teško povući jasnu razliku. Takođe određeni broj ljudskih prava je blanketnog karaktera, pa se ona garantuju „u skladu sa zakonom“ (npr. pravo na rad – čl. 60. st. 1 Ustava) iz čega sledi da bilo kakva povreda zakona predstavlja i povedu ustavnog prava. Nesumnjivo je da se ustavno sudstvo u postupku po ustavnoj žalbi ne bi trebalo baviti pravnim sitnicama, odnosno „običnim pravnim greškama“<sup>21</sup> niti je nadležno da zalazi u domen slobodne sudske ocene. Takođe, iako sudovi kod nas prečesto od zakona ne vide Ustav, imajući u vidu ustavnu odredbu (čl. 142 st. 2) da sudovi sude na snovu „Ustava, zakona i drugih opštih akata“, mišljenja smo da i instanciono viši (redovni) sudovi pored kontrole zakonitosti, jesu nadležni za kontrolu ustavnosti u svakom pojedinačnom slučaju. Ustavni sud u odnosu na redovne sude u domenu pravnih sitnica ima nešto uzvišeniju i to vanskemersku pravnu poziciju – kao i primera radi upravno sudstvo u odnosu na upravu – i imajući u vidu da je on krajnji kontrolor i jemac Ustavom garantovanih prava i sloboda njegova kasatorska ovlašćenja nad redovnim sudstvom su ipak opravdana.

Uporednopravno gledano postojanje ustavne žalbe, povlači i kasatorska ovlašćenja u odnosu na redovno sudstvo (Nemačka, Hrvatska, BiH, Češka, Crna Gora...). Jedini izuzetak predstavlja Austrija gde kontroli po ustavnoj žalbi podležu samo akti izvršne vlasti, što se pravda tradicionalna velikim ugledom koji sudije uživaju u ovoj zemlji.<sup>22</sup> Takođe sam broj usvojenih ustavnih žalbi ukazuje na potrebu jednog „Unutrašnjeg Strazbura“ kojim se država legitimise da ona sama od sebe same želi da zaštititi osnovna prava svojih građana, pre nego što izađu pred ESLJP.<sup>23</sup>

Navedena dilema međutim nije samo izazivala akademske rasprave. Tako je protivljenje iz redova, pre svega, Vrhovnog kasacionog suda dobilo i svoj normativni izraz kada je noveliranjem ZUS-a

---

21 R. Marković, „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine“, *Anal Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007, 36.

22 E. Melichar, „Nadležnost ustavnog suda Austrije“, *Prva konferencija evropskih ustavnih sudova*, 1973, 18. O kritici takvog rešenja R. Maricic, *Verfasung und Verfassungsgericht*, 1963, 124. preuzeto iz V. Đurić, *op. cit. fn.* 6, 45.

23 S. Manojlović, „Izbor i položaj sudija Ustavnoga suda u Republici Srbiji“, *Ko bira sudije ustavnog suda?* (ur. E. Šarčević), 2012, 61.

promenjen čl. 89 st. 2 ovog zakona, pa je bilo propisano da Ustavni sud, pored ostalog, „može poništiti pojedinačni akt *osim sudske odluke*“. Na ovoj normativni izazov Ustavni sud je imao vrlo praktični odgovor, tako je, umesto ranijeg poništavanja sudske odluke (videti npr. Odluku Ustavnog suda Už – 3024/10 od 17. februara 2011. godine), *nalagao* sudu da ponovi postupak i to samo poslednjoj instanci (Odluka Ustavnog suda Už – 2618/10 od 7. februara 2013. godine). Time je Ustavni sud zapravo koristio svoje ustavno ovlašćenje da sam odlučuje o načinu otklanjanja štetnih posledica. Time se suštinski ništa nije promenilo. Ustavni sud ne samo da nije onemogućen da kasira akte redovnih sudova i da nije pristao na strazburški modus svojih odluka – u kome bi njegova odluka zapravo predstavljala osnov za ponavljanje – već je pravno gledano *nalaganje ponovljanja* imalo hijerarhijski mnogo jači ton subordinacije. Nakon praktičnog odgovara, Ustavni sud je posegao i za normativnim instrumentima, pa je *ex officio* pokrenuo postupak i navedeni deo zakonske odredbe proglašio neustavnim (Odluka Ustavnog suda IUz – 87/12 od 20. decembra 2012. godine), vraćajući stvari na početnu normativnu tačku.

## *2.2. Odlučivanje po ustavnoj žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku*

Suđenje u razumnom roku je deo korpusa prava na pravično suđenje, ali ga Ustavni sud, kao i ESLJP posmatra kao zasebno pravo. Značaj ovog prava i nije potrebno naročito isticati. Ispostavilo se, međutim, da je efikasno suđenje u razumnom roku „rak rana“ većine nacionalnih pravosuđa. To preopterećenje sudova i njihova nemogućnost da izadu na kraj sa velikim brojem predmeta imalo je „domino efekat.“<sup>24</sup> I sam ESLJP postao je zagušen predmetima za suđenje u razumnom roku. Otuda je delovalo da će filtriranje Ustavnog suda ovih predmeta dovesti do olakšanja, no i samo ustavno sudstvo postalo je prezatrpano ovim predmetima. Novi izazov zapravo je predstavljao svojevrsni paradox: organi koji su trebali da utvrde i otklone povrede suđenja u razumnom roku, došla su u situaciju da i sama ne mogu

---

24 Tako i prema izveštajima iz Ustavnog suda, ustavne žalbe kojima se traži zaštita prava na suđenje u razumnom roku jedna su od najbrojnijih, a najbrojnija su kada je u pitanju utvrđena povreda određenog prava. Videti: *Pregled rada Ustavnog suda u 2009. godini*, 2010, 36–37, *Pregled rada Ustavnog suda u 2010. godini*, 2011, 32, *Pregled rada Ustavnog suda u 2011. godini*, 2012, 32.

odlučivati u razumnom roku (*sic!*). Tako je Hrvatska jednostavno shvativši da preopterećenost ovim predmetima ozbiljno dovodi u pitanje celokupno funkcionisanje ustavnog sudstva prebacila ovo pitanje na redovno sudstvo, tako što neposredno viši sudovi vrše kontrolu nad nižestepenim sudovima kada je u pitanje nedonošenje odluke u razumnom roku.<sup>25</sup>

Odlučivanja o predmetima u razumnom roku traži mnogo više pravno-zanatskog slaganja činjenica nego pravno visprenog promišljanja i senzibiliteta kakvo nosi odlučivanje o ostalim ustavnim pravima. Tako i B. Nenadić ističe da „ovi sporovi nisu sporovi o ustavnosti, već sporovi o činjenicama, tj. o efikasnosti i ‘disciplini’ u radu organa sudske vlasti“, kao i da je „to u suštini ‘nadzor’ nad postupanjem suda u rokovima (što je tišičan posao unutar sudske vlasti i što s lakoćom može da obavi svaki instancioni sud)“.<sup>26</sup> Ono se zasniva pre svega na nezvaničnoj strazburškoj formuli „tri plus dva plus jedan“. Načelno gledano tri godine za prvostepeni postupak; dve za drugostepeni postupak po žalbi; i jedna za odlučivanje po reviziji; naravno ukoliko za određene posebne sporove (npr. radne sporove) nije propisana naročita hitnost (čl. 438 ZPP). Onda se u postuku obrade predmete vrši sortiranje činjenica, pa tek ukoliko dolazi do probijanja formule „tri plus dva plus jedan“ i ocene da podnositelj ustavne žalbe nije doprineo prolongiranju postupka, konstatuje se povreda prava na suđenje u razumnom roku. „Ustavni sud postupa kao najobičniji, vanparnični sud, koji na osnovu pribavljenih spisa ‘broji, računa i odmerava’..<sup>27</sup> Takođe, stepen ogrešenja nije naročito bitan pa se u domaćem pravnom sistemu u slučaju da je tražena naknada štete, ona u slučaju povrede dosuđuje standar po 100 evra za svaku godinu. Samim tim razumno deluje da se na ove praktične izazove odgovori normativnim rešenjem koje bi se odlučivanje o razumnom roku spustilo na redovno sudstvo. Naročito imajući u vidu da je Ustavni sud ustavnim odredbama limitiran brojem sudija (15) za razliku od redovnih sudova gde se broj sudija može znatno lakše povećavati. U ustavnom суду bez obzira na brojnost savetničke službe, broj od 15 sudija svakako predstavlja ograničavajući faktor. Neka svako od njih samo pročita svaki predmet koji izlazi na sednicu, a kamoli ako

---

25 Više o tome: I. Perin Tomićić, „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u Republici Hrvatskoj s osobitim osvrtom na problem okončanih predmeta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2/2007, 1356 i šire.

26 B. Nenadić, *op. cit. fn.* 1,108.

27 *Ibid.*

dođe i do davanja doprinosa u njihovoj obradi, prirodno je da dođe do zagušenja. Broj ustavnih sudija, koji uporednopravno varira od tri (Malta) do devetnaest (Rusija)<sup>28</sup> nije imajući u vidu pravnoaristokratski karakter i ulogu ustavnog suda uputno povećavati.<sup>29</sup> Kao prirodna se otuda nameće normativna izmena postojećeg rešenja koja će slediti „hrvatski scenario“ i pitanje odlučivanja u predmetima u kojima se traži povreda suđenja u razumnom roku prebaciti na redovno sudstvo; ostavljajući tek kao krajnje sredstvo u poslednjoj instanci odlučivanje ustavnog sudstva po ustavnoj žalbi kojom se traži zaštita od povrede prava na suđenje u razumnom roku.

Pored dakle novog normativnog rešenja koje bi bilo odgovor na praktične izazove, postoji i normativni „feler“ koji između ostalog nije imao zanemarljivu ulogu u producirajući praktičnog problema prenartpanosti predmetima. Kao što smo već naveli, prema Ustavu, izjavljivanje ustavne žalbe podrazumevalo je iscrpljivanje pravnih sredstava. Idenično glasi i čl. 82 st. 1 ZUS. Prema uzusima nomotehnike nije uobičajeno – iz prostog razloga jer je nepotrebno – ponavljanje identičnih formulacija u nižem, takođe, opštem pravnom aktu. Ovde je to međutim učinjeno jer je narednim stavom (2) napravljen izuzetak u odnosu na prethodno pravilo. Pa je tako propisano da se ustavna žalba „može izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.“ Dakle reč je o postupcima koji su pred redovnim sudovima još uvek u toku i čiji učesnici u postupku mogu podneti ustavnu žalbu za utvrđivanje povrede prava u razumnom roku. Utvrđujućom odlukom, Ustavni sud bi sudu pred kojim se postupak vodi „naložio da postupak okonča u najkraćem mogućem roku“. Naravno po okončanju celokupnog redovnog sudskog postupka, podnositelj ustavne žalbe ponovo izjaviti ustavnu žalbu kojom traži, pored ostalih, da se utvrdi povreda prava na suđenje u razumnom roku. Naročito, što ako je prva odluka bila utvrđujuća ima otvorena vrata za naknadu štete zbog suđenja u nerazumnom roku.

---

28 B. Nenadić, „Organizacija i nadležnost Ustavnog suda“, *Pravni informator* 3/2007, 3.

29 U teoriji čak postoje zalaganja da se broj sudija smanji na devet. Takav stav, V. Petrov argumentuje da je reč „o neophodnosti da Ustavni sud postane jezgro pravničke aristokratije, a ova je, po logici stvari, malobrojna.“ V. Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik?“, *Ko bira sudije Ustavnog suda?*, 2012, 246.

Normativno gledano može se dovesti u pitanje ustavnost navedenog izuzetka.<sup>30</sup> Jer ukoliko je ustavotvorac mogućnost izjavljivanja ustavne žalbe vezao za iscrpljivanje pravnih sredstava, može li zakonodavac da u pravni poredak uvodi izuzetak? Takođe među konstitucionalistima vlada konsenzus da je nadležnost ustavnog sudstva *par exelence materiae constitutionis*, te da takva pitanja ustav definiše, a eventualno zakon (o ustavnom суду) razrađuje.<sup>31</sup> Ispada da je zakonodavac zapravo za Ustavni sud uzarpirao nadležnost koju mu ustavotvorac nije bio namenio.

Praktično gledano, Ustavnom суду je natovaren ne mali broj predmeta koji inicijalno, prema Ustavu, nisu bili zamišljeni kao domen njegove nadležnosti. Tim brojem predmeta Ustavni суд se na neki način onemogućava da vrši svoju primarnu funkciju zaštite ustavnosti.

Razlozi zbog kojih ustavno sudstvo nije iskoristilo normativne mehanizme i u svojoj ulozi „negativnog zakonodavca“ poništalo kao neustavan deo kojim mu se natovaruje dodatna nadležnost jeste što kako navodi sudija i prethodna predsednica Ustavnog суда B. Nenadić, nije postojala neophodna saglasnost unutar samog Suda. Tako, K. Manojlović Andrić, takođe sudija Ustavnog суда, ističe, da je „zakonsko rešenje samo na prvi pogled neustavno, jer je čl. 170 Ustava utvrđeno da se ustavna žalba može izjaviti i kada nisu predviđena druga pravna sredstva zaštitu povrđenih prava. Zakonom nije propisano bilo koje pravno sredstvo za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku koje se jemči čl. 32 st. 1 Ustava, pa se od podnosioca samim tim ne može zahtevati da iscrpi pravno sredstvo koje ne postoji.“<sup>32</sup> Kasiranjem ove nadležnosti, građani bi zapravo bili uskraćeni za jedino sredstvo zaštite prava na suđenje u razumnom roku. Ne treba smetnuti s umra da je jedan od ključnih razloga uvođenja ovog instituta bilo donošenje brojnih presuda ESLJP kojim je utvrđena povreda nepostojanja delotvornog pravnog sredstva kojim bi se ubrzao postupak. Tako se u predmetu V.A.M protiv Srbije ističe da je najbolje rešenje prevencija, odnosno „pravni lek čiji je cilj ubrzanje postupka, kako bi se sprečilo da taj postupak postane prekomerno dug“.<sup>33</sup> Otuda je Ustavni суд zapravo

---

30 Tako B. Nenadić, *op. cit.* fn. 1, 108.

31 *Ibid.*

32 K. Manojlović Andrić, „Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe“, *Uloga i značaj ustavnog суда u očuvanje vladavine prava* (ur. B. Nenadić), 2013, 166.

33 Videti Presudu ESLJP u predsmetu V.A.M. protiv Srbije (broj predstavke 39177/05) od 13.3.2007. godine.

čekao da se ova nadležnost prebaci na redovno sudske organe, koji su sasvim dovoljan autoritet hijerarhijski nižim sudovima da ubrzaju tekuće duge postupke. Jer skidanja ove nadležnosti sa sebe, Ustavni sud bi poput Pontija Pilat „oprao ruke“ i zbacio sa sebe odgovornost, ostavljujući pravni sistem ogoljen, a celu državu izložio plaćanju štete zbog usvajajućih presuda ESLJP. I sadašnji i prethodni predsednik Ustavnog suda su, međutim, više puta apelovali i u javnim nastupima ukazivali na potrebu za novim normativnim rešavanjem ovog problema.<sup>34</sup> Prema Nacrtu Zakona o izmenama i dopuna Zakona o uređenju sudova (čl. 2) ovaj praktični gordijev čvor bi konačno zakonodavac trebalo da preseče, upravo na ovde zastupan način, te će stranka u sudsakom postupku koja smatra da joj je povređeno pravo na suđenje u razmnom roku, moći od neposredno višeg suda da zahteva zaštitu.

### *2.3. Odlučivanje Ustavnog suda u većima*

Već iz prethodnog izlaganja se može primetiti da jedan od glavnih izazova sa kojima se susreće Ustavni sud jeste broj predmeta. Razlog tome svakako leži što je odlučivanje u postupcima po ustavnoj žalbi po broju – naglašavamo – ne i po značaju postala primarna nadležnost Ustavnog suda.<sup>35</sup> Ustavni sud otuda dolazi u paradoksalnu situaciju i biva uklješten između težnje za efikašnošću i potrebe da na pravno najkvalitetniji i uzvišeniji način razrešava najsloženija pravna pitanja i istovremeno *pravovremeno* ispravi sve anomalije pravnog sistema koji kontroliše. Brojnost problema koji se slivaju ka jednoj instituciji kakvo je Ustavno sudstvo u praksi dovode do efekta „uskog grla“.

Koji su sve uzroci ovih praktičnih izazova? I da li su oni determinisani slabostima (i praktičnim i normativnim) celokupnog srpskog

---

34 Videti: *Razgovor nedelje: Dragiša Slijepčević, predsednik Ustavnog suda Srbije*, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Cyrl-RS/89-101388/razgovor-nedelje-dragisa-slijepcevic-predsednik-ustavnog-suda-srbije> (1.11.2013. godine) i *Žalbe zatrpane Ustavni sud*, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/157-101272/zalbe-zatrpane-ustavni-sud> (dostupno 1.11.2013. godine).

35 Tako je od ustanovljavanja ove nadležnosti Ustavom od 2006 do danas zaprimljeno preko 32.000 ustavnih žalbi! U 2008. od 1787 novoformiranih predmeta, oni po ustavnoj žalbi su činili 1567; 2009. taj odnos je iznosio 3217/2842; 2010. – 7217/5555; 2011. – 7621/6928; 2012. – 11380/10069. Videti: *Pregled rada Ustavnog suda u 2008. godini*, 2009, 4, *Pregled rada Ustavnog suda u 2009. godini*, 2010, 3, *Pregled rada Ustavnog suda u 2010. godini*, 2011, 3, *Pregled rada Ustavnog suda u 2011. godini*, 2012, 2 i *Pregled rada Ustavnog suda u 2012. godini*, 2013, 2.

pravnog sistema? Lista garantovanih ljudskih prava i sloboda je nesumnjivo preširoko postavljena. Tako se ističe da su pisci Ustava Srbije olako, u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu, dizali lestvicu zajemčenih ljudskih prava. Tako je Venecijanska komisija u svom mišljenju na Ustav Srbije „izrazila zabrinutost“, kao i u drugim sličnim slučajevima,<sup>36</sup> da olako garantovanje socijalnih i ekonomskih prava može „dovesti do nerealnih očekivanja“.<sup>37</sup> Takođe i vodeći poslenici srpske ustavopravne nauke su nakon donošenja Ustava ironično ukazivali da bi prema prema Ustavu, „ispalo da je Srbija vodeća zemlja u Evropi po broju ljudskih prava i brizi o njihovoj zaštiti“.<sup>38</sup> No, ako se pogleda statistika lako se može utvrditi da upravo klasična osnovna prava jesu apsolutno dominanta kao predmet razmatranja po ustavnoj žalbi. „Sklonost ka parničenju“ i subjektivni doživljaji shvatanje pravde (Pravda to sam ja!) kao specifična crta domaćeg mentaliteta, takođe se često ističu kao uzroci. Moglo bi se pridodati i da oslobođenost od bilo kakvog plaćanja taksi za izjavljivanje ustavne žalbe motivišu podnosioce za olako, prečesto bez bilo kavog realnog osnova posezanjem za ovim pravnim sredtvom. Što je takođe svojevrsni pardoks jer primera radi prilikom izjavljivanja revizije Vrhovnom kasacionom суду stranke su u obavezi plaćanja taksi, a iste su pred sledećom, dakle pravno višom instancom oslobođeni. Ponovo je pravotvorac stavljen pred dilemom (izazovom!) da li da oslobađanjem bilo kakvih troškova afirmiše načelo zaštite osnovnih prava i učini ga svima dostupnim ili da restriktivnijim pristupom omogući jednom ekskluzivnom organu delotvorniji rad. Ne ulazeći u procentualni uticaj na problem preopterećenosti, niti na ostale *ad hoc* izazove domaćeg sistema (Ustavni sud je prve tri godine radio u krnjem sastavu, sa deset, odnosno devet od predviđenih petnaest sudija),<sup>39</sup> zbog

36 Videti mišljenje o Nacrtu Ustava Ukrajine, CDL-Inf(1996)006, o Ustavu Ukrajine, CDL-Inf(1997)002 i Privremeno mišljenje o ustavnoj reformi u Republici Kirgistan, CDL-AD(2005)022.

37 CDL-AD(2007)004.

38 R. Marković, *op. cit.* fn. 21, 11.

39 Kao posledica „pretakanja“ novonastale ustavopravne realnosti, usled donošenja novog ustava, odredbama čl. 9 st. 2 i 3 Ustavnog zakona za sprovodenje Ustava Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 98/06) bilo je predviđeno da će se Ustavni sud konstituisati izborom (imenovanjem) dve trećine od ukupnog broja sudija Ustavnog suda, koje će se popuniti izborom (imenovanjem) sa liste kadndidata predsednika države i Narodne skupštine u slučaju da Višoki savet sudstva i Državno veće tužilaštva ne budu konstituisani ili sudije Vrhovnog kasacionog suda izabrane. Ove potencijalne odredbe su i imale

reforme sudstva pred njim je u jednom trenutku bilo 827 predmeta po žalbama neizabranih sudija, javnih tužioca i zamenika javnih tužioca<sup>40</sup>), činjenica je da većina ustavnih sudova koja poznaje institut ustavnih žalbi grca pod teretom ovih predmeta. Tako je u Sloveniji izuzetno veliku debatu izaziva pitanje na koji način odgovoriti na ove izazove, koji u praksi dovode do olakog ustavnoudskog odlučivanja sa šturm, ustavnog sudstva nedostojnih obrazloženja.<sup>41</sup> Ustavno sudstvo jednostavno nije u stanju da pod tolikim teretom posla kvalitetno obavlja svoju funkciju, jer se iscrpljuje u brojnim i ne naročito bitnim predmetima. Tako bivši sudija Ustavnog suda Slovenije C. Ribičić ističe da tek kada ustavne sudije ne budu morale „veći deo vremena da se bave procesnim pitanjima, a manji deo suštinskim razmatranjima ustavnosti i zaštite prava dostoјnjim Ustavnog suda, koje iziskuje produbljen i kreativan i razvojni pristup tumačenju Ustava“<sup>42</sup> vratiće se svojoj uzvišenoj misiji. Nakon donošenja novog Ustava i početka rada, Ustavni sud je prema zakonskom rešenju odlučivao na opštoj sednici. To znači da su sve – generičke rečeno – odluke Ustavnog suda, dakle kako one procesnog karaktera, tako i one meritornog, stavljane na plenum o kome su odlučivale sve sudije. Da bi određena odluka izašla iz suda bila je potrebna prosta većina od osam sudija.<sup>43</sup> I u toj situaciji Ustavni sud je kao odgovor na izazove posegao za praktičnim instrumentom da rešenjima (koja su procesnog karaktera) zapravo rešava meritorna pitanja. To je radio u slučajevima kada je bilo očigledno da navodi podnosioca ustavne žalbe nemaju šanse da ishoduju pozitivnu utvrđujuću odluku suda. Tako je radi lakšeg i efikasnijeg rešavanja došlo do odbacivanja ustavnih žalbi rešenjem (procesnopravni instrument). Ustavni sud je u svojim rešenjima obrazlagao da se razlozi iz ustavne žalbe ne mogu dovesti „u nikakvu vezu“ sa Ustavom zajemčenim pravima; da razlozi koji se navode nisu „ustavnopravno prihvatljivi“, što je značilo da *prima fa-*

---

svoj život u realnosti, kao posledica predviđenih okolnosti, pa je prvih deset sudija izabrano (imenovano) novembra 2007, a preostalih pet – aprila (njih četvorica), odnosno juna (jedan) 2010. godine.

40 *Pregled rada Ustavnog suda u 2010. godini*, 2011, 3–4.

41 C. Ribičić, *Ljudska prava i ustavna demokratija (ustavni sudija između negativnog i pozitivnog aktivizma)*, 2012, 109–128.

42 *Ibid.* 109.

43 Izuzetak predstavlja pokretanje postupka o oceni ustavnosti i zakonitosti po službenoj dužnosti za koju je potrebna većina od deset sudija (čl. 50 st. 2 ZUS).

cie u konkretnom slučaju nije došlo do povrede osnovnih prava. Time je procesnim rešenjima odbacivana široka lepeza ustavnih žalbi, od pravih procesnih (neblagovremenost, nenađežnost, nepostupanje po nalogu suda...), preko onih koji su svojim nesuvislitim navodima zbilja bili maltene procesno nepodobna da se o njima odlučuje, do onih kojima je odlučivano o osnovanosti ustavne žalbe – kolokvijalno nazivani „mali meritumi“ (videti npr Rešenje Ustavnog suda Už 3240/10 od 12. jula 2011. godine). Iako pravno čistunski ovo rešenje nije najsrećnije ono je bilo preko potrebno ne bi li se smanjio broj predmeta. Takođe formiranjem Radne grupe za prethodnu kontrolu, Ustavni sud je po ugledu na ESLJP filtrirao predmete i ubrzao rad. Nepotrebno je bilo da odluke koje neće imati svoj pozitivni ishod nepotrebno opterećuju rad ostalih tela koja su meritorne odluke morale proći.<sup>44</sup> Takođe nije bilo potrebe da predmeti podnosioca koji će sve jedno imati negativan ishod nepotrebno čame u ustavnom судu i zadržavaju podnosioce u eventualnom podnošenju predstavki ESLJP.

Ovaj praktičan odgovor na izazove Ustavnog suda pozitivnopravno je donekle normatizovan izmenama i dopunama od 2011. godine, legalizacijom „očigledne neosnovanosti“ kao razloga za odbacivanje. Takođe popunjavanjem ustavnosudskog sastava iste godine, stekli su se uslovi za otvaranjem mogućnosti da Ustavni sud, radom u većima efikasnije izade na kraj sa brojem predmeta. To je i učinjeno kopiranjem nemačkog modela organizacije ustavnog suda. I ustavno sudstvo Nemačke, koje se pored ostalog smatra uzorom konstitucionalnog promišljanja i delanja je pred sličnim izazovima bila zbog prenatrpenosti predmeta pre 1956. kada je uvela navedeni model.<sup>45</sup> Navedenim izmenama i dopunama (2011) predviđen je rad suda u pet malih veća Srbije (tri člana); dva velika (osam članova, predsednik suda predsedava u oba velika veća); i opšta sednica ustavnog suda (sve sudije – petnaest članova).

Ovaj normativni odgovor na praktične izazove, proizveo je neke normativne i praktične dileme. Naime prema odredbi čl. 175 Ustava, odluke Ustavnog suda se donose „većinom glasova svih (kurzivom S.M.) sudija“. Ova odredba se može tumačiti da zapravo sve sudije mo-

---

44 Više o postupku po ustavnoj žalbi: K. Manojlović Andrić, *op. cit. fn.* 32, 161–180.

45 Više o tome: M. Singer, „The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints“, *International and Comparative Law Quarterly* 1/1982, 335.

raju imati priliku da učestvuju u donošenju odluke koja izlazi iz suda. Naročito imajući u vidu značaj izdvojenog mišljenja, koje poznaje i naše pravo, ovo normativno čistunstvo bi se moglo braniti. Takođe okolnost da se sudije biraju od strane egzekutive (predsednika države), legislative (parlament) i pravosudnih organa, može ukazivati da sudije izabrane iz sve tri grupe državnih organa trebaju da imaju ravnopravan uticaj. No imajući u vidu da iza validnosti same odluke stoji potrebna većina (potreбно je da svi članovi velikog veća budu saglasni), ovaj prigovor bi se još kako-tako mogao suzbiti. Znatno veći normativni problem izaziva odlučivanje malog veća (takođe, potrebna saglasnost sva tri člana), jer u tom slučaju ne postoji Ustavom utvrđena većina glasova svih sudija (*sic!*). Imajući u vidu da mala veća zapravo samo odbacuju (procesnopravni razlozi) i da zakonski termini za ove procesne akte jesu rešenja (za ustavne žalbe), odnosno zaključci (za predmete sukoba nadležnosti, zabrane udruženja i inicijativa kojima se traži pokretanje postupka ustavnosti i zakonitosti), a da je termin odluka rezervisan za meritorna odlučivanja<sup>46</sup> i ovo normativno rešenje bi se moglo (probati!) normativno odbraniti. Takođe navedeno normativno rešenje je razumno ako se ima u vidu da za procesna rešenja, doista nema potrebe angažovati pune ustavnosudske kapacite, jer su ta pitanja formalnopravne prirode i potreban je manji stepen pravne umešnosti za obradu takvih predmeta, pa je neracionalno angažovati pune ustavnosudske kapacitete. Određena pitanja procesnopravne prirode se zapravo rešavaju formularski po automatizmu. Takvo je naročito pitanje blagovremenosti; da li je reč o aktu koji se može osporavati ustavnom žalbom; da li je podnositelj postupio po nalogu Suda i uredio ustavnu žalbu; da li ustavna žalba sadrži sve formalnopravne elemente itd.

S druge strane međutim veoma je upitno postaviti pitanje da li je ustavotvorac zaista imao na umu odluku kao akt kojim se meritorno odlučuje, naročito imajući u vidu da je zakonodavac tek nakon Ustava regulisao ove termine; ili zapravo „odluku“ koristi kao generički pojam za akte kojima bilo meritorno, bilo procesno Ustavni sud razrešava određeno pitanje. Takođe kao što smo istakli Ustavni sud kod rešavanje „malih merituma“ često može toliko zaći u srž stvari, tako da je više nego očigledno da se ne radi o procesnom rešavanju, pa čak ni o *prima faciae* neosnovanosti, već Sud zapravo meritorno razrešava jedno izuzetno komplikovano pitanje. U praksi može doći do ozbiljnih komplikacija, tako je naročito imajući u vidu opterećenost brojem predmeta

---

46 Videti: čl. 44–47 ZUS.

zamisliva situacija da na jednom Velikom veću dođe do usvajanja određene ustavne žalbe, a da istovremeno na nekom malom veću (u slučaju nepoklapanja članova veća) dođe do odbacivanja („malog merituma“) ustavne žalbe sa identičnim pravnim pitanjem. Naravno ovo pitanje bi trebalo da bude predupređeno agilnim i budnim radom sudske prakse na čijim se jačanju kapaciteta, takođe, dosta radi.

Teorija na ovo gibanje prakse i zakonodavca kroz ustavne norme nije gledala nimalo blagonaklono. Tako D. Simović ističe da je ovim rešenjima dat primat „efikasnosti Ustavnog suda, koja se obezbeđuje na neustavan način“.<sup>47</sup> Pravna akrobatika i praktično-normativni veleslalomi između ustavnih normi svakako nisu najsrećnije rešenje. Takođe, kada praksa menja norme, a normotvorci je slede, jasno je da se ide „suprotnim smerom“ od poželjnog. Sa teorijskih visina lako je osuditi njihovu „ustavno geometrijsku“ nesavršenost. No novi instituti u koje se normativno ulazi bez praktičnog iskustva, normalno je da proizvode takve posledice. Koja je alternativa? Ostajanje u granicama normativnog idealnog, koje će dovesti do praktične blokade funkcionisanja? I ESLJP je tako u izdvojenim mišljenjima sudija u predmetu *Micalef* protiv Malte uticao na kasnije revidiranjem teksta Evropske konvencije o ljudskim pravima.<sup>48</sup>

### 3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Uvođenje ustavne žalbe značajno je poremetilo klasičnu simetriju podele vlasti i položaj samog ustavnog sudstva u Republici Srbiji. Poništavanje odluka redovnog sudstva od strane Ustavnog sudstva izazvali su prirodne(!?) otpore. No, nije li slične otpore izazivalo podvođenje uprave pod kontrolu upravnog (redovnog) sudstva? I nije li svaka vlast alergična na podvođenje pod neki novi vid kontrole?

Teorijski, normativno i praktično – ne bez izvesnih problema, lutanja, nadgornjavanja, pravne gimnastike, borbe i otpora – poništavanje odluka redovnog sudstva zaslужuje afirmativnu ocenu. Ustavno sudstvo je na ovom primeru, iako mu se neretko spočitava sklonost ka formalno-redukovanim pristupu tumačenja ustavnog teksta, pokazalo zavidan stepen ustavnosudske inovativnosti i aktivizma kako kroz

---

47 D. Simović, „Problem politizacije i sastav Ustavnog suda“, *Uloga i značaj ustavnog suda u očuvanje vladavine prava* (ur. B. Nenadić), 2013, 246.

48 K. Manojlović Andrić, *op. cit.* fn. 32, 168.

obrazloženja svojih odluka o ustavnim žalbama, kojima se ograđivalo od prigovora koji su mu stavljeni, tako i kroz moduse kojima je preskakalo legislativne normativne zamke koje su trebale da umanje njegovu ulogu u kontroli redovnog sudstva. Na kraju, ali ne i po značaju – baš naprotiv! – i odlukom kojom je te iste normativne prepreke preseklo u korenu, proglašavajući neustavnim odredbu kojom je zakonodavac pokušao da restriktivnije odredi ulogu ustavnog sudstva u postupku po ustavnoj žalbi.

Povodom odlučivanja o povredi prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud je zatrpavan predmetima čije rešavanje po svojoj pravnoj komplikovanosti – naglašavamo! – ne i značaju nije neophodno rešavati sa ustavnosudskih visina promišljanja. No odlučivanjem u predmetima u kojima se traži zaštita prava na suđenje u razumnom roku, Ustavno sudstvo je redovnim sudovima ogreznim u neefikasnosti iscrtalo jasan put; i nadamo se nakon budućih, skorih zakonodavnih izmena ostavilo u amanet način obrade ovih predmeta, približavajući im praksu ESLJP.

Takođe, suzdravanjem da zakonsku odredbu, kojom mu je preneta nadležnost odlučivanja u predmetima zaštite prava na suđenje u razumnom roku u neokončanim predmetima, proglaši neustavnom i sebe rastereti predmete, kako bi se mogao posvetiti svojoj Ustavom primerenoj funkciji, Ustavni sud je pokazao zavidan stepen institucionalne odgovornosti i strpljivosti.

Uklještenost između načela efikasnosti i težine pitanja sa kojima se susreće, odrazilo se i na ustavnosudsku praksu koja je često rastezala normativne okvire, da bi se na kraju zakonskim izmenama prosto deformisale i određene ustavne odredbe. Sva ta pitanja sigurno će i dalje stavljati pred konstantne izazove praktično postupanje Ustavnog suda, koji će se od svih prigovora ipak najlakše braniti kvalitetom svojih odluka (u generičkom smislu!). Ta praktična iskustva, lutanja, uspesi, ali i posrtanja, svakako će biti od značaja za neke nove ustavopisce.

Savo Manojlović, LL.M.

CONSTITUTIONAL COMPLAINT  
IN THE REPUBLIC OF SERBIA  
– NORMATIVE AND PRACTICAL PROBLEMS –

*Summary*

The author in this paper analyzed normative and practical problems which have arisen with introduction of constitutional complaint in Serbia. The first problem is the possibility that the Constitutional Court can annul a regular judicial decision. The second is consideration in cases where the applicant's right to a trial within a reasonable time. And the third is Constitutional Court's passing decisions in chambers. Normative influence over practice and vice versa, Constitutional court's respons to legislative changes, constitutionality of laws and practical ways of solving the problem of backlog of cases are considered.

Key words: *Constitutional Court. – Constitutional Complaint. – Right to a trial within a reasonable time.*

Mr Milorad Marković\*

## MEĐUNARODNO PRAVNA POMOĆ U KRIVIČNIM STVARIMA – IZAZOVI CRNE GORE NA PUTU PRIDRUŽIVANJA EVROPSKOJ UNIJI

Ovim radom autor je pokušao ukazati na značaj i složenost problema međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, naročito ukoliko se ima u vidu pozicija Crne Gore, koja se nalazi na putu pridruživanja Evropskoj uniji ali i potrebe unapređenja saradnje i sa „trećim zemljama“. U prvom djelu rada teorijski je određen pojam međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima, stanje normativnog okvira u Crnoj Gori kao i pravci u kojima treba usmjeriti reformu istog. U drugom dijelu članka prezentovan je međunarodno pravni okvir sa naglaskom na instrumente Evropske unije u oblasti međunarodno pravne pomoći kao i stepen usaglašenosti normativnog okvira Crne Gore. Iako je analiza usklađenosti nacionalnog normativnog okvira sa pravom EU izvršena u mjeri u kojoj priroda rada to dozvoljava, više je nego očigledna potreba za transpozicijom instrumenta EU u nacionalno zakonodavstvo. Sve instrumente obrađene u radu neophodno je unijeti u nacionalni pravni okvir, na način da su uspostavi otvorena i nesmetana saradnja sa državama članicama EU, ali i sa „trećim zemljama. U konačnom, suštinski element cjelokupnog sistema pravne pomoći EU se zasniva na uzajamnom povjerenju. To podrazumijeva da naš zakonodavni okvir (sloboda, pravda i beybjednost) i implementacija istog treba da zadovoljava međunarodne standarde u pogledu prava subjekata krivičnog postupka i zakonitosti, pravičnosti i djelotvornosti krivičnog postupka.

Ključne riječi: Evropski nalog za hapšenje, EEW, princip međusobnog povjerenja i priznanja sudskeih odluka, dvostruka inkriminacija, ECRIS.

---

\* Autor je istraživač na Institutu za pravne studije u Podgorici, markovicm.milorad@gmail.com.

## 1. UVOD

Međunarodno pravna pomoć u krivičnim stvarima u Crnoj Gori je regulisana Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima<sup>1</sup>, donijetog 2008 godine. Izmjene i dopune<sup>2</sup> ovog Zakona uslijedile su u julu 2013. godine. Izvršene izmjene i dopune prevašodno predstavljaju usklađivanje postojećih instituta sa izmijenjenim instrumentima<sup>3</sup> Savjeta Evrope, koji regulišu oblast međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Takođe, kao prepoznatljiv cilj u okviru pregovaračkog poglavlja 24 u procesu pridruživanja EU podrazumijeva se usklađivanje normativnih akata u oblasti međunarodno pravne pomoći u krivičnim stvarima. Sa oba aspekta zakonodavac je, de lege ferenda, pretpostavio nužnim uvođenje mogućnosti odricanja od načela specijalnosti u postupcima izručenja, ukidanje ograničenja za ustupanja krivičnog gonjenja i obezbijeđivanje zaštite prava okrivljenog i drugih lica u krivičnim postupcima sa međunarodnim elementom. U tom smislu, Izmjenama i dopunama po prvi put se propisuju i uslovi za priznanje odnosno odbijanje priznanja sudskega odluka u krivičnim stvarima. Imajući prednje navedeno u vidu zakonodavac se opredijelio za postepeno reformisanje ove oblasti, računajući da je međunarodno pravna pomoć u krivičnim stvarima od izuzetnog značaja ali u istoj mjeri i pitanje od specifične težine. Na taj način reglementacija u oblasti međunarodno pravne pomoći u krivičnim stvarima, izuzev pojedinih bilateralnih sporazuma sa zemljama u okruženju<sup>4</sup>, jeste zadržala karakter klasičnog i tradicionalnog pravnog okvira.

---

1 Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list Crne Gore*, broj 4/2008,

2 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list Crne Gore*, broj 36/2013.

3 Dodatni protokoli uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima i Evropske konvencije o ekstradiciji kao I ostalih konvencija koje regulišu ovu oblast.

4 Ugovor između Crne Gore i Republike Srbije o izručenju (*Službeni list CG-Medunarodni ugovori*, br.4/09, br.4/11), Ugovor između Crne Gore i Republike Hrvatske o izručenju (*Službeni list CG-Medunarodni ugovori*, br.1/11); Ugovor između Crne Gore i Republike Srbije o međusobnom izvršavanju sudskega odluka u krivičnim stvarima (*Službeni list CG – Medunarodni ugovori*, br. 4/2009); Ugovor između Crne Gore i Bosne i Hercegovine o međusobnom izvršavanju sudskega odluka u krivičnim stvarima (*Službeni list CG – Međunarodni ugovori*, br. 15/2010); Ugovor između Crne Gore i Republike Hrvatske o

Ukoliko želimo da govorimo o međunarodno pravnoj saradnji u krivičnim stvarima (u daljem tekstu: međunarodnopravna pomoć) svakako je ne možemo posmatrati kao aktivnost koja se odvija u jednom pravcu i na jednom kolosjeku. Pozicija Crne Gore ukazuje da se u pogledu međunarodnopravne pomoći, u dolazećem periodu, mora raditi krajnje posvećeno i na više polja.

Nije dovoljno posmatrati međunarodnopravnu pomoć kao puko izvršavanje određenih procesnih radnji u manje ili više komplikovanoj i administrativno opterećenoj proceduri. Da bi efikasnost međunarodnopravne pomoći bila na zadovoljavajućen nivou nužno je ne samo usvojiti pojednostavljene procedure, već na prvom mjestu ujednačiti standarde, i normativno i praktično (djelotvorno), u pogledu poštovanja osnovnih principa na kojim počiva savremeni krivični postupak, a u skladu sa međunarodnim standardima o poštovanju osnovnih ljudskih prava i sloboda. Ovaj segment upravo predstavlja materijalni osnov za uspostavljanje efikasne međunarodnopravne pomoći i najvećoj mogućoj mjeri smanjenja uticaja politike na ovaj vid saradnje. Dakle, nedovoljno je govoriti o pojednostavljenoj proceduri međunarodnopravne pomoći, ma koliko ona bila važna, ukoliko se ne obezbjedi nepodijeljeno povjerenje u pravne sisteme država koje učestvuju u saradnji. Kako države koja zahtjeva pravnu pomoć u sistem države koja tu pomoć treba da pruži, a ono značajno više povjerenja države koja pruža pomoć u sistem države koja zahtjeva pružanje pomoći. Ovo naročito ukoliko se želi ići u pravcu standardizacije u pojedinim oblicima pružanja pravne pomoći, kao što je izručenje sopstvenih državljanja.

Kada govorimo o unapređenju međunarodnopravne pomoći na dva kolosjeka, tada mislimo na činjenicu da se Crna Gora nalazi u statusu kandidata za pridruživanje EU, njenu obavezu da vrši transpoziciju prava EU u svoj pravni sistem, ali i potrebu da međunarodnopravnu pomoć i dalje razvija sa trećim zemljama. Nezavisno, da li se radi o državama koje se nalaze na istom evropskom putu, tim prije će biti lakše usaglasiti prioritete i naći zajedničke ciljeve, ili o državama sa kojima imamo ili možemo imati značajnu saradnju na ovom polju a nisu u korpusu zemalja koje mogu ili žele da ulasku u EU.

Da bi se prednje navedene premise sagledale u potpunosti, u ovom radu će prije svega biti predstavljen pravni okvir, kako međuna-

---

međusobnom izvršavanju sudskeih odluka u krivičnim stvarima (*Službeni list CG – Međunarodni ugovori*, br. 17/2011).

rodni tako i nacionalni i na taj način otvoriti legislativni ali i praktični prostor u kome je nužno djelovati. Konačno, ovim radom se upravo želi prezentirati kompleksnost okolnosti u kojima će buduća međunarodnopravna pomoć morati da se realizuje i koji su to zahtjevi koji će se naći, ne samo pred zakonodavcem, već pred cijelokupnim pravosudnim sistemom i to u najširem smislu.

Premisa od koje treba da krenemo i koja treba da nas vodi prilikom transponcije prava EU u domenu saradnje u krivičnim stvarima kao i usaglasavanja zakonodavstva sa medjunarodnim ugovorima jeste međusobno POVJERENJE u pravosudne organe.

To podrazumijeva da naš zakonodavni okvir i implementacija istog treba da zadovoljava međunarodne standarde u pogledu prava subjekata krivičnog postupka i zakonitosti, pravičnosti i djelotvornosti krivičnog postupka. Ovo pretpostavlja i povjerenje u pravosudne sisteme sa kojima treba da potpisemo bilateralne i multilateralne ugovore.

Naš Zakon o pružanju međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima, imajući u vidu njegovu supsidijarnost, treba da sadrži minimum uslova za efikasnu međunarodnu pravnu pomoć, u skladu sa usvojenim konvencijama.

Usklađivanje zakonodavstva s pravom Europske unije koje se odnosi na pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima može se podijeliti na dva glavna područja:

- *međunarodna pravna pomoć* – obuhvata „klasičnu“ međunarodnu pravnu pomoć koja se između nadležnih pravosudnih tijela dvaju država odvija putem zamolnica, a predstavlja skup radnji ili mjera koje preduzimaju organi krivičnog postupka jedne države na zahtjev druge države radi omogućavanja krivičnog gonjenja, suđenja ili izvršenja krivične sankcije u nekom krivičnom predmetu;
- *pravosudna saradnja (u užem smislu) između država članica EU* – obuhvata uzajamno priznanje i izvršenje sudskeh odluka između država članica koje se temelji na načelu uzajamnog povjerenja u pravne sisteme.

Međunarodna pravna pomoć načelno se pruža na osnovu bilateralnih i multilateralnih ugovora o pravnoj pomoći, a tamo gdje ne postoji ugovor uz primjenu domaćeg zakonodavstva. Zamoljena država će pružanje pravne pomoći uvijek prilagoditi načelu uzajamnosti koje

predstavlja ekstenziju njenih političkih interesa. U procesu pridruživanja politički ineteresi se po pravilu modifikuju sledstveno težnji da se postane članicom Evropske unije.

Pojedine radnje i mjere koje država preduzima u sklopu određenog modaliteta međunarodne krivičnopravne pomoći regulisane su unutrašnjim pravom (posebnim procesnim pravom vezanim za krivični postupak). Takvi propisi unutrašnjeg prava u većoj mjeri regulišu postupanje domaćih nadležnih organa sa zamolnicama stranih država, dok manji dio reguliše njihovo postupanje za slučaj u kojem se ona svojim zamolnicama obraćaju stranim državnim organima. Cilj je domaće procesne reglementacije, slično kao i kod regulisanja pretpostavki i oblika radnji krivičnog postupka, osiguranje njihovog sadržajnog kvaliteta, jemstvo prava građana prema kojima se radnje pravne pomoći preuzimaju te potpuna registracija njihovog sadržaja.

Savremeni unutrašnji pravni propisi koji regulišu materiju međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima nastoje obuhvatiti što širi krug oblika te pravne pomoći (izručenje, ustupanje i preuzimanje krivičnog progona, preuzimanje izvršenja strane sudske odluke, premještaj osuđene osobe i tzv. „malu“ krivičnopravnu pomoć).

U međusobnom odnosu unutrašnjih i međunarodnih izvora o međunarodnoj pravnoj pomoći norme međunarodnog prava uvek imaju prednost pred normama unutrašnjeg prava, čak i kada se prema međunarodnom ugovoru mora preuzeti neka radnja koja bi prema unutrašnjem pravu bila nedopuštena. Domaći se propisi primjenjuju supsidijarno, ako za pojedini slučaj nema mjerodavne norme međunarodnog prava – npr. ako za pojedini slučaj uopšte nema normi međunarodnog prava (tzv. vanugovorna pravna pomoć), ako norme međunarodnog prava kod neke pravne situacije upućuju na unutrašnje pravo, ako to traži njihovo tumačenje (npr. neke praznine u ugovoru) ili je neka norma unutrašnjeg prava povoljnija za pružanje pravne pomoći a njena primjena ne protivireće određenoj odredbi ili sadržaju međunarodnog ugovora. U međusobnom odnosu unutrašnjih pravnih izvora država zainteresiranih za pružanje pravne pomoći prednost uvek imaju norme unutrašnjeg prava države koja pruža tu pomoć – ona tu pomoći načelno preuzima po svom pravu prema poznatom načelu *locus regit actum*.

## 2. MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR – PRAVO EVROPSKE UNIJE

Krivično pravo je od osnivanja Evropskih zajednica pedesetih godina prošlog vijeka preslo put od normativne ekskomunikacije iz evropskog pravnog poretka, preko postepenog afirmisanja sudskom praksom Europskog suda do smještanja u treći, međunarodnopravni stub Evropske unije. Treći stub Evropske unije uspostavljen je Ugovorom o Evropskoj uniji iz Maastrichta 1992<sup>5</sup>, te je tada obuhvatao cjelokupnu saradnju u području pravosuđa i unutrašnjih poslova (mjere vezane za slobodno kretanje osoba kao što je azil, prelazak granica, politika useljavanja te policijska i pravosudna saradnja). Od Ugovora iz Amsterdama 1997.<sup>6</sup> područje trećeg stuba suženo je na policijsku i pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima, dok su ostali poslovi prebaćeni u prvi, supranacionalni stub Unije. Stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma ukinuta je „hramska“ arhitektura kroz unifikaciju tri stuba u jedinstveni pravni poredak.

Svoje normativne zadatke iz trećeg stuba u području krivičnog prava, Unija je nakon stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama počela ostvarivati kroz okvirne odluke (Framework decisions), koje su kroz predhodnu dekadu gotovo u potpunosti zamijenile konvencije. Okvirne odluke nemaju neposredan pravni učinak već se u pravne poretke država članica implementiraju nacionalnim propisima. Putem okvirnih odluka stvarana su zajednička minimalna pravila o obilježjima krivičnih djela i kaznama u području organizovanog kriminaliteta, terorizma, nezakonite trgovine drogom, itd. Takođe, nastojalo se afirmisati načelo uzajamnog povjerenja u pravne sisteme, odnosno priznanja i izvršenja presuda i drugih sudskih odluka, zatim neposredna komunikacija između pravosudnih organa i uspostavljanje zajedničkih minimalnih procesnih standarda, sve u cilju stvaranja prepostavki za izjednačavanje učinaka stranih i vlastitih sudskih odluka u nacionalnom krivičnopravnom poretku.

EU Konvencija o izručenju iz 1996.<sup>7</sup> svojim odredbama derogira veći broj odredbi Evropske konvencije o izručenju iz 1957.<sup>8</sup> koje sadrže

---

5 Treaty on European Union (Treaty on Maastricht), OJ C 191 of 29.7.1992.

6 Treaty of Amsterdam, Official Journal C 340 of 10.11.1997.

7 Official Journal C 313, 23/10/1996 P. 0012 – 0023.

8 European Convention on Extradition, 18/04/1960 ETS No. 024.

tradicionalne zabrane izručenja zbog prirode krivičnog djela i državljanstva tražene osobe, te ograničava domet pravila obostrane kažnjivosti u slučaju zamolnice za izručenjem članova zločinačkog udruženja. Za razliku od nje, Konvencija o pojednostavljenom postupku izručenja iz 1995.<sup>9</sup> propisuje skraćeni postupak izručenja u slučaju u kojem je zamoljena država primila zahtjev za privremenim zadržavanjem ili lišenjem slobode tražene osobe ili se primjenjuju odredbe Schengenskog sporazuma zato jer je osoba locirana u schengenskom informativnom sistemu. Obje konvencije zamjenjene su sistemom predaje na osnovu *evropskog naloga za hapšenje* (2002)<sup>10</sup>.

Međunarodnopravni akt koji svakako treba uzeti u obzir prilikom zakonodavnog usklađenja je Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima između država članice EU iz 2000.<sup>11</sup> i protokol iz 2011<sup>12</sup>.

## 2.1. Uzajamno priznavanje sudskeih odluka

Na Evropskom samitu u Tampereu 1999. godine zaključeno je da će uzajamno priznavanje biti kamen temeljac pravosudne saradnje u građanskim i krivičnim stvarima. Konkretno, ovaj zaključak znači da kada pravosudna vlast jedne države članice doneše odluku, ta odluka će biti priznata i izvršena u drugoj državi članici što je brže moguće i sa što manje kontrole, kao da je u pitanju odluka domaćih pravosudnih organa.

Na osnovu ovog načела, Evropska unija usvojila je program mjera koje su omogućile donošenje posebnih dokumenata kao što su Okvirna odluka od 13. juna 2002. godine o Evropskom nalogu za hapšenje i postupku predaje ili Okvirna odluka od 22. jula 2003. godine o izvršenju naloga o zamrzavanju imovine ili dokaza u Evropskoj uniji<sup>13</sup>.

---

9 Convention on simplified extradition procedure between the Member States of the European Union, *Official Journal C* 78 of 30.3.1995.

10 European Arrest Warrant, Framework Decision 2002/584/JHA OJ L 190, 18.7.2002 i Framework Decision 2009/299/JHA OJ L 81, 27.3.2009.

11 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (2000/C 197/01).

12 Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (2001/C 326/01).

13 Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence OJ L 196 of 2 August 2003.

Uzajamno priznavanje predstavlja osnovni koncept Evropske pravosudne oblasti, jer je to jedini način prevazilaženja poteškoća koje nastaju među nacionalnim pravosudnim sistemima. Za razvoj uzajamnog priznavanja neophodno je postojanje visokog stepena uzajamnog poverenja između država članica. Uzajamno priznavanje mora se bazirati na strogom poštovanju visokih standarda zaštite individualnih prava u svakoj od država članica. Kako bi se to obezbedio, Evropska komisija je 2003. godine donela Zelenu knjigu o procesnim merama zaštite osumnjičenih i okrivljenih u krivičnim postupcima u EU<sup>14</sup>. Kako bi konkretizovala standarde predviđene osnovnim aktima EU i kreirala osnovu za međusobno povjerenje pravosudnih organa u okviru EU, Evropska komisija 2009. godine usvojila je Plan o procesnim pravima<sup>15</sup> (Roadmap on procedural rights), kao rezultat implementacije Stokholmskog programa. Ovim Planom se na sličan način kao i Poveljom, u okvirima Evropske unije, priznaje Evropska konvencija kao konstituent zajedničkih osnova za zaštitu prava osumnjičenog i okrivljenog u krivičnim postupcima, kako u pretkrivičnoj tako i u krivičnoj fazi postupka. „Nadalje, Evropska konvencija, u interpretaciji Evropskog suda za ljudska prava, predstavlja važan temelj međusobnog povjerenja i jačanje istog u pravosudne sisteme svake države članice. U isto vrijeme, postoji dovoljno prostora na strani EU da osigura punu implementaciju i poštovanje konvencijskih standarda ukoliko bude neophodno, da obezbijedi konzistentnu primjenu odgovarajućih standara i unapređivanje postojećih“<sup>16</sup>.

## 2.2. *Instituti Evropske unije i usaglašenost crnogorskog zakonodavstva*

Osnovni zakonski akt koji reguliše pitanje međunarodno pravne saradnje u krivičnim stvarima jeste Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima i isti je onoliko usaglašen s propisima Evropske unije koliko je to do sada bilo moguće uraditi, iz pozicije dr-

---

14 Commission Green Paper Procedural safeguards for suspects and defendants in criminal proceedings throughout the European Union, nije objavljena u službenom listu EU.

15 Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings *OJ C295, 4.12.2009*.

16 Roadmap for strengthening procedural rights, par. 3.

žave koja nije članice. Međutim, ukoliko posmatramo Crnu Goru kao kandidata za pridruživanje EU nedvosmisleno se nameće nužnost dalgog usaglašavanja ove oblasti u budućnosti i pristupanje velikom broju instrumenata koji olakšavaju saradnju između država članica. U ovom dijelu ćemo dati osvrt na stepen usaglašenosti i glavne nedostatke Zakona u odnosu na EAW kao osnov za međunarodno pravnu saradnju u krivičnim stvarima između država članica EU. Naravno ne treba izgubiti iz vida i prirodu odnosa i „stepen integracija“<sup>17</sup> između država članica EU kada govorimo o uslovima za razvoj međunarodno pravne saradnje i usvajanja novih procedura međunarodno pravne pomoći.

### **2.2.1. Evropski nalog za hapšenje**

EAW (dalje u tekstu: EAW) je u svojoj suštini pojednostavljeni zamjena za postojeće procedure ekstradicije za zemlje članice EU. Slobodan protok ljudi i kapitala u okviru EU stvorili su pogodno tlo za širenje organizovanog i drugih vidova kriminala i potrebu da se unaprijedi krivičnopravna saradnja u kontekstu otvorenih granica, u pravcu otvorene i nesmetane saradnje.

EAW je u svojoj strukturi ima određene specifičnosti koje upućuju na nužnost usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva u oblasti međunarodne pravne saradnje u krivičnim stvarima.

Jedan od problema koji će se javiti kada se bude pristupilo Okvirnoj odluci o Evropskom nalogu za hapšenje jeste procedura *predaje*<sup>18</sup>. U kontekstu ovih specifičnosti najvažnija prednost Evropskog naloga za hapšenje u odnosu na tradicionalnu proceduru ekstradicije jeste efikasnost postupka, tj. njegovo znatno kraće trajanje. Opšti rok za sprovodenje cjelokupnog postupka je 60 dana i to u slučaju nekooperativnosti lica za koga je izdat EAW. U suprotnom, ovaj rok može značajno

---

17 M. Reljanović, „Preporuke za unapređenje krivičnog zakonodavstva Srbije i usaglašavanje sa evropskim pravom i drugim međunarodnim instrumentima“, *Usaglašenost domaćih propisa sa institutima Evropske unije u oblasti međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima i preporuke za harmonizaciju*, Radovan Lazić i dr.; Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije, 2011, 157.

18 EAW uvodi ovaj pojam u skladu sa prirodnom novog oblika međunarodne krivično pravne pomoći koji je sličan ekstradiciji. Više o tome, M. Lepir, „Evropski nalog za hapšenje – novi instituti u oblasti međunarodne krivičnopravne oblasti u prostoru Evropske unije“, *Pravna riječ* 2013.

kraće trajati. Druga prednost ogleda se u „*depolitizaciji odlučivanja*“<sup>19</sup> po EAW. Obje ove prednosti stiču se upravo putem pojednostavljenih rešenja u vezi s nadležnošću za izvršenje EAW, tačnije same procedure izvršenja naloga. U ovim pitanjima Crna Gora za sada nema adekvatno zakonsko rješenje.

Ako pogledamo član 4 Zakona, i to njegove stavove 1 i 2, nije se predviđa dostavljanje zamolnica domaćeg pravosudnog organa nadležnom inostranom organu preko ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa (u daljem tekstu: Ministarstvo)<sup>20</sup>, a na zahtev zamoljene države mogu se dostaviti i diplomatskim putem. U suprotnom pravcu – zamolnica inostranog organa dostavljaju se domaćem pravosudnom organu na isti način – dakle, preko ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Izmjenama i dopunama je brisan stav 3 kojim je u slučaju predviđenosti međunarodnim ugovorom i u slučaju uzajamnosti, Ministarstvu bilo omogućeno da dostavlja i prima zamolnice za međunarodnu pravnu pomoć preko nadležnog organa strane države kao centralnog organa komunikacije. Ovakvo rešenje (sa ili bez brisane odredbe iz stava 3), je uobičajeno za zakone ovog tipa, koji se supsidijarno primjenjuju i po pravilu su restriktivniji i konzervativniji od međunarodnih ugovora koji regulišu istu materiju na bilateralnom ili multilateralnom nivou. Međutim, kako se ovakav zakon odnosi i na države članice EU ostaje prostor za prigovor jednom ovakvom rješenju, u dijelu komunikacije. EAW sa druge strane, omogućava značajno efikasniju komunikaciju između država EU jer isključuje učešće ministarstava, ili bilo kog drugog organa koji nije direktno zainteresovan za slanje, prijem i izvršenje EAW. Ovo se odnosi kako na državu molilju koja izdaje nalog tako i na onu državu koja izvršava nalog. Izuzimanje organa izvršne vlasti iz procedure postupanja po EAW zasniva se na pretpostavci da je postignut dovoljan stepen povjerenja i integrisanosti između država članica EU što za

19 U odnosu na ovu prednost možemo staviti i određene rezerve, imajući u vidu primjere u primjeni EAW koji su ukazali da se i u ovako pojednostavljenom sistemu izručenja politika ne može u potpunosti izbjegići. Potvrda ovom jeste i postupanje Irske u slučaju Tobin. O tome više: M. Reljanović, „Evropski nalog za hapšenje“, Zbornik radova *Pravo i politika Evropske unije iz perspektive domaćih autora*, Centar za unapređivanje pravnih studija, 2009.

20 Ista procedura komunikacije je predviđena i posebnim odredbama koje se odnose na ustupanje i preuzimanje krivičnog gonjenja (čl. 35. Zakona) i u slučaju ostalih oblika međunarodne pravne pomoći (čl. 43, stav 1 Zakona)

posledicu ima nepostojanje političkih implikacija slučaja i donošenje isključivo stručnih odluka. Dakle, države članice EU prilikom primene odredbi o EAW deluju *po principu međusobnog povjerenja*. U odnosu na ovaj princip izvršenja EAW, prednje navedene odredbe Zakon nisu prihvatljive. Sa druge strane, odredba stava 4 člana 4 (sada stavom 3, nakon izmjena i dopuna) Zakona određuju mogućnost, u slučaju predviđenosti međunarodnim ugovorom, dostavljanja i primanja zamolnica za pružanje međunarodne pravne pomoći u neposrednoj komunikaciji domaćih i inostranih pravosudnih organa, uz obavezno dostavljanje kopije zamolnice Ministarstvu. U slučaju hitnosti i uz postojanje uzajamnosti, zamolnica za međunarodno pravnu pomoć može se dostaviti i primiti posredstvom INTERPOL-a (stav 5 odnosno 4 član 4 Zakona). Ova rješenje su pojednostavljena ali i dalje u vidu izuzetka, kao i sa nekim ograničenjima klasičnog sistema pružanja pravne pomoći. Ona mogu predstavljati prelaznu formu<sup>21</sup>, ali samo u prvom periodu procesa transpozicije prava EU u nacionalno zakonodavstvo i puta ka članstvu u Evropskoj uniji. U ovom smislu nužno je materiju međunarodno pravne saradnje u krivičnim stvarima reglementirati odvojeno za države članice EU od trećih zemalja. Sa druge strane, prema državama zapadnog Balkana u odnosu na koje imamo interes za lakšom i efikasnijom saradnjom u krivičnim stvarima, međunarodno pravna pomoć u krivičnim stvarima može biti regulisana bilateralnim ugovorima, a što je uglavnom i trenutno stanje. Odnosno, regionalnim ugovorima po modelu EAW, kada se za to stvore uslovi, prije svega, međusobno povjerenje.<sup>22</sup>

No, isključenje ministarstava iz procedure pružanja međunarodne pravne pomoći u ovom tehničkom dijelu ne predstavlja najznačajniju prednost koju je donio EAW, niti najveću manu postojećeg tradicionalnog sistema međunarodno pravne saradnje u našem Zakonu. Najznačajnija prednost EAW, u pogledu depolitizacije međunarodno pravne saradnje i kvaliteta iste nalazi se u isključivanju izvršne vlasti ne samo u tehničkom smislu, već i u meritornom dijelu postupka pružanja međunarodne pravne pomoći.

---

21 M. Reljanović, *op. cit.*, fn. 17, 157.

22 Više o uslovima i kokretnim rješenjima vidjeti, J. Ćirić, „*Regionalni nalog za hapšenje*“ u zborniku radova *Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – teorijski i praktični aspekti*, Zlatibor, 2011, 242–258.

Shodno Zakonu o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima o ispunjenosti uslova za pružanje pravne pomoći odlučuju pravosudni organi<sup>23</sup>, no u konačnom se predviđa nadležnost ministra za pravosuđe u dijelu donošenja konačne odluke, da li će se izručenje dozvoliti, u tom slučaju donosi rješenje kojim dozvoljava ili nedozvoljava izručenje<sup>24</sup>. Rešenje kojim se dozvoljava izručenje dostavlja se nadležnom sudu, licu čije je izručenje zahtevano, ministarstvu nadležnom za unutrašnje poslove i državi molilji. Ministar neće dozvoliti izručenje lica ukoliko se zahtev za pružanje međunarodne pravne pomoći odnosi na političko krivično delo ili delo povezano s političkim krivičnim delom, odnosno na krivično delo koje se sastoji isključivo u povredi vojnih dužnosti; da pružanje međunarodne pravne pomoći ne bi povredilo suverenitet, bezbednost, javni poredak ili druge interese od suštinskog značaja za Crnu Goru. U pitanju su prevaziđena rešenja, tim pre što je odavno poznato da nije moguće neutralno i objektivno definisati šta se sve može smatrati pod političkim krivičnim djelom. Ovime se ostavlja značajan prostor za „politicizaciju“ slučajeva prema potrebi, to jest diskrecionoj ocjeni koja će ipak u najvećoj meri zavisiti od političkog trenutka i političke volje za saradnjom sa zemljom koja izručenje traži. Kod EAW, iako politika može imati značajnu ulogu u praksi (ne)izvršenja, bar formalno nema ovakvih prepreka i opasnosti jer su isključeni politički funkcioneri i odlučivanje pripada poslenicima pravosuđa.

EAW uvodi i djelimičnu eliminaciju klauzule *dvostrukе inkriminacije*. Ova mogućnost znači da može doći do predaje lica i za krivično djelo koje je inkriminisano u pravnom sistemu države koja izdaje nalog, bez obzira na to što isto djelo nije inkriminisano u državi koja nalog treba da izvrši. Djelimična eliminacija klauzule dvostrukе inkriminacije je upravo sa razloga što je ograničena na najteža krivična djela, uz dodatni uslov postojanja minimalne kazne zatvora od tri godine u državi članici koja izdaje nalog.<sup>25</sup> U pogledu ovako postavljene

23 Član 20, stav 1 i 2 (po zahtjevu za izručenje), član 34, stav 2 (u pogledu zamolnice za ustupanje ili preuzimanje krivičnog postupka, u zavisnosti od faze postupka, odlučuju državni tužilac ili sud), član 38, stav 1 i 2. (izvršenje strane sudske presude), član 43, stav 2 (ostali oblici međunarodne pravne pomoći) Zakona.

24 Član 21 i 22, stav 1 Zakona.

25 Više o tome: Fichera Massimo, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Intersentia, 2011.

klauzule dvostrukе inkriminacije postavljen je prigovor suprotnosti sa članom 6 stav 2 Ugovora o Evropskoj uniji, odnosno principu zakonitosti i jednakosti u krivičnom pravu. Evropski sud pravde je utvrdio opravdanost odstupanja od načela zakonitosti u slučaju krivičnih djela koja su propisana Okvirnom odlukom.<sup>26</sup> Zakonom Crne Gore u članu 5 predviđa se isključiva mogućnost pružanja međunarodne pravne pomoći ako je djelo zbog koga se traži pružanje pravne pomoći krivično djelo i po domaćem zakonu i po zakonu strane države čiji je pravosudni organ podnio zamolnicu za međunarodnu pravnu pomoć.

Smetnju ekstradiciji, kako po Zakonu (član 11 st. 1 tačka 5) tako i prema Okvirnoj odluci, predstavlja načelo *ne bis in idem*. Međutim Okvirna odluka, manje je stroga pa kao apsolutnu smetnju smatra samo pravosnažnu presudu za isto lice za isto krivično djelo, pod uslovom da je, ako je lice osuđeno, kazna izvršena, da se izvršava ili da se više ne može izvršiti po pravu države članice koja je donijela osuđujuću presudu.<sup>27</sup>

Od velikog značaja je i procedurakoja se sprovodi pred pravosudnim organima. Zamolnica, prema našem zakonu, sadrži i „kratak činjenični opis“ u krivičnom predmetu u pitanju; uz zamolnicu se podnosi i dokumentacija, na osnovu koje je zaključeno da postoji osnovana sumnja, tj. dokazi protiv lica čije se izručenje traži. Jedan od uslova za izručenje jeste i da ima „dovoljno dokaza za osnovanu sumnju odnosno da postoji pravosnažna sudska odluka da je lice čije se izručenje traži učinilo krivično delo povodom kojeg se zahteva izručenje“, o čemu svoj sud donosi – sud. Ovakvo rešenje u potpunosti je suprotno načinu izvršenja EAW, koji se, kako je već rečeno, zasniva na međusobnom poverenju pravosudnih organa dveju država. Posledica toga jeste da sud koji odlučuje o izvršenju EAW *ne razmatra dokaze u postupku*, a još manje prikuplja nove. Njegov posao je formalne prirode – on samo (pr)ocjenjuje da li su ispunjeni formalni zahtevi za izručenje lica, bez ulazeњa u suštinu krivičnog predmeta, ocjene dokaza, saslušanja svedoka ili veštaka i sl. Sud jedne države prema tome *ima povjerenje* u pravosude druge države da će prava okrivljenog biti zaštićena u krivičnom postupku koji sledi, i za to mu nisu potrebni posebni dokazi.

---

26 Više o tome: M. Lepir, *op. cit.*, fn. 18, 743, 744.

27 B. Banović, „Evropski nalog za hapšenje“ u zborniku radova *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2010, 267.

Okrivljeni može predočiti sudu dokaze koji bi mogli da ga ubjede u suprotno, ali samo u smislu potkrepljivanja argumentacije da *ljudska prava i procesna prava* okrivljenog neće biti poštovana u zemlji koja traži njegovo izručenje, ne i u smislu da li ima dovoljno dokaza da se protiv njega vodi krivični postupak. Rešenja iz Zakona u tom smislu nisu ni na koji način kompatibilna sa Okvirnom odlukom o EAW, i zasnivaju se na starim (i zastarelim) kriterijumima ekstradicione procedure.

Mora se na kraju još jednom naglasiti da su ovi nedostaci pre svega rezultat trenutnog položaja Crne Gore, koja nema mogućnosti da koristi prednosti Evropskog naloga za hapšenje, tako da ova neu-skladenost ne predstavlja poseban problem s tog aspekta. Ipak, trebalo bi očekivati da će se, kako proces pridruživanja bude tekaо, i ova prepreka otkloniti a odredbe Zakona se upodobiti rešenjima iz Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje.

### **2.2.2. Evropski nalog za dostavljanje dokaza**

Evropski nalog za dostavljanje dokaza<sup>28</sup> (dalje u tekstu: EEW) je instrument kojim se nastavlja ideja nastala uvođenjem EAW – ideju lakšeg i depolitizovanijeg komuniciranja pravosudnih organa država članica Evropske unije. S obzirom na to da zamolnica, prema Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, može sadržati i molbu za dostavljanje dokaza, praktično se sprovodi ista procedura i važe iste generalne zamerke koje su izrečene pri analizi saglasnosti odredaba ovog zakona sa Okvirnom odlukom o EAW. Prema članu 42, moguće je da međunarodna pravna pomoć obuhvati i izvršenje procesnih radnji, kao što su dostavljanje akata, pisanih materijala i drugih predmeta u vezi sa krivičnim postupkom u državi molilji; međusobna razmjena informacija, kao i izvršenje pojedinih procesnih radnji; saslušanje okrivljenog, svjedoka i vještaka, uključujući saslušanje putem video i telefonske konferencijske veze, uvidaj, pretresanje prostorija i lica, privremeno oduzimanje predmeta, mjere tajnog nadzora, zajednički istražni timovi, dostavljanje bankarskih podataka, (radnje uvedene izmejnama i dopunama) DNK analiza, privremena predaja lica liшенog slobode radi svjedočenja, dostavljanje podataka iz kaznene evidencije, podataka o osudi i druge procesne radnje. Zakon ne precizira kako će pojedini oblici međunarodne pravne pomoći biti izvršeni.

---

28 Framework Decision 2008/978/JHA, OJ L 350 of 30.12.2008.

Domašaj EEW je, međutim, veoma ograničen u pogledu procesnih radnji koje može obuhvatiti. Prema članu 4 Okvirne odluke, nalog se ne može izdati zbog:

- vršenja ispitivanja, uzimanja izjava ili bilo kakvog drugog oblika saslušavanja osumnjičenih, svedoka, veštaka ili bilo kog drugog lica;
- vršenja tjelesnih pregleda, uključujući uzimanje bilo kakvih biometrijskih podataka, DNK i drugih uzoraka, kao i uzimanja otiska prstiju;
- prikupljanja podataka u realnom vremenu, kao što je prisluškivanje (presretanje komunikacija), tajno nadgledanje, ili praćenje bankovnih računa;
- vršenja analize postojećih predmeta, dokumenata i podataka;
- pribavljanja podataka od provajdera ili druge javno dostupne mreže ili servisa elektronske komunikacije.

Navedeni podaci mogu se tražiti samo ako su oni već u posjedu države od koje se traže. Jedini izuzeci jesu izjave koje se mogu uzeti od onih lica koja su prisutna pri izvršavanju EEW, a čiji se iskaz može smatrati relevantnim ako su direktno povezane sa izdavanjem naloga, kao i ukoliko se prilikom izvršenja EEW dođe do novih podataka, dokumenata ili predmeta koji nisu navedeni u samom zahtevu, ali je očigledno da mogu biti relevantni – tada će ih vlasti države koja sprovodi EEW bez posebne procedure uključiti u domašaj izdatog naloga.

Osnovne mjere zaštite su takođe uključeni u EEW<sup>29</sup>. Dokazi se ne mogu tražiti ako bi to okrivljenog dovelo u položaj samooptuživanja (no self-incrimination principle). Važi i princip *ne bi in idem*, što sprečava da bilo ko bude suđen dva puta. Međutim, cilj Komisije je da se smanji mogućnost pozivanja na princip „dvostrukе inkriminacije“, koji omogućava državi da odbije da pruži pravnu pomoć ako je u pitanju djelo koje se ne smatra krivičnim djelom. Nije moguće pozivati se na dvostruku inkriminaciju za 32 krivična djela sadržanih u Okvirnoj odluci, ista lista djela kao i u slučaju EAW.

Ako bi se rešenja iz našeg zakona uporedila s relevantnim odredbama Okvirne odluke o evropskom nalogu za dostavljanje dokaza, vidi

---

29 Više o tome: C. Williams, „Overview of the Commission's proposal for a Framework Decision on the European evidence warrant“, *European Evidence Warrant: Transnational Judicial Inquiries in the EU* (ed. John A. E. Vervaele), Intersentia nv, 2005.

se da je, s jedne strane, član 42 naveo mnoge procesne radnje koje nisu obuhvaćene Okvirnom odlukom – u tom smislu, komparativno gledano, rešenje u crnogorskom zakonodavstvu je bolje jer pruža više mogućnosti.

Proceduralno gledano, međutim, prema Zakonu, važe ista ona ograničenja koja važe za ostale radnje pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, o kojima je detaljno bilo reči pri analiziranju Evropskog naloga za hapšenje – tu pre svega treba ponovo naglasiti zamjerke koje se tiču spore, politizovane i birokratizovane procedure izvršenja zamolnice. Zato se mora reći da je opšti režim predviđen Zakonom sasvim prihvatljiv, ali da bi se odredbe o EEW morale (u odgovarajućem trenutku) inkorporirati kao *poseban režim* koji će važiti po načelu reciprociteta, prema ostalim državama članicama Evropske unije (ako je reč o harmonizaciji radi ulaska u punopravno članstvu u EU). Takođe, od ključnog značaja je preciziranje načina na koji se određene radnje predviđene člonom 42. mogu izvršiti, naročito ukoliko govorimo o zajedničkim istražnim timovima<sup>30</sup> i sličnim oblicima međunarodne pravne pomoći.

### 2.2.3. Okvirna odluka o razmjeni podataka iz krivičnih dosjeva lica

Razmjena informacija jedan je od glavnih preduslova uspješne saradnje, razvoja međusobnog povjerenja i olakšavanje u postupanju u slučajevima prekograničnog kriminala. Politika EU u poslednjoj dekadi u oblasti pravde i unutrašnjih poslova u najvećoj mjeri se bazira, kako je to prethodno obrazloženo, na principu uzajamnog priznanja, ali i *principu dostupnosti*<sup>31</sup>. Sledstveno tome, 26. februara 2009. godine donijeta je Okvirna odluka o proceduri i sadržini razmjene informacija iz krivičnih dosjeva između država članica<sup>32</sup>, kojom se postavljaju stan-

30 Council Framework Decision 2002/465/JHA of 13 June 2002 on joint investigation teams *OJ L 162 of 20 June 2002*, Council Resolution of 26 February 2010 on a Model Agreement for setting up a Joint Investigation Team (JIT) *OJ C 70 of 19 March 2010*.

31 Više o tome: C. Jones, Implementing the „principle of availability“: The European Criminal Records Information System, The European Police Records Index System, The Information Exchange Platform for Law Enforcement Authorities, dostupno na – [www.statewatch.org](http://www.statewatch.org), 2011.

32 Council Framework Decision 2009/315/JHA of 26 February 2009 on the organisation and content of the exchange of information extracted from the criminal record between Member States, *OJ L 93 of 7.4.2009*.

dardi o razmjeni informacija iz krivičnih dosijea lica. Ovom okvirnom odlukom zamjenjena je Odluka 2005/876/JHA<sup>33</sup> o razmjeni informacija iz krivičnih dosijea.

Ciljevi Okvirne odluke su:

- utvrđivanje procedure kako će država članica koja doneše presudu u krivičnom postupku protiv lica koje je državljanin neke druge države članice obavjestiti o toj činjenici državu čiji je državljanin osuđeno lice;
- utvrđivanje obaveza države članice čiji je državljanin osuđeno lice da čuva podatke o osuđivanosti lica, kao i definisanje postupka koji će ta država članica da primjeni kada postupa po zahtevu za dostavljanje informacija o svojim državljanima;
- uspostavljanje okvira za razvoj kompjuterizovanog sistema razmjene podataka o osuđivanim licima<sup>34</sup>.

ECRIS<sup>35</sup> je sistem dizajniran da nadležnim organima iz jedne države članice EU omogući pristup informacijama iz kaznene evidencije pojedinaca iz druge države članice. Cilj je da se olakša razmjena informacija iz kaznenih evidencija, tako da se ranija osuđivanost pojedinca može uzeti u obzir ako se uključi u nove krivične postupke. Ova vrsta informacionog sistema podrazumijeva usklađivanje registara u državama članicama.

Svaka država članica je bila obavezna da do aprila 2012 počne sa upotrebom ECRIS-a. Takođe se u proceduri nalazi predlog „ECRIS-TCN“-a (European Criminal Records Information System – Third Country Nationals). Na ovaj način bi se ECRIS proširio izvan sadašnjih nadležnosti, koja pokriva samo EU građane, na podatke o osuđenim iz trećih zemalja. Ovo bi moglo da uslovi centralizaciju sistema, koji je

---

33 Evropska komisija je godinu dana ranije donijela Bijelu knjigu o razmjeni informacija o osudama i efekta takvih osuda u Evropskoj uniji – White Paper on exchanges of information on convictions and the effect of such convictions in the European Union, COM(2005) 10 final, 25 January 2005.

34 Council Decision 2009/316/JHA of 6 April 2009 on the establishment of the European Criminal Records Information System (ECRIS), OJ L 93 4.6.2009, kao realizacija člana 11. prethodno navedene Okvirne odluke 2009/315/JHA.

35 Sa ciljem da se poveća razmjena informacija između policijskih i pravosudnih organa u EU predviđeno je formiranje i dva nova informaciona sistema: the European Police Records Index System, and the Information Exchange Platform for Law Enforcement Authorities.

u ovom trenutku decentralizovan sa bazama podataka u svakoj državi članici.<sup>36</sup>

Države članice dužne su da odrede *centralnu instituciju* koja će biti nadležna za sprovođenje aktivnosti koje se odnose na razmjenu podataka iz krivičnih dosjeda. Za dostavljanje informacija i za postupanje po zahtjevima za dostavljanje informacija države članice mogu odrediti više centralnih institucija.

Zakon je u dijelu razmjene podataka iz krivičnih dosjeda lica, a naročito u proceduralnom smislu kako je to predviđeno ECRIS-om i budućim ECRIS-TCN-om, ostao nedorečen načelno propisujući mogućnost *međusobne razmjene informacija*<sup>37</sup>. Očigledno je da će obaveza transpozicije instrumenta EU u ovoj oblasti prepostaviti znatno raniju primjenu istih, u odnosu na ostale instrumente. Ovo prije svega u dijelu ECRIS-TCN, jer su i potrebe država članica EU kroz primjenu ovog sistema usmjerene na uključivanje trećih zemalja i prije nego što one postanu dio EU.

### 3. UMJESTO ZAKLJUČKA

Kako je u samom radu izvršena analiza pravnog okvira i stepena usklađenosti sa instrumentima Evropske unije u oblasti međunarodno pravne pomoći u krivičnim stvarima, čini se korisnjim u zaključku, umjesto sumiranja same analize pravnog okvira, dat predloge *de lege ferenda*. Ovi predlozi će se odnositi prevashodno na pravce u kojima reformu zakonodavnog i institucionalnog okvira treba usmjeriti.

- Nacionalni zakonski okvir u domenu saradnje u krivičnim stvarima mora imati dva odvojena kolosjeka. Jedan koji će se reglementirati odnose iz ove oblasti sa državama članicama EU i drugi koji će regulisati međunarodnu pravnu saradnju sa tzv. „trećim zemljama“. Opravdanost ovakvog pristupa se nalazi u različitosti standarda država članica EU i „trećih zemalja“ kao i potrebi suprostavljanja kriminalnim pojavama na sveobuhvatan način.
- Prilikom usklađivanja nacionalnog zakonodavstva iz domena saradnje u krivičnim stvarima treba voditi računa i o uskla-

36 C. Jones, *op.cit.* fn. 31, 8.

37 Član 42. stav 1. Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima Crne Gore.

đenosti s drugim propisima koji uređuju krivično procesnu i krivično pravnu materiju, kao i propisima o organizaciji i nadležnosti pravosudnih organa. Jasno je da su mehanizmi međunarodne pravne saradnje forma kojoj svakako nedostaje sadržina ukoliko se standardi nacionalnih pravnih sistema ne izdignu na nivo zahtjeva savremenog i demokratskog svijeta. Kao posledica nedostatnosti ovih standarda u nacionalnim pravosudnim sistemima javlja se nepovjerenje koje je osnova prepreka u funkcionisanju međunarodnopravne saradnje u krivičnim stvarima. Potrebno je uložiti napor kako bi se podigli standardi u domenu zakonitog, efikasnog, pravičnog i djelotvornog krivičnog postupka, kako u dijelu zakonskog okvira tako i u radu svih pravosudnih organa (misli se u širem smislu i policije i advokature).

- Analizirati dosadašnje bilateralne ugovore u kontekstu Zakona o pružanju međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima i evropskim standardima u domenu međunarodne saradnje. Jedan značajan broj bilateralnih ugovora Crna Gora je preuzela od državne zajednice. Ovi ugovori u značajnoj mjeri su potpisani i ratifikovani decenijama unazad. U tom smislu nužno je revidirati postojeće bilateralne ugovore i unaprijediti saradnju sa svim državama sa kojima je ta saradnja uspostavljena.
- Zakonski precizirati vidove međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima. Analiza zakonodavnog okvira pokazala je potrebu usaglašavanja ali posebno ukazala na postojanje neprimjenjivih normi u dijelu posebnih vidova međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima. Dakle, neophodno je precizirati sadržinu i način sprovođenja pojedinih vidova međunarodnopravne saradnje.
- U kontekstu prethodne preporuke, potrebno je reglementiranje u dijelu *zajedničkih istražnih timova*, posebnim pravnim aktom kojim će se konkretizovati mehanizmi funkcionisanja.
- Konačno, u odnosu na process pridruživanja potrebno je odredbe Zakona o pružanju međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima upodobiti rešenjima iz Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje i Okvirne odluke o Evropskom nalogu za dostavljanje podataka, kao i drugim instrumentima EU na polju uspostavljanja pravosudne saradnje. Kao što je već navedeno ovo treba učiniti kako u odnosu na države članice Evropske unije, tako i u odnosu na „treće zemlje“.

*Milorad Marković LL.M.*

INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE  
IN CRIMINAL MATTERS – THE CHALLENGES  
OF MONTENEGRO ON THE ROAD  
TO EUROPEAN UNION

The author has tried to highlight the importance and complexity of the problem of mutual legal assistance in criminal matters, especially if we take into account the position of Montenegro, as candidate state to the European Union and the need to enhance cooperation with „third countries“. In the first part of the article is theoretically defined term international legal assistance in criminal matters, legislative framework in Montenegro as well as the direction in which reform should steer it. In the second part of this paper was presented international legal framework with a focus on EU instruments in the field of mutual legal assistance and the level of compliance of normative framework in Montenegro. Although the analysis of the harmonization of the national legislative framework with the EU, carried out to the extent that the nature of the this article allows it, it is more than obvious need for transposition of EU instruments into national legislation. All the EU instruments of mutual legal assistance, discussed in the article, it's necessary to introduce into the legal framework in a way to establish a direct and transparent cooperation with the EU Member States, but also with „third countries“. In the final, essential element of the overall EU legal assistance system is based on mutual trust and recognition of judicial decisions. This implies that our legislative framework (freedom, security and justice) and the implementation of the same should meet international standards for the rights of subjects of the criminal proceedings and legality, fairness and effectiveness of the criminal proceedings.

**Key words:** *European arrest warrant, EEW, the principle of mutual trust and recognition of judicial decisions, the principle of dual criminality, ECRIS.*

*Dr Dejan Micković\**

*Dr Angel Ristov\*\**

## HARMONIZACIJA PORODIČNOG I NASLEDNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

*U ovom radu autori analiziraju osnovne dileme povezane sa procesom harmonizacije i kodifikacije evropskih zakonodavstava u oblasti porodičnog i naslednog prava. Zbog specifičnosti porodičnog prava, koje u velikoj meri zavisi od istoriskog razvoja, kulture, tradicija i običaja u pojedinim zemljama, autori smatraju da je u ovoj fazi razvoja evropskih integracija najbolji pristup postupna harmonizacija porodičnopravnih normi u evropskim zemljama, a ne stvaranje jedinstvene evropske kodifikacije koja bi na uniforman način regulisala porodične odnose u svim evropskim zemljama. Ova konstatacija se odnosi i na nasleđno pravo koje i dalje treba ostati u nadležnosti nacionalnih zakonodavstava. Ipak, imajući u vidu da se broj transnacionalnih ostavina konstantno povećava, u EU je prisutan proces harmonizacije određenih pravila u sferi nasleđivanja. Zbog efikasnijeg ostvarivanja naslednih prava građana država članice EU, predlaže se pre svega harmonizacija pravila međunarodnog privatnog prava u vezi jurisdikcije nasleđivanja, priznanja i izvršenja ostavinskih odluka, uvođenje Evropskog sertifikata o nasleđivanju kao i Evropskog registra testamenata*

**Ključne reči:** *Porodično pravo. – Bračno pravo. – Harmonizacija i unifikacija porodičnog prava u EU. – Nasleđno pravo. – Harmonizacija naslednog prava. – Evropski sertifikat o nasleđivanju. – Evropski registar testamenata.*

---

\* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta „Justinian Prvi“ Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ Skopje, [dejanmickovic@yahoo.com](mailto:dejanmickovic@yahoo.com).

\*\* Autor je docent Pravnog fakulteta „Justinian Prvi“ Univerziteta „Sv. Kiril i Metodij“ Skopje, [angelristov@yahoo.com](mailto:angelristov@yahoo.com).

## 1. UVOD

Ideje o osnivanju ujedinjene Europe i stvaranje Evropske unije,<sup>1</sup> bile su od velike važnosti za proces harmonizacije privatnog prava i stvaranje jedinstvenog Evropskog građanskog zakonika (EGZ). Stvaranjem Evropske unije stvorili su se uslovi za postepeno uspostavljanje *Ius communae Europeum* i za unifikaciju privatnog prava. Međutim, sve do danas, još nije imenovana jedna jedinstvena institucija odgovorna za realizaciju složenog i teškog zadatka ujedinjenja i kodifikacije privatnog prava. Na ovom procesu rade više stručnih grupa.<sup>2</sup> Čuveni prof. Kristian Fon Bar primećuje da je „velik broj odavno ustanovljenih međunarodnih ugovora (regulative EK imaju podređenu ulogu) i evropskih direktiva koje su na snazi kao instrumenti pravne harmonizacije i standardizacije. To bogatstvo resursa, prirodno će biti u potpunosti iskorišćeno u naporima da se stvori EGZ“.<sup>3</sup> Za ovaj cilj doprinele su aktivnosti usmerene ka lakšem funkcionisanju zajedničkog tržišta, poboljšana konkurentnost, povećanje pravne sigurnosti i smanjenja troškova koji izazivaju različite pravne norme država članica. Polazeći od ovih potreba, organi Evropske unije poduzele su niz aktivnosti u pogledu unifikacije privatnog prava, sa posebnim naglaskom na pripreme za stvaranje Evropskog građanskog zakonika.<sup>4</sup>

Ideja kodifikacije građanskog prava i stvaranja Evropskog građanskog zakonika je prisutna u zadnjih dvadesetak godina. Evropski

---

1 Prema H. Kolins: „Evropska unija pretstavlja političku strukturu bez unificirane zajednice. Ona je sistem vladanja na velike teritorije, a ovaj prostor je fragmentisan u mnogo političke i kulturne zajednice. I pored toga što nacionalne države prenеле određena suverena prava institucija Evropske unije, na nivo svakodnevne socijalne interakcije nacionalne granice još pretstavljaju ozbiljnu prepreku u formiranju jedine zajednice – transnacionalne civilne zajednice.“ H. Collins, *Why Europe Needs a Civil Code: European Identity and the Social Model*, 2.

2 Videti kod A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*, University of Tilburg, Neatherlands, 2.

3 C. von Bar, „A European Civil Code, international Agreements and European directives“, *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN (june 1999), 155, dostupno na internet adresi <http://www.cisg.law.edu/cisg/biblio/vonbar1.html>.

4 V. Trstenjak, „Evropski civilni zakonik-možnost, nujnost ali utopija?“ *Pravnik, Revija za pravno teorijo in prakso*, 1–12/2001, 686.

parlament, u više navrata (1989, 1994 i 2000 godine) postavio je zahtev za donošenje Evropskog građanskog zakonika. Najveći napredak kodifikacije građanskog prava je napravljen u ugovornom pravu, posle formiranja Komisije evropskog ugovornog prava, 1982 godine. Ova Komisija je pripremila i objavila Principe evropskog ugovornog prava, koji jednoga dana mogu pretstavljati sastavni dio Evropskog građanskog zakonika. Evropska komisija, 2003 godine, objavila je Akcioni plan stvaranja koherentnijeg evropskog ugovornog prava, a očekuje se početkom sledeće dekade da se realizuje ideja o stvaranju jedinstvenog evropskog ugovornog prava. Osim ugovornog prava, u evropskim zemaljama postoje inicijative i za kodifikaciju drugih delova građanskog prava, uključujući tu i porodično i nasledno pravo.

## 2.HARMONIZACIJA ILI UNIFIKACIJA PORODIČNOG PRAVA

Harmonizacija, unifikacija, ili kodifikovanje porodičnog prava u evropskim zemljama je tema koja dobija sve veći značaj u kontekstu građenja ujedinjene Evrope. U tom smislu, kao što dobija ubrzanje proces integrisanja u svim sferama socijalnog, kulturnog, ekonomskog i pravnog života, pitanje stvaranja jednog „evropskog“ porodičnog prava dobija sve veću aktuelnost, zbog toga što veća uniformnost pravnih normi koje reguliraju „osnovnu čeliju društva“ predstavlja deo generalnog projekta evropskog ujedinjenja. Ipak, ovaj projekat približavanja, pa čak i izjednačavanja pravnih normi koje regulišu bračne i porodične odnose u evropskim zemljama je povezan sa brojnim dilemama, koje dovode u pitanje samu ideju harmonizacije porodičnopravnih normi, zbog specifičnog karaktera odnosa koje one regulišu. Treba istaći da ove dileme nisu uopšte nove; još 1900 godine, na Pariskom kongresu uporednog prava (gde je praktično bilo inaugurisano moderno uporedno pravo), francuski pravnik Lambert, glavni uvodničar Kongresa, je iskazao veliku rezervu u pogledu mogućnosti da se unifikuje porodično pravo, zbog njegovog specifičnog karaktera. U tom smislu Lambert, u svom uvodnom izlaganju na Kongresu, je istakao: „Porodični zakoni predstavljaju poseban domen prava nacionalne posebnosti i zauvek će ostati najbezbedniji azil pravnog partikularizma<sup>5</sup>.“ Sedamdeset godina

---

5 Citirano prema D. Bradley, „A note on Comparative Family Law, Problems, Perspectives, Issues and Politics“, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2005.

kasnije, jedan od najpoznatijih evropskih stručnjaka u oblasti porodičnog prava, Kan Frojnd, na seminaru posvećenom novim perspektivima zajedničkog prava Evrope, daje ocenu da inicijative za stvaranje evropskog porodičnog prava pretstavljaju „samo bezuspešan pokušaj“, i da projekti ovog tipa „u većoj meri pretstavljaju rad Sizifa, a ne rad Herkula“.<sup>6</sup> Ipak, i pored ovih skeptičnih stavova koji su i nadalje široko prisutni, osobito kod pretstavnika akademske zajednice i kod nacionalnih Parlamenata država članica Evropske unije, u zadnjih nekoliko godina, na više nivoa, postoje tendencije za približavanje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja. Ovde posebno treba pomenuti sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, koji je doneo veći broj odluka koje su imali uticaj za proces aproksimacije evropskih zakonodavstava, polazeći od člana 8 Evropske konvencije o pravima čoveka, u kome je predviđeno da svaki čovek ima pravo zaštite njegovog privatnog i porodičnog života.<sup>7</sup> Značajna aktivnost u pogledu harmonizacije evropskog prodičnog prava odvija se u i okvirima Saveta Evrope. Prema oceni Saveta Evrope: „Zadnjih trideset godina bile su period intenzivne

6 Ovaj autor ne samo što smatra da je nemoguće napraviti jedan pan-evropski porodični kodeks, nego se suprotstavlja i razvoju zajedničkih projekata privavnoga prava koji nisu neophodni za funkcionisanje evropske ekonomске zajednice. Prema ovom autoru, snaga Evrope je u diverzitetu nacionalnih država, a problemi koji se javljaju zbog različitih zakonskih rešenja prilikom regulisanja bračnih i porodičnih odnosa u evropskim zemljama treba rešavati primenom normi međunarodnog privatnog prava. Opširnije videti D. Bradley, „Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation“, *Global Jurist Frontiers*, Vol.4, Issue 1, 2004, 1.

7 Detaljnije o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na pitanje poštovanja prava porodičnog života videti kod: Marie-Thérèse Meldeurs-Klein, *La personne, la famille et le droit*, 1968–1988, trois décennies de mutations en Occident, Bruylants, Bruxelles, 1999, 467–493. Osobito su značajni slučaji *Marckx v. Belgium*, iz 1979. godine, u kojoj sud smatra da na osnovu člana 8 Konvencije države članice imaju pozitivnu obavezu da predvide u svom zakonodavstvu „pravnu zaštitu koja će obezbediti još od samog rađanja integraciju deteta u svojoj porodici, bez obzira dali je dete rođeno u braku ili van braka, načinom kojim će omogućiti da imaju normalan život“ (nakon ove presude Belgija je izvršila reformu svog porodičnog zakonodavstva). Značajna je i presuda u slučaju *Keegan v. Ireland*, u kojoj sud smatra da neovisno dali je porodica deteta bračna ili vanbračna, dete se u njoj integriše u momenta njegovog rađanja. Opširnije o sudskoj praksi Evropskog Suda u vezi poštovanja prava porodičnog života predviđenog u članu 8 Evropske konvencije o pravima čoveka videti: Дејан Мицковиќ, „Концептот за семејството во Европската конвенција за правата на човекот“, *Европујало* 4/2003, 75–89.

legislativne aktivnosti na polju porodičnog prava u svim zemljama članicama Saveta Evrope. Savet je posvetio veliku pažnju ovim reformama i doneo je velik broj međunarodnih instrumenata (Konvencija i preporaka) u ovoj oblasti<sup>8</sup>. Haška konferencija međunarodnog privatnog prava, isto kao i Savet Evrope, ima veoma aktivnu ulogu u sferi porodičnog prava. U zadnjih tridesetak godina usvojeno je više Konvencija, u sferi priznanja razvoda i sudske separacije i sključivanja i priznanja validnosti brakova, priznavanja i izvršivanja odluka za izdržavanje, međunarodnog oduzimanja dece i usvojenja, gde su uvođiocu i usvojenici iz različitih država. Evropska unija je do nedavno imala samo periferan interes u odnosu na porodično pravo<sup>9</sup>. Ipak, u zadnje vreme, i tu se dešavaju značajne promene koje dovode do veću legislativnu aktivnost Evropske unije. U tom smislu, Marela navodi da „povećana savest institucija Zajednice o ključnoj važnosti porodičnog prava ohrabrla ih je da preduzmu značajniju aktivnost u pravcu harmonizacije.“<sup>10</sup> Evropski Savet 2000. godine je doneo Brisel 2 regulativu (u 2003. godinu zamjenjena sa Brisel-II bis), koja se odnosi na jurisdikciju i priznavanje i izvršivanje sudskeh odluka koje se odnose na poništenje braka, na razvod braka i na roditeljsku odgovornost u zemljama članica Evropske unije. Konačno, 2001. godine bila je formirana Komisija za evropsko porodično pravo, sastavljena od profesora prodičnog prava iz većeg broja evropskih zemalja, čiji je cilj da identificuje „zajedničko jezgro“ pravnih pravila i rešenja koje postoje u evropskim zemljama za svako pitanje iz sfere porodičnog prava. Ova Komisija je postavila i ambiciozni cilj, a to je da izabere „najbolje pravo“ iz postojećih evropskih porodičnopravnih sistema, što bi pretstavljalo osnovu budućeg Evropskog građanskog zakonika u kome bi se reguliralo porodično pravo.<sup>11</sup> Osnovna dilema koja se postavlja u vezi ovog pitanja je: dali je harmonizovanje, ili kao što neki autori traže – unificiranje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja moguće, i, što je još značajnije, dali je to potrebno.

---

8 Council of Europe Achievements in the Field of Law: Family Law and the Protection of Children DIR/JUR (2002) 9 at 9.

9 Videti: C. Hamilton, K. Stanley, *Family Law in Europe*, 580–597.

10 M. Rosaria Marella, „The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law“, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 1, January 2006, 83.

11 O ciljevima koji je postavila Komisija evropskog porodičnog prava opširnije videti: K. Boele – Woelki, „The principles of European family law: its aims and prospects“, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 2, December 2005, 160–168.

### 3. STVARANJE JEDINSTVENOG EVROPSKOG PORODIČNOG PRAVA: UTOPIJA ILI STVARNOST

Imajući u vidu karakteristike istoriskog razvoja porodičnog prava evropskih zemalja, danas se postavlja pitanje da li je moguće izvršiti približavanje zakonskih rešenja u sferi porodičnog prava, sa ciljem da se stvori jedan novi, unificirani model, kakav je postojao u srednjem veku, kada su norme kanonskog prava bile primenjivane u svim evropskim zemljama. U ovom kontekstu aktuelno je pitanje da li je potrebno da se u budućem evropskom Građanskom zakoniku obuhvate i porodičnopravne norme. Dilema koja se nameće nije samo da li je ovakva kodifikacija moguća, s obzirom na razlike koje postoje u porodičnopravnim sistemima, nego da li je ona neophodna. Osnovno pitanje je da li je potrebno da postoje identične norme kojima bi se regulirali bračni i porodični odnosi od Lisabona do Rige i od Londona do Atine. Pitanje je da li bi se ovom unifikacijom građanima Evrope nametnula veštačka rešenja u tako osetljivim oblastima kao što su bračni i porodični odnosi u ime stvaranja nekakvog veštačkog „evropskog identiteta“.

U pogledu pitanja harmonizacije i kodifikacije porodičnog prava evropskih zemalja generalno se mogu identifikovati dve dijametralno suprostavljene koncepcije. Prema prvoj, porodično pravo, u mnogo većoj meri od drugih grana prava, je pod uticajem istorije, religije, politike i kulture u svakoj od zemalja Evrope. Zbog toga mnogo je teže, prema nekim autorima čak i nemoguće, realizovati unificiranje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja.<sup>12</sup> Ovaj stav ne zastupaju samo određeni autori, nego to pretstavlja i oficijalni stav Evropske unije. U jednom svom dokumentu, Evropski Savet navodi: „Porodično pravo je u velikoj meri pod uticajem kulture i tradicije nacionalnih pravnih sistema, što može dovesti do velikih poteškoća u kontekstu njegove harmonizacije.“<sup>13</sup> Suština ove koncepcije se sastoji u tome da je harmonizacija porodičnog prava nemoguća, zbog njegovog specifičnog karaktera, zato što je ono u velikoj meri proizvod specifičnog razvoja svake evropske zemlje.<sup>14</sup>

---

12 U ovom smislu videti: D. Bradley, *op. cit.*, fn. 5.

13 Izveštaj Evropskog Saveta o potrebi aproksimacije legislative zemalja članice u građanskoj materiji, 13017/01.

14 Prema Meldeurs – Klajn, danas ne postoji nijedan dokaz da evropski građani traže evropski porodični zakonik koji bi na identičan način regulisao bračne i porodične odnose u svim evropskim zemljama. Meldeurs-Klajn postavlja i pitanje demokratičnosti, zbog toga što bi se građani Evrope suočili sa za-

Nasuprot ovakvom rezervisanom stavu o mogućnosti harmonizacije porodičnog prava, privrženici harmonizacije i kodifikacije porodičnog prava smatraju da već i sada postoji spontana konvergencija evropskih porodičnopravnih sistema. U svim zemljama Evrope se odvijaju iste ili slične pravne reforme, kojima se obezbeđuje jednakost bračnih drugova (napušta se vekovna dominacija muža u braku i u porodici), liberalizuje se razvod braka, reguliraju se vanbračne zajednice (u zadnje vreme reguliraju se i istopolne zajednice), izjednačuju se prava vanbračne deca sa decama rođenim u braku, a u okviru roditeljskog prava u prednjem planu se postavlja obaveza i odgovornost roditelja da se brinu o pravima i interesima dece.<sup>15</sup> Analizirajući razvoj porodičnog prava u evropskim zemljama u zadnjih 200 godina, Willekens navodi da „promene u različnim pravnim sistemima se ne dešavaju istovremeno, ali je pravac promena u svim zemljama isti.“<sup>16</sup> Više autora koji se za lažu za harmonizaciju porodičnog prava na evropskom nivou ukazuju na neophodnost da se porodično pravo razmatra u okviru društvenog i kulturnog konteksta svake države. Prema ovom mišljenju, porodično pravo se ne može u potpunosti razumeti ukoliko se zanemare norme i vrednosti koje su kulturno oblikovane u svakom društvu. Ipak, po njihovom mišljenju, ovo ne treba biti prepreka harmonizaciji porodičnog prava, zbog toga što u sferi pravnog regulisanja porodice postoje religiozne, istoriske i kulturne osnove koje su zajedničke svim evropskim državama, kao što je regulisanje braka i porodice normama kanonskog srednjovekovnog prava.<sup>17</sup> Pristolice harmonizacije porodičnog prava

---

konom koji nosi jedan centralni autoritet, pri čemu postoji realna opasnost da ovakva evropska kodifikacija nema ništa zajedničko sa pravnim pluralizmom, nacionalnom kulturom i identitetom pojedinih evropskih naroda. Osim toga, kao što navodi ovaj autor, demokratičnost bi bila dovedena u opasnost zato što bi evropski građanski zakonik bio u nadležnost evropskih institucija, a ne nacionalnih parlamenta. Videti Marie Thérèse Medeurs-Klein, „Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means“, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (ed. Katharina Boele-Woelki), Intersentia, CEFL, 2002, 115.

15 Videti više: M. Marella, *op. cit.*, fn. 10, 84.

16 Videti: H. Willekens, „Long Term Developments in Family Law in Western Europe: An Explanation“, *The Changing Family, Family Forms & Family Law* (eds. John Eekelaar, Thandabantu Nhlapo), Hart Publishing, Oxford, UK, 1998.

17 Videti više: N. Detlhof, „Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe“, *Perspectives for the Unification and Harmonization of*

na evropskom nivou navode da je ona moguća zbog identičnih društvenih i demografskih promena koje se odvijaju u svim evropskim zemljama. U zadnjih nekoliko decenija, u sferi braka i porodice u Evropi se dešavaju radikalne promene. Ove transformacijama u bračnom i porodičnom životu, prema jednom poznatom francuskom sociologu i deomografu pretstavljuju „pravo iznenađenje za demografe“, zbog toga što su oni ranije smatrali da je za ovakve radikalne promene potrebno nekoliko vekova, a ne nekoliko decenija.<sup>18</sup> U svim evropskim zemljama dešavaju se iste promene: smanjuje se natalitet, smanjuje se broj sključenih brakova, povećava se broj razvoda, povećava se broj vanbračnih zajednica i dece rođene van braka, a zbog velike stope razvoda stalno se povećava broj monoroditeljskih i rekomponiranih porodica. Smanjivanje stope nataliteta je prisutna u svim evropskim zemljama, a ova tendencija suočava evropske države sa t.z. „belom smrću“, odnosno sa smanjivanjem broja stanovništva.<sup>19</sup> Sve ove promene, koje su slične u svim evropskim zemljama, zastupnici unifikacije porodičnopravnih sistema navode kao jedan od glavnih argumenata u prilog potrebe da se stvori jedno „evropsko porodično pravo“, koje bi bilo kodifikovano u jedan zakonik. Oni navode da je glavni razlog za to činjenica da se u

*Family Law in Europe* (ed Katharina Boele-Woelki), Intersentia, CEFL, 2002, 59–64.

18 Vidi više kod Rousell, L., *La famille incertaine*, Editions Odile Jacob, Paris, 1999.

19 U Italiji na primer, samo za 10 godina (od 1985. do 1995. godine) broj dece koje je rađala jedna žena smanjuje se sa 1,42 na 1,22, a u istom periodu broj dece što je rađala jedna žena u Španiji smanjuje se sa 1,63 na 1,22. Ako se zna da jedna žena u svome fertilnom periodu treba roditi više od dvoje dece kako bi se obezbedila prosta reprodukcija stanovništva, jasno je da će pad nataliteta dugoročno pretstavljati jedan od najvećih problema u Evropi. Porast broja razvoda je fenomen koji je u drugoj polovini XX veka zahvatio sve zemlje Evrope. U Engleskoj broj razvoda povećao se sa 45.000 u 1968 godini na više od 145.000 trideset godina kasnije. Slična je situacija i u drugim zemljama; samo za dve decenije, od 1970. godine do 1990. godine, broj razvoda se povećao za tri puta u Francuskoj i Holandiji i za dva puta u Belgiji. Kao rezultat ovakvog dramatičnog porasta broja razvedenih brakova, stalno se povećava broj monoroditeljskih porodica, gde deca žive samo sa jednim roditeljem. U Engleskoj broj monoroditeljskih porodica povećao se od 570.000 u 1971. godini na više od 1.600.000 1996. godine, a u Francuskoj ovaj broj se povećao od 750.000 u 1966. na više od 1.200.000 u 1990. godini. Stalno se povećava i procenat vanbračne dece, tako da u 1994. godini u Švedskoj procenat vanbračno rođene dece je iznosio 51,4, što znači da su se više dece rađala u vanbračnim vezama nego u braku.

svim zemljama, sa određenim razlikama u intenzitetu i dinamici, dešavaju iste socijalne i demografske promene u braku i porodici, koje traže sličan pristup zakonodavaca. Otud, potreba unifikacije obrazlaže se ne samo identičnim istoriskim korenima porodičnog prava u Evropi, nego i sličnošću socijalnih problema sa kojima se suočavaju svi porodičnopravni sistemi evropskih zemalja početkom XXI veka.<sup>20</sup>

Jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja kad se govori o harmonizaciji ili o unifikaciji evropskog porodičnog prava povezano je sa motivima i ciljem koji se trebaju postići ovakvim približivanjem evropskih porodičnopravnih sistema. U ovom smislu mogu se navesti praktični razlozi. U Evropskoj uniji u zadnjih nekoliko decenija se povećava broj binacionalnih porodica, i danas 15% od evropskih građana sključuje brak sa državjanima drugih zemalja (najčešće sa državjanima zemalja članica EU), a zbog mobilnosti stanovništva u Evropskoj uniji, 5% građana Unije danas nemaju državjanstvo zemlje u kojoj žive.<sup>21</sup> Cilj harmonizacije porodičnog zakonodavstva bio bi olakšati pravne i druge probleme sa kojima se suočavaju ove porodice putem približavanja ili unificiranja materijalnopravnih i procesnopravnih normi kojima se regulišu prorodični odnosi. Drugi mogući cilj unifikacije evropskog porodičnog zakonodavstva bio bi politički – učvrstiti „evropski identitet“ građana zemalja članice Evropske unije. Ovo nije nepoznato u prošlo-

20 Kad se govori o približivanju porodičnih zakonodavstava evropskih zemalja potrebno je napraviti razgraničenje određenih pojmove, što se ponekad upotrebljavaju kao sinonimi. Kada se govori o harmonizaciji, misli se pre svega na pomirenje suprotnosti različitih sistema preko dobre volje i uspostavljanje dijaloga, kao i poštovanje specifičnih pravnih, istoriskih i društvenih prilika u svakoj zemlji. Unifikacija je nešto više – to je dobrovoljno ili čak i nametnuto prihvatanje uniformnih, identičnih rešenja u različnim pravnim sistemima. Ipak, najviši nivo približavanju različitih pravnih sistem je stvaranje jednog jedinstvenog zakonika. Kodifikacijom je moguće da se izvrši kompilacija, sklupljanje i sistematizovanje u jedan dokumenat svih postoјnjih pravnih normi i propisa (takav je primer Justinianove kodifikacije). Sa druge strane kodifikacija, ukoliko bi se prihvatio jedinstveni evropski Građanski zakonik, može dovesti, prema Meldeurs-Klein, do „stvaranje koherentnog i strukturisanog kodeksa, što je rezultat celovito novog legislativnog procesa usmerenog prema tehničkom i simboličkom unificiranju prava različitih država.“ U ovom smislu, kada se govori o približivanju evropskih porodičnih zakonodavstava, treba da se opredeli stupanj i dubina tog procesa – dali se radi o harmonizaciji, što pretstavlja „meko“ približivanje, ili je reč o nečemu više – kodifikaciji porodičnog prava u jedan jedini kodeks.

21 Videti više kod: N. Dethlef, *op. cit.*, fn. 17, 37.

sti; jedan od ciljeva Napoleona tokom donošenja Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine bio je učvrstiti jedinstvo francuske nacije. I Bizmark je imao sličan cilj kada je počela primena Građanskog zakonika Nemačke 1900. godine. Pored ovih ciljeva, unificiranje zakonodavstava u sferi pravnog regulisanja porodice može biti motivirano i filozofskim, moralnim ili ideološkim razlozima i može imati za cilj da se promoviše ili čak i nametne jedan porodičan model, koji bi bio najbolji za savremena evropska društva.<sup>22</sup>

I pored toga što su neki od navedenih motiva za unificiranje evropskih zakonodavstava prihvatljivi i logični, ne može se zanemariti činjenica da će ovaj proces biti povezan sa brojnim, ponekad čak i ne-premostivim teškoćama u ovoj fazi razvoja evropskih pravnih sistema. Normama prodičnog prava se ne regušu obični odnosi, već se njima postavljaju temelji svakog ljudskog društva i kulture.<sup>23</sup>

Danas je teško opredeliti jedno „zajedničko jezgro“ rešenja koje bi pretstavljalo osnovu pravnog regulisanja porodice u svim evropskim zemaljima. Uzmimo na primer razvod braka. Opšta tendencija, prisutna u svim zemljama Evrope, je liberalizacija razvoda braka, što se odvija paralelno sa smanjivanjem uticaja crkovnih normi u regulisanju porodičnih odnosa. Međutim, ne može se reći da su rešenja u odnosu na pravno regulisanje razvoda identična u svim evropskim zemljama. Postoje zemlje, kao na primer Danska i Švedska, gde je razvod braka bio uveden još u XVI veku, nakon protestantske reformacije, ali ima i takvih gde je razvod braka bio uveden tek krajem XX veka, zbog snažnog uticaja Katoličke crkve.<sup>24</sup> Osim toga, u nekim zemljama pot-

22 Meldeurs-Klein, *op. cit.*, fn. 14, 108.

23 Sve dok porodica pretstavlja osnovnu čeliju društva, porodično pravo je „hard core“ svake pravne culture. Već smo naveli da se porodično pravo u evropskim zemljama karakteriše diverzitetom i pluralizmom, koji su rezultat različitih kultura, tradicija i običaja pojedinih naroda i koji se ne menjaju preko noći. I pored određene tendencije približavanja, i dalje postoje veoma velike razlike između pojedinih pravnih sistema, i to ne samo na liniji podele kontinentalno-anglosaksonsko pravo, nego razlike postoje između bliskim zemljama, kao što su Holandija i Nemačka, pa čak i među nordijskim zemljama, u kojima je u velikoj meri izvršena harmonizacija normi prodičnog prava.

24 U Italiji na primer, razvod braka je bio prihvaćen ne referendumu i to čak 1970. godine, nakon žestokih rasprava u javnosti i sukobima na ulicama između privrženika i protivnika razvoda braka; u Irskoj, poslednjoj zemlji u Evropi koja je uvela razvod u svoj pravni sistem, on je bio prihvaćen referendumom, sa veoma malom većinom, i to čak 1995. godine. Više o razlikama u evropskim zakonodavstvima u odnosu na pravno regulisanje razvoda braka videti

puno je napušten koncept razvoda zbog krivice jednog bračnog druga, ali u drugim (kao na primer u Francuskoj) još postoji ovaj vid razvoda braka. Velike razlike postoje i u pogledu regulisanja postupka za razvod braka, rokova u kojima brak može biti razveden, kao i u pogledu regulisanja posledica razvoda braka. Osim toga, treba istaći da razvod braka nije jedina oblast gde postoje velike razlike u evropskim porodičnopravnim sistemima; sklučivanje braka takođe teško može biti unificirano u ovom momentu, zbog toga što u najvećem broju država imamo samo građansku formu braka, a u nekim drugim, kao što je Italija, a od nedavno i Češka i Litvanija, pored građanskog postoji i crkovan brak. Kako u ovoj situaciji naći „zajedničko jezgro“, koje bi bilo prihvatljivo za sve zemlje Evrope? Očekivati da će Francuska napustiti svoju sekularnu tradiciju, koja sačinjava samu osnovu francuske države nakon Francuske revolucije iz 1789. godine, i ponovo prihvati crkovni brak je apsolutno nerealno. Sa druge strane isto tako je nerealno tražiti od Italije, kolevke katolicizma, da ukine Konkordat iz 1929. godine, sklučen između države i Katoličke crkve, kojim se predviđa da će i crkovni brak proizvoditi pravna dejstva.<sup>25</sup> Kad govorimo o sklučivanju braka, svakako moramo pomenuti i pitanje stepena rodbinske veze kao bračne smetnje, zbog toga što u odnosu na ovo pitanje je veoma teško očekivati da se u doglednom vremenu može postići bilo kakav zajednički stav u evropskim zemljama. Razlike su velike, ako se ima u vidu da se u nekim zemljama (kao Švedska) dozvoljava brak između polubrata i polusestre, kao i usvojenika i usvojioca. Ova rešenja su apsolutno neprihvatljiva u većem broju evropskih zemalja.<sup>26</sup>

U evropskim zemljama još uvek postoje veliki broj dijametralno suprotstavljenih rešenja u sferi pravnog regulisanja porodice, koja ne mogu biti prevaziđena bez serioznih političkih i društvenih problema; možemo pomenuti pitanje pravnog regulisanja istopolnih zajednica (veoma osetljivo pitanje, oko koga se u zadnje vreme vodi žestoka debata u mnogim evropskim zemljama), kao i pitanju novih repro-

---

kod: M. Ancel, *Le divorce a l'étranger*, Centre Français de droit compare, La documentation Française, Paris, 1975; Дејан Мицковиќ, „Бракоразводните системи во земјите на Европската Унија“, *ЕвроГујалоī, съисание за евройски трашанъа*, 2/2002.

25 U članu 34 Konkordata sklučenog 1929. godine ističe se: „italijanska država, sa ciljem da se vrati dostojanstvo braka koji je osnova porodice, i u saglasnošću sa katoličkom tradicijom svoga naroda, priznaje da sveti brak sklučen prema kanonskim pravilima proizvodi civilne efekte.“

26 Videti više kod: Bradley, *op. cit.*, fn. 5, 30.

duktivnih tehnologija. U zadnjih nekoliko godina, u nekim evropskim zemaljama, kao u Holandiji, Španiji, Belgiji, Engleskoj, Francuskoj, Danskoj, lica istog pola dobijaju prava sključivati punovažan brak, a ona imaju i pravo da usvojavaju decu. U nekim zemljama, istopolne zajednice pravno su regulisane (Nemačka, Hrvatska,), ali parovi istog pola ne mogu sključivati punovažni brak, a osim toga oni nemaju pravo usvojiti decu. U drugim evropskim zemljama, kao što je i Republika Makedonija, istopolne zajednice uopšte nisu pravno regulisane i one ne prizvode nikakva pravna dejstva. Imajući u vidu razlike u sadašnjem nivou pravnog regulisanja ovih zajednica, teško je prepostaviti da se u kraćem vremenskom periodu može naći „zajedničko jezgro“ u odnosu na ovo pitanje.<sup>27</sup> Primenom novih reproduktivnih tehnologija javljaju se dileme u odnosu prirode materinjstva, očinstva i roditeljskih prava i obaveza. I u odnosu na pravno regulisanje novih reproduktivnih tehnologija postoje veoma velike razlike između pojedinih evropskih zemalja. Tako na primer, u Velikoj Britaniji i Rusiji surrogat-materinjstvo je dozvoljeno i regulisano zakonom; nasuprot tome, surrogat-materinjstvo nije dozvoljeno u većem broju drugih evropskih zemalja. Imajući u vidu ozbiljne dileme koje su povezane sa novim reproduktivnim tehnologijama (dovodi se u pitanje i sami koncept majke u našoj civilizaciji), ne postoji realna mogućnost da se postigne saglasnost u pravnom regulisanju ove oblasti.<sup>28</sup>

Ukoliko se uzme u obzir specifičnost porodičnog prava, njegova duboka povezanost sa kulturom, istorijom, religijom, tradicijama i običajima svake zemlje, u ovoj fazi razvoja evropske integracije najadekvatnije bi bilo da se radi na harmonizaciji evropskih porodičnih

27 Više o pravnom regulisanju istopolnih zajednica videti kod: Kees Waaldijk, „Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries“, *New England Law Review*, 38:3/2004; M. Digoix, „Paths towards equality“, *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages: A focus on cross-national differentials* (eds. Digoix, Marie&Festy, Patrik), Document de travail No 124, Ined, 2004, 1–15.

28 O etičkim, moralnim, filozofskim, religioznim i pravnim dilemama povezanim sa surrogat-materinjastvom videti kod: Bryn Williams-Jones, „Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood“, *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Volume 2, February 2002; A. Nakash, J. Herdiman, „Surrogacy“, *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, April 2007, 146–251; Charles Kindregan, „Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology“, *Research Paper* 08–01, December 2007, Suffolk University Law School.

zakonodavstava.<sup>29</sup> To bi bilo produženje procesa o kojemu smo već govorili, kao što su aktivnosti Saveta Evrope u odnosu na pitanje približavanja zakonodavstava država članica, implementaciju sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava, rešavanje spornih situacija iz sfere porodičnog prava gde postoji međunarodni element (legislativa Brisel II Evropske unije), kao i postupnom implementacijom preporuka Evropske komisije u oblasti porodičnog prava, koje su usmerene prema stvaranju zajedničkih osnova regulisanja pojedinih pitanja iz sfere porodičnih odnosa. Nasuprot pokušajima uniformiranja evropske porodice, umereni, tolerantni i realistični pristup u ovoj sferi može dati veoma dobre rezultate na dužem roku, u uslovima kada su pluralizam, poštovanje različitih kutura i tradicija i poštovanje osnovih ljudskih prava najviše vrednosti ujedinjene Evrope.

#### 4. DA LI JE MOGUĆA UNIFIKACIJA NASLEDNOG PRAVA U EU

Nasledno pravo, za razliku od drugih oblasti u kojima se velike promene dešavaju veoma često, kao što su obligaciono i porodično pravo, razvija se sporije i manje radikalnim koracima. Ipak, to ne znači da se uloga i značaj naslednog prava u savremenim društвима promenila.<sup>30</sup> Naime, „uobičajeno nasledna prava evoluiraju koracima beбeta“ zbog čega, da bi nastale određene promene u ovoj oblasti, potrebno je da prođe duže vremena.<sup>31</sup> Razlog tome je činjenica da „njegovi korenji prodiru duboko u osnovne fundamentalne koncepte pravde, morala i društva.“<sup>32</sup> I pored ovih specifičnosti, u zadnjih decenija proшlog i ovog

---

29 U ovom smislu i Meldeurs-Klajn kaže: „smatram da najbolji demokratski put aproksimacije nacionalnih zakonodavstava koje se odnose na porodične odnose nije doneti Građanski zakonik, nego prihvati razumni, pluralistički i fleksibilniji pristup otvorenog demokratskog dijaloga i slobodnog prihvatanja dobrih rešenja koje poštuju vrednosti i kulturne razlike evropskih građana“ *op. cit.*, fn. 14, 116.

30 Godišnji transfer nasleđenog blaga u SAD procenjuje se da iznosi između 600 i 900 milijarde dolara, dok u Nemačkoj između 150 i 300 milijarde dolara. Videti više kod J. Beckert, *Inherited Wealth*, Princeton University Press, 2008.

31 U. Liin, „Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading“, *Juridica International*, VI/2001, 114.

32 U. Spellenberg *et al.* „Recent developments in succession law – Law in motion“, Antwerp: Kluwer, 1997, 713.

veka došlo je do značajnih reformi u sferi nasleđivanja u velikom broju država u Evropi.<sup>33</sup> Međutim razlike i specifike u pogledu slobode testiranja, veličina nužnog dela, vraćanje poklona, naslednim redovima, naslednim delovima, naslednim pravima vanbračnih partnera i drugih instituta i dalju su ostale.<sup>34</sup> Ovaj period je značajan po tome što dolazi do povećanja naslednih prava bračnih drugova, kao i do izjednačavanja prava vanbračne dece sa decom koja su rođena u braku.<sup>35</sup> Osnovni argument zbog kojeg su izjednačena prava vanbračne dece sa decom rođenom u braku je „da oni nisu dužni da snose posledice odluka svojih roditelja.“<sup>36</sup> Osim toga, u zadnjih nekoliko godina pravo nasleđivanja u nekim evropskim zemljama je predviđeno i za istopolne zajednice (Danska, Norveška, Švedska, Island, Nizozemska, Nemačka, Francuska

- 33 Opširnije o savremenim tendencijama i reformama naslednog prava videti kod: B. E. Reinhartz, „Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands“ *On the Road towards a European Law of Succession?*“ *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 1, May, 2007; Marcel van Pateghen, *Succession Law Reform in France*, <http://www.anglofrenchlaw.co.uk>; Thomas Rauscher, *Recent Developments in German Succession Law*, Institute for Foreign and European Private and Procedural Law, University of Leipzig; Muller-Freinfels, „Family Law and the Law of Succession in Germany“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 16, No.2 1967; Sergio Cámará Lapuente, „New Developments in the Spanish Law of Succession“ *InDret revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2007; Ronald J. Scalise, „New Developments in United States Succession Law“, *The American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, Vol. 54, 2006; U. Spellenberg et al., „Recent Developments in Succession Law“, *Law in Motion*, Antwerp Kluwer, 1997, 713; U. Kangas, „The Functions and the Order of Inheritance“ *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 29, Almquist & Wiksell International, 1985, 93.
- 34 U Engleskoj i Velsu ljudi mogu ostaviti svoju imovinu putem testamenta kome žele. Međutim prema odredbama o porodici sadržane u *Inheritance Act-u* iz 1975. godine, naslednici mogu tražiti redukciju ili poništenje testamenata kojim testator nije ostavio razumno finansisko obezbeđenje za određene kategorije rodbine. U drugim evropskim zemljama predviđeno je pravo nužnog naslednog dela koje pripada određenim bliskim naslednicima, i time se ograničava sloboda testiranja ostavilaca. Videti više kod C. Fairbairn, *Draft EU legislation on succession and wills*, 2010, 2; L. Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004. O pravu Velike Britanije opširnije videti kod R. Kerridge, *The Law of Succession*, Sweet & Maxwell, 2009.
- 35 U pogledu ovog pitanja najdramatičnije promene predviđene su i Finskoj, Švedskoj, Belgiji, Luksemburgu i Nizozemskoj gde u otsustvu potomaka preživeli bračni drug dobija celokupnu ostavinu, isključujući ostale naslednike. U. Liin, *op. cit.*, fn. 31, 122.
- 36 *Ibid.*, 116.

i dr.).<sup>37</sup> Zasad veoma mali broj država predviđa mogućnost sklapanje braka između lica istog pola (Nizozemska, Belgija, Španija, Norveška, Švedska, Francuska, Engleska, Danska).<sup>38</sup> Samim tim, bez ikakve promene u naslednopravnim zakonodavstvima, promene u porodičnim propisima indirektno utiču na nasledna prava ovih lica.<sup>39</sup> Ipak savremene tendencije ne utiču podjednako u svim državama članice EU. U određen broj država, gde dominiraju konzervativne vrednosti, ova pitanja nisu predmet pravne regulacije (Bugarska, Rumunija, Poljska i dr.). Ove činjenice, kao i šarenolikost u pogledu naslednopravne regulative doprinose potvrđivanju opšte prihvaćenog stava da je unifikacija naslednog prava u EU nemoguća.<sup>40</sup> U tom smeru ističe se da je „nemoguće ni u sadašnjem momentu, ni u bližoj budućnosti, govoriti o unifikaciji naslednog prava EU, koje bi bilo zajedničko za sve države članice.“<sup>41</sup> To je razlog zbog koga nasledno pravo, kao i porodično pravo, nije obuhvaćeno u ideji i konceptu stvaranja Evropskog građanskog zakonika.<sup>42</sup>

37 Više o ovome videti kod: Ј. Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, А. Ристов, *Наследувањето во Европа*, Блесок, Скопје, 2011, 203–212.

38 *Ibid*, 164–169.

39 Više o promenama u porodici u Evropi videti kod: Д. Мицковиќ, *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Културна установа Блесок, Скопје, 2008; Ј. Спировиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Блесок, Скопје, 2010, 16–22.

40 Više videti kod F. Zoll, *Do we need the European Law of Succession? Between unification of the substantiv law and the international private law*.

41 ULiin, *op. cit.*, fn. 31, 117.

42 Razvoj Evropskog građanskog zakonika (EGZ) prvično se fokusirao na stvaranje unificiranog ugovornog prava. Glavne oblasti koje bi trebalo urediti su ugovorno pravo, pričinjivanje štete, svojina i kompanisko pravo. Porodično i nasledno pravo, zbog njihove tesne povezanosti sa nacionalnom kulturom i identitetom, nisu obuhvaćeni u sadržini EGZ. Opširnije o EGZ i njegovoj strukturi videti kod: Christian Von Bar, *A European Civil Code, international agreements and European directives* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar1.html>); C.U. Schmid, Florence/Munich, *Legitimacy for a European Civil Code*; A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*; M.W. Hesseling, „The politics of a European Civil Code“, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November, 2004, 675–697; P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>); Anastasia Vezyrtsi, *The way towards the unification of Civil Law in the European Union: Reflections and questions raised* (<http://www.cjel.net/online/>). P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>); Angel Ristov, „Evropski građanski zakonik – realnost ili utopija“ *Pravni život*, 10/2011, 429–449.

Sticanje nekretnina u nekoliko zemalja članica EU je glavni razlog koji je prouzrokovao komplikovane situacije u oblasti nasleđivanja.<sup>43</sup> U tom smislu, sve je veći broj građana koji poseduju imovinu u nekoliko država, zbog rada, odmora, odlaska u mirovinu i slično. Tako na primer, engleski ostavilac može posedovati bankarske račune u Nizozemskoj i Danskoj, apartman u Francuskoj gde je i živeo sa svojom porodicom, kuću u Engleskoj, hotel u Španjolskoj, vikendicu u Sloveniji, akcije u BMW i dr. Kako rasprediliti njegovu ostavinu? Koje pravo i koji organ će biti nadležni za podelu ostavine?<sup>44</sup> Situacije se komplikuju činjenicom da svaka od 27 država članice EU naslednopravne odnose uređuje vlastitim nacionalnim propisima.<sup>45</sup> Sa druge strane, u pogledu nekretnina opšteprihvaćeno pravilo je *lex rei sitae*.<sup>46</sup> Manji je broj država članica koje dozvoljavaju izbor jurisdikcije strankama u slučaju spora između potencijalnih naslednika.<sup>47</sup> Zbog toga, ukoliko ostavilac ima nekretnine i nekoliko država, naslednici trebaju da vode ostavinski postupak u svaku državu gde se nekretnina nalazi. Osim toga, postoje i velike konceptualne razlike u nasleđno-

- 43 O potrebi harmonizacije međunarodnih privatnih pravila o nasleđivanju viđeti kod: David Hyton, *Topicality in view of the European Commission Green Paper*.
- 44 Prema Davidu Hytonu moguća su sledeća rešenja: 1. Pravo domicila u momentu smrti ostavioca; 2. Pravo nacionalnosti; 3. Pravo habitual residence u momentu smrti; 4. Pravo *lex rei sitae*; 5. Pravo nacionalnosti ukoliko je to izričito predviđeni testansom (dozvoljeno u Švicarskoj, Italiji, Finski, Nizozemskoj) i 6. Pravo habitual residence ukoliko je to predvideo testansom (Nizozemska i Švicarska). *Europen Succession Laws*, 2 Edition, Jordan Publishing Ltd.
- 45 Nacionalnost kao tačka vezivanja je predviđena u Austriji, Nemački, Španjolskoj, Grčkoj, Mađarskoj, Italiji, Poljskoj, Portugalu, Rumunskoj, Sloveniji, Švedskoj i u Češkoj Republici. Habitual residence, kao tačka vezivanja za podvižne stvari je predviđena je u Belgiji, Bugarskoj, Kipru, Danskoj, Estoniji, Finskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Irskoj, Litvaniji, Nizozemskoj i Velikoj Britaniji.
- 46 Sedamnaeset od država članice imaju unitaran sistem na osnovi koga celokupna ostavina (podvižne i nedvižne stvari) bez ogleda gde je locirana podleži jednom i jednakom pravu. U deset država članica podvižne i nedvižne stvari podležu različitim zakonima ukoliko su locirane u različitim državama.
- 47 Veći broj država članica ne dozvoljavaju izbor ostavioca prava koje će se primenjivati na njegovu ostavinu. U ovo grupu spadaju: Austrija, Kipar, Francuska, Grčka, Irska, Latvija, Litvanija, Luksemburg, Poljska, Portugal, Slovačka, Slovenija, Španjolska, Švedska, i Češka Republika. Videti Commission Staff Working Dokument, *Impact assessment*, COM(2009) 410 final, Brussels, 14.10.2009, 13.

pravnim sistemima određenih država. Tako na primer u Engleskoj i Velsu postoji neograničena sloboda testamentalnog raspolaganja,<sup>48</sup> dok ostale države članice ograničavaju slobodu testiranja pravom nužnog naslednog dela i predviđaju mogućnost redukcije testamentalnih raspolaganja i vraćanja poklona u slučaju povrede nužnog dela.<sup>49</sup> Međutim, ne postoje unifikovana rešenja u vezi ograničenja slobode testiranja i među državama koja prihvataju pravo nužnog dela. Ta ograničenja su različita od države do države.<sup>50</sup>

Imajući u vidu različita i specifična rešenja naslednih prava, u međunarodnim okvirima, zbog harmonizacije međunarodnog privatnog prava i lakšeg razrešenja transnacionalnih ostavina donete su nekoliko konvencija: Haška konvencija o sudiru zakona povezanih formom testamentalnih dispozicija iz 1961. godine, Vašingtonska konvencija o jednoobraznom zakonu o formi međunarodnog testamenta iz 1973. godine i Bazelska konvencija o registraciji testamenta iz 1972. godine.<sup>51</sup> Međutim, njihov značaj je minimalan zbog toga što ove konvencije nisu ratifikovane u svim zemljama članica Evropske unije.<sup>52</sup> Ovu situaciju pokušala je razrešiti Haška konferencija 1989. godine, koja je tražila donošenje Konvencije o nadležnom pravu nasleđivanja ostavine umrlih lica „*Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased People*“. Osnovni cilj ove Konvencije je bio opredeljenje jedinog prava koje će se primenjivati na celukupnu ostavinu.<sup>53</sup>

---

48 Opširnije videti: H. Hilary, „New developments in UK Succession Law“ *Electronic Journal of Comparative Law*, 2006; Ј. Спировиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследувањето во Европа*, Блесок, Скопје, 2011, 225–226.

49 Ј. Спировиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, Ангел Ристов, *op. cit.*, fn. 48, 216–222.

50 Opširnije videti kod L. Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004; Marie-Hélène Place, P. Cauchois le Mièvre, *Guide pratique dela transmission du patrimoine en Europe*, Editions, Litec, Paris, 1993.

51 U 2009 godinu 22 države članice su ustanovili registar testamenata na nacionalnom i na regionalnom nivou, dok Bugarska i Latvija su bili u procesu njezgovog ustanovljivanja.

52 Videti više T. Szöcs, „Formal validity of dispositions of property upon death“, *Cross-border Successions within the EU*, 2010.

53 U Konvenciji kao osnovna tačka vezivanja predviđen je koncept „*habitual residence*“ ostavioca (čl. 3), koji je stvorio dileme i kontraverze u akademskim krugovima. Takođe, predviđeno je i pravo izbora nadležnog prava odredene države koje će se primenjivati na celu ostavinu, ukoliko ostavilac je državjanin

Imajući u vidu navedene činjenice i probleme, Evropska komisija 2002. godine je naložila Nemačkom notarskom institutu da pripremi izveštaj o broju transnacionalnih ostavina u okvirima EU.<sup>54</sup> Prema izveštaju koji je izradio ovaj Institut, svake godine u EU otvaraju se između 50.000 i 100.000 transnacionalnih sukcesija.<sup>55</sup> Tokom 2009. godine, za razliku od 2002. godine, broj transnacionalnih ostavinskih postupaka povećan je na 450.000, dok se njihova vrednost, prema Evropskoj komisiji, procenjuje na više od 120 milijardi eura.<sup>56</sup> Navedene radikalne promene i veliki porast broja transnacionalnih sukcesija, nastale kao rezultat evropske integracije, doprinele su da se pažnja fokusira ne samo na funkcionisanje zajedničkog tržišta i ugovornih odnosa, već i na pitanja povezana nasleđivanjem. Upravo zbog toga, u zadnje vreme pitanje harmonizacije naslednog prava privuklo je interes ne samo akademске zajednice, već i organa Evropske unije.<sup>57</sup>

## 5. HARMONIZACIJA NASLEDNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

U akademskim krugovima dominira stajalište da je u ovom trenutku nemoguće realizovati ideju o unifikaciji naslednog prava EU. U osnovi ove koncepcije je uverenje da je osnovni *raison d'être* postojanja Evropske zajednice da promoviše zajedničko tržište i da pridonosi za intenziviranje privredne saradnje. Zbog toga, ideja unifikacije naslednog prava nije bila u fokusu interesa akademске sredine, kao i organa

te države ili je imao stalno mesto boravljenja i ako je to predvideo u formi testamenta (čl. 5). Konvencija čak omogućuje da ostavilac odabere različita nadležna prava za različitu imovinu (čl. 6). I pored savremenih rešenja, ova Konvencija nije još u snazi jer je ratifikovana samo u Nizozemskoj. Opširnije o ovome videti kod: B. R. Hauser, *European Harmonisation. Will Brussels IV succeed?*, Trust & Estates, 2010.

54 „Study on Conflict of Law of Succession in the European Union“ dostupno na adresi: [http://ec.europa.eu-justice\\_home/doc\\_\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu-justice_home/doc__centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm).

55 O preporukama Evropskog parlamenta u sferi nasleđivanja videti Izveštaj na adresi: <http://www.Europarl.europa.eu/sides/>

56 V. Pop, *op. cit.*, 1.

57 Nedavna EU legislativa u sferi porodičnog i naslednog prava je limitirana na međunarodno privatno i na procesno pravo. Ove mere smatraju se kao prvi iskorak prema harmonizaciju porodičnog i naslednog prava u EU. Opširnije videti *The Prospects of European Private law 2006–2011*.

EU. U prilog stajališta da nije potrebna unifikacija naslednog prava u zemljama EU navode se dva dopunska argumenta.<sup>58</sup> Prema *prvom*, u većini saveznih država porodično i nasledno pravo su u nadležnosti federalnih jedinica. Veoma je mali broj zemalja u kojima su porodično i nasledno pravo u saveznoj nadležnosti. *Drugi*, češće zastupljeni argument, polazi od činjenice da su porodično i nasledno pravo „duboko ukorenjeni u našoj kulturi i da su odraz našeg načina života.“<sup>59</sup> U tom smislu, očuvanjem i zaštitom nacionalnih zakona štiti se kulturno nasleđe svake zemlje, koje bi moglo biti ugroženo unifikacijom porodičnopravnih i naslednopravnih normi. Imajući u vidu da je u ovom trenutku unifikacija naslednog prava nemoguća, prisutna je ideja o harmonizaciji određenih pitanja iz oblasti naslednog prava. Tako, u zadnje vreme, javljaju se mišljenja da postoji potreba harmonizacije naslednog prava država članica EU.<sup>60</sup> Naime, i pored „argumentata očuvanja nacionalnog identiteta naslednog prava, zbog daljeg razvoja EU smatra se da je potrebna harmonizacija naslednog prava država članica.“<sup>61</sup> Imajući u vidu ovo, „nasledno pravo (...) postaje sve češća tema diskusije međunarodnih foruma, pre svega zbog rastuće mobilnosti ljudi i imovine.“<sup>62</sup> Zbog ovog razloga, harmonizacija međunarodnog naslednog prava je postala i tačka agende Evropske legislative još donošenjem Vienskog akcionog plana iz 1998 godine.<sup>63</sup> U tom smislu, 2005 godine Komisija je konstatovala da je unifikacija materijalnog naslednog prava u EU neostvariva, i da se treba fokusirati na pitanje sukoba zakona, zbog činjenice da ne može biti progres u

---

58 U. Liin, *op. cit.*, fn. 31, 117.

59 *Ibid.*

60 A. Verbeke, Y.-H. Leleu, „Harmonisation of the Law of Succession in Europe“ *Towards a European Civil Code*, The Hague, Kluwer, 1998, 187. U sadašnjem trenutku postoje tri glavne opcije koje se tiče unifikacije i harmonizacije materijalnog porodičnog i naslednog prava u Evropi: 1. Izrada unificiranog porodičnog i naslednog zakona u EU (*European Code of Family and Inheritance Law*), 2. Izrada modela zakona, i 3. Izrada Principa Evropskog porodičnog i naslednog prava. Pritom, smatra se da je treća opcija izvodljivo i praktično rešenje. Videti opširnije *The Prospects of European Private Law 2006–2011*, 8.

61 U. Liin, *op. cit.*, fn. 31, 118.

62 M. Anderson, E. Arroyo, E. Amayuelas, *The Law of Succession: Testametary Freedom*, Paperback, 2011.

63 Max Planck Institute for Comparative and International Law, *European Law of Succession: The Institute's Comments on the European Commission Proposal*. Dostupno na adresi: <http://www.mppipriv.de/ww/en/pub/news/content/>

sferi nasleđivanja ukoliko se prvično ne razreši pitanje nadležnog prava. Od posebnog značaja za harmonizaciju naslednog prava u Evropi je i preporuka Saveta Evrope od 16. oktobra 1981. No. R (81) 15., kojom se države članice pozivaju da predvide u svojim nacionalnim zakonodavstvima odredbe koje bi omogućile preživelom bračnom drugu da nastavi živeti u zajedničkom domu nakon smrti drugog bračnog druga.<sup>64</sup> Kao posledica rastuće nezaposlenosti u EU, preporukom iz 7. decembra 1994. godine, Evropska komisija je zatražila od država članica da preduzmu mere kojima bi se omogućila sukcesija manjih i srednjih preduzeća, kako bi se izbegla nihova likvidacija u ostavinskom postupku. Sa takvim merama, očekivanja su da će se u značajnoj meri sprečiti gubitak radnih mesta u manjim i srednjim preduzećima kao posledica smrti njihovog vlasnika.

Nedavni predlog EU u „vezi postizanja uniformnog prava u odnosu izbora prava i pitanja transnacionalnih ostavina, je možda nužni odgovor globalizaciji, koja obuhvata i EU, njene stanovnike i njihovu imovinu.“<sup>65</sup> Tako testamenti i nasleđivanje su postali sledeći cilj prava EU.<sup>66</sup> Prihvatanje Evropskog instrumenta u oblasti nasleđivanja bio je jedan od prioriteta Akcionog plana u Beču 1998. godine (OJC 19, 23.1.1999).<sup>67</sup> Na sastanku Evropskog saveta održanog u Briselu

64 Naime, zajednički dom je od velikog značaja za bračnog druga, pošto u najvećem broju slučajeva njegova vrednost sačinjava veći deo nasleda. Sa druge strane, mogućnost da nastavi živeti u zajedničkom domu je od velike važnosti za preživelog bračnog druga, jer mu to omogućava da zadrži iste životne i prostorne uslove kao i pre smrti ostavioca, i obezbeđuje mu finansisku i emocičnu sigurnost.

65 A. Schwabach, *op. cit.*, 1.

66 B. Lapthorn Solicitors, *EU Wills and Inheritance Law Reform*, Protsmouth, London, 2009.

67 U tom smeru, na sastanku Evropskog saveta u Tampereu 15. i 16. oktobra 1999, usvojen je princip međusobnog priznavanja sudske i drugih odluka, kao osnovni preduslov za pravosudne suradnje u građanskim stvarima. Krajem 2000. godine, sa strane Saveta i Komisije prihvaćena je Nacrt programa preduzimanja mera za sprovođenja principa uzajamnog priznavanja presuda i drugih odluka pravosudnih organa u građanskim i komercijalnim poslovima (OJC 12, 15.1.2001). Program obuhvata mere koje se odnose na sukob zakona i olakšavanje uzajamnog priznavanja sudske odluke. On takođe predviđa pripremu instrumenta koji će važiti za zaveštanja i nasleđe, koji nije bio uključen u Regulativi Saveta (EC) No. 44–2001 o jurisdikciji, priznavanju i izvršivanju odluka u sferi građanskih i komercijalnih poslova (OJL 12, 16.1.2001).

4. i 5. novembra 2004. godine, prihvaćen je novi program, pod nazivom „Haški program“ za jačanje slobode, bezbednosti i pravde u EU. Program je istakao neophodnost prihvatanja instrumenta naslednog prava do 2011. godine, koji će se, između ostalog, odnositi na pitanja sukoba zakona, uzajamnog priznavanja i izvršivanja odluka, evropski sertifikat o nasleđivanju i na mehanizam koji omogućava da se utvrdi dali je ostavio sastavio testament – registar testamenata.<sup>68</sup>

U 2005. godini Evropska komisija je usvojila Zelenu knjigu o nasleđivanju i zaveštenju (*Green paper „Succession and Wills“*).<sup>69</sup> Ona sadrži rešenja kojima se olakšavaju administrativni aspekti sukcesije uvođenjem Evropskog sertifikata o nasleđivanju (*European certificat of inheritance*). Ovaj sertifikat obezbeđuje dokazivanje statusa naslednika i registar zaveštanja, što će olakšati njihovu primenu u svim državama.<sup>70</sup> Takođe, Evropska komisija je aktuelizovala pitanje ukidanja formalnosti o legalizaciji javnih dokumenata koji su povezani sa nasleđivanjem u državama članica. Uz objavljanje Zelene knige o nasleđivanju i zaveštenju iz 2005. godine, Evropska komisija je otvorila proces konsultacija u oblasti nasleđivanja sa međunarodnim elementom, i to ne samo sa državama članica, nego i sa ostalim državama Evrope.<sup>71</sup> Glavni razlog ovih napora Komisije je činjenica da su zaveštenja i nasleđivanja eksplicitno isključena, odnosno nisu sastavni deo Briselske konvencije o nadležnosti i izvršavanju sudskih odluka u građanskim i trgovackim poslovima (čl. 1).<sup>72</sup> Ovaj trend isključenja zaveštenja i nasleđivanja nastavlja se i donošenjem Regulative Saveta No. 44 iz 2001. godine, ko-

---

68 Kao rezultat zaključaka Saveta Evrope iz 2004 godine, poziva se Komisija da sastavi dokumenat pod nazivom *Zelena knjiga*, koji će obuhvatiti većinu važnih pitanja u vezi sa nasleđivanjem, kao što su utvrđivanje nadležnog prava, nadležnosti i priznavanje sudskih odluka, administrativnih i drugih mera u sferi nasleđivanja.

69 Termin „*Succession and Wills*“ obuhvata sva pitanja koja se odnose na testamento ili zakonsko nasleđivanje. On uključuje i pitanja punovažnosti i interpretaciji uslova testamenata i ustanovljivanje trusta. D. Hyton, *op. cit.*, fn. 43, 3.

70 Više o ovome videti na adresi [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/); <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi>

71 Opširnije videti kod D. Hayton, *The Need for Harmonisation of Private Law International Law Rules on Succession*, 1.

72 Testamenti i nasleđivanje su takođe isključeni i u Konvenciju iz Lugana koja se primenjuje u Švicarskoj, Islandu, Norveške i Poljske. D. Hyton, *op. cit.*, fn. 43, 1.

jom je bila zamenjena pomenuta Konvencija. Polazeći od toga, Savet i Komisija procenili su da u oblasti naslednog prava ne može biti napretka bez harmonizacije međunarodno-privatnopravnih pravila kojima se uređuje nasleđivanje.<sup>73</sup>

U tom pogledu EU je finansijski pomogla konferenciju održanu 10. i 11. maja 2004. godine u Briselu na kojoj je bila razmatrana Komparativno pravna studija o pravilima kojima se uređuje sukob jurisdikcije i sukob zakona o zaveštenju i nasleđivanju u okviru EU, koju je pripremio Nemački notarski institut. Nakon neuspele Haške konvencije o sukcesiji imovine umrlih lica iz 1989 godine, ova studija predlaže rezervna (supsidijarna) pravila zasnovana na činjenici prebivališta ostavioca u trenutku njegove smrti, ako on nije ostavio testament ili ukoliko u njemu nije napravio punovažan izbor prava koje će se primenjivati na njegovu ostavinu.<sup>74</sup> Nakon objavlјivanja studije Nemačkog instituta o notariatu 2002. godine i Zelene knige o nasleđivanju i zaveštenju iz 2005. godine, u martu 2006. godine Komisija je imenovala grupu eksperata, poznata kao „PRM III/IV“ koja je u periodu od 2006. do 2008. godine održala sedam sastanaka posvećenim naslednopravnim odnosima. Najzad, 30. juna 2008. godine Komisija je organizovala susret nacionalnih eksperata iz oblasti nasleđivanja.

Navedene aktivnosti rezultirale su potvrdom potrebe o donoшење instrumenta Zajednice iz oblasti nasleđivanja, koji bi se, između ostalog, odnosio i na pitanja povezana sa utvrđivanjem nadležnog prava, jurisdikcije, priznanje i izvršenje odluka i prihvatanja Evropskog sertifikata o nasleđivanju.<sup>75</sup> Prihvatanje i usvajanje Evropskog sertifikata o nasleđivanju je podržano i od Evropskog parlamenta i Evropskog ekonomskog i socijalnog komiteta. U ostvarivanju harmonizacije naslednog prava u EU, između ostalog, značajnu ulogu imaju Evropski parlament i Evropska komisija.<sup>76</sup> U Izveštaju o nasleđivanju i testamen-

73 *Ibid.*

74 *Ibid.* 2.

75 U Velikoj Britaniji Zelena knjiga je bila razgledana sa strane Evropskog skrutični komiteta. U izveštaju objavljenog 14 aprila 2005 godine, Komitet je notirao da Laburistička vlada podržava predloge poboljšanja administracije imovine sa međunarodnim elemenatom. Ipak Vlada neće dozvoliti da harmonizacija preovlada na značajne aspekte domaćeg materijalnog naslednog prava, kao što je princip slobode testiranja, pravila intestatskog nasleđivanja i mogućnost korišćenja trusta u odnosu na svojinu i nasleđivanje. Catherine Fairbairn, *op. cit.*, fn. 34, 3.

76 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and au-

tima donešenog 2006. godine, Evropski parlament daje više preporuka u smeru harmonizacije naslednog prava.<sup>77</sup> Najefikasnije rešenje za prevazilaženje ovih problema sa kojima se suočavaju evropski građani u ostavinskim postupcima je unifikacija naslednog materijalnog prava. Međutim, imajući u vidu iskustva u odnosu na unifikaciju građanskog prava u Evropi, ostvarenje ovog cilja je veoma teško, pa čak i neizvodljivo, s obzirom na činjenicu da Zajednica nema nadležnosti u ovoj oblasti. Ipak imajući u vidu izloženo, može se zaključiti da budući zakonski instrumenat treba da ustanovi jednostavna i jasna pravila međunarodnog privatnog prava u smeru harmonizacije kriterijuma opredeljenja nadležnosti u pogledu nasleđivanja.

U okvirima EU, u pogledu harmonizacije naslednog prava, od značaja je i uloga Evropske komisije. Programa rada Komisije za 2008. godinu<sup>78</sup> je sadržala prihvatanje predloga o regulaciji nasleđa i testamenata, kao prioritetu inicijativu. Nakon objavljivanja Zelene knjige, Komisija je 14. oktobra 2009. godine objavila Predlog regulativu čiji je osnovni cilj pojednostavljenje pravila za rešavanje ostavina sa stranskim elementom.<sup>79</sup> Rešenja sadržana u Predlogu imaju za cilj da se obezbedi predvidljivost i konzistentnost pravila koja će se primenjivati u sferi nasleđivanja, kao i da se omogući građanima da sami opredеле pravo kojim će biti regulisan prenos njihove zaostavštine. Pored toga, ovim dokumentom se predlaže i stvaranje Evropskog sertifikata o nasleđivanju, sa ciljem da se omogući naslednicima da dokažu svoj status u državama članica Evropske unije.<sup>80</sup>

---

authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, Oct. 14, 2010 dostupno na adresi: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st14/st14722.en09.pdf>.

77 Imajući u vidu navedene preporuke, mogućnost ustanovljavanja instrumenta Zajednice postaje sve izvesnija, imajući u vidu potrebu da se prevaziđu teškoće i prepreke sa kojima se suočavaju naslednici, koje proizilaze od različitih koncepta pravila međunarodnog privatnog prava u odnosu na nasleđivanje. Opširnije o ovome videti kod: Љ. Спировић Трпеновска, Д. Мицковић, А. Ристов, *op. cit.*, fn. 39, 487–491.

78 Vidi: [http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/clwp2008\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/clwp2008_en.pdf).

79 Predlog EU regulative uređuje pitanja koja se odnose na jurisdikciji, izbora prava i međusebnog priznanja i izvršenje odluke i instrumenata iz oblasti naslednog prava.

80 Ovaj sertifikat biće priznat u svim članicama EU omogućujući ljudima da lakše dokaže status naslednika ili administratora ostavini ili testamenta čime bi se pojednostavila procedura. Videti više kod B. Lapthorn Solicitors, *op. cit.*, fn. 66, 1.

Predložena nasledno-pravna regulativa zalaže se za ustanovljivanje jedistvenog naslednog prava, koje će se primenjivati na transnacionalnim sukcesijama, na osnovu kriterijuma zadnjeg mesta starnog boravka ostavioca. Pored ovoga, predlaže se i jedini nadležni organ za raspredeljivanje ostavine, koji će biti opredeljen u zavisnosti od zadnjeg mesta starnog življenja ostavioca. Pravilo *lex loci rei sitae*, može se primenjivati izuzetkom, kade će nadležni biti organi države u kojoj se nalazi nekretnina. Prema predloženim pravilima, pravo starnog mesta stanovanja (*habitual residence*), će se primenjivati supsidijarno, u slučaju kada ostavilac nije napravio planiranje nasleđa. Drugim rečima, ostavilac će moći da odabere, svojom voljom, nasledno pravo svoje države (*lex nationalis*) za raspredeljivanje njegove ostavine, a samim tim i unapred da isplanira nasleđe svoje ostavine.<sup>81</sup>

Dali je ideja harmonizacije naslednog prava državama članice EU u pogledu transnacionalne ostavine ostvarljiva? Imajući u vidu da je prošlo nekoliko godina od kada su Zelena kniga (1. mart 2005) i Predlog regulativa (14. oktobar 2009) publikovane, kao i to da do danas još nema nikakvih konkretnih rezultata oko ovog pitanja, može

81 Osnov preduzetih mera sa strane Komisije u sferi nasleđivanja proizlazi iz člana 62 Ugovora o ustanovljivanju Evropske zajednice, kojim se ustanovljava zajednička oblast u slobodi, bezbednosti i pravdi, preko prihvatanja mera u oblasti sudske saradnje u građanskim predmetima. Ove mere preciznije opredeljuje član 65 Ugovora, čiji je cilj usmeren prema „pojednostavljenju priznanja i izvršivanja odluka u sferi građanskih i trgovачkih poslova, uključujući i odluke iz vansudskih slučaja“ i prema „promovisanju usaglašenosti pravila koja se odnose na sukob zakona i jurisdikcije između država članica.“ Osnovni cilj ovog predloga je da omogući građanima koji žive u državama članicama EU, da unapred efikasno isplaniraju i organizuju raspredelu svoga nasleđa, obezbeđujući kako prava naslednika i legatara, tako i prava doverioca. Ostvarenje ovakvog cilja je neophodno, imajući u vidu diverzitet pravila materijalnog naslednog prava, pravila jurisdikcije i nadležnog prava u transnacionalnim ostavinama. Predlog regulative je sastavljena od šest dela. Prvi deo se odnosi na opseg primene odredaba i definisanje pojnova koji se upotrebljavaju u okviru Predloga. Drugi deo je posvećen pitanjima koja su povezana pravilima jurisdikcije o nasleđivanju. Treći deo je posvećen pitanju nadležnog prava, u okviru koga se predlaže da kao tačka vezivanja bude prihvaćeno pravo zadnjeg mesta starnog boravka ostavioca. Četvrti deo se odnosi na priznavanje i izvršivanje sudskeh odluka. Peti deo je posvećen autentičnim instrumentima koji se odnose na pitanja iz oblasti nasleđivanja. Zadnji, šesti deo, odnosi se na Evropski sertifikat o nasleđivanju. Osnovno pravilo da ostavina treba da bude uređena predvidljivim pravom sa kojim je ona najbliže povezana. Princip pravne sigurnosti traži da ovo pravo bude nadležno za celu ostavinu. Regulativa uvodi uniformni model Evropskog sertifikata o nasleđivanju i opredeljuje organ koji je nadležan za njegovo izdavanje.

se konstatovati da postizanje ovog cilja u EU neće biti tako lako.<sup>82</sup> Osnovni razlog je protivljenje Vlade Velike Britanije prema čijem dogovoru „harmonizacija naslednih prava biće fundamentalno mešanje u unutrašnjih poslova Država Članica, koje mogu prouzrokovati neželjene i nepotrebne socijalne i kulturne potrese.“<sup>83</sup> U tom smislu Vlada Velike Britanije „čvrsto veruje da bilo kakva evropska legislativa u oblasti transnacionalnih ostavina ne sme negativno uticati na domaće nasledno pravo Velike Britanije.“<sup>84</sup> Posledica prihvatanje Predlog regulative bila bi uvođenje instituta *colatio bonorum (clawback)*, vraćanje poklona koji ne postoji u pravnom sistemu Velike Britanije i kojim bi se dovela u pitanje pravna sigurnost. Ovim bi se narušila i vekovna britanska filozofija individualne slobode raspolaganje imovine za vreme života. Sledeći notirani problem je vraćanje imovine deponovanoj u formi trusta, kojim, ukoliko se prihvati *colatio bonorum* bi se dovelo u pitanje trustova industrija. Kao rezultat ovoga 16. decembra 2009. godine Velika Britanija je objavila da je odlučila da ne prihvata predloženu regulativu o nasleđivanju i testamenatima sa strane Evropske komisije i da Velika Britanija neće biti obavezana njome.<sup>85</sup> Imajući u vidu navedene probleme Predlog regulativa je blokirana pred Komitetom o pravnim pitanjima Evropskog parlamenta. Zasad još nema indikacije kad će Komitet podneti svoj izveštaj. Dopunski razlog zastoja harmonizacije naslednog prava u EU je finansijska kriza kojom se suočavaju države članice, tako da je neizvesno dali će se u dogledno vreme realizirati ideja o harmonizaciji naslednopravnih sistema u evropskim zemljama.

---

82 Nakon objavljanja Predlog regulative, Komisije je poslala na javnu raspravu 21. oktobra 2009. godine do svih država članice. Ova publikacija je trebala prezentovati moguće benefite i probleme povezane sa ovim pitanjem.

83 C. Fairbairn, *op. cit.*, fn. 34, 3.

84 *Ibid.*

85 Prema viđenju Vlade Velike Britanije različitost pravnih tradicija država članice mora biti u potpunosti ispoštovana. Razlog ovoga je da su razlike u konceptu prenosa svojine mortis causa u državama članice suštinske. Određene države, kao što je to primer sa Velikoj Britaniji, favoriziraju slobodu testiranja, dok druge predviđaju pravo nužnog dela kao ograničenje testamentalnog raspolaganja. Dok u drugim evropskim državama ostavina silom zakona u momentu smrti prelazi na nasleđnike, u Velikoj Britaniji ostavina prelazi u trustu trećeg lica koje je dužno distribuirati nasleđe korisnicima. Prema pravom Velike Britanije u ostavini ulazi imovina koja ostaje po smrti ostavioca. U državama evropskog kontinentalnog prava u konceptu ostavine ulaze i poklone koje su nasleđnici primili od ostavioca za vreme njegovog života.

*Dr. Dejan Micković*

*Dr. Angel Ristov*

## HARMONIZATION OF FAMILY LAW AND INHERITANCE LAW IN EUROPEAN UNION

### *Summary*

This paper analizes the basic dilemmas related to the process of harmonization and codification of European legislatures in the area of family law and succession law. The authors offer a review of the most recent activities of the European institutions in this area as well as a short historical review of the legal regulations of marital and family relations in European countries. The authors believe that, due to the specificity of family law, which largely depends on the historical development, culture, traditions and customs of different countries, the most appropriate approach at this stage of European integration would be to gradually harmonize all European systems of family law, and not to seek creation of a single European codification in the area of family law that would uniformly regulate family relations in all European countries.

In the area of inheritance law the authors note that in the academic environment and EU institutions is widely accepted view that hereditary rights can not be unified in the European Union because of its specifics related traditions, culture and customs. To that inheritance law should remain in the jurisdiction of national legislation. However, the evident fact that number of trans-national inheritance, from year to year, is constantly increasing in the EU the question of harmonization process is present in the area of specific rules of inheritance. Due to the efficient execution of hereditary rights of citizens of EU member states, it is suggested primarily harmonization of rules of private international law concerning the jurisdiction of inheritance, probate recognition and enforcement of decisions, the introduction of the European certificate of inheritance and the European register of wills. With these the main aim will be achieved and that is possibility of the citizens to plan and to organise their succession with a limited choise of the competent inheritance law in their last will. Harmonisation of the specific rules that are proposed in the area of inheritance law will be very useful for the

citizens of the EU. That is why, beyond the obstacles from UK it is desirable this idea to be realised for the other member states of EU, that belong to the European-continental system of law.

Key words: *Family Law. – Harmonisation. – Codification. – Inheritance Law. – European register of wills.*

*Dr Bojan Milisavljević\**

## ODGOVORNOST DRŽAVE ZA MEĐUNARODNE PROTIVPRAVNE AKTE – OPŠTI OSVRT

*Preko pitanja odgovornosti subjekata procenjuje se efektivnost svakog pravnog poretku. U međunarodnom pravu razvoj pravila o odgovornosti država značio je prelazak iz klasičnog prava u moderno međunarodno pravo. Organizovana međunarodna zajednica započela je da formuliše jasne pravne principe koji su primenjivani od strane prvih međunarodnih sudova i arbitraža. Ovaj rad upravo analizira razvitak pravila o odgovornosti država, pogotovo prateći rad Komisije za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija koji je krunisan usvajanjem veoma značajnog Nacrt-a pravila o odgovornosti država za protivpravne akte iz 2001. godine. Detaljnije su prikazani uslovi koje je neophodno ispuniti da bi se uopšte moglo govoriti o odgovornosti država na međunarodnom planu, ali su i predstavljeni osnovni pravci u praksi država i Međunarodnog suda pravde. Posebno je istaknut značaj u pogledu nastanka pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija kao i nekih posebnih pravila koja nisu obuhvaćena pomenutim Nacrtom. Ukazano je i na običajno pravni karakter normi koje su prisutne u Nacrtu, i nagovešteni budući pravci razvoja pravila u oblasti odgovornosti u međunarodnom pravu.*

**Ključne reči:** *Odgovornost države – Komisija za međunarodno pravo – Povreda normi međunarodnog prava – Pripisivost akata državi.*

### 1. UVODNI DEO

Jedno od fundamentalnih pitanja međunarodnog prava jeste pitanje odgovornosti država. Ono se nameće kao pitanje od velike važnosti zbog specifične pravne prirode međunarodnog prava, nepostojanja centralizovanih mehanizama sankcijiranja kao i nedostatka

---

\* Autor je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, bojan@ius.bg.ac.rs.

obaveznog sudstva. Pored toga, usled činjenice da su osnovni subjekti međunarodnog prava pored međunarodnih organizacija, pre svega države, pitanje njihove odgovornosti je od velike važnosti. Čak i ako se posmatra sadržina svake pravne norme pored dispozicije, da bi ona bila kompletna i funkcionalna, potrebno je da poseduje sankciju, to jest, da se kao posledica povrede dispozicije uspostavlja odgovornost.

Tokom razvoja pravila međunarodnog prava pitanje pravila o odgovornosti država počela su da se pojavljuju tek u kasnijoj fazi. U klasičnom međunarodnom pravu pitanje odgovornosti je uglavnom zavisilo od individualne procene država i povlačilo za sobom mere samopomoći u vidu ograničenih intervencija.<sup>1</sup> Tek se razvojem modernog međunarodnog prava pojavljuju prvi obrisi pravila o odgovornosti u opštem međunarodnom pravu i svest o potrebi postjanja objektivnih pravila koja bi važila u svim slučajevima povrede normi međunarodnog prava. Za to je bilo neophodno da počne sa funkcionisanjem Društvo naroda, kao i rad Stalnog suda međunarodne pravde, da bi se kasnije norme o odgovornosti uobičile kroz rad Ujedinjenih nacija i njenih organa i tela, a pre svih Međunarodnog suda pravde i Komisije za međunarodno pravo. Ovaj rad prati razvoj pravila o odgovornosti država kroz razvoj opšteg međunarodnog prava, pokušava da da ocenu postojećih pravila, kao i da ukaže na pitanja koja još uvek predstavljaju progresivni razvoj.

## 2. RAZVOJ PRAVILA O ODGOVORNOSTI DRŽAVA

Sa prelaskom iz klasično u moderno međunarodno pravo pravila o odgovornosti država postaju kompletirana i praksom arbitraža, kao i Međunarodnog suda prave, da bi svoju pravnu formu pronašla u radu

---

1 Zbog toga čitav 19. vek obiluje intervencijama koje su u dotrini nazivane „dolarskom diplomacijom“, videti: C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008; F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* 1932; R. B. Lillich, „The Diplomatic Protection of National Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack“, *American Journal of International Law*, Vol. 69, No. 2, Apr. 1975, 359–365; R. B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester University Press, 1984; E. M. Borchard, „Diplomatic Protection of Citizens Abroad“, Faculty of Political Science Columbia University, New York 1914; Bojan Milisavljević, *Diplomatska zaštita*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, monografija, 2012; Bojan Milisavljević, „Razvoj instituta diplomatske zaštite u međunarodnom pravu“, *Međunarodna politika* 1142/2011.

stručnih tela Ujedinjenih nacija, pre svih Komisije za međunarodno pravo,<sup>2</sup> ali i raznih doktirnarnih elaboracija<sup>3</sup> kojima se i sama Komisija rukovodila i svome radu. Na ovaj način pravila međunarodnog prava o odgovornosti postaju potvrđena u praksi, ali u osnovi ona počivaju na osnovnoj ideji pravde koja je imanentna svakom pravnom sistemu „da je svako ko svojom greškom drugome nepravično nanese štetu, dužan je istu nadoknaditi.“<sup>4</sup>

Opšte međunarodno pravo vremenom je razvilo svoje materijalne norme od opštег značaja, ali je bilo takođe neophodno da se razviju i paralelno mehanizmi koji bi činili takozvano sekundarne norme, dakle norme koje se aktiviraju tek ukoliko dođe do povred primarnih pravila. Tako je još Roberto Ago zaključio: „...načela koja postoje u pogledu odgovornosti država za međunarodne protivpravne akte, uspostavljaju jasnu razliku između njih i pravila kojima se uspostavljaju obaveze država po međunarodnom pravu, povredom kojih može doći do međunarodne odgovornosti. Ova druga pravila određuju kada je prekršena međunarodna obaveza i kakve su posledica takve povrede.“<sup>5</sup>

Razvoj sekundarnih pravila o odgovornosti država sadrži veliki broj pitanja, povodom kojih nema potpune saglasnosti u vidu opšte prihvaćenosti. Tako se kao relevantna pitanja nameću sledeća: pitanje razlikovanja prirode povrede to jest da li se radi o povredi norme unutrašnjeg prava ili međunarodnog prava. Samo povreda norme međunarodnog pravila može da prouzrokuje i pokrene mehanizam međunarodne odgovornosti. Pored toga kao veoma važno pitanje javlja neophodnost određivanja osnova pripisivosti akata državi jer to predstavlja personifikaciju odgovornosti. Kao neraskidivi deo pravila o

---

2 Na osnovu rada Komisije donilo je do usvajanja Nacrta pravila o odgovornosti države za međunarodne protivpravne akte usvojenog 2001. godine koji predstavlja skup uglavnom običajnih pravila u ovoj oblasti.

3 C. Annacker, „Part Two of the ILC's Draft Articles on State Responsibility“, *German Yearbook of International Law* 37/1994, 206; HP Aust, „Through the Prism of Diversiry: the Articles on State Responsibility in the Light of the ILC Fragmentation Report“ *German Yearbook of International Law* 49/2006, 165; J Crawford, *The ILC Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002; J. Crawford, „Revising the Draft Articles on Stare Responsibility“, *Europaeian Journal of International Law* 10/1999, 435.

4 L. Le Fir, *Međunarodno javno pravo*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1934, 428.

5 Yearbook of the International Law Commission, 1970, vol. II, 306, document A/8010/Rev. I, para. 66 (c).

odgovornosti javlja se i predviđanje izuzetaka kojima se otklanja protivpravnost za povrede normi međunarodnog prava. U korpus sekundarnih pravila takođe ulaze i odredbe o posledicama odgovornosti koje prate već dobro ustanovljenu praksu država u tom pogledu. Tako se u pogledu otklanjanja posledica odgovornosti međunarodno pravo gotovo potpuno naslanja na ukorenjene principe unutrašnjeg prava, čime se potvrđuje princip da se radi o građanskoj odgovornosti država. Ova tvrdnja je, takođe, potkrepljena i činjenicom da je tradicionalno međunarodno pravo podrazumevalo postojanje odgovornosti samo ukoliko je došlo do nastanka štete. Tek kasnije se pojavljuje i odgovornost za povredu imperativnih normi međunarodnog prava.

Usled činjenice da je međunarodno pravo već veoma izgrađen pravni sistem može doći i do povrede normi različitog karaktera. Tako države mogu biti odgovorne za povredu kogentih pravila, normi običajnog prava, povrede pravila multilateralnih ugovora, običnih više-stranih ugovora, kao i bilateralnih ugovora. Ono što je zajedničko u pogledu povrede svih ovih raznorodnih pravila međunarodnog prava, jeste da povreda bilo koje norme povlači za sobom uspostavljanje odgovornosti. Ovo pravilo spada u krug normi običajnopravne prirode vezanih za odgovornost koje se kao takvo razvilo među prvima. Ovo pravilo je potvrđeno u nekoliko slučajeva pred Stalnim međunarodnim sudom pravde: u Slučaju Fosfata u Maroku gde je Sud zaključio da se povredom norme uspostavlja novi pravni odnos između dve države – potreba odgovornosti za povredu norme.<sup>6</sup> Kasnije je ovaj sud kao i njegov sucesor potvrdio ovo pravilo u većem broju slučajeva.<sup>7</sup> Dakle usled povrede materijalne norme međunarodnog prava dolazi do aktiviranja normi od sekundarnog karaktera koja regulišu odgovornost. Utvrđivanje same odgovornosti kao i posledice koje odatle proizlaze u pogledu različitih oblika satisfakcije zavise od subjekata koji

---

6 Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, 10, at 28. Видети и S.S. „Wimbledon“, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, 15, at 30; Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, 21; and *ibid.*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, 29.

7 Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, 4, at 23, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, 14, at 142, para. 283, and 149, para. 292, Gabčíkovo-Nagymaros Project, at 38, para. 47, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, 174, at 184, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, 221.

su uključeni u taj novi pravni odnos. Tako se on može realizovati kroz neposredne diplomatske pregovore, aktiviranjem arbitražnog ili sudskog mehanizma, ili korišćenjem nekog oblika posredovanja od strane država ili međunarodnih organizacija.

### 3. KARAKTER NORMI KOJE SU POVREĐENE OD STRANE DRŽAVE

Jedan od opštih uslova za uspostavljanje odgovornosti države je i povreda norme međunarodnog prava. U klasičnom međunarodnom pravu najčešće su bile povrede običajnih pravila, dok su povrede ugovornih odredaba usled nerazvijenih mehanizama za zadovoljenje произвиле uglavnom mere samopomoći. Razvojem opšteg međunarodnog prava došlo je i do mogućnosti za uspostavljanje jednog novog pravnog odnosa do koga dolazi povredom opštih normi međunarodnog prava *erga omnes* prirode. Prva potvrda za ovakvim odnosom došla je od Međunarodnog suda pravde u slučaju *Barcelna traction*: „potrebno je napraviti jasnu razliku u pogledu povrede obaveze države prema međunarodnoj zajednici kao celini, i onoj koja se javlja u odnosima država prema drugoj državi u slučaju diplomatske zaštite. Ova prva tiče se svih država. Zbog toga svaka država može imati pravni interes da preduzme mere zaštite, dakle radi se o obavezama *erga omnes*.“<sup>8</sup> Na ovaj način se potvrđuje postojanje univerzalnih opšte prihvaćenih vrednosti koje neguje međunarodna zajednica. Međunarodni sud pravde je u nekim kasnijim slučajevima potvrdio ovako prošireni koncept odgovornosti država.<sup>9</sup> Tako se danas može govoriti o povredi različitih normi međunarodnog prava – kogentih, običajnopravnih, ugovornih, pa i onih koje su nastale na bazi jednostrane izjave volje.<sup>10</sup> Ovde treba imati u vidu i pravno dejstvo Povelje Ujedinjenih nacija na osnovu člana 103.<sup>11</sup>

8     *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment, 1970, 32, para. 33.

9     *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, 90, at 102, para. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, 226, at 258, para. 83; and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, 595, at pp. 615–616, paras. 31–32.

10    *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, ICJ Reports 1974, 253; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, ICJ Reports 1974, 457.

11    „...u slučaju sukoba obaveza država članica prema sadašnjoj Povelji Ujedinjenih nacija i obaveza država po bilo kojem međunarodnom ugovoru prednost

Na ovaj način ustanovljava se pravni redosled normi koji je svojstven ustavnom poretku u državama, mada u praksi dejstvo ove odredbe nije dobilo na značaju koji zaslužuje i koji bi morala da ima ova norma.

Nacrt pravila o odgovornosti država za protivpravne akte je iz svoje sadržine isključio pitanje odgovornosti međunarodnih organizacija koje je veoma delikatno, kao i odgovornost pojedinaca za međunarodne delikte. Pored toga u njega nisu ušla ni, već razvijena običajna pravila, o bezdeliktnoj odgovornosti ili odgovornosti za rizik, kakav je primer upotrebe nuklearne energije, ili pitanje odgovornosti za eколоške štete upotrebom, eksploracijom ili prevozom nafte ili sličnih potencijalno opasnih materija. Iako odredbe o ovoj odgovornosti nisu ušle u pomenuti nacrt one postoje u brojnim međunarodnim ugovorima i kroz njih se uvodi i standard ograničene odgovornosti za štetu.<sup>12</sup>

#### 4. RAD NA USTANOVLJENJU PRAVILA O ODGOVORNOSTI DRŽAVA

U normativnom procesu u okviru Ujedinjenih nacija prihvaćen je širi pristup građanske odgovornosti za šta je zaslužan sveukupni razvoj pravila međunarodnog prava, pre svih ugovornog prava, ali i sistematski rad Komisije za međunarodno pravo koji je započeo još 1949. godine kada je ona izdvojila kao jedno od najvažnijih pitanja za razvoj međunarodnog prava upravo pitanje odgovornosti država za protivpravne akte. Zatim je usledila rezolucija Generalne skupštine<sup>13</sup> sa zahtevom Komisiji da preduzme kodifikaciju ove oblasti i tako je 1954. godine i formalno započeo rad na ovom pitanju. Prvi specijalni izvestilac bio je Garsija Amador koji je od 1956. do 1961. godine Komisiji izneo šest izveštaja, u kojima je on predstavio uže svatanje pitanja odgovornosti i sveo ga na odgovornost država za štetu koju su pretrpeli strani državlјani. Postoje i krajnje negativni komentari njegovih izveštaja „da su oni rađeni na bazi arbitražne prakse iz 19. veka“.<sup>14</sup> Naredni izvestioci su tokom godina bili Ago, Riphagen i Gaetano Ruiz, da bi rad konačno uobličio Kraford sa poslednja četiri izveštaja, petim i šestim koji su i

---

če imati obaveze iz Povelje“.

12 Videti na primer Konvenciju o odgovornosti za kosmičke nesreće iz 1972. godine.

13 Rezolucija broj 799 od 1953. godine.

14 Alain Pellet, *The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, 2.

finalna verzija Nacrta pravila o odgovornosti država za protivpravne akte.

Koliko je složena i osetljiva ova oblast<sup>15</sup> svedoči i činjenica da ovaj rad još uvek nije okončan, ali je iznedrio jedan veoma uspešan Nacrt pravila o odgovornosti država za protivpravne akte koji je usvojen 1996. i poslednji nacrt iz 2001. godine. Pošto je usvojen posle dugo godina rada Komisije Nacrt pravila iz 1996. godine bio je sam po sebi veliko dostignuće. Ipak neka pitanja su još uvek bila problematična. Tako se tu mogu ubrojati: pojam međunarodnog zločina države, mere satisfakcije ili obeštećenja, rešavanje sporova u vezi povrede pravila iz Nacrta. Na ovim pitanjima je radila grupa od jedanaest eksperata u naредnom periodu. Na kraju je 2001. godine usvojen konačni tekst Nacrt pravila o odgovornosti država za protivpravne akte. Njega je prihvatile Generalna skupština<sup>16</sup> bez glasanja i bez predloga nekih posebnih mera o daljem toku kodifikacije.

Pravno tehnički posmatrano nacrt pravila o odgovornosti država podeljen je na četiri dela. Prvi deo nosi naziv Akti države protivni međunarodnom pravu, drugi sadržina međunarodne obaveze, treći ostvarivanje međunarodne odgovornosti, i četvrti deo su opšte odredbe. Nacrt pravila sadrži 59 članova koji su usvojeni u drugom čitanju od strane Komisije za međunarodno pravo.

Iako se još uvek radi o nacrtu pravila koja strogo formalno nisu stupila na snagu, u najvećoj meri ona predstavljaju već utemeljena pravila koja su duboko ukorenjena u praksi država i međunarodnih sudskeih organa. Zbog toga je njihova pravna snaga upravo u njihovoj sadržini i opšteprihvaćenosti pa je utoliko i njihov značaj veći. Logičan dalji put u smislu stvaranja teksta Konvencije bio bi sazivanje konferencije država do čega još nije došlo. Komisija je od Generalne skupštine zatražila takve mere, ali do njih na žalost do danas nije došlo.<sup>17</sup> Države su do sada prilično rezervisane u pogledu usvajanja Konvencije o odgovornosti država pa se to reflektuje u stavu Generalne skupštine. Kako ispravno navodi i profesor Pele „...vreme će pokazati kakav će biti

---

15 Tokom rada na pitanju odgovornosti država došlo je do sukoba između evropskih i Latinoameričkih država. Videti: A. Pellet, *op. cit.*, fn. 14, 1.

16 General Assembly Resolution 56/83 from 2001.

17 Report of the ILC, 53rd Session, ILC Yearbook 2001, Vol II(2), 25 (paras 72–73).

uticaj nacrta na opšta pravila međunarodnog prava, ali e primetno da postoji veliki porast broja pozivanja na pravila iz nacrta.“<sup>18</sup>

Iako nije stupio na snagu ovaj kodifikacijski poduhvat je doprineo daljem razvoju pravila o odgovornosti u međunarodnom pravu usvajanjem pravila o diplomatskoj zaštiti<sup>19</sup> i pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija<sup>20</sup> od strane Komisije za međunarodno pravo. Kada je reč o odgovornosti međunarodnih organizacija nameće se zaključak da se radi o oblasti koja je još u razvoju, što zbog nedostatka prakse u pogledu realizacije odgovornosti uzrokovane nepostojanjem jedinstvenih tela koja bi se njime bavila, što zbog njihovog velikog broja i raznorednosti. Nadalje svaka realizacija odgovornosti značila bi prelivanje na teret država članica. Ipak i pored toga u proteklom periodu je došlo do nastanka velikog broja stručnih radova koji su se bavili ovom oblašću. Tako je i Komisija za međunarodno pravo po prvi put iznadrila određena pravila vezana za odgovornosti međunarodnih organizacija. Aktivnost Komisije započela je 2002. godine kada je ovo pitanje stavila na dnevni red.<sup>21</sup> Tokom sedam godina došlo je do usvajanja sedam izveštaja da bi 2009. godine došlo do usvajanja prvog Nacrta pravila o odgovornosti međunarodnih organizacija 2009. godine.<sup>22</sup> Ovde je očigledno da se radi o vezanim pravilima sa pravilima o odgovornosti država. Tako se kao i kod Konvencija iz oblasti ugovornog prava iz 1969. i 1986. godine, može primetiti da se i pravila o odgovornosti država i međunarodnih organizacija moraju tumačiti sistemski i da su ova potonja nadgradnja prvih.

## 5. USLOVI ZA ODGOVORNOST DRŽAVE ZA PROTIVPRAVNE AKTE

Da bi se moglo postaviti pitanje odgovornosti države u međunarodnom pravu neophodno je da se ispune dva uslova<sup>23</sup>: da se radnja ili

---

18 A. Pellet, *op. cit.* fn. 14, 13.

19 Usvojena pravila od strane Komisije 2006. godine.

20 Usvojen nacrt pravila u prvom čitanju 2009. godine.

21 Za specijalnog izvestioca određen je italijanski profesor Đordž Gaja.

22 Report of the ILC, 61 st Session, 2009, A/64/10.

23 Raniji autori navodili su veći broj uslova, pa su pored ovih navodili i nastanak štete, nepostojanje uslova koji isključuju protivpravnost, iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava zaštite države štetnika. Usvojeni nacrt pravila

propuštanje može pripisati državi i da je na taj način došlo do povrede neke norme međunarodnog prava.<sup>24</sup> Pomenuti uslovi su prihvaćeni kroz slučajeve pred Međunarodnim sudom pravde. Tako ih Sud pomije kada je utvrdio konkretne uslove za odgovornost kao u slučaju spora između SAD – a i Irana iz 1980. godine gde je zaključio: „Najpre je neophodno utvrditi na jedan pravni način da li se akti koji se stavljuju na teret Iranu mogu pripisati ovoj državi. Dalje, neophodno je ustavoviti nijihovu saglasnost ili nesaglasnost sa obavezama koje Iran ima prema ugovorima koji su na snazi ili prema drugim međunarodnim pravilima koja mogu biti primenjiva u ovom slučaju.<sup>25</sup> Ovde se može prepoznati i jedan uslov koji se ne pominje, ali je takođe neophodan. Potrebno je da se radi o međunarodnopravnoj obavezi, da je ta obaveza na pravnoj snazi za državu o kojoj se radi i da je ona prekršila tu međunarodnu obavezu. Država ne može da pretpostavi svoje unutrašnje pravo obavezama na međunarodnom planu, pa čak i kada se radi o ustavnim normama, normama od najvišeg značaja.<sup>26</sup>

U nekim slučajevima može se raditi i o povredi normi međunarodnog prava, ali sa pozivom na poštovanje normi takođe međunarodnog prava na snazi. Takav je slučaj bio u pogledu Kilskog kanala pred Stalnim međunarodnim sudom pravde. Ovde se već radi o komplikovanoj situaciji jer je neophodno utvrditi hijerarhiju pravnih akata međunarodnog prava i iz toga izvesti zaključak o povredi norme. Sud je ovde doneo odluku da obaveze države po osnovu ugovora imaju prednost u pogledu poštovanja opštih odredaba o neutralnosti koje su običajnopravne prirode.<sup>27</sup>

Kroz rad Komisije za međunarodno pravo na navedenom nacrtu pravila bilo je stavova da je element pripisivosti subjektivni dok bi povreda pravila međunarodnog prava bila objektivni element. Ovakvi zaključci samo su delimično tačni jer će pripisivost državi postojati i

---

o odgovornosti država i praksa sudova i arbitraža svode neophodne uslove na gorepomenute, ali se svakako ostali koji su navedeni podrazumevaju.

24 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, član 2.

25 United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 29, para. 56. Cf. page 41, para. 90.

26 Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44, p. 24–25.

27 „Wimbledon“, *op. cit.* fn. 6, 29–30.

onda kada se ne može utvrditi subjektivni odnos države kada je preduzimala radnju ili učinila propust kojom je prekršena neka norma međunarodnog prava. Pripisivost bi trebalo što više objektivizirati da bi se izbeglo izigravanje odgovornosti države jer bi ona trebalo da bude uvek odgovorna ako su delovali ili propustili da deluju njeni državni organi.

Opšte je prihvaćeno pravilo da povreda međunarodne obaveze ne može biti opravdana pravilima unutrašnjeg prava. Jedan akt se tumači kao povreda prema pravilima međunarodnog prava, dok je unutrašnje pravo u ovom delu irelevantno.<sup>28</sup> Tako je još u slučaju Vimbldon pred Stalnim međunarodnim sudom pravde navedeno kao već konstituisano pravilo da se država ne može pozvati na samoproglašenu neutralnost kao razlog za izbegavanje u ispunjavanju međunarodnih obaveza.<sup>29</sup> Dalji razvoj ovog pravila vezuje se za Društvo naroda kada je 1930. godine došlo do sazivanja kodifikacione konferencije država. Tada je Pripremni komitet poslao državama na komentar pomenuto pravilo, da bi države izričito ili prečutno podržale njegovu pravnu snagu.<sup>30</sup> Iz ovoga je jasno da se već tada radilo o postojanju preciznog običajnog pravila definisane sadržine koje je na snazi. Ujedinjene nacije su kasnije samo potvratile njegovu egzistenciju kroz nacrt Deklaracije o pravima i dužnostima država od strane Komisije za međunarodno pravo.<sup>31</sup> Pomenuto pravilo je kasnije ušlo i u Konvenciju o ugovornom pravu iz 1969. godine: „Države ugovornice ne mogu se pozivati na odredbe unutrašnjeg prava kao opravdanje za kršenje obaveza predviđenih ugovorom.“<sup>32</sup> Ovo pravilo važi pod rezervom odredbe Konvencije koja se odnosi na osnove relativne ništavosti ugovora kada se radi o povredi odredaba najviše pravne snage i kada su one očigledne.<sup>33</sup>

---

28 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, član 3.

29 „Wimbledon“, *op. cit.* fn. 6, 29, 30.

30 League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee, vol. III: Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners (document C.75.M.69.1929.V), p. 16.

31 Yearbook of the International Law Commission, 1949, 105–106, 150 and 171, article 13.

32 Član 27 Konvencije o ugovornom pravu.

33 Radi se o članu 46 Konvencije o ugovornom pravu.

Da bi se u međunarodnom pravu moglo govoriti o potencijalnoj odgovornosti jedne države i da bi se uspostavio odnos prema njoj kao odgovornoj za nastanak izvesne štete potrebno je da postoji pripisivost. Tako se pripisivost kao uslov pojavljuje kao jedan od dva minimalna uslova za uspostavljanje odgovornosti države u međunarodnom pravu. Pored postojanja nekog od priznatih osnova pripisivosti neophodno je i postojanje kršenje neke međunarodnopravne obaveze<sup>34</sup>. Radnja kojom se krši neka međunarodna obaveza naziva se protivpravni akt.<sup>35</sup> Takav akt se može sastojati iz jedne ili više radnji ili propusta ili iz kombinacije oba.<sup>36</sup>

U najvećem broju slučajeva koji se javljaju u praksi postojaće i neka vrsta štete (bilo da je ona materijalna ili nematerijalna) pa je tako još u praksi Stalnog međunarodnog suda pravde potvrđeno prisustvo pravila o neophodnosti postojanja štete da bi se uspostavila nova pravna relacija o obavezi njene nadoknade.<sup>37</sup> Pored toga pojedini autori zahtevaju postojanje i jednog negativnog uslova, a on se odnosi na odustvovo činjenica koje služe za otklanjanje odgovornosti. Tada je jasno da i dalje postoji pripisivost, ali se može zaključiti da više nema protivpravnosti koja je neophodna za realizaciju odgovornosti. Na ovom mestu se dakle razdvajaju pripisivost i odgovornost države, jer iako ima pripisivosti nema i odgovornosti. Kada se utvrди postojanje navedenih uslova onda se uspostavlja novi pravni odnos između dve države, što je potvrđeno praksom Stalnog međunarodnog suda pravde.<sup>38</sup>

Kada se posmatra pozicija države kojoj se stavlja na teret da je povredila pravo nekog lica njena pozicija je identična kao i u slučaju da se

34 U međunarodnom pravu poznata je i bez-deliktna odgovornost iako je povodom nje prisutno puno kontraverzi. Videti: Alan E. Boyle, „State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1/1990, 1–26.

35 Tako je Međunarodni sud pravde zaključio u postupku između Konga i Ugande da je pošto je utvrdio da je Uganda prekršila međunarodnopravne obaveze i time postala odgovorna prema međunarodnom pravu sada na Sudu da utvrdi posledice takvog kršenja. ICJ Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, 2005, 168.

36 James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, 77.

37 PCIJ, *Case concerning the factory of Chorzow, Indemnity*, vol. A, No. 17, 1928, 29. Tekst odluke dostupan je na: [http://www.iccij.org/pcij/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.iccij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf).

38 PCIJ, *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections*, Series A/B, No. 74, 1938, 10, PCIJ, *Wimblendon Case*, Series A, No. 1, 1923, 15.

radi o povredi nekog prava druge države. Neophodno je dokazati da postoji pripisivost organima odnosne države za štetu koja je nastala, u ovom slučaju u pogledu nekog državljanina druge države. Institut diplomatske zaštite<sup>39</sup> je, stoga, priznat u međunarodnom pravu kao suvereno pravo države da se supstituiše na mesto svoga državljanina<sup>40</sup> ili pravnog lica<sup>41</sup>. Zbog toga je u ovom delu neophodno povući analogiju sa pravilima koja se tiču odgovornosti države u međunarodnom pravu.<sup>42</sup> Tako se u Nacrtu pravila o odgovornosti države u međunarodnom pravu sačinjenom od strane Komisije za međunarodno pravo predviđa kao element međunarodnog protivpravnog akta države i pripisivost prema međunarodnom pravu, kao i prekršaj neke norme međunarodnog prava.<sup>43</sup>

Kao osnov pripisivosti najpre se pojavljuje odgovornost države za rad njenih državnih organa, zatim pripisivost državi akata javnih institucija koje nisu državni organi, a vrše elemente državne vlasti, odgovornost za akte pozajmljenog organa, odgovornost za prekoračenje ovlašćenja, odgovornost za akte pojedinca koji deluju u ime i za račun države, odgovornost za akte ustaničkih pokreta, vikarna ili namesnička odgovornost, odgovornost za kršenje kogentnih normi.<sup>44</sup> Detaljnija elaboracija osnova pripisivosti bi prevazilazila ciljeve ovoga rada.<sup>45</sup>

---

39 R. B. Lillich (1975), *op. cit.*, fn. 1, 359–365; R. B. Lillich (1984), *op. cit.*, fn. 1, Chittharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford Scholarship Online Monographs, 2008, 10; Vermeer-Künzli Annemarieke, „Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection“, *Nordic Journal of International Law*, Volume 75, 2/2006; Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals*, The Johns Hopkins Press 1932; B. Milisavljević, *op. cit.*, fn. 1; *Draft articles on Diplomatic Protection*, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

40 ICJ Reports, *Nottebohm Case* (second phase), Judgment of April 6th, 1955.

41 ICJ Reports, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment, 1970.

42 PCIJ, *Case concerning certain German interest in Polish Upper Silesia*, The Merits, vol. A, No. 7, 1926, 22. Tekst odluke je dostupan na: [http://www.icjcij.org/pcij/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allermands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polonaise\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icjcij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allermands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf).

43 Član 2 Nacrta Konvencije o odgovornosti države u međunarodnom pravu pod nazivom elementi akta države protivnog međunarodnom pravu, Komisija za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija *Official Records of the General Assembly, Fifty – sixth session*, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1), 2001.

44 Klasifikacija je navedena prema odredbama Nacrta pravila o odgovornosti države za protivpravne akte iz 2001. godine.

45 Za detaljniju analizu videti: A. E. Boyle, *op. cit.*, fn. 34, 1–26, James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge

## 6.ZAKLJUČAK

Pravila o odgovornosti u međunarodnom pravu su od fundamentalnog značaja jer se na taj način potvrđuje postojanje pravnog sistema i pomaže njegovom uspešnom funkcionisanju. Nema sumnje da su pravila koja su označena kao sekundarna već duboko utemeljena u praksi država i međunarodnih sudskih tela. Ona su, kako je ispred navedeno, uspešno pravno zaokružena u Nacrtu pravila o odgovornosti država za protivpravne akte iz 2001. godine čime je potvrđena njihova običajnopravna priroda. Ne čudi činjenica da ovaj veoma značajni akt ne obuhvata pitanje bezdeliktne odgovornosti jer je ono još uvek na nivou progresivnog razvoja budući da pravila nisu dovoljno zaživela u praksi pa je opravdana želja članova Komisije za međunarodno pravo da u tekstu Nacrta unesu samo odredbe koje su već stekle dovoljnu podršku od strane članica međunarodne zajednice. Ovde treba imati na umu da nisu sve odredbe navedenog Nacrta na isti način prihvaćene pa su recimo odredbe koje uređuju slučajevi iscrpljenja pravnih sredstava zaštite<sup>46</sup> kao opštem uslovu za realizaciju odgovornosti na međunarodnom planu još uvek u procesu uobličavanja kroz praksu država.

Posebno je složeno pitanje odgovornosti međunarodnih organizacija koje se nalazi na dnevnom redu Komisije i povodom koga tek treba očekivati ozbiljan i dugotrajan rad mada je kontura nekih osnovnih pravila već prisutna u izveštajima specijalnog izvestioca. Sve više se radi i na upostavljanju pravila u vezi povreda normi *ius cogens*, a pogotovo onih koje aktiviraju univerzalnu nadležnost povodom koje je praksa država u razvoju.

---

University Press, 2002; Dupuy Pierre-Marie, „The International Law of States Responsibility: Revolution or Evolution“, *Michigan Journal of International Law* 1989–1990; F. V. Garcia-Amador, „State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law“, *American Journal of International Law*, Vol. 49, 3/1955; Joseph G. Starke, „Imputability in International Delinquencies“, *British Yearbook of International Law*, 19/1938; Jan Arno Hessbruegge, „The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law“, *New York University Journal of International Law and Policy* 2003–2004; Przetacznik Franciszek, „The International Responsibility of United States for the Unauthorized Acts of their Organs“, *Sri Lanka Journal of International Law* 1/1989, 151; Bojan Milisavljević, „Pripisivost kao uslov odgovornosti države u međunarodnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 2/2012, 185–207.

46 Bojan Milisavljević, „Iscrpljenje unutrašnjih pravnih sredstava kao uslov za primenu diplomatske zaštite u međunarodnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, 1/2012, 274–293.

Dr. Bojan Milisavljević

RESPONSIBILITY OF STATES FOR  
INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS  
– A GENERAL OVERVIEW

*Summary*

Question of responsibilities shows the level of effectiveness in any legal system. In international law, the development of responsibility rules of the state created evolution from traditional to modern international law. Organized international community began to formulate a clear legal principles that have been applied by the first international courts and arbitration. This paper aims at analyzing the development of the rules on state responsibility, particularly following the work of the International Law Commission of the United Nations, who was crowned by adopting a very important Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. This article was presented conditions that must be fulfilled in order to be able to talk about the responsibility of states at the international level, but also presented the main directions in the practice of States and the International Court of Justice. This work emphasizes the importance of establishing new rules regarding the responsibility of international organizations, as well as some special rules which not covered in the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. The author pointed to the customary nature of norms which are present in the Draft, and was suggested some future development directions in the area of responsibility in international law.

Key words: *State responsibility – The International Law Commission –  
Violations of norms of international law – Attribution of  
conduct as the acts of state.*

*Mladen Nikolić\**

## CENZUS U ANTIČKOM I SAVREMENOM EVROPSKOM KONTEKSTU

*Cenzus, u smislu popisa rimskog stanovništa i procjena imovine istih, je posao koji je proizvodio različite pravne i političke posljedice, egzistencijalno značajne za društveni sistem kako antičkih tako i modernih država. U funkciji društvenog razvoja i potreba antičke i savremene države na različite načine i sa različitim rezultatima realizuju ovaj posao.*

Ključne riječi: *Cenzus. – Cenzor. – Leges censui censendo. – Eurostat.*

### 1. CENZUS U ANTIČKOM KONTEKSTU

#### *1.1. Pojam i nastanak cenzusa*

Cenzus je postojao i znatno prije Rima. U Egiptu, u početku sva-ke druge godine, državni službenici su vršili popis imovine („zlata“, tj. pokretnih stvari veće vrednosti, i „polja“) radi određivanja poreskih te-reta.<sup>1</sup>

Sa terminološkog aspekta, riječ censor potiče od riječi *census* što podrazumijeva imovinski status građanina, prema kome se utvrđuju određena prava i obaveze, a što je censorova prva i osnovna funkcija. Glagol *censere*, iz koga je izvedena riječ *census*, imao je u latinskom jeziku više značenja – ispitati, procijeniti, popisati, glasati. Od starog Rima do današnjih dana ovaj pojam je dobijao različita značenja, ug-lavnom političkog konteksta. U istoriji političkih prava, koje uključuje i pravo glasa, pojam cenzusa se upotrebljavao kad se ograničavalo glasačko pravo. Tako se u pojedinim zemljama i u raznim vremenima propisivao *census* po bogatstvu, po dužini prebivališta na nekoj teri-toriji, po polu ili po obrazovanju. U Srbiji prije Prvog svjetskog rata, postojao je *census* po bogatstvu, to jest glasačko pravo, utvrđeno na

---

\* Autor je viši asistent Pravnog fakulteta Slobomir Univerziteta, [mladen.nikolic@spu.ba](mailto:mladen.nikolic@spu.ba).

1 O. Stanojević, *Istorija prava*, Bijeljina 2011, 34.

osnovu visine neposrednog poreza, a u Kraljevini Jugoslaviji je postojao cenzus po polu, tako da žene nisu imale pravo glasa. Danas je termin cenzus svakako i sinonim za popis stanovništva.

Popis i procjena imovina rimskih građana (*census*), predstavlja osnovnu djelatnost rimskih cenzora. Cenzus je, u smislu imovinskog statusa, određivao različita prava i obaveze rimskih građana. Tako je cjelokupno rimsko drušvo je, po bogatstvu, podijeljeno u pet razreda. Svaki razred građana podrazumijeva različit nivo političkih prava, ali i obaveza prema vojsci i državi.

Postoje stavovi da i druge dvije cenzorske funkcije potiču iz cenzusa. Upravljanje finansijama u izvođenju javnih radova, u vezi je poreskom funkcijom samog cenzusa, a *regimen morum* ima za cilj očuvanje morala u društvu, a tako i imovine građana.<sup>2</sup> U starom Rimu cenzus podrazmijeva popis i prema stanju imovine raspored stanovništva u okviru postojećih klasa društvenog ranga.<sup>3</sup>

Prije cenzora posao cenzusa su najprije obavljali kraljevi, a potom konzuli. Koliki je značaj cenzusa u Rimu, najbolje govori činjenica da za bilo koju odluku ili postupak cenzora u toku trajanja cenzusa, ne važi pravo veta narodnih tribuna, a odgovornost im leži na sopstvenoj savjeti i zakletvi položenoj stupanjem na funkciju.<sup>4</sup>

## 1.2. Postupak cenzusa

*Tabulae censoriae*, svjedoče o formalnom postupku obavljanja popisa i procjene imovine stanovništva.<sup>5</sup> Poslije okončanja auspicija, javni službenik je pozivao stanovništvo da se pojavi pred cenzorom. Pred cenzora su Rimljani pozivani prema kriterijumu plemenske pripadnosti.<sup>6</sup> Svako pleme je na cenzus pozivano posebno. Prilikom obavljanja cenzusa, cenzori su okruženi pomoćnicima sjedili u kurulskoj

2 A. Greenidge, *Infamia, its place in roman public and private law*, Oxford University Press 1894, 41.

3 M. Creighton, *History of Rome*, D. Appleton and company, New York 1882, 14.

4 O. Seyffert, *Dictionary of classic antiquities*, William Glaisher ltd., London 1894, 121.

5 W. Smith, *A concise dictionary of Greek and Roman antiquities*, Murray, London 1898, 154.

6 O. Seyffert, (1894a), *op. cit.* fn. 4, 122.

stolici (*thesella curulis*), koja sa purpurnom togom predstavlja simbole cenzorske funkcije.<sup>7</sup>

Svaki porodični starješina se pred cenzorom se morao lično pojaviti. Daljim postupkom cenzusa je rukovodio censor (*ad arbitrum censoris*), strogo poštujući pravne norme kojim je to regulisano (*leges censui censendo*).<sup>8</sup> Tim pravilima je bilo predviđeno koja se imovina i kojim redoslijedom prijavljuje, kao i način na koji se vrijednost imovine procjenjuje. Prijavljajući svoju i imovinu članova porodica, svaki građanin je pred cenzorom polagao svečanu zakletvu.

Pred cenzorom je svaki građanin, je u postupku popisa, najprije saopštavo svoje ime, zatim ime svog oca, odnosno patrona, ukoliko je bio oslobođenik. Zatim, na pitanje cenzora, ukoliko je oženjen, morao bi prijaviti imena žene i djece, kao i njihove godine starosti.<sup>9</sup> Siročad i žene koje nemaju muževe, prijavljivali su njihovi tutori. Ova lica su se upisivala u posebne evidencije i nisu ulazila u spisak članova porodice.

Pošto su izjavili osnovne podatke o članovima porodice, građani dalje, prema *leges censui censendo*, izjavljuju sastav cjelokupne imovine po kviritskom pravu, kao i vrijednost iste. U ranijem periodu je bilo obavezno izjaviti samo ukupnu vrijednost imovine, ne navodeći pojedinačnu vrijednost dobara, da bi se kasnije to promijenilo, pa su građani posebno prijavljivali vrijednost svake stvari, a potom i vrijednost cjelokupne imovine.<sup>10</sup>

Svojina na zemljištu je najvažniji dio imovine, koji se prijavljuje. U cenzus ulazi samo kviritska svojina na zemljištu, za razliku od dr-

7 *Ibid.*, 121.

8 Alan Astin je u vezi sa ovim postavio jedno vrlo logično pitanje. To je pitanje fizičkih mogućnosti vršenja cenzusa, naročito u kasnijem periodu. Npr., poslije Punskih ratova Rim je imao oko četvrt miliona stanovnika, a sui iuris lica koji idu pred cenzora, oko 60.000. Ako bi svaki građanin imao po jedan minut za cenzus, onda bi cenzorima bilo potrebno 143 dana po sedam sati bez pauze da obavi ovaj posao. Sredinom drugog vijeka stare ere Rim je imao oko 350.000 stanovnika. Sui iuris lica je pretpostavlja on bilo oko 90.000. Da su cenzori imali samo dva i po minuta na raspolažanju za svakog građanina, što je realniji termin, onda bi cenzori, po ovoj formuli svoj posao obavili za 584 dana, što je za oko mjesec dana više od predviđenog predviđenog mandata za cenzus. Zato Astin smatra da je u posao cenzusa bio uključen veliki broj pomoćnika, a da su cenzori simbolično rukovodili ovaj posao.

9 O. Seyffert, (1894b), *op. cit.* fn. 4, 122.

10 W. Smith, (1898a), *op. cit.* fn. 5, 155.

žavne zemlja, koja nije predmet popisa. Prilikom popisa zemljišta, građanin je obavezan da navede veličinu i lokaciju zemljišta, zatim način ekonomske ekspoatacije zemljišta, odnosno da li je u pitanju obradiva zemlja, voćnjak, vinograd, maslinjak, pašnjak, livada i sl.<sup>11</sup>

Poslije zemljišta prijavljuju se robovi i stoka, a potom i ostale pokretne stvari. Postoje podaci, da je cenzor mogao zahtijevati da se posebno prijavljuju nakit, luksuzna odjeća i druge lične stvari, veće materijalne vrijednosti.<sup>12</sup>

Među autorima koji su se bavili ovim pitanjem postoje podijeljena mišljenja o tome da li je cenzor mogao osporiti vrijednost prijavljene imovine građanina i tražiti da se ponovi upis imovine. Potvrđni stavovi se brane činjenicom da postoje dokazi da je cenzor jednom građaninu utvrdio osam puta veći porez na imovinu u odnosu na redovnu visinu, koju bi ovaj morao platiti prema vrijednosti imovine. Inače, su rimski građani bili obavezni plaćati porez na imovinu, koji iznosi hiljaditi dio vrijednosti imovine, koja se utvrđi pred cenzorom. Drugi autori smatraju da cenzori nisu imali ovlašćenje negirati vrijednost prijavljene imovine, niti sankcionisati takve prevarne radnje rimskih građana. Svoje stavove temelje na okolnosti da ne postoje zakoni niti druga pravila, koji cenzorima daju takva ovlašćenja, a prijavljivanje manje vrijednosti imovine, radi poreske evazije, logički nema smisla, jer je direktno suprotno političkim interesima građana i njihovom položaju u armiji i centurijatskoj skupštini.

Ipak, nema sumnje da su bili sankcionisani svi koji su svjesno izbjegavali ceznus. Servije Tulije predviđa smrtnu kaznu za ovakvo ponašanje. U kasnijem periodu, se pred cenzorom umjesto odsutnog građanina moglo pojaviti drugo lice, ovlašteno da prijavi imovinu. U nauci je postojala dilema, kako su obavaljali cenzus vojnici, koji su bili u redovnoj vojnoj službi u rimskim provincijama, odnosno koji su angažovani u ratovima. Livije navodi da su cenzori imenovali svoje predstavnike koji su odlazili u provincije da izvrše popis imovine rimskih vojnika, koji su tamo bili u vojnoj službi. Većina autora smatra da je primjer koji Livije navodi ipak bio izuzetak, a na opšte pravilo obavljanja cenzusa. Ciceron, naprotiv, u jednom primjeru navodi vojni angažman u legiji pod komandom generala Lukula, kao redovan razlog

---

11 W. Smith, *Dictionary of Greek and Roman antiquities*, Murray, London 1875, 262.

12 W. Smith, (1898b), *op. cit.* fn. 5, 156.

odsustva vojnika sa popisa imovine.<sup>13</sup> U provincijama cenzus su sprovodili upravnici provincija.<sup>14</sup>

### 1.3. Pravne i političke posljedice cenzusa u antičkom Rimu

Pošto se završi popis stanovništva i imovine, cenzori sastavljaju liste kojim se, po zakonu Servija Tulija, vrši klasifikacija građana po razredima i centurijama. Te liste čine najvažniji dio *Tabulae Censoria*, kao dokumenta od višestrukog značaja za državu. Osim liste, *tabulae* sadrže sve dokumente iz cenzorske djelatnosti, pa i ugovore koje su zaključili sa publikanima i drugim privatnim preduzetnicima<sup>15</sup>. Tako, one, osim što predstavljaju evidenciju stanovništva po tribusima i određuju politički položaj Rimljana u Centurijatskoj skupštini, one određuju obavezu opremanja vojske, utvrđuju kriterijume za popunjavanje Senata, visinu poreskih obaveza, te oznake moralnih i karakternih kvalifikacija građana. Osim toga ove evidencije su važan izvor informacija o ekonomskim krizama, ratovima, epidemijama i sl. na bazi koga su vršene političko istorijske analize perioda republike. U nastavku je prikazana tabela bazirana na cezorskim listama.

Cenzus	Broj stanovnika	Ekonomске krize	Ratovi	Epidemije
508 p.n.e.				
		505–504 p.n.e.		
503 p.n.e.	120,000			
		499 or 496 p.n.e.		
498 p.n.e.	150,700			
493 p.n.e.	110,000			
		492–491 p.n.e.		
		486 p.n.e.		

13 W. Smith, (1875a), *op. cit.* fn. 11, 263.

14 O. Seyffert, (1894c), *op. cit.* fn. 4, 123.

15 A. Berger, *Encyklopedic dictionary of Roman Law* 2, The American philosophical society, Philadelphia 1953, 728.

Cenzus	Broj stanovnika	Ekonomске krize	Ratovi	Epidemije
474 p.n.e.	103,000	474 p.n.e.	474 p.n.e.	
465 p.n.e.	104,714			
459 p.n.e.	117,319			
		456 p.n.e.		
		454 p.n.e.		454 p.n.e.
		440–439 p.n.e.		
		433 p.n.e.		433 p.n.e.
		428 p.n.e.		428 p.n.e.
		412 p.n.e.		412 p.n.e.
			400 p.n.e.	
			396 p.n.e.	
392 p.n.e.	152,573	392 p.n.e.		392 p.n.e.
390 p.n.e.		390 p.n.e.		
			386 p.n.e.	
		383 p.n.e.		383 p.n.e.
			343–341 p.n.e.	
340 p.n.e.	165,000		340–338 p.n.e.	
			326–304 p.n.e.	
323 p.n.e.	150,000			
		299 p.n.e.		
			298–290 p.n.e.	
294 p.n.e.	262,321			

Cenzus	Broj stanovnika	Ekonomске krize	Ratovi	Epidemije
				293–292 p.n.e.
289 p.n.e.	272,200			
			281 p.n.e.	
280 p.n.e.	287,222		280–275 p.n.e.	
276 p.n.e.	271,224			276 p.n.e.
265 p.n.e.	292,234			
			264–241 p.n.e.	
252 p.n.e.	297,797			
		250 p.n.e.	250 p.n.e.	
247 p.n.e.	241,712			
241 p.n.e.	260,000			
234 p.n.e.	270,713			
		216 p.n.e.	216 p.n.e.	
		211–210 p.n.e.	211–210 p.n.e.	
209 p.n.e.	137,108			
204 p.n.e.	214,000	204 p.n.e.		
		203 p.n.e.		
		201 p.n.e.		
		200 p.n.e.	200–195 p.n.e.	
194 p.n.e.	143,704			
			192–188 p.n.e.	
189 p.n.e.	258,318			

Cenzus	Broj stanovnika	Ekonomске krize	Ratovi	Epidemije
				187 p.n.e.
				182–180 p.n.e.
179 p.n.e.	258,318			
				176–175 p.n.e.
174 p.n.e.	269,015			
			171–167 p.n.e.	
169 p.n.e.	312,805			
				165 p.n.e.
164 p.n.e.	337,022			
159 p.n.e.	328,316			
154 p.n.e.	324,000			
		153 p.n.e.		
147 p.n.e.	322,000			
142 p.n.e.	322,442			142 p.n.e.
		138 p.n.e.		
136 p.n.e.	317,933			
131 p.n.e.	318,823			
125 p.n.e.	394,736			
		123 p.n.e.		
115 p.n.e.	394,336			
		104 p.n.e.		
				87 p.n.e.
86 p.n.e.	463,000			
			75 p.n.e.	

Census	Broj stanovnika	Ekonomске krize	Ratovi	Epidemije
70 p.n.e.	910,000			
		67 p.n.e.		
		65 p.n.e.		
			54 p.n.e.	
			49–46 p.n.e.	
		43 p.n.e.		
28 p.n.e.	4,063,000			
		23–22	23–22	
8 p.n.e.	4,233,000			
			5–6	
			10	
14 n.e.	4,937,000			

Odnos ovih događaja i demografske slike rimskog društva, je bio predmet čestih analiza u nauci, a naročito period od 70–28. god. p.n.e. kada se broj stanovnika, *civitas capitae*, sa 910.000, popeo na preko 4 miliona.<sup>16</sup>

Evidencija u cenzorovim tabulama je dokaz postojanja pravnog subjektiviteta i građanskih prava. Tako građani koji odbiju da pristupe cenzusu ili, iz određenih razloga budu uklonjeni sa listi, kako naglašava Livije, gube svoj *civitas i libertas*, sa svim pravnim posledicama, pa i mogućnošću da budu kao robovi prodani van Rima.<sup>17</sup> Postojanje građanina rimske republike zavisi od postojanja u cenzusu.<sup>18</sup> Već je nagašeno da je census proizvodio značajne pravne posljedice.

16 T. Wiseman, „The Census in the first century B. C.“, *Journal of Roman Studies*, 59/1969, 27.

17 W. Smith, (1898c), *op. cit.* fn. 5, 156.

18 E. Meyer, *Legitimacy and law in roman world*, Cambridge University Press 2004, 93.

Čak i u antičkim vremenima, postavljalo se pravno pitanje, od kog trenutka nastaju određena pravna dejstva akata preduzetih u kompleksnom postupku sproveđenja cenzusa.

Rastom države, samim tim i populacije, čin cenzusa je postajao složeniji i dugotrajniji, tako da je postojao značajan vremenski period između upisa građanina u cenzorske liste i svečane ceremonije *lustrum-a*, kojom se okončavao cenzus.

Zbog značaja za javne finansije države taj akt se deponovao u *aerarium*, u Saturnovom hramu. Svaki građanin upisan na cenzorovu listu je bio nosilac punog prava rimskog građanstva (*caput habere*).

U principatu, kao što je navedeno, ova magistratura gubi svoju moć i ulogu, ali se popis imovine i stanovništva redovno odvija u provincijama radi utvrđivanja visine poreza.<sup>19</sup> Tako imperatori imenuju posebne državne službenike *Censorines* i njihove asistente *Censuales*, koji obavljali taj posao u provincijama.

Ovaj model je samo jedan od primjera rimske praktičnosti i efikasnosti u državim poslovima. Popis stanovništva i procjena imovine su i danas vrlo kompleksni poslovi koji, zahtijevaju velika kadrovsko-tehnička angažovanja i materijalne troškove. Želi se istaći da je najveći značaj navedenog modela leži u korelaciji pravnih i političkih interesa sa jedne strane i dužnosti građana sa druge. Time je stvoren jeftin, precizan i brz sistem popisa stanovništva, utvrđivanja poreskih obaveza, položaja u skupštini i armiji. Rimljani sugerisu da koncept upravljanja državom, zanovani na ovakvim principima, uslovljenošći prava i obaveza građana, daju trajne i kvalitetne rezultate.

## 2. CENZUS U SAVREMENOM KONTEKSTU – PRIMJERI NJEMAČKE I BOSNE I HERCEGOVINA

U savremenim evropskim državama, popis stanovništva ne predstavlja uslov pravnog subjektiviteta građana, ne uslovjava i ne određuje poreske obaveze, odnosno položaj građana u društvenom sistemu. Ipak, cenzus danas stvara relevantne posljedice na unutrašnjem i spoljnom planu. Kao jedan od preduslova za uspešno učešće BiH u Procesu stabilizacije i pridruživanja, posebnog pravno-političkog okvira politike proširenja EU za Zapadni Balkan, je izvršenje popisa stanovniš-

---

19 O. Seyffert, (1894d), *op. cit.* fn. 4, 123.

tva tj. utvrđivanje ukupnog broja i strukture stanovnika zemlje, koji je poslednji put izvršen uoči izbijanja rata, 1991. godine. Popis stanovništva je neophodan kako bi Eurostat<sup>20</sup> imao tačne podatke o stanovništu Bosne i Hercegovine, koji su neophodni i za dobijanje sredstava iz IPA programa<sup>21</sup>, instrumenta za pretpristupnu pomoć EU zemljama kandidatima za članstvo u EU, kao i potencijalnim kandidatima za članstvo u EU (u ovu grupu spada i BiH). Međunarodne organizacije, Svjetska banka, Međunarodni monetarni fond, Ujedinjene naracije, Evropska unija i dr., koriste podatke dobijene popisom, u cilju razvijanja programa podrške razvoja za sve zemlje. Tako je popis stanovništva, odnosno statistika važan element, odnosno model i osnova za izgradnju društva. Inače, osnovno spoljnopolitičko opredjeljenje zemalja regionalnog Zapadnog Balkana<sup>22</sup>, uključujući i Bosni i Hercegovinu, je učešće u procesu evropskih integracija i kao njegov konačan cilj – članstvo u Evropskoj uniji. Od zemalja ovog regiona Bosna i Hercegovina je posljednja na ljestvici razvijenosti odnosa sa EU. Još nije podnijela ni aplikaciju za članstvo u EU, niti je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju sa EU stupio na snagu. Bosna i Hercegovina ima i najsloženiju pravnu, političku i etničku strukturu, što je posljedica građanskog rata, vođenog na njenoj teritoriji, u prvoj polovini devedesetih godina prošlog vijeka.

Bivši ministar unutrašnjih poslova Republike Njemačke, Wolfgang Schaeuble je jednostavno komentarisao pitanje relevantnosti popisa, rekavši da ako planirate izgradnju infrastrukture, novih škola,

---

20 Skraćenica za: Statistička kancelarija Evropske unije zadužena za zvaničnu statistiku EU.

21 Dva glavna cilja IPA programa su da se podrži proces pridruživanja i društveno-ekonomski razvoj korisnika. Pomoć iz IPA programa je usmerena na: jačanje demokratskih institucija i vladavine prava; unapređenje i zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, manjinskih prava, promociju rodne ravnopravnosti i nediskriminacije; reformu državne uprave, uključujući uspostavljanje sistema decentralizovanog upravljanja; ekonomsku reformu; razvoj civilnog društva; pomirenje i rekonstrukciju, kao i na regionalnu i prekograničnu saradnju.

22 U terminologiji EU, region Zapadnog Balkana obuhvata Hrvatsku, Bosnu i Hercegovinu, Srbiju, Kosovo, Crnu Goru, Makedoniju i Albaniju. Termin „Zapadni Balkan“ predstavlja političku a ne geografsku odrednicu, i uveden je kako bi se razlikovala navedena grupa država od onih koje su već ranije uspostavile odnose sa Unijom. Termin „Jugoistočna Evropa“ je napušten jer ovaj region, u geografskom smislu, obuhvata i Bugarsku i Rumuniju, koje su postale članice Evropske unije u 2007. godine.

ulica, bolnica, najvažnije je da znate koliko ljudi tu živi. Predsjednik Saveznog zavoda za statistiku SR Njemačke Roderih Egeler navodi: „Podaci dobijeni popisom su osnova za političke i ekonomske odluke republike, pokrajina i opština. „Uzmite u obzir samo važnost broja stanovništva na odluke o raspodjeli finansijskih sredstava republike, odnosno pokrajina po opštinama. Tu je i podela izbornih okruga kao još jedan primer praktične koristi od popisa“, kaže Egeler.

U skladu sa preporukom Evropske komisije Savezna Republika Njemačka je izvršila popis stanovništva 2011. godine. Zanimljiva je činjenica da je prije toga, posljednji put popis stanovništva izvršen 1981. godine u Njemačkoj Demokratskoj Republici (NDR) i 1987. godine u Saveznoj Republici Njemačkoj. Popisu iz 1987. godine prethodilo je veliko suprotstavljanje građana, uz bojkot i stotine građanskih inicijativa protiv popisa. Tadašnji otpor građana argumentovan je zadiranjem u privatnu sferu građana i strahom od mogućeg korištenja podataka u policijske svrhe. Popis je tada ipak obavljen i državu je koštalo oko milijardu maraka., a o kvalitetu dobijenih podataka se mišljenja i danas razilaze.

U popisu održanom 2011. godine angažovano je oko 80.000 popisivača, a sve je SR Njemačku koštalo oko 710 miliona evra. Popis je organizovan tako što su potrebni podaci uzeti od oko 10 % populacije, a podaci o ostalim građanima su uzeti iz državnih institucija, koje službeno posjeduju podatke o građanima (kancelarije za prijavu boravka, savezne agencije za rad i dr.). Popis se vrši popunjavanjem upitnika koji sadrži 46 pitanja, a odbijanje popisa se kažnjavalо novčanom kaznom. Jedino pitanje na koje građani nisu morali da odgovore je: „Uz koju od sledećih religija, vjerskih pravaca ili pogleda na svet se svrstavate“. Ovakva i slična pitanja naročito otežavaju postupak popisa u BiH, iz poznatih političkih razloga. Piter Everers, direktor Evrostata, ističe da su preporuke Ujedinjenih nacija o obaveznim i neobaveznim pitanjima vrlo jasna. Pitanja o vjerskoj, nacionalnoj i jezičkoj pripadnosti nisu obavezna pitanja u upitniku, a svaka država mora da odlučiti, hoće li uvrstiti ova pitanja u popis stanovništva ili ne. Mnoge zemlje uključuju ova pitanja, sa opcijom izbora o izjašnjavanju, kakav je slučaj i u SR Njemačkoj i u BiH. Od 36 zemalja koje su članice ili potencijalne članice EU, 19 uključuju pitanje o vjerskoj, etničkoj i jezičkoj pripadnosti.

Za razliku od rimske prakse, danas je popis stanovništva u savremenim evropskim državama, pored domaćih, značajno regulisan i međunarodnim pravnim aktima. U Bosni i hercegovini, je popis stanovništva sproveden na bazi, izuzev važećeg zakona o popisu stanovništva, domaćinstava i stanova u BiH iz 2013. godine, i u skladu sa sljedećim međunarodnim aktima: Preporukama konferencije evropskih statističara za popise stanovništva i stanova 2010. godine pripremljenih u saradnji Evropske komisije UN-a za Evropu i Statističkog zavoda Evropske unije – EUROSTAT-om („Conference of European Statisticians Recommendations for the 2010 Censuses of Population and Housing“ prepared in cooperation with the United Nations Economic Commission for Europe and the Statistical Office of the European Communities (EUROSTAT)),. Načelima i preporukama Ujedinjenih nacija za popise stanovništva i stanova (Principles and Recommendations for Population and Housing Census, Revision 2, United Nations, New York, 2008), Regulativom broj 763/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća Evropske unije o popisima stanovništva i stanova od 9. jula 2008. godine (Regulation (EC) No 763/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 on Population and Housing Censuses) i Regulativom broj 1201/2009 Evropskog parlamenta i Vijeća Evropske unije o popisima stanovništva i stanova od 30. novembra 2009. koja implementira Regulativu 763/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća Evropske unije o popisima stanovništva i stanovanja u pogledu tehničkih specifikacija obilježja i njihovog raščlanjivanja.

Prethodno je navedeno da je cenzus u antiškom Rimu značio evidenciju osnovnih podataka o stanovništvu i imovini. Danas, cenzus u savremenim društвima, osim ovih podrazumijeva i druge podatke, kao što su informacije o radnom mjestu, nivou obrazovanja, porodičnom stanju, stambenom fondu, a sve u svrhu navedene strategije društvenog razvoja. Evidentna je značajna funkcionalna razlika ove djelatnosti u odnosu na rimski model.

Prema preliminarnim rezultatima popisa stanovništva u BiH 2013., objavljeni su sljedeći rezultati<sup>23</sup>:

---

23 Podaci preuzeti sa zvaničnog sajta Federalnog zavoda za statistiku BiH BiH: [www.fzs.ba/popis.htm](http://www.fzs.ba/popis.htm), posljednje viđenje 9.11.2013.

	Ukupno popisane osobe	Ukupno domaćinstava	Ukupno stanova
Bosna i Hercegovina	3.791.387	1.163.387	1.617.308
Federacija BiH	2.371.603	721.199	991.384
Republika Srpska	1.326.991	414.847	588.241
Brčko distrikt	93.028	27.341	37.683

Početkom 2014. godine se očekuju kompletni i konačni podaci sprovedenog popisa. Prema popisu održanom 2011. godine u SR Njemačkoj utvršeni su sljedeći podaci. U Njemačkoj živi oko 80,2 miliona stanovnika. Oko 74 miliona što je 92,3% od ukupnog broja ima državljanstvo SR Njemačke. 6,2 miliona stanovnika, odnosno 7,7% su strani državljeni. Registrovano je oko 34.000 istopolnih zajednica, odnosno oko 40% zajednica ženskog pola i oko 60% zajednica muškog pola. U takvim zajednicama živi oko 5 700 djece, od čega je oko 87% u zajednicama ženskog pola. Oko 40 miliona stanovnika su zaposleni, od toga oko 53% su muškarci i oko 47% su žena. Oko 2,1 milion stanovnika su nezaposleni. Oko 35,6% stanovnika ima završenu sednu školu, oko 26,9% završenu višu školu, i oko 28,3 % je visoko obrazovane populacije. Oko 4,7% stanovništva preko 15 godina nema završenu školu, što je oko 3,2 miliona. Oko 15 miliona (19%) stanovnika u SR Njemačkoj su imigranti. Imigrantima se smatraju sve osobe koje su imigrirale u SR Njemačku poslije 1955. godine ili osobe, čiji je bar jedan roditelj imigrirao poslije navedene godine. Na teritoriji bivše zapadne Njemačke najviši procenat imigranata je u regionu Hamburga, oko 19%, a najmanji u regiji Schleswig-Holstein, 11,7%. Na teritoriji bivše Istočne Njemačke, broj imigranata je ispod 5%. U SR Njemačkoj stanovništvo šivi u 40,8 miliona stanova, što je oko 500.000 više od procijenjenih stambenih kapaciteta<sup>24</sup>.

Ovaj primjer samo djelimično pokazuje koji se podaci prikupljaju u popisu stanovništva u savremenim evropskim državama i koju svrhu se to čini. U antičko-rimskom modelu popis ima prevashodno

---

24 Podaci preuzeti sa zvaničnog sajta Federalnog zavoda za statistiku SR Njemačke *Statistisches Bundesamt*: <https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/SocietyState/Population/CurrentPopulation/Tables/Census>, posljednje vidjene 1.10. 2013.

drugi cilj u pravnom i političkom kontekstu. Ipak, se može zaključiti da se u antičkom Rimu, češće sprovodio census i da su tako dobijeni podaci pouzdaniji, premda su uslovi za ovaj posao bili znatno teži.

*Mladen Nikolić, LL.M.*

## CENSUS OF THE ANCIENT AND THE MODERN EUROPEAN CONTEXT

### *Summary*

Census, in terms of registering the Roman population and appraising their property, was an activity which produced different legal and political consequences of existential importance for the social systems of both ancient and modern states. Aiming at the development of the society and their needs, ancient and modern states conduct this activity in different manners and with different results.

Key words: *Census. – Censor. – Leges censui censendo. – Eurostat.*

Dr Vuk Radović, LL.M.\*

**OSNOVNO KOLIZIONO PRAVILO  
U MEĐUNARODNOM STEČAJNOM PRAVU  
(LEX FORI CONCURSUS) SA POSEBNIM  
OSVRTOM NA UREDBU O STEČAJNIM  
POSTUPCIMA**

*Uredba o stečajnim postupcima, usvojena 2000. godine, uređuje nekoliko važnih oblasti od značaja za međunarodni stečaj. Jedna od njih se odnosi na određivanje merodavnog prava i upravo ona predstavlja predmet analize ovog rada. Rad je podeljen na četiri dela. U prvom delu se određuju pojam i značaj osnovnog kolizionog pravila u stečajnom pravu – primene prava države otvaranja stečajnog postupka, drugi deo rada je posvećen određenju obuhvata ovog osnovnog pravila, treći deo ukazuje na tri sporna pitanja u ovoj oblasti, a na kraju autor ističe pravnu relevantnost proučavanja ove teme za Srbiju. Premda se Uredba o stečajnim postupcima primenjuje samo u odnosima između država članica EU, pravilno razumevanje njenih rešenja je od velikog značaja i za Srbiju, jer ona u principu prihvata istovetno osnovno rešenje. Otuda se način razumevanja ove odredbe u Evropskoj uniji može u značajnoj meri koristiti i prilikom tumačenja srpskog rešenja.*

Ključne reči: *Međunarodni stečaj. – Lex fori concursus. – Merodavno pravo. – Uredba o stečajnim postupcima. – Zakon o stečaju.*

**1. POJAM I ZNAČAJ PRAVILA  
LEX FORI CONCURSUS**

Otvaranjem stečajnog postupka sa elementom inostranosti dolazi do primene dve grupe pravnih pravila. Prvu grupu čine vanstečajna

---

\* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, vuk@ius.bg.ac.rs.

pravila, tj. ona koja nisu sadržana u stečajnim propisima. Stečajni dužnik ulazi u stečajni postupak opterećen brojnim pravnim odnosima. Na svaki od tih pravnih odnosa primenjuju se posebna pravila sadržana u građanskom, trgovinskom, radnom, javnom pravu ili nekoj drugoj grani prava. U slučaju da se u tom odnosu javlja element inostranosti, primenjivaće se merodavno pravo određeno u skladu sa prirodom tog odnosa. U stečajnom postupku će se vanstečajna pravila prevashodno koristiti za utvrđivanje punovažnosti i sadržine potraživanja poverionca prema stečajnom dužniku, kao i stečajnog dužnika prema njegovim dužnicima, uključujući i stvarnopravna i personalna sredstva obezbeđenja vezana za ta potraživanja. Tako će se, po pravilu, ako je reč o potraživanju iz ugovornog odnosa primenjivati *lex loci contractus*, *lex loci solutionis*, *lex loci venditoris* ili princip najtešnje veze, ako je reč o stvarnopravnim obezbeđenjima (odnosima) *lex rei sitae*, a ako je reč o potraživanjima po osnovu naknade štete *lex loci delicti commissi*. U svakom slučaju, stečajno pravo ne određuje merodavno pravo koje treba da utvrdi da li je i kada nastalo određeno potraživanje prema stečajnom dužniku, uključujući i njegovu sadržinu.<sup>1</sup> Iz navedenog ne treba izvući zaključak da stečajno pravo nema nikakvog uticaja na potraživanja uperena protiv stečajnog dužnika ili potraživanja stečajnog dužnika prema trećim licima, već samo da stečajno pravo uzima kao datost činjenicu postojanja nekog potraživanja i njegovu sadržinu. U tom pogledu ne može se ništa promeniti. Međutim, kakva će biti sudbina sa tim potraživanjem u stečajnom postupku zavisi od pravila sadržanih u merodavnom stečajnom pravu. Ono određuje pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, koje često bitno utiču na ranije nastale pravne odnose stečajnog dužnika.<sup>2</sup>

Osnovno koliziono pravilo u stečajnom pravu glasi: na stečajni postupak i njegova dejstva primenjuje se pravo države u kojoj je otvoren stečajni postupak (država otvaranja postupka). Ova tačka vezivanja je poznata pod latinskom sintagmom *lex fori concursus* (u bukvalnom prevodu: pravo stečajnog suda) ili *lex fori regit concursus*, *lex fori in foro proprio* ili jednostavno *lex concursus*. Pravo države otvaranja stečajnog

---

1 Više vid.: UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York 2005, 143, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html) (23.1.2013).

2 Slično: *Ibid.*, 69.

postupka je opšteprihvaćena tačka vezivanja u međunarodnom stečajnom pravu,<sup>3</sup> a prihvata je i novije srpsko stečajno pravo.<sup>4</sup> Isto rešenje je usvojila i Uredba Evropske unije o stečajnim postupcima,<sup>5</sup> a slično pravilo imaju i Direktive o reorganizaciji i bankrotstvu osiguravajućih društava<sup>6</sup> i Direktiva o reorganizaciji i bankrotstvu kreditnih institucija.<sup>7</sup>

- 3 Nemački Insolvencijski zakon (nem. *Insolvenzordnung*) iz 1994. godine, čl. 335; hrvatski Stečajni zakon (*Narodne novine*, br. 44/96, 29/99, 129/2000, 123/2003, 82/2006, 116/2010, 25/2012, 133/2012), čl. 303; Zakon o stečajnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (*Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 29/03), čl. 197; makedonski Zakon za stečaj (*Službeni vesnik na Republika Makedonija*, br. 34/2006), čl. 322; crnogorski Zakon o stečaju (*Službeni list Crne Gore*, br. 1/2011), čl. 179, st. 1; Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 i 16/10), čl. 203.
- 4 Zakon o stečaju (*Službeni glasnik RS*, br. 104/2009), čl. 175, st. 1; Zakon o stečajnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 84/2004), čl. 148, st. 1.
- 5 Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on Insolvency Proceedings – Uredba o stečajnim postupcima, *Official Journal of the European Communities* L 160, 30.6.2000, čl. 4, st. 1. Nakon višedecenijskih neuspelih pokušaja da se uredi materija međunarodnog stečaja na nivou Evropske zajednice, 2000. godine je konačno usvojena Uredba o stečajnim postupcima. Ona se od maja 2002. godine primjenjuje u svim državama članicama EU, sa izuzetkom Danske. Više o turbulentnom istorijatu ove Uredbe vid.: I. F. Fletcher, „Historical overview: the drafting of the Regulation and its precursors“, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings – a Commentary and Annotated Guide* (eds. G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs), Oxford University Press, New York 2009<sup>2</sup>, 1–16. Ovim dokumentom je na nivou EU u značajnoj meri unifikovana materija međunarodnog stečaja. U osnovi se može reći da je materija Uredbe podeljena u četiri oblasti: 1) međunarodna nadležnost za otvaranje stečajnog postupka, 2) merodavno pravo, 3) priznanje stranih stečajnih odluka i 4) informisanje stranih poverilaca i prijava njihovih potraživanja u stečajnom postupku. Prema prirodi tih pravila ona se mogu svrstati u tri kategorije: stečajno procesno pravo (međunarodna nadležnost i priznanje stranih stečajnih odluka), stečajno materijalno pravo (ovlašćenja stečajnog upravnika, informisanje stranih poverilaca i prijava njihovih potraživanja) i stečajno koliziono pravo (merodavno pravo).
- 6 Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the Reorganisation and Winding up of Insurance Undertakings – Direktiva o stečaju osiguravajućih društava, *Official Journal*, L 110, čl. 9, st. 1.
- 7 Directive 2001/24/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the Reorganisation and Winding up of Credit Institutions – Direktiva o stečaju banaka, *Official Journal*, L 125, čl. 10, st. 1.

*Lex fori concursus* kao tačka vezivanja se pravda sledećim argumentima. Prvo, u ovom slučaju dolazi do poklapanja nadležnosti i međunarodnog prava, što utiče na efikasnost sproveđenja stečajnog postupka. Sud države koji otvara stečajni postupak primenjuje svoje pravo, koje mu je poznato i na čiju primenu je navikao. Na taj način se izbegavaju troškovi i problemi vezani za primenu stranog prava (troškovi saznavanja stranog prava, troškovi prilagođavanja stranog prava, i sl.).<sup>8</sup> Drugi argument, koji je u uskoj vezi sa prvim, naglašava da se u materiji međunarodnog privatnog prava kolizione norme primenjuju na materijalnopravne odnose. Međutim, brojne stečajnopravne norme nesporno imaju procesnopravni karakter. Kada bi se na procesnopravne stečajne norme primenjivalo stečajno pravo države otvaranja stečajnog postupka, a na materijalnopravne stečajne norme neko drugo pravo, u praksi bi dolazilo do višestrukih teškoća, koje bi se najčešće svodile na problem kvalifikacije jedne norme kao procesne, odnosno materijalne. U stečajnom pravu na to pitanje nije uvek lako dati odgovor, jer postoje norme koje u tom pogledu imaju ambivalentan karakter. Takođe, ne treba izgubiti iz vida ni činjenicu da procesne i materijalne norme stečajnog prava čine neraskidivo jedinstvo, jer su jedne u funkciji drugih, te njihovo razdvajanje i primena različitih prava može voditi kontradiktornim posledicama (na primer, jedna procesna norma prepostavlja neku materijalnu normu, koje zbog primene različitih materijalnih prava više nema, ali zato postoji neka druga norma koja po logici ne odgovara procesnoj normi). Treći argument ističe da *lex fori concursus* posredno omogućava ostvarivanje principa ravnopravnog tretmana poverilaca,<sup>9</sup> jer će svi poverioci jednog stečajnog dužnika biti namireni u jednom postupku primenom istog stečajnog prava.<sup>10</sup> Ovo ne znači da će se za poverioce primenjivati najpovoljnija pravila, već samo da će biti jednakо tretirani, jer je princip jednakog tretmana danas opšteprihvaćen u nacionalnim stečajnim pravima. Četvrti argument ukazuje da primena prava države otvaranja postupka stvara pravnu sigurnost<sup>11</sup> i preko potrebnu predvidljivost, jer treća lica koja stupaju u pravne odnose sa stečajnim dužnikom putem ove tačke ve-

---

8 M. Virgós, F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International 2004, 72.

9 J. Garašić, „Europska Uredba o insolveničkim postupcima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2005, 273.

10 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 72.

11 Na ovaj način se smanjuju i podsticaji za *forum shopping*. M. Balz, „The European Union Convention on Insolvency Proceedings“, *American Bankruptcy Law Journal* 70/1996, 507.

zivanja znaju koje je pravo merodavno. U suštini, merodavno pravo će se poklapati sa pravom države koja ima međunarodnu nadležnost za otvaranje stečajnog postupka. Na taj način, kriterijumi za određivanje međunarodne nadležnosti u isto vreme determinišu i merodavno pravo.<sup>12</sup> Iz ovog argumenta proizlazi i poslednji argument, prema kome je stečajno pravo države otvaranja stečajnog postupka po pravilu i načinu povezano sa pravnim odnosima u koje je stupao stečajni dužnik. Naravno, ovaj argument stoji samo ako se stečajni postupak otvara na osnovu pravilno određene međunarodne nadležnosti,<sup>13</sup> koja se prema Uredbi o stečajnim postupcima utvrđuje na osnovu kriterijuma za određivanje međunarodne nadležnosti, a to su centar glavnih interesa stečajnog dužnika i postojanje stalne poslovne jedinice.<sup>14</sup>

Prihvatanje primene prava države otvaranja stečajnog postupka isključuje primenu instituta *renvoi*.<sup>15</sup> To znači da kada ova tačka vezivanja (*lex fori concursus*) upućuje na pravo jedne države članice, ona ne upućuje na celokupno pravo te države, već samo na njena supstancialna (materijalna) pravila.<sup>16</sup> Drugim rečima, isključuje se primena pravila međunarodnog privatnog prava države otvaranja stečajnog postupka.<sup>17</sup> Primena bilo koje forme *renvoi*, sadržane u nacionalnom zakonodavstvu,

12 Kriterijumi za određivanje međunarodne nadležnosti vrše dvostruku funkciju: oni direktno određuju međunarodnu nadležnost za vođenje stečajnog postupka, a indirektno merodavno pravo koje će se primenjivati. M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 72.

13 J. Garašić, *op. cit.* fn. 9, 273.

14 Uredba o stečajnim postupcima, čl. 3. Iste kriterijume za glavni i sporedni stečajni postupak poznaju i Model zakon o prekograničnoj insolventnosti (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, 15. decembar 1997. godine, čl. 2) i srpski Zakon o stečaju (čl. 188, st. 3–5).

15 M. Virgós, „The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider’s View“, *FORUM Internationale*, No. 25, March 1998, 16; M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 507; M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 71.

16 M. Virgós, E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings – Virgós/Schmit izveštaj*, Brisel, 3. maj 1996. godine, [http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency\\_report\\_schmidt\\_1988.pdf](http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf) (14.1.2013), tač. 87; M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 506–507; I. F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, Oxford University Press, New York 1999, 265; B. Wessels, *International Insolvency Law*, Kluwer, Deventer 2006, 355; I. F. Fletcher, „Choice of Law Rules“, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings – a Commentary and Annotated Guide* (eds. G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs), Oxford University Press, New York 2009<sup>2</sup>, 57; S. Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2007, 731.

17 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 71; G. Moss, T. Smith, „Commentary on Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings“, *The EC Regula-*

nije dozvoljena.<sup>18</sup> Prema tome, država otvaranja postupka će direktno primenjivati svoje materijalno i procesno stečajno pravo, a neće voditi računa o eventualnim stranim kolizionim normama koje upućuju na drugo pravo. Uredba o stečajnim postupcima svojim kolizionim pravilima zamenjuje pravila međunarodnog privatnog prava na području stečajnog prava,<sup>19</sup> premda to nije izričito naglašeno u njenom tekstu,<sup>20</sup> već samo u preambuli.<sup>21</sup> Ovo je danas uobičajena praksa međunarodnih dokumenata koji pokušavaju da harmonizuju materiju sukoba zakona.<sup>22</sup> Suprotnim pravilom bi se izgubili svi pozitivni efekti harmonizacije.<sup>23</sup>

Kada je reč o srpskom pravu, zaključak o primeni instituta *renvoi* se ne može izvesti na osnovu Zakona o stečaju, jer on samo govori o tome da će se primeniti pravo države u kojoj je stečajni postupak pokrenut, bez označavanja da li je reč o supstancijalnom ili kolizionopravnom upućivanju, tj. da li se upućuje na primenu materijalnog merodavnog prava ili prava u celini.<sup>24</sup> Zbog toga je odgovor potrebno potražiti u osnovnom zakonu koji uređuje materiju sukoba zakona, a prema njemu se *renvoi* primenjuje samo ako bi po odredbama tog zakona trebalo primeniti pravo strane države.<sup>25</sup> Prema tome, *renvoi* kao institut „ne

*tion on Insolvency Proceedings – a Commentary and Annotated Guide* (eds. G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs), Oxford University Press, New York 2009<sup>2</sup>, 280.

18 K. Pannen, S. Riedmann, u: *European Insolvency Regulation* (ed. K. Pannen), De Gruyter Recht, Berlin 2007, 204.

19 H.-C. Duursma-Kepplinger, D. Duursma, E. Chalupsky, *Europäische Insolvenzordnung – Kommentar*, Springer-Verlag Wien New York, 2002, 178; J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2005, 273; J. Garašić, *op. cit.* fn. 9, 273.

20 I. F. Fletcher (1999), *op. cit.* fn. 16, 266; I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 57. Ranije verzije ovog dokumenta (Nacrt Konvencije o stečajnim postupcima iz 1980. godine) su prihvatale *renvoi*, jer je *lex fori concursus* uključivao i pravila međunarodnog privatnog prava. Više vid.: J. Israël, *op. cit.* fn. 19, 273.

21 „Ova Uredba sadrži... jedinstvene kolizione norme koje zamenjuje, u okviru domena svoje primene, nacionalna pravila međunarodnog privatnog prava.“ Uredba o stečajnim postupcima, preambula, par. 23.

22 M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 506; Ian F. Fletcher (1999), *op. cit.* fn. 16, 266; I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 57.

23 I. F. Fletcher (1999), *op. cit.* fn. 16, 266; I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 57.

24 O razlici između supstancijalnog i kolizionopravnog upućivanja više vid.: A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, DŽB Diagonale, Beograd 2008, 295–296.

25 Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82, *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br.

pretenduje da bude opšta norma našeg međunarodnog privatnog prava, tj. da se ne primenjuje u oblastima koje nisu regulisane ZMPP<sup>26</sup>.<sup>26</sup> Zbog toga se i naglašava da je upućivanje u Republici Srbiji uvek supstancijalnog karaktera.<sup>27</sup>

*Lex fori concursus* se kao tačka vezivanja primenjuje u svakom stečajnom postupku, bez obzira da li je glavni ili teritorijalni (nezavisni ili sekundarni).<sup>28</sup> U pravu Evropske unije, ovakav zaključak proizlazi i iz činjenice da se ova norma nalazi među opštim odredbama Uredbe o stečajnim postupcima.<sup>29</sup> Na ovaj način je dat podsticaj za otvaranje teritorijalnih stečajnih postupaka, jer će se umesto prava države otvaranja glavnog stečajnog postupka primenjivati pravo države u kojoj se otvara teritorijalni stečajni postupak.<sup>30</sup> Na taj način se štite nacionalni interesi i interesi lokalnih poverilaca, što je najznačajnija funkcija koju ostvaruju teritorijalni stečajni postupci.<sup>31</sup> Zakon o stečaju ne ograničava primenu pravila *lex fori concursus* na određene stečajne postupke, iz čega se nedvosmisleno zaključuje da se ono odnosi na svaki stečajni postupak otvoren u Republici Srbiji (glavni, nezavisni ili sekundarni).

Kako bi se napravila terminološka razlika, merodavno pravo za glavni stečajni postupak se označava sa *lex fori concursus universalis* ili samo *lex fori concursus*, dok se za nezavisni i sekundarni stečajni postupak koristi izraz *lex fori concursus particularis*, odnosno *lex fori concursus secundarii*.

46/2006, čl. 6, st. 1.

- 26 T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd 2010<sup>11</sup>, 146.
- 27 A. Jakšić, *op. cit.* fn. 24, 296.
- 28 Virgós/Schmit izveštaj, tač. 89; M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 507; N. Segal, „The Choice of Law Provisions in the European Union Convention on Insolvency Proceedings“, *Brooklyn Journal of International Law* 23/1997, 59; M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 72; H.-C. Duursma-Kepplinger, D. Duursma, E. Chalupsky, *op. cit.* fn. 19, 179; I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 59–60; G. Moss, T. Smith (2009), *op. cit.* fn. 16, 279; K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 204; A. Knežević, *Postupci u slučaju insolventnosti sa elementom inostranosti u pravu Evropske unije*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2005, 53; Uredba o stečajnim postupcima, preambula, par. 23.
- 29 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 204.
- 30 I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 60.
- 31 Više o zaštitnoj funkciji teritorijalnih stečajnih postupaka vid.: A. Herchen, *op. cit.* fn. 18, 401–402.

## 2. OBUHVAT PRAVILA *LEX FORI CONCURSUS*

Prema Uredbi o stečajnim postupcima i Zakonu o stečaju, *lex fori concursus* se načelno primenjuje na „stečajni postupak i njegova dejstva“. Ova sintagma obuhvata:

- prethodni stečajni postupak;
- otvaranje stečajnog postupka;
- sprovodenje (tok) stečajnog postupka;
- okončanje stečajnog postupka; i
- sve posledice otvaranja stečajnog postupka (materijalne i procesne).

Za razliku od Zakona o stečaju, Uredba o stečajnim postupcima se nije zaustavila na načelnom (apstraktnom) definisanju obuhvata pravila *lex fori concursus*, već je navela veći broj konkretnih primera šta se podrazumeva pod „stečajnim postupkom i njegovim dejstvima“. Mnogi među njima su bili očigledni i nesporni, a nekima su otklonjene dileme koje su do tada postojale.<sup>32</sup> Spisak navedenih primera nije iscrpan,<sup>33</sup> jer je primenjen metod otvorene liste.<sup>34</sup> On treba da eliminiše eventualne nedoumice i „divergentna tumačenja sudova u različitim državama članicama“<sup>35</sup> i ne treba da se shvati da u bilo kom smislu ograničava

---

32 Kao jedna od takvih dilema se navodi stav mnogih država prema kome pravo merodavno za ugovore treba da bude merodavno i za oslobođenje dužnika od plaćanja preostalih obaveza. Vid.: M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 508.

33 M. Virgós, *op. cit.* fn. 15, 16; M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 507; N. Segal, *op. cit.* fn. 28, 59; M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 74; I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 57; G. Moss, T. Smith (2009), *op. cit.* fn. 17, 281; K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 222; J. Israël, *op. cit.* fn. 19, 275; B. Wessels, „Commentary on Directive 2001/24/EC on the Reorganisation and Winding-up of Credit Institutions“, *EU Banking and Insurance Insolvency* (eds. G. Moss, B. Wessels), Oxford University Press, New York 2006, 69; G. Moss, T. Smith, „Commentary on Directive 2001/17/EC on the Reorganisation and Winding-up of Insurance Undertakings“, *EU Banking and Insurance Insolvency* (eds. G. Moss, B. Wessels), Oxford University Press, New York 2006, 127–128; A. Knežević, *op. cit.* fn. 28, 54.

34 M. Virgós, *op. cit.* fn. 15, 16.

35 M. Virgós, *op. cit.* fn. 15, 16. Slično: M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 74.

primenu osnovnog pravila.<sup>36</sup> Prema ovoj odredbi, pravo države otvara-nja stečajnog postupka će biti merodavno za sledećipitanja.<sup>37</sup>

## 2.1. Stečajna sposobnost

Prema pravilima *lex fori concursus* utvrđuje se protiv kojih pravnih subjekata je dozvoljen stečajni postupak, tj. koji dužnici imaju stečajnu sposobnost. Ovo pitanje je na drugačiji način uređeno u državama članicama EU. Najčešća razmimoilaženja postoje oko pitanja, da li se stečajni postupak može voditi protiv fizičkih lica, a to u nešto manjoj meri važi i za javna preduzeća. Za razliku od država koje ne prave razliku između pravnih i fizičkih lica, priznajući svima stečajnu sposobnost,<sup>38</sup> u nekim državama članicama se ne može voditi stečajni postupak protiv fizičkih lica (države koje prihvataju tzv. „korporativni stečaj“),<sup>39</sup> dok se u drugima postupak može voditi samo protiv fizičkih lica koja obavljaju delatnost radi sticanja dobiti – trgovaca (države koje prihvataju koncept tzv. „trgovačkog stečaja“).<sup>40</sup>

Ako se pretpostavi da je centar glavnih interesa stečajnog dužnika u državi koja dužniku priznaje stečajnu sposobnost, onda će otvoreni glavni stečajni postupak u toj državi biti priznat u svakoj drugoj državi članici EU, bez obzira da li ta država inače dozvoljava stečajni postupak protiv tih lica. Država priznanja se ne može pozivati na zaštitu javnog poretku kao pravni osnov za odbijanje priznanja.<sup>41</sup> U suprotnoj situaciji, tj. u situaciji kada država koja ima međunarodnu nadležnost za otvaranje stečajnog postupka ne priznaje stečajnu sposobnost određenom licu, glavni stečajni postupak se ne može otvoriti.<sup>42</sup> Međutim, to ne znači da se u tom slučaju ne može otvoriti nezavisni teritorijalni ste-

---

36 G. Moss, T. Smith (2009), *op. cit.* fn. 17, 281.

37 Uredba o stečajnim postupcima, čl. 4, st. 2. Slično vid.: Direktiva o stečaju osiguravajućih društava, čl. 9, st. 2; Direktiva o stečaju banaka, čl. 10, st. 2; UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, str. 73.

38 Primera radi, ovde se svrstavaju Nemačka, Austrija, Velika Britanija, Češka, Slovačka, Finska, Švedska, Estonija, itd.

39 Ove države sužavaju krug stečajnih subjekata, te se u evolutivnom smislu ova-kav prilaz može tretirati najnerazvijenijim. Ovakvo rešenje prihvataju Mađar-ska, Litvanija i Letonija.

40 U ovu grupu spadaju prevashodno mediteranske zemlje, poput Francuske, Španije, Portugala, Italije i Grčke.

41 M. Virgós, *op. cit.* fn. 15, 17.

42 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 223.

čajni postupak, jer je ispunjen uslov nemogućnosti otvaranja glavnog stečajnog postupka.<sup>43</sup>

## 2.2. Imovina koja čini stečajnu masu

*Lex fori concursus* odlučuje o tome koja imovina stečajnog dužnika ulazi u sastav stečajne mase. Ovo pitanje je naročito aktuelno u stečajnom postupku nad imovinom fizičkih lica, gde se primenjuje institut izuzimanja od izvršenja.<sup>44</sup> Prema tome, pravo države otvaranja stečajnog postupka odlučuje o tome koju imovinu stečajni dužnik ima pravo da zadrži, tj. koja imovina ne ulazi u sastav stečajne mase. Na ovaj način je razrešena velika dilema da li treba primeniti pravo države gde se imovina nalazi (lat. *lex situs*) ili pravo države otvaranja postupka.

Odredbe *lex fori concursus* su merodavne i za sudbinu naknadno stečene imovine od strane stečajnog dužnika, kao i za pravne posledice naknadnog raspolaganja imovinom od strane stečajnog dužnika. U svim navedenim slučajevima treba imati u vidu da ako se otvori više stečajnih postupaka (na primer, jedan glavni i jedan teritorijalni stečajni postupak), obuhvat stečajne mase se utvrđuje u svakom postupku odvojeno, primenom drugačijih nacionalnih stečajnih pravila.<sup>45</sup> Jedino ograničenje je propisano za teritorijalne stečajne postupke, jer se njegove posledice odnose samo na imovinu koja se nalazi u toj državi.<sup>46</sup> Tako se može desiti da imovina izuzeta u glavnom, bude uključena u stečajnu masu u teritorijalnom stečajnom postupku.

## 2.3. Ovlašćenja stečajnog upravnika i dužnika

Uredba o stečajnim postupcima je propisala da je pravo države otvaranja stečajnog postupka merodavno za utvrđivanje ovlašćenja ste-

---

43 Uredba o stečajnim postupcima, čl. 3, st. 4, tač. a.

44 Više o izuzimanju od izvršenja u stečajnom postupku nad imovinom fizičkog lica vid.: V. Radović, *Individualni stečaj – stečaj nad imovinom fizičkog lica*, Dosije, Beograd 2006, 188–223.

45 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 224.

46 Uredba o stečajnim postupcima, čl. 3, st. 2. Zakon o stečaju, po uzoru na Model zakon, omogućava da sekundarni teritorijalni stečajni postupak obuhvati i određenu imovinu koja se nalazi u inostranstvu. Vid.: Model zakon, čl. 28; Zakon o stečaju, čl. 199, st. 2.

čajnog upravnika. Ovo pravilo je modifikovano na dva načina:<sup>47</sup> prvo, kada stečajni upravnik svoja ovlašćenja namerava da ostvaruje u drugoj državi članici, on mora da poštuje pravne propise te države, a naročito postupak unovčenja imovine, i drugo, privremeni stečajni upravnik, imenovan od strane suda države koja ima međunarodnu nadležnost za otvaranje glavnog stečajnog postupka, ima pravo da zahteva izricanje mera koje imaju za cilj obezbeđenje i očuvanje imovine koja čini stečajnu masu, a nalazi se u drugoj državi članici, pod uslovom da su takve mere predviđene nacionalnim stečajnim pravom te države. Pored ovlašćenja, *lex fori concursus* je merodavan i za definisanje uslova za obavljanje delatnosti stečajnog upravnika, postupka imenovanja i razrešenja stečajnog upravnika, dužnosti stečajnog upravnika,<sup>48</sup> njegove naknade i sl.<sup>49</sup> U delu teorije se ističe da bi za pitanje odgovornosti stečajnog upravnika bila prirodna i u skladu sa pravilima međunarodnog privatnog prava primena prava države u kojoj je šteta pričinjena (mesto izvršenja delikta – *lex loci delicti commissi*), a ne država otvaranja stečajnog postupka.<sup>50</sup>

Korelativno sa ovlašćenjima stečajnog upravnika, Uredbom je propisano da pravo države otvaranja postupka utvrđuje i ovlašćenja dužnika po otvaranju stečajnog postupka. Pod ovim treba podrazumevati definisanje stepena kontrole koju dužnik zadržava po otvaranju stečajnog postupka, kao i u toku prethodnog stečajnog postupka. U tom pogledu su od posebnog značaja pravne posledice postupanja protivno zabranama uvedenim stečajnim zakonodavstvom.

#### 2.4. Uslovi pod kojima se može vršiti kompenzacija

Određivanje merodavnog prava za kompenzaciju u stečajnom postupku je pitanje od velikog praktičnog značaja u materiji međunarodnog stečaja, jer nacionalna zakonodavstva imaju veoma raznovrsne pristupe ovoj problematici.<sup>51</sup> Tradicionalno se u teoriji međunarodnog privatnog prava nude tri odgovora na pitanje merodavnog prava za kompenzaciju u stečaju:<sup>52</sup> 1. *lex fori concursus*; 2. pravo merodavno za

---

47 Uredba o stečajnim postupcima, čl. 18, st. 3 i 38.

48 C. G. Paulus, *Europäische Insolvenzverordnung – Kommentar*, Verlag Recht und Rirtschaft GmbH, Frankfurt am Main 2010, 156.

49 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 75.

50 Više vid.: B. Wessels (2006a), *op. cit.* fn. 16, 357–358.

51 C. G. Paulus, *op. cit.* fn. 48, 157.

52 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 111.

kompenzaciju prema opštim kolizionim normama; 3. alternativno bilo koje od dva navedena prava. Uredba o stečajnim postupcima u osnovi prihvata treće rešenje.

Prema Uredbi, *lex fori concursus* utvrđuje uslove pod kojima se može koristiti pravo na kompenzaciju u stečajnom postupku. Ova kratka odredba je izazvala brojne polemike oko obuhvata njene primene, a osnovna dilema se svodi na pitanje da li je njom obuhvaćen samo procesnopravni aspekt dozvoljenosti kompenzacije u stečaju, ili ona obuhvata i materijalnopravne uslove za kompenzaciju. U analizi treba poći od konstatacije da je preboj matično uređen obligacionopravnim pravilima (na primer, opšti uslovi za prebijanje, isključenost prebijanja, i sl.). Imajući u vidu veliki praktični značaj ovog instituta u stečajnom postupku, stečajnopravna pravila najvećeg broja država imaju i posebne odredbe o kompenzaciji u stečaju. Tim pravilima se po pravilu ograničava ili onemogućava, a ponekad i olakšava, prebijanje potraživanja u stečajnom postupku.<sup>53</sup> Stečajnopravna pravila se fokusiraju na pitanje dozvoljenosti kompenzacije u stečaju, a u slučaju pozitivnog odgovora, i na uslove pod kojima se ona vrši. Prema tome, kompenzacija potraživanja u stečajnom postupku je uređena paralelno stečajnopravnim i obligacionopravnim pravilima.

U materiji međunarodnog stečajnog prava, nikada nije bilo sporno da je *lex fori concursus* merodavan za stečajnopravna pravila o kompenzaciji. Međutim, u teoriji je sporno da li ovo pravo daje odgovore i na neka ili sva građanskopravna (materijalna) pitanja kompenzacije. Prevashodno to se odnosi na ispunjenost opštih uslova za kompenzaciju i pravne posledice kompenzacije. U odgovoru na ovo pitanje razvila su se dva shvatanja.<sup>54</sup> Prema prvom shvatanju, *lex fori concursus* treba da se primenjuje ne samo na stečajnopravne odredbe o kompenzaciji, već i na onu materiju koja je uređena vanstečajnim propisima. Drugo shvatanje je uže i ono zagovara restriktivnu primenu prava države otvaranja stečajnog postupka samo na stečajnopravne odredbe o preboju. Drugo shvatanje treba prihvatiti kao ispravno.<sup>55</sup>

Uredba o stečajnim postupcima je zauzela neutralnu poziciju u odnosu na različite pristupe materiji kompenzacije u stečaju.<sup>56</sup> Prema

---

53 J. Garašić, *op. cit.* fn. 9, 278.

54 J. Garašić, *op. cit.* fn. 9, 278–279. Više vid.: K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 225–226.

55 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 226.

56 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 114.

prihvaćenom modelu, treba praviti razliku između postojanja (puno-vražnosti) prava na kompenzaciju i njegove efikasnosti, tj. mogućnosti ostvarivanja u stečajnom postupku. *Lex fori concursus* se kao koliziono pravilo primenjuje samo na mogućnost vršenja ovog prava u stečaju, pri čemu ne odgovara na pitanje njegovog postojanja. Postojanje prava na preboj se utvrđuje u skladu sa opštim kolizionim pravilima. Tek ako se zaključi da prema tim pravila postoji pravo na preboj, onda se prelazi na drugo pitanje, pitanje mogućnosti i načina ostvarivanja tog prava u stečajnom postupku. Na ovaj način se vidi da Uredba o stečajnim postupcima ne želi ni na koji način da utiče na nacionalna rešenja o preboju van i u stečaju, već samo da uredi, koje pravo je merodavno za koje pitanje.

## *2.5. Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka na obostrano neizvršene dvostranoobazne ugovore*

*Lex fori concursus* se primenjuje na pravne posledice otvaranja stečajnog postupka na „tekuće ugovore“ kod kojih je stečajni dužnik jedna ugovorna strana. Pod tekućim ugovorima treba podrazumevati dvostranoobavezne ugovore koje nijedna ugovorna strana nije u celosti izvršila.<sup>57</sup> Ovde se pravashodno misli na pravni tretman ovih ugovora po otvaranju stečajnog postupka, tj. na ovlašćenja stečajnog upravnika i eventualno druge ugovorne strane da svojim izjavama volje utiču na dalju sudbinu ovih ugovora (na primer, da zahtevaju ispunjenje ugovora, raskid ugovora, odbijanje izvršenja, i sl.). Ako se neka od ugovornih strana koristi pravom koje joj je dato stečajnim zakonodavstvom, pravo države otvaranja stečajnog postupka treba da odgovori i na pitanje pravnih posledica korišćenja tog prava.

## *2.6. Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka na postupke pokrenute od strane individualnih poverilaca*

Pravo države otvaranja stečajnog postupka je merodavno da utvrdi kakve su pravne posledice otvaranja stečajnog postupka na naknadno pokrenute postupke od strane poverilaca stečajnog dužnika (na primer, po otvaranju stečajnog postupka poverilac podnosi predlog

---

57 Više o pojmu obostrano neizvršenih dvostranoobaveznih ugovora u stečaju vid.: V. Radović, „Dileme u vezi sa pojmom neizvršenih dvostranoobaveznih ugovora u stečaju“, *Pravo i privreda* 5–8/2009, 410–432.

za izvršenje izvršnom суду против стечјног дужника, или подноси тужбу за осуду на чинидбу, и сл.). Ово правило се не применије на покретање стечјних поступака у складу са Уредбом. Тако, првим ради, отворен територијални стечјни поступак не спречава и не утиче на подношење предлога за отварање главног стечјног поступка од стране повериоца стечјног дужника, већ се у том случају применију посебна правила о отварању више стечјних поступака против истог дужника. На парнице које су у току у trenутку отварања стечјног поступка, применије се посебан изузетак од правила *lex fori concursus*.

## 2.7. Stečajna potraživanja i potraživanja stečajne mase

Право државе отварања стечјног поступка је меродавно за дефинисање потраžивања која се обавезно пријављују у стечјном поступку (тзв. стечјна потраžивања). Такође, исто право утврђује и правне последице у погледу потраžивања nastалих по отварању стечјног поступка (тзв. повериоци стечјне мазе).

## 2.8. Prijavljivanje i ispitivanje potraživanja

Сва питања vezана за пријављивање потраžивања (на primer, обавезност или факултативност, форма, садржина, рок, правне последице пријављивања и непријављивања потраžивања, и сл.) и njihovo испитивање (на primer, prethodno испитивање пријава, utvrđivanje потраžивања, поступак са osporenim потраživanjima, и сл.) se uređuju правилма *lex fori concursus*. Питање постојања потраžивања према стечјном дужнику је prethodno (nestечјно) питање, које se утврђује применом одговарајућег меродавног права за тај правни однос. Друго питање је да ли то право треба пријавити у стечјном поступку, како то учинити и какве су последице njеговог utvrđivanja, а за то je меродавно право државе отварања стечјног поступка.<sup>58</sup> Не треба изгубити из вида чинjenicу да Уредба о стечјним поступцима uređuje neke aspekte prijave potraživanja poverilaca,<sup>59</sup> па те odredbe ne podležu kolizionim правилима и imaju primat u odnosu na nacionalna rešenja.<sup>60</sup>

---

58 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 78.

59 Uredba o стечјним поступцима, čl. 39–42.

60 G. Moss, T. Smith (2009), *op. cit.* fn. 17, 283.

## 2.9. Deoba i isplatni redovi

Sva stečajna potraživanja se svrstavaju u odgovarajuće isplatne redove. Svaki stečajni sistem uspostavlja svoja pravila o rangiranju poverilaca, dajući jednima primat u isplati u odnosu na druga (na primer, utvrđivanjem prioritetnih potraživanja, subordiniranih potraživanja, i sl.). Uredba o stečajnim postupcima ni na koji način nije želela da utiče na ova nacionalna pravila, jer sud države koji otvara stečajni postupak primenjuje svoja pravila o razvrstavanju poverilaca u stečajne redove. Zbog toga se može desiti da u slučaju otvaranja više stečajnih postupaka protiv istog stečajnog dužnika, jedno stečajno potraživanje bude svrstano u različite isplatne redove, tj. da ima drugačiji rang prioriteta zavisno od države u kojoj je postupak otvoren.<sup>61</sup> Upravo ove razlike mogu podsticati privilegovane poverioce (na primer, zaposlene) da podnose predloge za otvaranje stečajnog postupka u svojim državama, znajući da će tada njihova potraživanja imati odgovarajući prioritet u odnosu na druga potraživanja.

Za pravnu kvalifikaciju jednog potraživanja koje treba svrstati u isplatne redove biće merodavno pravo koje se primenjuje na to potraživanje (vanstečajno pravo), a do koga se dolazi primenom opštih kolizionih normi.<sup>62</sup>

Nakon razvrstavanja stečajnih poverilaca u isplatne redove, stečajni sud vrši raspodelu deobne mase u skladu sa odredbama *lex fori concursus*. Uredba o stečajnim postupcima dodaje da isto stečajno pravo određuje kakva su prava poverilaca koji su delimično namirili svoja potraživanja po otvaranju stečajnog postupka korišćenjem razlučnih prava ili prava preboja.

## 2.10. Okončanje stečajnog postupka

Prepostavke i posledice okončanja stečajnog postupka se utvrđuju u skladu sa pravom države otvaranja postupka.

---

61 Virgós/Schmit izveštaj, tač. 91; M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 80; K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 227.

62 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 227.

## 2.11. Prava poverilaca po okončanju stečajnog postupka

Isto pravo definiše i prava poverilaca po okončanju stečajnog postupka. Ovde se naročito ističu prava poverilaca u slučaju oslobođenja dužnika (fizičkog lica) od odgovornosti za plaćanje preostalih obaveza.<sup>63</sup>

## 2.12. Troškovi stečajnog postupka

Šta sve čini troškove stečajnog postupka i ko ih snosi, utvrđuje pravo države otvaranja postupka.

## 2.13. Pravne radnje štetne za poverioce (pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika)

*Lex fori concursus* je merodavan za utvrđivanje pravnih radnji stečajnog dužnika koje se u stečajnom postupku mogu pobijati, ali i za sva druga pitanja vezana za ovaj postupak (na primer, ovlašćena lica za pokretanje postupka, vrsta postupka koji se pokreće, krajnji rok za pobijanje, posledice pobijanja, i sl.).<sup>64</sup> Ova odredba ima dalekosežan efekat, jer ona ne predviđa da pravo države otvaranja stečajnog postupka uređuje samo procesne uslove za pobijanje.<sup>65</sup> U literaturi se ističe i jedan nedostatak ovog pravila, a to je da u engleskoj verziji stoji da pravna radnja mora biti štetna „za sve poverioce“. Zbog negativnih posledica, ovu konstrukciju ne treba usko jezički tumačiti, već je treba razumeti kao štetnost za poverioce u celini.<sup>66</sup>

## 2.14. Druga pitanja koja nisu izričito pomenuta

Pored svih izričito navedenih primera koji potпадaju pod primenu prava države otvaranja stečajnog postupka, može se sa sigurnošću dodati da su i sledeća pitanja obuhvaćena ovom kolizionom normom:

---

63 M. Virgós, F. Garcimartin, *op. cit.* fn. 8, 80; B. Wessels (2006a), *op. cit.* fn. 16, 360; C. G. Paulus, *op. cit.* fn. 48, 161; K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 228. Više o oslobođenju dužnika od odgovornosti za plaćanje preostalih obaveza vid.: V. Radović (2006), *op. cit.* fn. 44, 102–187.

64 Virgós/Schmit izveštaj, tač. 135; C. G. Paulus, *op. cit.* fn. 48, 162.

65 I. F. Fletcher (2009), *op. cit.* fn. 16, 59.

66 Više vid.: G. Moss, T. Smith (2009), *op. cit.* fn. 17, 283–284.

- vrste stečajnih postupaka koji se mogu otvoriti (na primer, bankrotstvo i reorganizacija);
- materijalnopravni uslovi za otvaranje stečajnog postupka (stečajni razlozi) – u tom pogledu se može desiti da se zbog različito formulisanih stečajnih razloga u jednoj državi može otvoriti stečajni postupak, a u drugoj ne može, i to protiv istog stečajnog dužnika;
- predlog za otvaranje stečajnog postupka (ovlašćeni predлагаči, minimalna sadržina predloga, forma, i sl.);
- prethodni stečajni postupak sa posebnim naglaskom na mere obezbeđenja imovine;
- otvaranje stečajnog postupka;
- momenat nastupanja pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka;
- organi stečajnog postupka – u okviru ovog pitanja je posebno aktuelna problematika načina na koji poverioci učestvuju u stečajnom postupku (direktno učešće preko skupštine poverilaca i/ili indirektno učešće preko izabralih predstavnika u odboru poverilaca);<sup>67</sup>
- unovčenje stečajne mase (načini i postupak unovčenja);
- stečajna reorganizacija (vrste reorganizacije, predлагаči, dozvoljene mere reorganizacije, ograničenja, postupak usvajanja plana reorganizacije, posledice usvojenog plana, mogućnosti naknadnih izmena plana, sprovođenje plana, uslovi za konverziju u bankrotstvo, itd.).<sup>68</sup>

### 3. NEKA SPORNA PITANJA

Sistem koji je prihvatile Uredba o stečajnim postupcima je veoma pragmatičan. Apstraktnim definisanjem, a nakon toga i navođenjem većeg broja primera, otklanjaju se brojne nedoumice u vezi sa obuhvatom kolizione norme *lex fori concursus*. Međutim, ovo ne znači da su isključeni svi praktični problemi, jer će na mnoga pitanja i dalje biti veoma teško odgovoriti koje pravo treba da bude merodavno. Zbog toga je potrebno uspostaviti neka pravila.

---

67 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 79.

68 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 80.

Osnovni problem se svodi na pitanje kvalifikacije. Ako se jedno pitanje kvalifikuje kao stečajnopravno, onda je merodavno pravo države otvaranja stečajnog postupka, dok će u suprotnom merodavno pravo biti određeno opštim kolizionim normama.<sup>69</sup> Prilikom davanja odgovora, činjenica da se neka norma ne nalazi u stečajnom zakonu ne treba da bude odlučujuća. Mora se suštinski ispitati kakva je veza te norme, odnosno tog pravnog instituta sa stečajnim pravom. Ova veza će postojati naročito ako:<sup>70</sup>

- se tom pravnom normom direktno postiže neki stečajno-pravni cilj (na primer, princip jednakog tretmana poverilaca); ili
- je stečaj nužan element te pravne norme, odnosno stečajni postupak ostvaruje svoju funkciju preko te norme.

U materiji međunarodnog stečaja, najveći problemi u vezi sa kvalifikacijom se javljaju u odnosu stečajnog prava i prava privrednih društava. Između ove dve grane postoje brojna preklapanja, te je ponekad veoma teško reći da li je jedna norma stečajnopravne ili kompanijskopravne prirode. Do razmimoilaženja će doći onda kada se razlikuju merodavno pravo za privredno društvo (lat. *lex societatis*)<sup>71</sup> i za stečaj (*lex fori concursus*).<sup>72</sup> Do razmimoilaženja može doći, jer su tačke vezivanja različite. Za *lex societatis* uobičajena tačka vezivanja je mesto inkorporacije,<sup>73</sup> dok je za *lex fori concursus* to centar glavnih interesa, odnosno postojanje stalne poslovne jedinice, a izuzetno i mesto u kome se nalazi imovina. Za razliku od teritorijalnog stečajnog postupka, gde će ovo razdvajanje biti pravilo, jer je mesto inkorporacije po pravilu različito od mesta stalne poslovne jedinice, kod glavnog stečajnog po-

---

69 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 206.

70 K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 207; C. G. Paulus, *op. cit.* fn. 48, 149.

71 *Lex societatis* „predstavlja vezu privrednog društva sa jednim pravnim sistemom, i određuje koje će se pravo primeniti na statusna pitanja društva, između ostalog da li društvo postoji, na osnovu kojih pravila, kako funkcioniše i pod kojim uslovima prestaje da postoji“. T. Jevremović-Petrović, „Državna pripadnost, *lex societatis* i sedište privrednog društva“, *Pravni život* 11/2010, 156.

72 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 81.

73 Više o tačkama vezivanja za određivanje merodavnog prava za društva u uporednom pravu vid.: T. Jevremović-Petrović, *Prekogranična promena sedišta društva u komunitarnom pravu*, Zadužbina Andrejević, Beograd 2003, 27–30.

stupka je pravilo obrnuto, zbog postojanja oborive pretpostavke da je mesto inkorporacije istovremeno i centar glavnih interesa dužnika.

U velikom broju slučajeva neće biti sporno da li jedno pitanje spada u stečajnopravnu ili kompanijskopravnu materiju. Međutim, postoji nekoliko instituta čija kvalifikacija u teoriji nije jednoznačno utvrđena. Tu se, pre svega, radi o onim institutima kojima se štite poverioci u kompanijskom pravu, ali koji svoj glavni efekat ostvaruju u stečajnom postupku. U daljem tekstu biće više reči o nekoliko najznačajnijih graničnih tema o kojima ne postoji saglasnost u teoriji u pogledu odgovora na pitanje kojoj grani prava pripadaju.

1) *Dužnost podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka.* Neki stečajni sistemi obavezuju direktore da podnesu predlog za otvaranje stečajnog postupka u kratkom roku nakon što se ispunji stečajni razlog.<sup>74</sup> Prema nekim autorima, ova dužnost spada u materiju kompanijskog prava, i to ne samo zato što se po pravilu nalazi u kompanijskopravnom propisu, već i zbog toga što je tu reč o jednoj dužnosti članova uprave, a dužnosti su uređene i definisane kompanijskim pravom. Prema drugima, čije mišljenje treba prihvati, ova dužnost je u direktnoj vezi sa stečajnim postupkom, a njenim ispunjenjem se ostvaruje stečajnopravni cilj – pravovremeno otvaranje stečajnog postupka i potencijalno povoljnije namirenje poverilaca.<sup>75</sup> Što se tiče posledica nepodnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, u teoriji postoje tri mišljenja: da ovo pitanje spada u kompanijsko pravo, stečajno pravo ili deliktno pravo.<sup>76</sup> Treće stanoviše dominira.

2) *Mere reorganizacije.* Plan reorganizacije, čijim usvajanjem se okončava postupak reorganizacije, najčešće u sebi integriše veći broj raznovrsnih mera. U praksi se često postavlja pitanje pravne kvalifikacije tih mera, jer od toga zavisi i merodavno pravo. U ovom pogledu treba razlikovati tzv. stečajne mere (na primer, izmene rokova dospelosti, plaćanje u ratama, otpust duga, i sl.) i korporativne mere (na primer, smanjenje osnovnog kapitala, izdavanje hartija od vrednosti, pretvaranje potraživanja u kapital, i sl.).<sup>77</sup> Korporativne mere mora-

---

74 Više o obaveznosti pokretanja stečajnog postupka vid.: V. Radović, „Predlog dužnika za pokretanje stečajnog postupka (voljni stečaj)“, *Pravo i privreda* 5–8/2004, 693–696.

75 Više vid.: K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 236–237.

76 Više vid.: K. Pannen, S. Riedmann, *op. cit.* fn. 18, 237–238.

77 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 85.

ju biti u skladu sa pravilima *lex societatis*. U slučaju da pravo države osnivanja ne dozvoljava neku korporativnu meru reorganizacije, ona ne može biti deo plana reorganizacije, bez obzira na to što je dozvoljena u državi otvaranja stečajnog postupka. Nasuprot korporativnim merama, dopuštenost stečajnih mera treba ceniti prema *lex fori concursus*.

3) *Diskvalifikacija direktora.* Odredbe o diskvalifikaciji su u različitim državama uređene na različite načine, zbog čega nije moguće unapred izvršiti pravnu kvalifikaciju instituta diskvalifikacije u svrhe određivanja merodavnog prava. Relevantne su sledeće razlike: prvo, da li je diskvalifikacija integralni deo kompanijskog, stečajnog, berzanskog ili kaznenog prava; drugo, da li ona ima za cilj zaštitu poverilaca ili javnih interesa; treće, ko su subjekti zabrane; četvrto, koji su razlozi za diskvalifikaciju; itd.<sup>78</sup> Tek sagledavanjem domaćaja, sadrzine i smisla konkretne nacionalne odredbe o diskvalifikaciji može se izvršiti njena pravna kvalifikacija. Međutim, ako se fokus usmeri samo na tzv. stečajne diskvalifikacije, tj. diskvalifikacije koje nastupaju kao posledica otvaranja stečajnog postupka, onda ima smisla zagovarati primenu *lex fori concursus*, jer je reč o jednoj stečajnoj posledici. Ali, ako država otvaranja stečajnog postupka ne poznaje institut stečajne diskvalifikacije, a država osnivanja društva poznaje, onda prema mišljenju nekih autora treba primeniti *lex societatis*.<sup>79</sup> U svakom slučaju, merodavno pravo za diskvalifikaciju direktora se ne može unapred odrediti, jer je reč o institutu koji može imati različite karakteristike.

#### 4. ZNAČAJ ZA SRBIJU

U ovom radu su analizirane dve osnovne odredbe Uredbe o stečajnim postupcima kojima se utvrđuje merodavno pravo u postupku međunarodnog stečaja, a koje su od velikog značaja i za srpsko pravo. Prva načelno definiše pravilo *lex fori concursus*, dok se u drugoj navode najznačajniji primeri primene osnovnog pravila. Srbija u ovom trenutku ne treba svoju regulativu međunarodnog stečaja da usklađuje sa regulativom sadržanom u Uredbi o stečajnim postupcima, jer se ona

---

78 Više o institutu diskvalifikacije i različitim rešenjima u uporednom pravu vid.: V. Radović, „O opravdanosti prihvatanja instituta diskvalifikacije direktora“, *Pravo i privreda* 1–3/2010, 26–56.

79 M. Virgós, F. Garcimartín, *op. cit.* fn. 8, 83.

primenjuje samo unutar zatvorenog kruga država.<sup>80</sup> Kada bi srpski zakon implementirao rešenja Uredbe, ta pravila bi se primenjivala prema svakoj državi, što bi Srbiju dovelo u veoma nepovoljnu (diskriminišuću) poziciju, jer bi se obavezala prema drugim državama da poštuje određena pravila, a da pri tom druge države ne bi morale da čine isto. Štaviše, implementacijom Uredbe Srbija ne bi poboljšala svoju poziciju ni prema državama članicama EU, koje bi u odnosu na Srbiju, kao državu nečlanicu, primenjivala svoja opšta pravila o međunarodnom stečaju, a ne Uredbu o stečajnim postupcima. Međutim, iz ovoga ne treba izvući zaključak da je za nas Uredba irelevantan dokument. Naprotiv, imajući u vidu činjenicu da je Srbija iskazala želju da postane država članica Evropske unije, nema ničeg prirodnijeg od detaljnog proučavanja pravnog sistema koji će Srbiju jednog dana obavezivati.

Kada je reč o merodavnom pravu, kao značajnoj temi koja je obuhvaćena odredbama Uredbe o stečajnim postupcima, proučavanje ove oblasti za Srbiju ima dodatni značaj. Naime, osnovno pravilo o određivanju merodavnog prava (*lex fori concursus*) u pravu EU i srpskom pravu je identično. I Uredba o stečajnim postupcima i Zakon o stečaju su pošli od osnovnog principa, koji obezbeđuje najširu primenu pravila *lex fori concursus*. Zbog toga se tumačenje ovog pravila sa držanog u Uredbi o stečajnim postupcima može koristiti i za pravilno tumačenje srpskog rešenja. Ovo je naročito značajno zbog činjenice da Zakon o stečaju nema razjašnjavajuću odredbu kojom navodi šta je sve nesporno uređeno pravom države otvaranja stečajnog postupka.

I pored istog osnovnog pravila, njegovo tumačenje u pravu EU se ne sme bezrezervno prihvati u pravu Srbije. Naime, Uredba o stečajnim postupcima ustanavljava veći broj izuzetaka od principa *lex fori concursus*.<sup>81</sup> Praktično posmatrano, činjenica da postoje brojni izuzeci je manje važna, a mnogo je značajnija okolnost da je njihov opseg primene veliki. Suprotno tome, Zakon o stečaju poznaje samo dva izuzetka od principa prema kome se na stečajni postupak i njegova dejstva primenjuje pravo države u kojoj je stečajni postupak pokrenut.<sup>82</sup> Prvi se odnosi na izlučna i razlučna prava na stvarima i pravima koja se nalaze na teritoriji Republike Srbije, dok se drugi vezuje za dejstvo stečaj-

---

80 Odredba o određivanju merodavnog prava se primenjuje samo na sukob zakona između država članica EU. Sukob zakona između države članice i države nečlanice nije pokriven odredbama Uredbe o stečajnim postupcima. Vid.: M. Balz, *op. cit.* fn. 11, 507.

81 Vid.: Uredba o stečajnim postupcima, čl. 5–15.

82 Zakon o stečaju, čl. 175, st. 2–3.

nog postupka na ugovore o radu.<sup>83</sup> Premda je značaj ova dva izuzetka veliki i dalekosežan, ipak se može konstatovati da su ova rešenja srpskog kolizionog stečajnog prava tek u povoju, i da je potrebno značajno unaprediti sistem izuzetaka.

Činjenica da se izuzeci od pravila *lex fori concursus* u pravu EU i srpskom pravu značajno razlikuju ima uticaja i na način tumačenja osnovnog principa. Naime, konkretni primeri šta se podrazumeva pod stečajnim postupkom i njegovim dejstvima navedeni u Uredbi o stečajnim postupcima se mogu koristiti i u srpskom pravu, ali uz dva organičenja. Prvo se moraju uzeti u obzir srpski izuzeci od principa da se na stečajni postupak i njegova dejstva primenjuje pravo države otvaranja stečajnog postupka. Imajući i vidu da slične, samo razrađenije izuzetke poznaje i Uredba o stečajnim postupcima, ovo ograničenje u praktičnim konsekvcencama neće imati velikog uticaja. Drugo ograničenje se tiče vođenja računa o brojnim izuzecima koje poznaje Uredba o stečajnim postupcima, a ne poznaje srpsko pravo. Primeri šta obuhvata pravilo *lex fori concursus* navedeni u Uredbi o stečajnim postupcima imaju u vidu i te izuzetke. Kako njih nema u srpskom pravu, domaćaj pravila *lex fori concursus* je potencijalno širi u odnosu na pravo EU.

Dr. Vuk Radović, LL.M.

THE BASIC CONFLICT OF LAW RULE  
IN INTERNATIONAL BANKRUPTCY LAW  
(*LEX FORI CONCURSUS*) WITH A REFERENCE  
TO THE REGULATION EC 1346/2000 ON  
INSOLVENCY PROCEEDINGS

*Summary*

Regulation on insolvency proceedings, adopted in May 2000, regulates certain important areas of international insolvency. One of those areas deals with applicable law in insolvency proceedings. The content of this paper is divided into four parts. First part determines the meaning

---

83 O nepotpunosti srpske koncepcije izuzetaka više vidi: Vesna Rakić-Vodinelić, Ana Knežević, „Postupak prilagođavanja stečajnog prava Srbije pravilu EU o postupcima u slučaju insolventnosti“, *Ssimpozijum u Ohridu – Prilozi o reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope*, Bremen 2006, 116.

and importance of the most significant conflict of law rule in bankruptcy law – application of the law of the state within the territory of which such proceedings are opened (*lex fori concursus*), second part explores in detail the applicability of the *lex fori concursus*, third part elaborates three controversial issues in this area, and the last part of the article emphasizes the legal relevance of exploring this topic for Serbia. Although the Regulation is applicable only between Member States of the EU, clarification and understanding of its provisions is of great importance for Serbia as well, since it has adopted a similar national conflict of law provision on international insolvency – *lex fori concursus*. Therefore, understanding this provision in the European Union law can be used as a guide for interpretation of the Serbian solution.

Key words: *International bankruptcy. – Lex fori concursus. – Applicable law. – Regulation on insolvency proceedings. – Law on Bankruptcy.*

*Dr Marko Stanković\**

## OBAVEZNO GLASANJE NA IZBORIMA – TEORIJSKA OSNOVA I PRIMENA U USTAVNIM SISTEMIMA U EVROPI I SVETU

*U savremenoj ustavnopravnoj književnosti se često ističe kako je pravo glasa individualno pravo svakog građanina, koji slobodno odlučuje o tome da li će ga iskoristiti. Postoje, međutim, ustavni sistemi, čak i u evropskim demokratijama, koji još uvek poznaju institut obaveznog glasanja, koji je uglavnom posledica dosledno primenjene koncepcije nacionalne suverenosti. Prvi deo ovog rada posvećen je različitim shvatanjima suverenosti i posledicama do kojih ona dovode u ustavnim sistemima, drugi deo analizira argumente za i protiv obaveznog glasanja, dok su u trećem ukratko predstavljeni modeli obaveznog glasanja na izborima u savremenim državama.*

Ključne reči: *Obavezno glasanje. – Biračko pravo. – Teorija nacionalne suverenosti. – Teorija narodne suverenosti. – Izbori.*

### 1. OBAVEZNO GLASANJE KAO POSLEDICA DOSLEDNO SPROVEDENOOG KONCEPTA NACIONALNE SUVERENOSTI

Neposredna demokratija je u savremenoj državi neprimenljiva, pa se vršenje suverene vlasti, u manjoj ili većoj meri, poverava predstavničkom telu. Izabrani predstavnici od svojih birača dobijaju mandat da vrše suverenu vlast u određenom vremenskom periodu (koji obično traje četiri ili pet godina, ali može biti i znatno kraći i znatno duži od toga<sup>1</sup>), pri čemu odnos predstavnika i birača za vreme vršenja mandata

---

\* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, stankovicm@ius.bg.ac.rs. Rad je nastao u okviru projekta „Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije“, koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu uz podršku Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1 Opširnije o tome pogledati: Marc Van der Hulst, *The Parliamentary Mandate – A Global Comparative Study*, Geneva, 2000, 11–12.

može biti različit. Jedno od ključnih pitanja u vezi sa izborom predstavnika jeste da li su birači obavezni da učestvuju u njihovom izboru ili je izbor predstavnika njihovo subjektivno pravo. Na ovo pitanje su moguća dva odgovora, koja su u teoriji uobličila dva različita shvatanja prirode predstavničkog mandata.

Danas su u uporednom pravu uglavnom prihvaćena dva koncepta suverenosti – koncept narodne suverenosti i koncept nacionalne suverenosti.<sup>2</sup> Prema prvom konceptu, generalno gledano, nosilac suverene vlasti u državi je narod, kao skup svih građana, pri čemu svakome od njih pripada jedan deo suverenosti. Posledica ovog shvatanja suverenosti, osim poluneposredne demokratije<sup>3</sup> i imperativnog (vezanog) mandata, jeste i biračko pravo kao individualno pravo građana. Drugi koncept, nacionalne suverenosti, naciju definiše kao nedeljivi, transcedentalni entitet, čija je osnovna funkcija da izabere predstavništvo koje će u njeno ime vršiti suverenu vlast. Posledice takvog koncepta jesu predstavnička demokratija (potpuno su isključeni svi oblici neposrednog učešća građana u vršenju državne vlasti), slobodni mandat predstavnika i biračko pravo kao javna funkcija (glasanje na izborima za predstavništvo je obavezno<sup>4</sup>).

Obavezno glasanje u osnovi znači da građanin mora da učestvuje u postupku neposrednog izbora predstavništva, tačnije da je obavezan da se na dan izbora pojavi na svom biračkom mestu (s obzirom na to da je glasanje tajno, on nije dužan da dâ svoj glas nijednom od predloženih kandidata ili lista).<sup>5</sup> Ukoliko se ne pojavi na biračkom mestu, a svoj izostanak ne opravda nadležnim državnim organima, birač podle-

2 „Teorija narodne i teorija nacionalne suverenosti međusobno se razlikuju u tri pitanja: identiteta suverena; načina predstavljanja suverena; karaktera predstavništva.“ (Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2012, 155)

3 Prema teoriji narodne suverenosti, „predstavničke institucije se smatraju drugim najboljim rešenjem: proizlazi da referendum i druge oblike neposredne demokratije treba koristiti što je češće moguće.“ (Jacques Velu, *Droit public — Vol. 1, Le statut des gouvernements*, Brussels 1986, 71)

4 Takav je slučaj danas u nešto više od dvadeset zemalja u svetu, među kojima valja pomenuti Belgiju, Grčku i Australiju. Obavezno glasanje je danas naročito rasprostranjeno među latinoameričkim državama. Opširnije o tome: Arend Lijphart, „Unequal Participation: Democracy's Unresolved Dilemma“, *The American Political Science Review* 91(1), 1997, 8–11.

5 Obaveza učešća u političkom životu ima svoj prapočetak još u atinskoj demokratiji, gde je svaki građanin imao obavezu da učestvuje u donošenju odluka, premda je prisustovanje sednicama skupštine bilo dobrovoljno, ali su posto-

že kaznenoj odgovornosti. Logika instituta se krije u teoriji nacionalne suverenosti: pošto je jedina funkcija biračkog tela izbor predstavništva, koje će u određenom vremenskom periodu u ime nacije vršiti suverenu vlast, birači su dužni da jedanput u nekoliko godina učestvuju u izboru predstavništva. Prvi ustav u svetu koji je sadržao odredbu o obaveznom glasanju je ustav američke države Džordžije od 1777. godine, koji je predviđao novčanu kaznu do pet funti za svakoga ko izostane sa izbora, a za to ne podnese „razumno opravdanje“.

## 2. PREDNOSTI I NEDOSTACI OBAVEZNOG GLASANJA

Obavezno glasanje ima svoje prednosti u odnosu na slobodno glasanje, ali i nekolicinu nedostataka. Argument u prilog obaveznom glasanju je što na taj način izabrani predstavnici imaju veći stepen demokratskog legitimite nego u slučaju slobodnog glasanja, kada je apstinencija birača po pravilu mnogo veća. Izabrani kandidati su u tom slučaju zaista predstavnici većine populacije, a ne samo njenog dela koji je politički motivisan. Sistem biračkog prava kao individualnog prava građana dovodi do nedovoljne predstavljenosti onih delova društva koji su nedovoljno politički aktivni.

Osim toga, obavezno glasanje sistem pogodan za zaštitu socijalno ugroženih slojeva stanovništva, jer se u njemu mnogo lakše eliminisu spoljni faktori koji mogu da onemoguće pojedince da glasaju, kakvi su nepovoljni vremenski uslovi, prevoz ili poslodavci. Takvi faktori se u ovom sistemu lako prepoznaju i bez većih problema osujećuju. No, organizovanjem glasanja subotom ili nedeljom, uz mogućnost glasanja van biračkog mesta za one koji nisu u mogućnosti da do njega dođu (npr. kod kuće za stara i nepokretna lica), dejstvo navedenih spoljnih faktora je svakako svedeno na najmanju meru.

Obavezno glasanje može da navede birače da se podrobnije informišu o predloženim kandidatima za poslanike. U situaciji kada svakako moraju da se pojave na svom biračkom mestu, birači će radije posvetiti pažnju proučavanju političara za koje glasaju, nego što će glasati nasumice.<sup>6</sup> To, s druge strane, znači i da sami kandidati moraju da

---

jale izvesne društvene sankcije za one koji ne učestvuju (što je veoma slikovito prikazano u Aristofanovoj komediji „Aharnjani“ iz 5. veka pre n. e.).

6 Razume se, ukoliko birači nisu zadovoljni nijednom od ponuđenih opcija, oni mogu u glasačku kutiju ubaciti nevažeći listić (nepotpunjen ili pogrešno po-

se potrude da u kampanji pridobiju podršku šireg biračkog tela, a ne samo malog dela društvene zajednice. Zbog toga radikalne političke opcije mnogo teže pronalaze svoje mesto u sastavu parlamenta, nego u sistemu biračkog prava kao individualnog prava građana. Što veći procenat birača glasa, veća je verovatnoća da će do izražaja doći kandidati koji zastupaju opšte interese, a to umnogome smanjuje manevarski prostor onima koji se bore za svoje pojedinačne interese.

Arend Lijphart (*Arend Lijphart*) navodi četiri prednosti obaveznog glasanja. Prvo, velika izlaznost birača može da ih stimuliše da neposrednije učestvuju i u drugim političkim aktivnostima. Drugo, s obzirom na to da je u ovom sistemu potrebno manje finansijskih sredstava za kampanju, jer se birači sami više informišu, smanjuje se uloga novca u politici. Treće, obavezno glasanje igra ulogu neke vrste građanskog obrazovanja i političke stimulacije, što vremenom stvara bolje informisano stanovništvo. Četvrto, visok nivo učešća građana na izborima u vreme krize smanjuje opsanost od političke nestabilnosti ili izbora harizmatičnih, ali „opasnih“ političkih vođa.<sup>7</sup>

Sistem obaveznog glasanja ima i nekoliko nedostataka. Nedostatak koji se najčešće navodi protiv ovog sistema jeste da se nametanjem obaveze glasanja zadire u lična prava građana. Pojedini američki pisci smatraju glasanje delom slobode govora i navode da se nametnjem obaveze glasanje ta sloboda ugrožava, jer sloboda govora uključuje i pravo svakoga da se uzdrži od govora, da ne govori.<sup>8</sup> Na ovaj argument se, međutim, može odgovoriti da država svojim građanima nameće i druge obaveze koje u mnogo većoj meri zadiru u sferu ličnih prava i zahtevaju od građana mnogo više angažovanja. Takve su, na primer, poreska obaveza, vojna obaveza ili obaveza učešća u poroti (koja postoji upravo u Sjedinjenim Američkim Državama).

Protivnici obaveznog glasanja su i oni koji ne prate politički život i ne znaju dovoljno informacija o kandidatima. U oponente tog sistema ubrajaju se i građani koji ne podržavaju nijednu od ponuđenih političkih opcija i ne žele da svojim učešćem na izborima stvaraju prividan

---

punjjen). Na taj način oni imaju mogućnost i da nedvosmisleno iskažu svoje nazadovoljstvo listom predloženih kandidata.

<sup>7</sup> Arend Lijphart, „Unequal Participation: Democracy's Unresolved Dilemma“, *American Political Science Review*, 91(1)/1997, 8–11.

<sup>8</sup> The Case for Compulsory Voting in the United States, 121 *Harvard Law Review* 591, 2007, 601–603.

legitimitet aktuelnoj vlasti. Postoje i principijelni protivnici izbora, oni koji smatraju da je izborni proces podložan korupciji i manipulacijama i ne žele da lično učestvuju u njemu. Navedene tri kategorije birača u zemljama koje poznaju sistem obaveznog glasanja ipak dolaze na svoja biračka mesta, ali njihovi glasački listići su po pravilu nevažeći – nepotpunjeni ili nepravilno popunjeni.

### 3. OBAVEZNO GLASANJE U USTAVNIM SISTEMIMA U EVROPI I SVETU

Danas preko 30 zemalja u svetu poznaje neki od oblika obaveznog glasanja. Neke od njih, pri tom u praksi sankcionisu birače koji ne ispune svoju dužnost, dok u nekim ta sankcija izostaje. U latino-američkim zemljama je čest sučaj da se postavi tzv. „gornja granica“ za obavezno glasanje, kako bi stara lica bila oslobođena te obaveze, pa su oni slobodni da odluče hoće li iskoristiti svoje biračko pravo ili ne. U Argentini i Brazilu glasanje je obavezno za sve građane starosti od 18 do 70 godina, dok za one starije od 70 glasanje nije obavezno. U Ekvadoru je gornja starosna granica za obavezno glasanje 65 godina, a u Peruu 75 godina. Sve navedene države primenjuju sankcije na apstinente. Prinuda nad biračima koji propuste da izvrše svoju dužnost sprovodi se još i u Australiji, Demokratskoj Republici Kongo, Republici Nauru, Singapuru i Turskoj.<sup>9</sup> Glasanje je obavezno i u Libiji i Libanu, pri čemu u tim zemljama žene nemaju pravo glasa. U Australiji je glasanje obavezno na federalnim izborima i izborima za organe država članica, dok u vezi sa lokalnim izborima postoje različita rešenja u različitim federalnim jedinicama. Glasanje je u toj federaciji obavezno za sve građane starije od 18 godina, koji su dužni da na dan izbora dođu na svoje biračko mesto, prijave se izbornoj komisiji, preuzmu glasački listić, odnesu ga do mesta na kojem se on u tajnosti može popuniti i na kraju ubace listić u glasačku kutiju. Od evropskih zemalja obavezno glasanje uz primenu sankcija poznaju Kipar, Lihtenštajn, Luksemburg i švajcarski kanton Šafhauzen.

Navedene države primenjuju različite sankcije na apstinente koji ne opravdaju svoj izostanak. Tako recimo u Argentini, Australiji, Kipru, Luksemburgu i Turskoj građani koji ne izvrše svoju obavezu

---

9 Dve latinoameričke zemlje su nedavno ukinule obavezno glasanje: Venecuela 1993. i Čile 2012. godine.

mogu biti novčano kažnjeni.<sup>10</sup> U nekim državama moguća je čak i kazna zatvora kao sankcija za građane koji ne izvrše svoju obavezu. Ovu kaznu danas primenjuje samo Fidži, ali je u prošlosti bila moguća i u Australiji, Čileu i Egiptu, kao u jednoj austrijskoj federalnoj jedinici (Forarlberg). Konačno, ima i država koje poznaju institut oduzimanja biračkog prava na određeno vreme. Takva mogućnost danas postoji u Argentini, Peruu i Singapuru, a predviđena je i u belgijskom i urugvajskom pravu, ali se ne primenjuje u praksi.

Države u kojima je biračko pravo javna funkcija, ali izostaje sankcija za birače koji tu funkciju ne izvrše, podjednako su brojne. Od evropskih zemalja to je, na primer, Belgija, u kojoj su i dalje propisane brojne sankcije za izostanak sa biračkog mesta na dan izbora, ali se one u praksi ne primenjuju na birače još od izbora 2003. godine.<sup>11</sup> Zanimljiv je i slučaj Grčke, gde se do 2000. godine sankcija sastojala u nemogućnosti dobijanja pasoša i vozačke dozvole, a od tada se apstinencija više ne sankcioniše. Glasanje je obavezno i u Francuskoj, ali samo kada se bira Senat. I među zemljama koje ne sankcionišu propuštanje obaveze glasanja najviše je latinoameričkih država – Bolivija, Dominikanska Republika, Gvatemala, Kostarika, Meksiko, Panama, Paragvaj, Honduras. Od afričkih zemalja u ovu grupu spadaju Gabon i Egipat (u kojem samo muškarci imaju pravo glasa), Indija i Tajland u Aziji, kao i Indonezija, Filipini i Fidži u Okeaniji.

Obavezno glasanje je u određenim vremenskim razdobljima postojalo u još nekim evropskim državama. Ono se najduže zadržalo u Austriji, jer je u Tirolu primenjivano sve do 2004. godine, pri čemu je propuštanje obaveze glasanja bilo pravno sankcionisano. Obavezno glasanje, ali bez sankcija za apstinente, poznavale su i Italija u periodu od 1945. do 1993, Holandija od 1917–1970. i Španija od 1907–1923. U Italiji je za apstinente, doduše, postojala jedna vrlo zanimljiva društvena sankcija, pošto oni nisu imali mogućnost da upišu decu u obdanište, ali ta sankcija nije bila predviđena pravnim propisima.

---

10 Novčana kazna postoji još i u Brazilu, Ekvadoru, Lihtenštajnu, Nauruu, Peruu, Fidžiju i švajcarskom kantonu Šafhauzen.

11 Pogledati: <http://www.7sur7.be/7s7/fr/1502/Belgique/article/detail/1067652/2010/02/15/Vers-la-fin-du-vote-obligatoire.dhtml>, 17.2.2013. Belgijsko pravo poznaje brojne sankcije: počev od novčane kazne, preko gubitka biračkog prava, do nemogućnosti zaposlenja u javnom sektoru za apstinente.

#### 4. ZAKLJUČAK

Sistem obaveznog glasanja funkcioniše u nešto više od 15 odsto država u svetu. Gotovo polovina država sa ovim sistemom nalazi se u Latinskoj Americi, gde je on duboko ukorenjen u tradiciji. Mnogim državama koje primenjuju sistem obaveznog glasanja mora se odreći demokratski karakter (dovoljno je kao primere navesti Egipat i Liban, u kojima žene nemaju pravo glasa). U državama koje su nesporno demokratski uređene, kao što su Belgija i Grčka, jasan je trend postepenog napuštanja ovog sistema, jer se u poslednjih desetak godina apstinenti ne sankcionisu. Zbog svega navedenog, sistem obaveznog glasanja se često smatra zastarelim, prevazidjenim, ponekad i autoritarnim.

Uprkos tome, obavezno glasanje ima dosta dobrih osobina i ne treba se *a priori* odbacivati kao mogućnost. Ne može se naime osporiti da odluke koje donose demokratski izabrani organi imaju veći legitimitet kada veći procenat stanovništva učestvuje u njihovom izboru. Glasanje, odnosno informisanje o kandidatima, političkim strankama i njihovim programima, nesumnjivo ima edukativni efekat na građane. Osim toga, političkim partijama je potrebno mnogo manje finansijskih sredstava za kampanju, jer ne moraju da troše resurse da bi ubedile birače da uopšte izadu da glasaju, čime se smanjuje uticaj novca na političke aktere. I konačno, ako je demokratija vladavina naroda, onda bi svaki građanin trebalo da ima odgovornost da izabere svoje predstavnike.

*Dr. Marko Stanković*

### COMPULSORY VOTING – THEORETICAL BASE AND APPLICATION IN CONSTITUTIONAL SYSTEMS IN EUROPE AND WORLDWIDE

#### *Summary*

Contemporary constitutional literature often emphasizes that the right to vote is an individual right of every citizen to freely decide whether to use it or not. There are, however, some constitutional systems, even in European democracies, with an institution of compulsory voting, which is mainly a consequence of consistently applied concept

of national sovereignty. The first part of this article presents the different concepts of sovereignty and the consequences that they provide in constitutional systems, the second part analyzes arguments for and against compulsory voting, while the third briefly presents models of compulsory voting in modern states.

Key words: *Compulsory voting. – The right to vote. – The theory of national sovereignty. – The theory of popular sovereignty. – Elections.*

Miloš Stanković, LL.M.\*

José Manuel Gutiérrez Celdrán\*\*

## OGLED O MOGUĆNOSTI HARMONIZACIJE EVROPSKOG NASLEDNOG PRAVA KROZ ANALIZU NAJZNAČAJNIJIH SLIČNOSTI I RAZLIKA SRPSKOG I ŠPANSKOG NASLEDNOG PRAVA

*U ovom radu autori kroz isticanje najznačajnijih sličnosti i razlika između srpskog i španskog naslednog prava pokušavaju da daju odgovor u kojoj meri je moguća unifikacija ili bar harmonizacija naslednog prava u Evropi. Nakon kratkog pregleda izvora srpskog i španskog građanskog prava i razmatranja njihovog istorijskog razvoja, analizuju se najvažniji instituti zakonskog, nužnog, zaveštajnog i ugovornog nasleđivanja, popisane i procene zaostavštine i odgovornosti za dugove naslednika i najzad, gubitka subjektivnog naslednog prava.*

*Razlike u sistemu zakonskog, a time i nužnog nasleđivanja između ova dva pravna sistema su suštinske, jer je srpsko intestatsko nasleđivanje utemeljeno na parentelarno-linearnom sistemu, dok špansko intestatsko nasleđivanje za osnov ima sistem bliskosti srodstva. Zakon o nasleđivanju Srbije normira sistem pojedinačnog nužnog dela i postavlja pravnu prepostavku o njegovoj obligacionopravnoj pravnoj prirodi, dok je Španskim građanskim zakonom uređen sistem kolektivnog (skupnog) nužnog dela i postavljena je presumpcija o njegovoj naslednopravnoj (stvarnopravnoj) pravnoj prirodi.*

*Kada je reč o zaveštajnom nasleđivanju, aktivna zaveštajna sposobnost se po pravilu stiče ranije u Španiji nego u Srbiji, špansko nasledno pravo predviđa manji broj formi u kojima se može sačiniti testamenat u odnosu na srpsko pravo (iako su neke forme, poput brodskog ili vojnog neuporedivo detaljnije regulisane u španskom pravu), a izvesne razlike postoje*

---

\* Autor je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, milos.stankovic@ius.bg.ac.rs.

\*\* Autor je student master studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Granadi, seifler\_almasy89@hotmail.com.

*i u pogledu sadržine testamenta i pravnih posledica njegovog formalnog prečutnog opozivanja.*

*Španski građanski zakonik načelno zabranjuje ugovor o nasleđivanju, što je slučaj i sa Zakonom o nasleđivanju Srbije, u oba pravna sistema ugovor o doživotnom izdržavanju predstavlja značajan i čest pravni posao, ali za razliku od srpskog pozitivnog prava, u španskom pravu je regulisan i ugovor o doživotnoj renti.*

*Naslednikova odgovornost za dugove ostavioca, koja je ograničena do visine vrednosti nasleđene zaostavštine, u španskom naslednom pravu je uslovljena prethodnim popisom i procenom zaostavštine, dok u srpskom pravu to nije slučaj. Oba naslednopravna sistema poznaju sankcije nedostojnosti za nasleđivanje i isključenja iz prava na nužni deo, s tim što je u španskom pravu predviđen veći broj razloga za nedostojnost nego u srpskom pravu, a razlozi za isključenje nisu kao u srpskom pravu predviđeni generalnom klaузулом, već numerus clausus.*

*Autori zaključuju da će u bližoj perspektivi čak i harmonizacija, a posebno unifikacija naslednog prava u Evropi ostati nedostižan ideal, osim na planu unifikovanja kolizionih normi, što je već učinjeno Uredbom o nasleđivanju (650/2012) Evropskog parlamenta i Evropskog saveta .*

Ključne reči: *Unifikacija. – Harmonizacija. – Zakon o nasleđivanju Srbije. – Španski građanski zakonik. – Zakonsko nasleđivanje. – Zaveštajno nasleđivanje. – Ugovorno nasleđivanje.*

## 1. PREDMET I ZNAČAJ ISTRAŽIVANJA

Ako se u Evropi *grosso modo* razlikuju evropsko-kontinentalna i *common law* pravna tradicija, onda i u okviru prve, utemeljene na rimskom pravu, može da se napravi razlika između prava koja pripadaju ili inkliniraju grupi romanskih prava i onih koja se mogu svrstati u grupu germanskih prava. I srpsko i špansko pravo pripadaju evropsko-kontinentalnom pravnom sistemu, ali se istorijski gledano, srpsko građansko pravo razvijalo prevashodno pod dominantnim uticajem Austrijskog građanskog zakonika, dok je Španski građanski zakonik, koji je i danas na snazi, donešen po ugledu na Napoleonov kodeks. Uporednopravno posmatrano, pravila nasleđivanja se kroz vreme najsporije i najteže menjaju (postoje države u kojima su identična nasledno pravna pravila u primeni više stotina godina), a bilo je i primera

da je svesno izbegavana njihova kodifikacija.<sup>1</sup> Razlog tome je njihova duboka ukorenjenost u običajima i shvatanjima jednog naroda, te je u onom odeljku građanskih zakonika koji se bave pitanjima nasleđivanja, možda najprisutnije shvatanje pristalica istorijskopravne škole o pravu kao izrazu narodnog duha.

Otuda su i srpsko i špansko nasledno pravo, iako formirani po uzoru na dve različite pravne škole u okviru iste evropsko-kontinentalne pravne tradicije, ipak u velikoj meri autentični i ne slede baš uvek svoje uzore. Stoga je njihova komparativna analiza važna ne samo sa pravnog, već i sa istorijskog, sociološkog i etnološkog aspekta. No, to nije jedini motiv za nastanak ovog rada. S jedne strane, Vlada Republike Srbije je 2007. godine imenovala Komisiju za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, čime je ponovo otpočeo proces kodifikacije i unifikacije srpskog građanskog prava. Ovo je značajno jer Republiku Srbiju očekuje početak pregovora o pristupanju EU, što podrazumeva sinhronizaciju njenog zakonodavstva sa odgovarajućim evropskim propisima. S druge strane, Španski građanski zakonik je donešen još 1889. godine, pa neke od njegovih odredaba opstaju u drugoj deceniji 21. veka zajvaljujući cilnjom i logičkom tumačenju, dok će neke možda uskoro biti i promenjene u skladu sa aktuelnim tendencijama u uporednom pravu (npr. pravna priroda prava na nužni deo).

Iz navedenih razloga, ovaj rad pred sobom ima dva cilja. Prvi je da pokaže da su razlike između građanskopravnih sistema nastajalih po uzoru na romanske i na germanske uzore ponekad manji nego što se možda misli (posebno u naslednim pravima koja poput španskog i srpskog unose i izvesne specifičnosti u odnosu na svoje uzore, a koje su posledice njihove autentične pravne tradicije), a da se često različitom nomoteknikom ostvaruju u suštini isti pravno-politički ciljevi. Drugi cilj rada je da analizom njihovih razlika i ukazivanjem na prednosti i nedostatke najznačajnijih rešenja, eventualno damo podstreka u zakonodavnim reformama koje svakako predstoje, a možda i nekoj budućoj unifikaciji, ili bar sinhronizaciji evropskog naslednog prava.

---

1 O. Antić, D. Đurđević, *Priručnik za Nasledno pravo*, Beograd 2009, 13. Valtazar Bogišić, jedan od najvećih slovenskih pravnika, izuzetan poznavalac velikog broja slovenskih jezika, običaja i kultura, izistavio je kao redaktor Opštег imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godine deo koji se odnosi na nasledno pravo, smatrajući ga ukorenjenim u običajima.

## 2. ISTORIJSKI RAZVOJ ŠPANSKOG I SRPSKOG PRAVA. IZVORI PRAVA

Teritoriju današnje Španije su tokom vekova naseljavali mnogo-brojni narodi, što je uticalo i na razvoj naslednog prava na ovom prostoru. Nedugo po propasti zapadnog Rimskog carstva i napuštanja Pirineja od strane Rimljana, tj. u vreme kada Vizigoti naseljavaju Španiju (V–VIII vek), u ovim krajevima se formira osobeno nasledno pravo, koje je predstavljalo mešavinu rimskog uticaja u pogledu klasičnih naslednopravnih instituta i germanskog sa aspekta primene poklona među živima i za slučaj smrti i ono će, isprepletano sa kanonskim pravom, važiti na Iberijskom poluostrvu narednih nekoliko stoljeća.<sup>2</sup> Osvajanjem Granade od strane Arabljana, u periodu od 711. do 1492. godine na prostoru današnje Španije će početi primena srednjevekovnog islamskog prava, pa će se i nasledno pravo razvijati pod dominantnim islamskim uticajem, a od starog, vizigotskog prava će po odlasku Arabljana ostati samo tragovi.<sup>3</sup> U 12. veku, Alfonso X, kralj Kastilje, doneo je tzv. Sedmodelnu kodifikaciju („*Las Siete Partidas*“), čiji je šesti deo bio posvećen naslednom pravu. Značaj ove kodifikacije je u tome što se ona u celini ili delimično, primenjivala u Španiji sve do donošenja Građanskog zakonika 1889. godine, kao i u južnoameričkim državama do donošenja njihovih posebnih, nacionalnih kodifikacija građanskog prava, čime je bila obezbeđena primena jednog jedinstvenog prava koje je na svim pomenutim teritorijama uporedo važilo sa lokalnim, pokrajinskim pravima.

Počevši od 1846. godine, u Španiji se razvija ideja da bi trebalo sačiniti kodifikaciju građanskog prava, ali su napori u ovom pravcu sve do 1880. godine bili bez uspeha, da bi 1889. godine najzad bio proglašen Španski građanski zakonik, čiji je redaktor bio Manuel Alonso Martínez. Ovaj zakonik, koji je na početku 21. veka i dalje na snazi, u velikoj meri je zasnovan na duhu, idejama i rešenjima Napoleonovog kodeksa, ali ipak, ponajmanje u onom delu u kome je regulisano nasledno pravo, gde su uglavnom preuzeta tradicionalna kastiljanska pravila nasleđivanja.

---

2 R. M. Morán, *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal, Tomo I*, Madrid 2012, 24.

3 V. T. Anzoátegui, *Esquema Histórico del Derecho Sucesorio*, Buenos Aires 1982.

Posle četvorovekovne turske okupacije (nakon bitke na Kosovu 1389. godine i pada grada Smedereva 1439. godine) Srbija je stekla suštinsku autonomiju na osnovu hatišerifa iz 1830. i 1833. godine, a nezavisnost tek na Berlinskom kongresu 1878. godine. Već 1882. godine Srbija postaje kraljevina, na čelu sa dinastijom Obrenovića. Uporedo sa državnom, kulturnom i prosvetnom emancipacijom, srpski narod se ubrzano uključuje i u dostignuća tadašnje evropske pravne civilizacije, pa 1835. godine Kneževina Srbija dobija svoj prvi ustav, 1844. godine Građanski zakonik, a 1860. godine i Krivični zakonik.<sup>4</sup>

Posle jednog neuspeleg pokušaja da se Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju normira po uzoru na Napoleonov kodeks, Jovan Hadžić, Srbin iz Austro-ugarske, inače doktor prava, sačinio je redakciju Srpskog građanskog zakonika skoro u potpunosti po ugledu na Austrijski građanski zakonik.<sup>5</sup> Iako su tokom decenija njegovog važenja često isticane kritike da on predstavlja loše i ponekada nerazumljivo skraćenu verziju svog austrijskog izvornika, u kojoj su izostavljene mnoge važne odredbe, nesumnjivo je da onaj njegov deo koji se odnosi na nasledno pravo, predstavlja najoriginalniju Hadžičevu tvorevinu.<sup>6</sup> Razlog tome su mnoge odredbe koje su imale uporište u srpskom običajnom pravu, kao i čitav niz odredaba koje se odnose na porodične zadruge i nasleđivanje u ovim zajednicama, kojih u Austro-ugarskoj odavno nije bilo, a koje su se u Srbiji zadržale sve do kraja 19. veka.<sup>7</sup> Srpski građanski zakonik sa izmenama i dopunama je na teritoriji Kraljevine Srbije bio isključivi izvor građanskog prava sve do 1918. godine i završetka Prvog svetskog rata, u celini je važio i primenjivao se u Kraljevini SHS i Kraljevini Jugoslaviji do 1945. godine, a neke njegove odredbe i danas su, na početku 21. veka, sticajem okolnosti i dalje u primeni.

---

4 Koreni srpske državnosti i pravne kulture sežu do duboko u prošlost. Srbija po prvi put postaje kraljevina 1217. godine, carevina 1346. godine, a među najznačajnije srednjevekovne pravne spomenike u ovom delu sveta, izrađene pod snažnim uticajem vizantijskog prava, spadaju Nomokanon Svetog Save iz 1219. godine i Dušanov zakonik, koji je proglašen na državnom saboru 1349. Godine u Skoplju, a dopunjeno na državnom saboru u Seru 1354. godine. D. Jevtić, D. Popović, *Narodna pravna istorija*, Beograd 2000, 41; D. Janković, M. Mirković, *Državnopravna istorija Jugoslavije*, Beograd 1997, 44–46.

5 D. Jevtić, D. Popović, *op. cit.*, fn. 4, 110–112.

6 O. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007, 30–31; D. Stojanović, O. B. Antić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2004, 70.

7 D. Janković, M. Mirković, *op. cit.*, fn. 4, 141–145.

Stvaranjem Kraljevine SHS 1918. godine, koja će 1929. godine promeniti naziv u Kraljevina Jugoslavija, na teritoriji nove države pojавilo se osam različitih naslednopravnih područja. Iako je bilo pokušaja da se ovaj problem prevaziđe objavljivanjem Prednacrta jedinstvenog građanskog zakonika 1934. godine, kojim je građansko, pa i nasledno pravo u Jugoslaviji trebalo da bude unifikovano, on nikada nije stupio na snagu i Kraljevina Jugoslavija je Drugi svetski rat dočekala sa pravnim partikularizmom u oblasti građanskog prava.<sup>8</sup>

Posle Drugog svetskog rata, revolucionarna komunistička vlast čini presedan u evropskoj pravnoj civilizaciji donoseći Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije.<sup>9</sup> Ovim zakonom su svi pravni propisi koji su bili na snazi na dan 6. aprila 1941. godine (dan kada je nacistička Nemačka napala Jugoslaviju bombardujući Beograd) u Kraljevini Jugoslaviji izgubili pravnu snagu.<sup>10</sup> Članom 4. istog zakona, predviđeno je da će se predratni propisi ipak primenjivati „na odnose koji nisu uređeni važećim propisima, i to samo ukoliko nisu u suprotnosti sa ustavom Federativne Narodne Republike Jugoslavije, ustavima narodnih republika, zakonima i ostalim važećim propisima donetih od nadležnih organa nove države, kao i sa načelima ustavnog poretku Federativne Narodne Republike Jugoslavije i njenih republika.“ Ako bi predratna pravna pravila sadržinski ili svojim ciljem bila suprotna ustavnim i društvenim načelima novog poretku, sud je imao obavezu da sam za konkretan slučaj ustanovi i primeni novo pravilo koje bi odgovaralo duhu novog poretku.<sup>11</sup> Tako je sudska praksa u Jugoslaviji, u periodu posle Drugog svetskog rata, a do donošenja posebnih zakona u oblasti građanskog prava (npr. Savezni Zakon o nasleđivanju je donet 1955. godine, a Zakon o obligacionim odnosima tek 1978. godine), imala izraženu stvaralačku ulogu, što je atipično za državu evropsko-kontinentalnog prava, ali kao što ćemo videti, ne predstavlja značajnu razliku u odnosu na izvore španskog prava.

---

8 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.*, fn. 6, 30–31; D. D. Stojanović, O. B. Antić, *op. cit.*, fn. 6, 72–73.

9 „Službeni list FNRJ“, br. 86 od 25.10.1946. godine. Zakon je dostupan na <http://dediserver.eu/hosting/ethnodoc/data/YU19461023-1.pdf>, pristup ostvaren 20.10.2013. godine.

10 Čl. 2 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije.

11 M. Konstantinović, „Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava“, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1982, 540–546.

Važna razlika između srpskog i španskog prava proizlazi iz činjenice da Jugoslavija posle Drugog svetskog rata, sve do svoje disolucije devedesetih godina 20. veka nikada nije donela jedinstveni građanski zakonik koji bi važio za teritoriju cele države. Nakon ustavnih amandmana iz 1971. godine i Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1974. godine, koji su predstavljali uvod u konfederalizaciju i razbijanje Jugoslavije, svoje posebne zakone o nasleđivanju imale su svih šest republika (Srbija, Hrvatska, Slovenija, Crna Gora, Bosna i Hercegovina i Makedonija), ali i dve autonomne pokrajine u sastavu Srbije (Kosovo i Metohija i Vojvodina).<sup>12</sup> Tako je u zamršenom spletu i sukobu saveznih, republičkih i pokrajinskih nadležnosti ne samo došlo do većeg građanskopravnog partikularizma od onoga koji je postojao u Jugoslaviji pre Drugog svetskog rata, već je i čitav niz instituta od fundamentalnog značaja ostao nenormiran još od završetka Drugog svetskog rata. Tako se i danas u Republici Srbiji, na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, primenjuju pravna pravila predratnog prava na institute pravne sposobnosti, poklona, poklona za slučaj smrti, komorijenata, plodouživanja ili ugovora o doživotnoj renti. Kako su na teritoriji današnje Republike Srbije pre Drugog svetskog rata važili Srpski građanski zakonik i Austrijski građanski zakonik, to su za navedene institute ove građanske kodifikacije i dalje izvori prava. Međutim, kako ova dva zakonika neke od navedenih pravnih ustanova drugačije regulišu, tako je recimo, pitanje pravnog subjektiviteta i komorijenata i danas, na početku 21. veka, u Srbiji regulisano Austrijskim građanskim zakonikom, koji zvanično nije nikada, nijednom odlukom nijednog organa u Srbiji ratifikovan kao izvor prava. Razlog tome je što je par. 36 Srpskog građanskog zakonika bilo predviđeno da fizičko lice može da bude „čovečije stvorenje“, odnosno samo ono lice koje ima ljudski oblik i nije monstrum,<sup>13</sup> a u par. 52 da se u slučaju komorijenata uzima pretpostavka da mlađi starijeg, a muškarac ženu nadživljava.<sup>14</sup> Ovakva rešenja, sasvim je jasno, nisu u skladu sa Ustavom Srbije iz 2006. godine i načelom zabrane diskriminacije.

Kada je reč o savremenim izvorima naslednog prava, vredi se još jednom podsetiti da i srpski i španski pravni sistem pripadaju grupi

---

12 O. Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2008, 46–48.

13 L. Marković, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije sa kratkim objašnjanjima*, Beograd 1921, 17.

14 *Ibid.*, 26–27.

evropsko-kontinentalnih prava. To znači da je u Srbiji izvor prava opšta pravna norma, shvaćena kao opšteobavezujuće pravilo ponašanja koje reguliše jedan društveni odnos, a koje je snabdeveno sistemom uređene državne prinude, u smislu da država svojom unapred propisanom pravnom sankcijom garantuje poštovanje i ostvarenje njene dispozicije.<sup>15</sup> U formalnom smislu, izvori naslednog prava u Srbiji su samo ustav i zakoni, a ne i sudska praksa (osim na način o kome je prethodno bilo reči). Ustav Srbije iz 2006. godine<sup>16</sup> u članu 59 stav 2. predviđa da pravo nasleđivanja ne može da bude isključeno ili ograničeno zbog neispunjerenja javnih obaveza. Materijalno nasledno pravo je uređeno Zakonom o nasleđivanju<sup>17</sup> iz 1995. godine, a ostavinski postupak, kao skup procesnih radnji pred sudom kojim se utvrđuju naslednopravne posledice smrti jednog lica Zakonom o vanparničnom postupku<sup>18</sup> iz 1982. godine. Od naročitog značaja su još Zakon o obligacionim odnosima<sup>19</sup>, koji u odsustvu građanskog zakonika u Srbiji predstavlja supstitut njegovog opšteg dela,<sup>20</sup> zatim Porodični zakon,<sup>21</sup> Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa<sup>22</sup> i Zakon o parničnom postupku<sup>23</sup>, koji se supsidijerno primenjuje u ostavinskom postupku, ali i ratifikovani međunarodni ugovori.

Ustav Španije jemči principe zakonitosti, hijerarhiju pravnih izvora i vladavinu prava, ali i garantuje snagu sledećih izvora građanskog prava: to su zakoni, u odsustvu zakona običaji, a u odsustvu i zakona i običaja, opšti pravni principi (načela).<sup>24</sup> Izvori pozitivnog španskog naslednog prava su i međunarodni ugovori (posebno oni koje Španija zaključuje kao država članica EU), nakon što ratifikacijom postanu deo unutrašnjeg pravnog poretku,<sup>25</sup> ali i sudska praksa nastala tumačenjem svih navedenih izvora prava od strane Vrhovnog suda Španije,<sup>26</sup> što

---

15 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.*, fn. 6, 1, 7.

16 „Službeni glasnik RS“, br. 98/06.

17 „Službeni glasnik RS“, br. 46/95.

18 „Službeni glasnik SRS“, br. 25/82, 48/88.

19 „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85.

20 Čl. 25, st. 3 Zakona o obligacionim odnosima.

21 „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 18/05.

22 „Službeni list SFRJ“, br. 6/80, 36/90 i „Službeni list SRJ“, br. 29/96.

23 „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011.

24 Čl. 1, par. 1, 3 i 4 Španskog građanskog zakonika (u daljem tekstu: ŠGZ).

25 Čl. 1, par. 5 ŠGZ.

26 Čl. 1, par. 6 ŠGZ.

je takođe atipično za evropsko-kontinentalne pravne sisteme. Običaji će imati snagu izvora prava samo u odsustvu odgovarajućih zakona i samo ako se dokaže da nisu u suprotnosti sa moralom i javnim poretkom.<sup>27</sup> Kao što vidimo, u španskom pravu se običajima kao izvoru prava daje značajna uloga, ali se pri tome uvek vodi računa o supremaciji pisanog prava.

Srpsko pravo u celini, pa ni nasledno pravo, ne predviđa običaje kao izvor prava na generalan način, kako to čini špansko pravo. Zakon o nasleđivanju se služi drugačijom nomotehnikom. On kod pojedinih instituta upućuje na faktički običaj, čime pravno obavezno ne postaje tačno određeno pravilo, već običaj kao takav u određenoj sferi života, pa ako se običaj promeni, onda to znači da zakon upućuje na novoformirano pravilo ponašanja.<sup>28</sup> Tako Zakon o nasleđivanju govori o „uobičajenim troškovima sahrane“, kao vrednosti koja se oduzima od ostaviočeve aktive prilikom određivanja obračunske vrednosti zaostavštine,<sup>29</sup> „manjim uobičajenim poklonima“, koji ne ulaze u obračunsku vrednost zaostavštine,<sup>30</sup> „uobičajenim manjim poklonima“ koji se ne uračunavaju u zakonski nasledni deo poklonoprimeca,<sup>31</sup> da se uslovi i nalozi u zaveštanju koji su protivni dobrim običajima smatraju nepostojećim,<sup>32</sup> odnosno da je zaveštanje u celini apsolutno ništavo ako je suprotno dobrim običajima,<sup>33</sup> a da obaveza izdržavanja kod ugovora o doživotnom izdržavanju između ostalog, naročito obuhvata „davanje za svakodnevne uobičajene potrebe“.<sup>34</sup> Takođe, obaveza davaoča da sahrani primaoca iz ugovora o doživotnom izdržavanju, ima se obaviti u saglasnosti sa „mesnim običajima“.<sup>35</sup> Slično tome, čl. 902. par. 1. Španskog građanskog zakonika među obaveze izvršioca zaveštanja ubraja „plaćanje usluga sveštenika i troškove sahrane na način kako je to testamentom određeno, a u odsustvu ovakve odredbe u skladu sa lokalnim običajem.“

---

27 Čl. 1, par. 3 ŠGZ.

28 O. Stanković, V. Vodinelić, *op. cit.*, fn. 6, 45.

29 Čl. 48, st. 2 Zakona o nasleđivanju (u daljem tekstu: ZON).

30 Čl. 49 ZON.

31 Čl. 75 ZON.

32 Čl. 120, st. 2 i čl. 132, st. 2 ZON.

33 Čl. 155 ZON.

34 Čl. 194, st. 3 ZON.

35 M. Stanković, „Ugovor o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu – zaštita primaoca izdržavanja“, *Pravni život* 10/2010, 981.

### 3. ZAKONSKO NASLEĐIVANJE

Do zakonskog (intestatskog) nasleđivanja dolazi onda kada zaveštanje nije sačinjeno ili nije punovažno, ili njime nije obuhvaćena celokupna imovina, ili nije određen univerzalni sukcesor, ili testamentarni naslednik iz nekog razloga ne može ili neće da se primi nasledstva.<sup>36</sup> Sistemi zakonskog nasleđivanja u Srbiji i Španiji se fundamentalno razlikuju, obzirom da je srpski sistem „germanski“, dok je španski „rimski“ (romanski).

Intestatsko nasleđivanje ustrojeno u Španskom građanskom zakoniku ima svoje korene još u rimskom pravu, odnosno promovisao ga je još Justinijan u svojoj 118. noveli.<sup>37</sup> U vremenu nastanka velikih građanskih kodifikacija, njega je najpre prihvatiло francusko pravo, a po uzoru na Napoleonov kodeks i špansko pravo. Reč je o „sistemu bliskosti srodstva“, u kome se najpre polazi od podele srodnika na potomke, pretke i pobočne srodnike, pri čemu svaka od ovih kategorija krvnih srodnika čini zaseban nasledni red između kojih postoji hijerarhija, a onda se u okviru jednog naslednog reda nasleđuje prema najbližem stepenu srodstva u odnosu na ostavioca.<sup>38</sup> U četvrtom odeljku treće knjige koji nosi naziv „o redosledu nasleđivanja u različitim naslednim redovima“, Španski građanski zakonik predviđa tri nasledna reda i državu, kao poslednjeg zakonskog naslednika, u odsustvu onih iz prva tri nasledna reda. Pripadnici prvog naslednog reda su potomci u prvoj liniji, drugog – preci u prvoj liniji i trećeg – supružnik i pobočni krvni srodnici,<sup>39</sup> pri čemu se pripadnici sledećeg naslednog reda pozivaju na nasleđe tek ako nema nijednog predstavnika iz bližeg naslednog reda. Pravo predstavljanja po sistemu *per stirpes* se neograničeno primenjuje u prvom naslednom redu, a u trećem naslednom redu samo u korist potomaka ostaviočevih braće i sestara.<sup>40</sup>

U prvom naslednom redu, deca i njihovi potomci, neograničeno po pravu predstavljanja i raspodeli zaostavštine *per stirpes*, nasleđuju svoje roditelje i ostale pretke, nezavisno od svoga uzrasta i pola, dok

---

36 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 81.

37 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 84, fn. 208.

38 J. L. L. Berdejo, *Elementos de Derecho Civil V: Sucesiones*, Madrid 2009, 417–418.

39 Čl. 930–959 ŠGZ.

40 Čl. 925 ŠGZ.

preživeli supružnik nema nikakva prava (čak ni pravo na nužni deo).<sup>41</sup> U odsustvu dece i drugih potomaka, ostavioca u drugom naslednom redu nasleđuju njegovi preci, pri čemu otac i majka dele zaostavštinu na jednake delove, a ako je samo jedan roditelj u životu, on nasleđuje celokupnu zaostavštinu svog deteta.<sup>42</sup> Ako nijedan od roditelja ne može ili neće da nasledi, onda nasleđuje predak koji je u najbližem stepenu srodstva sa ostaviocem, a ako u istoj lozi postoji više predaka koji su u istom stepenu srodstva sa ostaviocem, oni će podeliti zaostavštinu *per capita*. Ako bi bili jednakо udaljeni od ostavioca po stepenu srodstva, ali bi pripadali kako očevoj, tako i majčinoj lozi, polovina bi se podelila očevim, a polovina majčinim precima, pri čemu bi se u svakoj lozi podela izvršila *per capita*.<sup>43</sup> U odsustvu ostaviočevih potomaka i predaka, njegov supružnik će kao pripadnik trećeg naslednog reda naslediti celokupnu zaostavštinu. Ako nema supružnika, onda po čl. 946 ŠGZ ostaviočevi braća i sestre, polubraća i polusestre i njihova deca nasleđuju pre ostalih pobočnih srodnika. Ako ne bi bilo ni supružnika, niti braće i sestara i njihove dece, zaostavština bi pripala preostalim pobočnim srodnicima, ali zaključno do četvrtog stepena srodstva u odnosu na ostavioca, nezavisno od loze kojoj pripadaju ili od toga da li su ostaviočevi punorodni ili polurodni srodnici.<sup>44</sup> Ne bude li naslednika iz prva tri nasledna reda, naslednik će biti država, koja će trećinu zaostavštine rasporediti humanitarnim institucijama, institucijama društvenog aktivizma ili profesionalnim udruženjima na opštini poslednjeg ostaviočevog prebivališta, jednu trećinu sličnim institucijama u pokrajini u kojoj je ostavilac živeo, dok će treća trećina biti usmerena u Rezerve za otkup javnog duga, osim ako zbog prirode zaostavštine Savet ministara ne odluči drugačije.<sup>45</sup> Ako nema drugih zakonskih naslednika, poslednji zakonski naslednik je i Republika Srbija, ali Zakon o nasleđivanju Srbije navodi samo da zaostavština koju ona nasledi postaje državna imovina, bez preciziranja u koje će svrhe biti upotrebljena.<sup>46</sup>

Zakon o nasleđivanju Srbije, poput švajcarskog, austrijskog i nemackog prava, prihvata parentelarno-linearni sistem grupne raspodele

---

41 L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2) Derecho de sucesiones*, Madrid 2012, 210.

42 Čl. 935–937 ŠGZ.

43 Čl. 938–941 ŠGZ.

44 Čl. 954–955 ŠGZ.

45 Čl. 956 ŠGZ.

46 Čl. 21 ZON *in fine*.

srodnika kao zakonskih naslednika. On se zasniva na podeli srodnika u parentele, kao skupove srodnika koji potiču od rodonačelnika koji su istog ranga prema ostaviocu, podeli srodnika na pretke, potomke i pobočne srodnike, postojanju hijerarhije između parentela, neograničenoj primeni prava predstavljanja i primeni prava priraštaja kada primena prava predstavljanja nije moguća.<sup>47</sup> U srpskom pravu postoji neograničeni broj naslednih redova, jer u krug zakonskih naslednika ulaze svi ostaviočevi preci u direktnoj liniji. Iako će u praksi biti redak slučaj da se pre svih drugih na naslede pozovu čak i ostaviočevi pradede i prababe, jer dokle god ima pripadnika bližeg naslednog reda oni isključuju pripadnike daljeg naslednog reda, time je izvršena jedna teorijska doslednost, obzirom da je i pravo predstavljanja u Srbiji neograničeno u prva tri nasledna reda (takođe je u primeni sistem raspodele zaostavštine *per stirpes*). Pripadnici prvog naslednog reda su supružnik, ostaviočevi potomci i usvojenici, pri čemu se zaostavština deli na jednakе delove između supružnika i dece.<sup>48</sup> Ako ostavilac nije imao potomaka, supružnik prelazi u drugi nasledni red u kome dobija polovinu zaostavštine, jednu četvrtinu dobija ostaviočev otac, a drugu četvrtinu ostaviočeva majka. Ako jedan ostaviočev roditelj iz nekog razloga ne može ili ne želi da nasledi, njegov nasledni deo pripada njegovim potomcima, pri čemu se vodi računa da li su oni punorodni ili polurodni srodnici ostavioca, a ako roditelj nema potomaka, njegov nasledni deo prirasta drugom ostaviočevom roditelju.<sup>49</sup> Ako ni drugi roditelj ne bi mogao ili želeo da nasledi, polovina zaostavštine bi pripala njegovim potomcima (ostaviočevoj polubraći i polusestrama). Za razliku od prvog naslednog reda, supružnik može da nasledi celu zaostavštinu u drugom naslednom redu, za slučaj da nema drugih naslednika sa kojima bi konkurisao na naslede (čl. 13–15 ZON). Ako ne bi bilo pripadnika drugog naslednog reda, ostaviočevi dede i babe nasleđuju po četvrtinu zaostavštine. Ako jedan od predaka iz očeve ili majčine loze ne bi mogao ili želeo da nasledi, najpre bi se primenjivalo pravo predstavljanja, a potom pravo priraštaja, na isti način kao u drugom naslednom redu. Ako par predaka u jednoj lozi ne bi mogao ili želeo da nasledi, a ne bi imao potomstva, cela zaostavština bi pripala drugom paru predaka u istoj lozi, a ako u jednoj lozi uopšte ne bi bilo naslednika koji bi mogli ili hteli da naslede onda bi cela zaostavština pripala precima iz druge loze, odnosno eventualno njihovim potomcima.

---

47 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 84–85.

48 Čl. 9 ZON.

49 Čl. 12 ZON.

ma, prema već objašnjenim pravilima (čl. 16–19 ZON). Ako ni u trećem naslednom redu ne bi postojao nijedan naslednik, onda bi se pozivali na nasleđe pripadnici četvrtog i daljih naslednih redova, ali samo rodonačelnici koji bi zaostavštinu delili na jednake delove po lozama i granama, ali bez dalje primene prava predstavljanja.

U nauci je usvojeno shvatanje da je prednost parentelarno-linearnog sistema uopšte, a time i srpskog prava u odnosu na špansko, u tome što je „redosled pozivanja na nasleđe pravičniji; mlađe generacije se izjednačavaju sa starijim u mogućnosti pozivanja na nasleđe; obezbeđuje da se na nasleđe pozove veći broj srodnika, što omogućava i ostvarenje socijalne funkcije nasleđivanja.“<sup>50</sup> Osim toga, nesumnjivo je da je naslednopravni položaj supružnika u srpskom pravu daleko bolji od onog u španskom, što odgovara savremenim uslovima života i povezanosti u emotivnim, imovinskim i socijalnim odnosima koji postoje među supružnicima. Španski zakonodavac, koji je u 19. veku favorizovao zaštitu krvnih srodnika, predviđa da preživelji supružnik ima pravo plodouživanja na trećini zaostavštine ako nasleđuje zajedno sa decom ili potomcima ostavioca, plodouživanje na polovini zaostavštine ako ostavilac nema potomaka, već samo pretke, dok stiče pravo na plodouživanje na 2/3 zaostavštine ako dekujuš nije ostavio ni pretke ni potomke.<sup>51</sup> Iako u srpskom pravu nasledni deo supružnika pod određenim uslovima u prvom naslednom redu može da bude smanjen do dva puta, a u drugom naslednom redu do  $\frac{1}{4}$ ,<sup>52</sup> njegov nasledni deo u drugom naslednom redu može da bude i povećan,<sup>53</sup> a uz to, on je jedini od svih zakonskih naslednika koji se javlja u dva nasledna reda. Bračni drug uvek nasleđuje u svojinu, a naslednopravni položaj mu je garantovan i time što u drugom naslednom redu ne može da nasledi manje od maksimuma koji bi mogao da dobije u prvom naslednom redu, a to je  $\frac{1}{2}$ .

#### 4. IMPERATIVNO NASLEĐIVANJE (PRAVO NA NUŽNI DEO)

Razlike u sistemu zakonskog nasleđivanja između srpskog i španskog prava, shodno su uticale i na razlike u sistemu nužnog na-

---

50 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 86.

51 Čl. 834–838 ŠGZ.

52 Čl. 9, st. 3 i čl. 26 ZON.

53 Čl. 23 ZON.

sleđivanja. Srpsko pravo i ovde sledi germanski sistem, dok špansko pravo ostaje verno rešenjima utemeljenim u rimskom pravu koja su se preko Napoleonovog kodeksa proširila u gotovo sve romanske zemlje. Najvažnije razlike tiču se načina određivanja nužnog dela, pravne prirode prava na nužni deo i kruga nužnih naslednika.

Iako i jedno i drugo pravo nužni deo definišu gotovo identično, „kao deo imovine kojim zaveštalac ne može da raspolaze“,<sup>54</sup> razlika ipak postoji. Špansko pravo prihvata sistem skupnog nužnog dela (*resrvé*), koji predstavlja određeni deo zakonskog naslednog dela kao celine, čija veličina zavisi od broja i kvaliteta nužnih naslednika u svakom konkretnom slučaju, dok srpsko pravo usvaja sistem pojedinačnog nužnog dela, koji se računa pojedinačno za svakog nužnog naslednika, kao umanjeni deo njegovog konkretnog zakonskog naslednog dela.<sup>55</sup>

Pitanje pravne prirode prava na nužni deo se postavlja samo onda ako zaveštalac ništa drugo nije odredio u svom testamentu.<sup>56</sup> Špansko pravo je ostalo verno rimskom načelu o naslednopravnoj, odnosno stvarnopravnoj pravnoj prirodi prava na nužni deo, za razliku od francuskog prava, koje je izmenama *Code civil* iz 2006. godine prešlo na obligacionopravnu prirodu prava na nužni deo, što je deo tradicije srednjevekovnih germanskih prava. Prema Španskom građanskom zakoniku nužni naslednik ima pravo na alikvotni deo zaostavštine i u načelu se njegov naslednopravni položaj samo kvantitativno (u pogledu veličine nasledničke kvote)<sup>57</sup>, ali ne i kvalitativno razlikuje od položaja zakonskog naslednika.<sup>58</sup> Srpsko pravo je nakon donošenja Zakona o nasleđivanju 1995. godine prešlo na obligacionopravnu pravnu prirodu prava na nužni deo, prema kojoj nužni naslednik može da traži samo novčanu protivvrednost nužnog dela.<sup>59</sup> Iako je nužni naslednik u ovom sistemu praktično poverilac ostaviočevih naslednika i (ili) poklonoprimaca u čiju korist je ostavilac prekomerno raspolagao i time povredio nužni deo svojih naslednika, to pravilo nije sasvim dosledno sprovedeno, već se kombinuje sa osnovnim naslednopravnim načelima. Da nije tako, došlo bi do nepravičnih rešenja, jer bi ovakav poverilac bio

---

54 Čl. 40, st. 1. ZON i čl. 806 ŠGZ.

55 S. Marković, *Nasledno pravo*, Beograd 1978, 147–148.

56 O. Antić, *op. cit.* fn. 12, 165, 190.

57 L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.*, fn. 41, 158–159.

58 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 165–166.

59 Čl. 43, st. 1. ZON.

nužni naslednik nezavisno od toga da li je sposoban ili dostojan za nasleđivanje, kom naslednom redu pripada i da li se *in concreto* poziva na nasleđe.<sup>60</sup>

U nauci su isticane prednosti kako jednog, tako i drugog sistema. Nesumnjivo je da je položaj nužnog naslednika bolji u sistemu naslednopravne prirode prava na nužni deo samom činjenicom da on ima položaj univerzalnog sukcesora, odnosno da stiče svojinu na alikvotnom delu svih stvari i prava iz zaostavštine, te ne mora da brine da će vrednost njegovog nužnog dela biti umanjena usled inflacije.<sup>61</sup> S druge strane, prednost sistema obligacionopravne pravne prirode prava na nužni deo je u tome što u njemu sloboda testiranja ostaje nepovređena, odnosno, u slučaju povrede prava na nužni deo ne dolazi do redukcije zaveštajnih raspolaganja i povraćaja poklona kao u sistemu naslednopravne prirode prava na nužni deo.<sup>62</sup> Ovaj sistem doprinosi i očuvanju celine privrednih jedinica i pojednostavljuje odnose u nasledničkoj zajednici.<sup>63</sup> ZON u čl. 43 st. 2 i st. 3 predviđa da na zahtev nužnog naslednika sud može da odredi da mu pripadne određeni deo stvari ili prava iz zaostavštine, odnosno da se izvrši konverzija obligacionopravne u stvarnopravnu pravnu prirodu prava na nužni deo, a da je to ovlašćen da učini i sam zaveštalac u testamentu. Time je ostavljena mogućnost da se u svakom konkretnom slučaju iskoriste prednosti oba sistema.<sup>64</sup>

U pogledu kruga nužnih naslednika, špansko pravo se priklanja tzv. rimskom, odnosno „sistemu francuskog *Code civil*“, prema kome u krug nužnih naslednika ulaze najvažniji zakonski naslednici i to nezavisno kom naslednom redu pripadaju, tj. bez obzira na sistem redovnog zakonskog nasleđivanja.<sup>65</sup> Srpsko pravo je prihvatiло „sistem užeg zakonskog naslednog reda“, prema kome je krug nužnih naslednika određen po uzoru na krug zakonskih naslednika, samo je nešto uži. Dakle, iako i nužni naslednici moraju da ispune sve uslove i pozivaju se istim redosledom na nasleđe kao zakonski naslednici, njihov krug je u odnosu na zakonske naslednike sužen.<sup>66</sup> Prema čl. 807 ŠGZ nužni

---

60 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 167.

61 D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd 2010, 222.

62 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 167–168.

63 D. Đurđević (2010), *op. cit.*, fn. 61, 222–223.

64 *Ibid.*, 223.

65 S. Marković, *op. cit.*, fn. 55, 151.

66 *Ibid.*, 152.

naslednici su deca i potomci u odnosu na njihove roditelje i pretke, zatim, u njihovom odsustvu, roditelji i preci u odnosu na njihovu decu i potomke i najzad, preživeli bračni drug. Deci i njihovim potomcima pripada na ime nužnog dela 2/3 zaostavštine oca i majke (pri čemu roditelji mogu da raspolažu 1/3 od propisane 2/3 u cilju poboljšanja položaja dece i ostalih potomaka),<sup>67</sup> roditeljima i ostalim precima pripada na ime nužnog dela polovina zaostavštine njihove dece i ostalih potomaka, osim u slučaju ako ne konkurišu na nasleđe preživelim supružnikom svog preminulog potomka, u kom slučaju imaju pravo na 1/3 zaostavštine.<sup>68</sup> Nužni deo koji bi trebalo da pripadne roditeljima deli se na jednakе delove među njima, a ako je jedan od roditelja umro, cela zaostavština će pripasti onom drugom. Ako iza ostavioca nisu ostali roditelji, već samo pobočni srodnici (precii) istog stepena srodstva i u majčinoj i u očevoj lozi, zaostavština će se podeliti na jednakе delove između obe loze. Ako su pobočni srodnici različitog stepena srodstva u odnosu na ostavioca, zaostavština će pripasti onima koji su mu najbližeg stepena srodstva, nezavisno od toga kojoj lozi pripadaju.<sup>69</sup>

U srpskom pravu postoji neograničeni broj nužnih (kao i zakonskih) naslednih redova, ali nužni naslednik može da bude samo ono lice koje bi *in concreto* bilo i zakonski naslednik. Pripadnici prvog nužnog naslednog reda su ostaviočev supružnik, njegova deca, usvojenici i ostali potomci, i oni dobijaju polovinu dela zaostavštine koji bi im pripao po zakonskom redu nasleđivanja. Pripadnici ostalih naslednih redova dobijaju trećinu dela zaostavštine koji bi im pripao po zakonskom redu nasleđivanja (osim supružnika koji uvek dobija jednu polovinu).<sup>70</sup> U drugom naslednom redu su to ostaviočevi roditelji, braća, sestre, polubraća i polusestre, nakon čega je pravo predstavljanja ograničeno, dok su pripadnici trećeg i daljih naslednih redova samo rodonačelnici. Osim objektivnog uslova, da bi se u konkretnom slučaju pozvali na nasleđe kao ostaviočevi zakonski naslednici, ostaviočevi usvojilac iz nepotpunog usvojenja, braća i sestre, dedovi i babe i ostali preci moraju da ispune i uslov da nemaju nužnih sredstava za život i da su trajno neposobni za nasleđivanje.<sup>71</sup> Međutim, dok u srpskom pravu nužni deo nužnog naslednika koji ne može ili neće da nasledi ne prira-

---

67 Čl. 808 ŠGZ; L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.* fn. 41, 159.

68 Čl. 809 ŠGZ.

69 Čl. 810 ŠGZ.

70 Čl. 37 ZON.

71 Čl. 39 i 40 ZON *in fine*.

sta ostalim nužnim naslednicima, u španskom pravu je pravo priraštaja moguće i među nužnim naslednicima, ali samo „kada je raspoloživi deo zaostavštine ostavljen u korist dva ili više nužnih naslednika, ili nekome od njih i trećem licu.“<sup>72</sup> Očigledno je da srpsko pravo možemo da svrstamo u krug prava koje predviđaju vrlo širok krug nužnih naslednika, što je posebno simptomatično u 21. veku, kada se u savremenim pravima ovaj krug uglavnom sužava. Razloge tome treba tražiti u tradicionalnom modelu društva koji u Srbiji i dalje postoji, odnosno široko rasprostranjenim dvogeneracijskim i trogeneracijskim porodicama, koje uzrokuju veću bliskost i kasnije odvajanje dece od roditelja nego što je to slučaj u zapadnoj Evropi.

## 5. ZAVEŠTAJNO NASLEĐIVANJE

### 5.1. Aktivna zaveštajna sposobnost

Španski građanski zakonik u čl. 658, par. 1 i Zakon o nasleđivanju u čl. 2 predviđaju da se može naslediti na osnovu zaveštanja i na osnovu zakona, u odsustvu izjave poslednje volje u formi testamenta. Zaveštajnom nasleđivanju posvećena je treća glava Zakona o nasleđivanju Srbije, odnosno treći odeljak trećeg poglavљa treće knjige Španskog građanskog zakonika.

Prva značajna razlika između dva naslednopravna sistema tiče se objektivnog elementa aktivne zaveštajne sposobnosti. Dok se u Španiji sposobnost za sačinjavanje zaveštanja stiče sa navršenih 14 godina života (osim za svojeručno zaveštanje, koje može da se sačini tek na vršenom 18. godinom života),<sup>73</sup> u Srbiji se ista sposobnost stiče sa 15 godina života.<sup>74</sup> U pogledu subjektivnog elementa, odnosno zahteva da je zaveštalac u trenutku testiranja sposoban za rasuđivanje, nema razlike između dve kodifikacije. U srpskom pravu nije sporno da lice koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti ne može da sačini punovažno zaveštanje, ali su u nauci suprotstavljena mišljenja oko toga kako se delimično lišenje poslovne sposobnosti odražava na aktivnu zaveštajnu sposobnost.<sup>75</sup> Špansko pravo sadrži normu kojom se ovo pitanje razre-

---

72 Čl. 40, st. 3 ZON i čl. 985, par. 1 ŠGZ.

73 Čl. 668, par. 1 ŠGZ; L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.* fn. 41, 52.

74 Čl. 663, par. 1 ŠGZ i čl. 79 ZON.

75 Prema jednom shvatanju „lišenje poslovne sposobnosti stvara oborivu pretpostavku da lišeno lice nema aktivnu zaveštajnu sposobnost.“, O. Antić, *op.cit.*,

šava na dobar način. Kada god je lice lišeno poslovne sposobnosti, a u sudskoj odluci kojom je to učinjeno nema reči o mogućnosti da takvo lice sačini zaveštanje, notar će odrediti dva psihijatra koji će pregledati potencijalnog zaveštaoca i utvrditi da li je on sposoban da testira.<sup>76</sup> Srpsko pravo sadrži još jednu važnu odredbu kojom postiže ravnotežu između načela pravne sigurnosti i načela pravičnosti. U praksi je moguće da lice sačini zaveštanje, a da potom ne može da ga opozove ili izmeni, iako su se njegove želje u pogledu raspolaaganja zaostavštinom promenile, i to zato što je po sačinjavanju punovažnog testamenta izgubio sposobnost za rasuđivanje. U tom slučaju, ako se bitno promene okolnosti koje su u vreme sačinjavanja testamenta bile testatorova odlučujuća pobuda, sud će na zahtev zainteresovanih lica (koji je moguće istaći u roku od tri godine od dana proglašenja zaveštanja) staviti van snage celo zaveštanje ili neke njegove odredbe, pod uslovom da zaveštalac nije mogao sam da ga punovažno opozove ili izmeni zbog gubitka sposobnosti za rasuđivanje.<sup>77</sup> Ova odredba predstavlja primenu instituta *rebus sic stantibus* u zaveštajnom pravu.<sup>78</sup>

## 5.2. Forme zaveštanja

Za razliku od srpskog prava koje predviđa devet formi zaveštanja, špansko pravo predviđa šest, mada se, kao što ćemo videti, izjava poslednje volje u usmenoj formi u slučaju smrtne opasnosti ili zaraze kod brodskog i vojnog testamenta u Španiji, može gotovo izjednačiti sa usmenim zaveštanjem u Srbiji. U članu 676 i 677 Španski građanski zakonik sve forme izričito deli na redovne (olografsko, otvoreno i zatvoreno) i posebne (vojno, brodsko i zaveštanje sačinjeno u stranoj državi), dok je podela u Srbiji na redovne forme (olografsko, alografsko, sudsko, međunarodno, notarsko i konzularno zaveštanje), vanredne forme (brodsko i vojno zaveštanje) i izuzetne forme testamenta (usmeno zaveštanje) teorijskog karaktera i izvršena je obzirom na okolnosti u kojima se izjavljuje poslednja volja.<sup>79</sup> Već na prvi pogled je jasno da i

---

fn. 12, 223. Prema drugom stanovištu, „delimično lišenje poslovne sposobnosti irrelevantno je za aktivnu testamentarnu sposobnost.“ D. Đurđević (2010), *op. cit.*, fn. 61, 124.

76 Čl. 665 ŠGZ.

77 Čl. 80, st. 2 i st. 3 ZON.

78 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 224, fn. 590.

79 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 270.

po imenu i po sadržini, naravno uz razlike o kojima će biti reči, postoji gotovo istovetnost između olografskog, vojnog, brodskog i konzularnog zaveštanja (odnosno, zaveštanja sačinjenog u stranoj državi) u dva prava koja su predmet naše analize.

Dok Zakon o nasleđivanju Srbije olografskom zaveštanju posvećuje samo jedan član,<sup>80</sup> Španski građanski zakonik reguliše ovu testamentarnu formu u šest članova.<sup>81</sup> Prva značajna razlika se sastoji u tome što srpsko pravo za punovažnost svojeručnog testamenta zahteva samo da je od početka do kraja napisan i potpisani ostaviočevim rukopisom, dok stavljanje datuma nije neophodno, ali je korisno, u slučaju eventualnih sporova oko postojanja aktivne zaveštajne sposobnosti i *animus testandi* u vreme sastavljanja testamenta, odnosno utvrđivanja vremenskog redosleda u slučaju da je zaveštalac sačinio više zaveštanja.<sup>82</sup> S druge strane, u španskom pravu je obavezan element forme i datum koji mora da se sastoji iz dana, meseca i godine kada je testament sačinjen.<sup>83</sup> Prema nekim autorima, ovo rešenje koje postoji i u francuskom i u italijanskom pravu, suviše sužava načelo slobode testiranja.<sup>84</sup> Ipak, španski zakonodavac je očigledno bio svestan da osim pogodnosti koje se ogledaju u jednostavnom i brzom sastavljanju olografskog zaveštanja, a čije postojanje po potrebi može da ostane nepoznato trećim licima, ono sobom nosi opasnosti u pogledu otežanog utvrđivanja eventualnih mana volje (naročito prema maloletnim licima), lakšeg falsifikovanja zaveštanja ili zaveštaočevog potpisa.<sup>85</sup> Zato se prema Španskom građanskom zakoniku ovom formom mogu koristiti samo ona lica koja su navršila 18 godina života i imaju punu poslovnu sposobnost. Takođe, neophodno je da se svojeručno zaveštanje preda

80 Čl. 84 ZON.

81 Čl. 688–693 ŠGZ.

82 O. Antić, Z. Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd 1996, 323; L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.* fn. 41, 63–64.

83 O ovom pitanju u španskom pravu postoji obimna sudska praksa, ali su najznačajnije dve odluke Vrhovnog suda. U prvoj je odlučeno da se zaveštanje ima smatrati ništavim ako se dokaže da je datum naveden u testantu lažan, odnosno da tog dana nije sačinjeno zaveštanje (J. L. L. Berdejo, *op. cit.*, fn. 38, 189–190.), dok je u drugoj zauzeto stanovište da se pismeno bez datuma i potpisa ne može ni smatrati zaveštanjem (C. Lasarte, *Derecho de Sucesiones –Principios del Derecho Civil*, Madrid 2011, 75).

84 D. Đurđević, „Sloboda testiranja i formalizam olografskog testamenta“, *Pravni život* 11/2009, 845–864.

85 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 272.

prvostepenom sudu na teritoriji poslednjeg zaveštaočevog prebivališta, i to u roku od pet godina od dana zaveštaočeve smrti, jer u suprotnom ono neće biti punovažno.<sup>86</sup> Čak i ako bi sudija odbio da ga proglaši, ono bi proizvodilo pravna dejstva ako bi bilo predato sudu u navedenom roku.<sup>87</sup>

Mislimo da ovakvo rešenje, koje punovažnost jednog testamenta uslovjava ažurnošću i savesnošću, ili čak saznanjem trećih lica za njegovo postojanje, nema mnogo opravdanja. Ako bi se zaostavština i raspravila, pa se nakon isteka od pet godina pojavilo zaveštanje, u Srbiji bi bilo moguće podići nasledničku tužbu, koja ne zastareva, osim ako se njome ne dira u pravila o održaju, sticanju od nevlasnika i zastarelosti potraživanja,<sup>88</sup> pa nam u ovom slučaju rešenje srpskog prava izgleda pravičnije, jer favorizuje ostvarenje ostaviočeve poslednje volje. Najzad, za razliku od srpskog prava gde se proglašava svaka isprava koja prima *faciae* ima formu zaveštanja, nezavisno od toga da li je punovažna ili ne, u španskom pravu sudija prvostepenog suda, nakon što mu svojeručno zaveštanje bude predato a činjenica zaveštaočeve smrti utvrđena, najpre otvara ovakvo zaveštanje. Potom, on uz pomoć tri svedoka, kojima su bili poznati zaveštaočev rukopis i potpis utvrđuje da je to zaista zaveštaočev testament, a ako bi svedoci u to izrazili sumnju, ili bi takve svedoke bilo nemoguće pronaći, onda bi sudija autentičnost zaveštanja mogao da utvrđuje i uz pomoć grafologa. Ako sudija utvrđi da nema sumnje da je to zaveštaočev testament, on će ga overiti i proslediti spise predmeta nadležnom notaru, koji će dati prepis ili izvod zainteresovanim licima. U suprotnom, sudija će odbiti da overi, odnosno proglaši zaveštanje, ali kako god da odluči, zainteresovanim licima ostaje mogućnost da njegovu odluku pobijaju u parničnom postupku.<sup>89</sup>

Čini se da naknadnom procedurom, špansko pravo prilično usložnjava inače praktičnu i jednostavnu formu olografskog testamenta. Ono očigledno favorizuje načelo pravne sigurnosti u odnosu na načelo slobode testiranja, pa sudija ustvari unapred ispituje punovažnost ovakvog testamenta *ex officio*, čak i ako pitanje njegove punovažnosti niko i ne postavlja, te time uzdiže nedostatak forme na nivo absolutne ništavosti, a ne rušljivosti (što je slučaj u srpskom pravu), možda pre-

---

86 Čl. 689 ŠGZ.

87 J. L. L. Berdejo, *op. cit.*, fn. 38, 192.

88 Čl. 221 ZON.

89 Čl. 691 i 693 ŠGZ.

viđajući da je forma u zaveštajnom pravu uvek ustanovljena u korist samog zaveštaoca. Ovakvo ograničenje deluje tim rigidnije ako se zna da špansko pravo podiže granicu aktivne zaveštajne sposobnosti sa 14 na 18 godina i to samo za ovu zaveštajnu formu.

Forma otvorenog zaveštanja u španskom pravu,<sup>90</sup> odgovara formi notarskog testamenta, odnosno testamenta koji sačinjava javni beležnik u obliku javnobeležničkog zapisa u srpskom pravu.<sup>91</sup> Na isti način kao notarsko zaveštanje, u Srbiji se sačinjava i sudsko zaveštanje, s tim što ulogu javnog organa ima sudija osnovnog suda, a ne javni beležnik. Forma sudskog zaveštanja je važna jer se njena pravila u Srbiji primenjuju *mutatis mutandis* i na vojno, brodsko i konzularno zaveštanje.<sup>92</sup> Prema čl. 87 ZON zaveštalac sačinjava ovu formu tako što diktira sadržaj poslednje volje sudiji osnovnog suda, koji je pre toga dužan da utvrdi zaveštačev identitet. Sudija će takođe ispitati da li testator poseduje aktivnu zaveštajnu sposobnost, objasniće mu pravne posledice sačinjavanja zaveštanja i upozoriće ga da sadržaj zaveštanja mora da bude u skladu sa prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima.<sup>93</sup> Načelno, prisustvo dva zaveštajna svedoka u postupku sačinjavanja sudskog testamenta nije potrebno, osim u slučajevima kada zaveštalac iz nekog razloga nije u stanju da pročita ili potpiše zaveštanje (ako je nepismen, slep, ne zna jezik suda), u kom slučaju će navedeni postupak biti sproveden u njihovom prisustvu i eventualno uz učešće zakletog sudskog tumača (ako je zaveštalac gluv, nem ili ne zna jezik suda).

Kao neku vrstu izuzetka od otvorenog zaveštanja, kada nije potrebno notarevo prisustvo za njegovo sačinjavanje, Španski građanski zakonik predviđa da se ono može sačiniti pred pet svedoka ako se zaveštalac nalazi u neposrednoj smrtnoj opasnosti, odnosno pred tri svedoka starija od 16 godina u slučaju epidemije i to po mogućnosti u pismenoj formi, ali da će zaveštanje biti punovažno i ako su svedoci nepismeni.<sup>94</sup> Ono će važiti dva meseca od prestanka smrtne opasnosti,

---

90 Čl. 694–699 ŠGZ.

91 Čl. 84 Zakona o javnom beležništvu („Sl. Glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012 i 19/2013). Primena Zakona o javnom beležništvu u Srbiji odložena je do 1.3.2014. godine.

92 Čl. 91, čl. 108, st. 1 i čl. 109, st. 1 ZON.

93 Čl. 171–173 Zakona o vanparničnom postupku Srbije (u daljem tekstu: ZVP).

94 Čl. 700–702 ŠGZ.

odnosno epidemije, ali ako u tom periodu zaveštalac umre, testament neće biti punovažan ako se u roku od tri meseca od njegove smrti zainteresovana lica ne pojave pred nadležnim sudom i zatraže njegovo proglašenje, nezavisno od toga da li je poslednja volja izjavljena usmeno ili je zapisana.<sup>95</sup> Kao što smo rekli, ova izuzetna forma zaveštanja slična je usmenom zaveštanju u srpskom pravu, ali se ono prema Zakonu o nasleđivanju Srbije uvek izjavljuje usmeno i pred tri istovremeno prisutna svedoka.<sup>96</sup>

Srpski zakonodavac okolnosti u kojima je moguće koristiti se ovom formom, s jedne strane propisuje šire, a sa druge uže nego što to čini španski zakonodavac. Kako je u srpskom pravu usmeno zaveštanje moguće izjaviti uvek „kada zbog izuzetnih prilika nije moguće sačiniti pismeno zaveštanje“<sup>97</sup> to su ovim izuzetnim prilikama obuhvaćeni ne samo slučajevi neposredne smrte opasnosti i epidemije, već i svi oni drugi slučajevi u kojima nije moguće sačiniti pisani testament. Dakle, ZON se nomotehnički koristi generalnom klaузулом, a ŠGZ sistemom enumeracije. S druge strane, usmenim zaveštanjem se u Srbiji zaveštalac može koristiti samo kao *ultima ratio*, onda kada nije moguće da upotrebi nijednu drugu zaveštajnu formu, dok špansko pravo takav zahtev ne postavlja, pa se jezičkim tumačenjem može izvesti i zaključak, da se npr. usmeno zaveštanje pred tri svedoka u slučaju epidemije, može sačiniti čak i kada bi u datim okolnostima tetstaor mogao da ode kod notara. Druga razlika se sastoji u tome što usmeno zaveštanje u Srbiji važi 30 dana po prestanku izuzetnih okolnosti, a ne dva meseca kao u Španiji.<sup>98</sup> Najzad, svedoci usmenog testamenta u srpskom pravu imaju dužnost da „bez odlaganja“ prenesu u pisanoj formi zaveštaočevu izjavu i da je „što pre“ predaju sudu, ili ostaviočevu poslednju volju usmeno ponove pred sudom, bez preciziranja vremenskog perioda u danima ili mesecima. Međutim, za razliku od španskog prava, ako ne bi udovoljili ovoj svojoj obavezi, to ne bi imalo uticaja na punovažnost zaveštanja, ali bi svedoci eventualno zbog toga mogli da budu dužnići naknade štete.<sup>99</sup> I ovde dajemo prednost rešenju srpskog prava, jer smatramo da punovažnost zaveštanja, kao i bilo kog drugog pravnog

---

95 Čl. 703 ŠGZ.

96 Čl. 110, st. 1 ZON.

97 O. Antić, Z. Balinovac, *op. cit.*, fn. 82, 354–355.

98 Čl. 110, st. 2 ZON.

99 Čl. 111 ZON *in fine*.

posla, može i mora da se procenjuje isključivo ispitivanjem da li su ostvareni neophodni uslovi za njegovu punovažnost u momentu njegovog preduzimanja, a ne sme da zavisi od naknadno nastalih činjenica, naročito ako se one odnose na nesavesnost ili nemarnost trećih lica.

Najzad, usmeno zaveštanje je, kao podformu vojnog testamenta prema ŠGZ moguće sačiniti pred dva svedoka i za vreme borbe, bitke, napada ili bilo koje druge smrtnе opasnosti u ratnim uslovima, ali ono neće biti punovažno ako zaveštalac preživi opasnost zbog koje je posegao za ovom zaveštajnom formom, ili ako ne bude „ponovljeno od strane svedoka pred vojnim sudijom ili službenikom Ministarstva pravde pri španskoj vojsci.“<sup>100</sup> Isto pravilo važi i kada posada ili putnici vojnog ili broda trgovačke mornarice sačine brodsko zaveštanje, a postoji opasnost od brodoloma.<sup>101</sup>

Vojni testament se u srpskom pravu sačinjava u slučaju mobilizacije ili rata, dok se zaveštalac u španskom pravu može koristiti ovom formom samo u slučaju rata.<sup>102</sup> Ovlašćeno lice koje učestvuje u postupku njegovog sačinjanja prema ZON je komadir čete, starešina tog ili višeg ranga, kao i svaki starešina odvojenog odreda, dok po ŠGZ to mora da bude oficir najmanje u činu kapetana, što znači da srpsko pravo karakter ovlašćenog lica vezuje za rang, a špansko pravo za čin u vojsci. Međutim, dok srpski zakonodavac dopušta da u svojstvu ovlašćenog lica, nezavisno od okolnosti učestvuje i svako treće lice u prisustvu navedenih starešina, španski zakonodavac ovo pravo rezerviše samo za lekara i sveštenika i to samo ako je lice u vojnoj službi ranjeno ili bolesno.<sup>103</sup> Ali, dok se u španskom pravu se za njegovu punovažnost uvek zahteva prisustvo dva zaveštajna svedoka,<sup>104</sup> u srpskom pravu je njihovo prisustvo neophodno samo ako zaveštalac nije u stanju da pročita i da se potpiše na svom testamentu.<sup>105</sup> Prema odredbama ZON-a važnost vojnog testamenta je ograničena na 60 dana od prestanka rata, ili 30 dana ako je lice na vojnoj dužnosti demobilisano pre ili posle opšte demobilizacije,<sup>106</sup> dok u španskom pravu taj rok iznosi 4 meseca od

---

100 Čl. 720, par. 1 ŠGZ.

101 Čl. 731 ŠGZ.

102 Čl. 109, st. 1 ZON i čl. 716 ŠGZ.

103 Čl. 716, par. 3 ŠGZ.

104 Čl. 716, par. 5 ŠGZ.

105 Čl. 88 i čl. 109, st. 1 ZON.

106 Čl. 109, st. 2 ZON.

prestanka zaveštaočeve vojne dužnosti.<sup>107</sup> Prednost ŠGZ u odnosu na ZONS, koji ne predviđa nikakav dalji postupak sa vojnim zaveštanjem, jeste u tome, što detaljno reguliše proceduru, prema kojoj ovlašćena lica najpre prosleđuju zaveštanje nadležnim štabovima, oni ministru rata, a on dalje sudu poslednjeg zaveštaočevog prebivališta, a ako se ne zna njegovo prebivalište, onda predsedniku sudijskog kolegijuma u Madridu.<sup>108</sup>

Špansko pravo detaljno reguliše brodsko zaveštanje (čl. 722–731 ŠGZ), za razliku od srpskog prava koje mu posvećuje svega jedan član u kome se kaže da zaveštaocu na srpskom brodu testament može da sačini zapovednik broda, po pravilima koja važe za sastavljanje sudskog testamenta.<sup>109</sup> Prema ŠGZ brodsko zaveštanje se sastavlja prema pravilima koja važe za otvoreno ili zatvoreno zaveštanje, što znači da za razliku od srpskog prava, prisustvo dva zaveštajna svedoka ima sollemnitetni karakter. Špansko pravo pravi i finu distinkciju, zavisno od toga da li se zaveštanje sačinjava na ratnom brodu, ili brodu trgovačke mornarice, pa je u prvom slučaju ovlašćeno lice za sačinjavanje zaveštanja blagajnik ili lice koje vrši njegova ovlašćenja, odnosno zapovednik broda ili lice koje je ovlašćeno da ga menja na brodu u izvršenju njegovih prava i dužnosti,<sup>110</sup> a u drugoj situaciji, kapetan broda ili lice koje je ovlašćeno da ga menja na brodu u izvršenju njegovih prava i dužnosti.<sup>111</sup> Za slučaj da neko od ovih ovlašćenih lica želi da sačini brodsko zaveštanje, to bi mogao da učini pred licem koje ga menja na brodu u njegovim ovlašćenjima.<sup>112</sup> Čini se da bi identično rešenje moglo da se primeni i u srpskom pravu, istina, ne na osnovu Zakona o nasleđivanju, već primenom Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi.<sup>113</sup> ŠGZ detaljno reguliše i postupak po sačinjavanju zaveštanja na brodu, dok se srpsko pravo ne bavi ovim važnim pitanjem. Sačinjen testament će najpre biti čuvan u sefu ovlašćenog lica, a dalji postupak zavisi od

---

107 Čl. 719 ŠGZ.

108 Čl. 718 ŠGZ.

109 Čl. 108, st. 2 ZON.

110 Čl. 722, par. 1 i par. 2 ŠGZ.

111 Čl. 723 ŠGZ.

112 Čl. 150, st. 3 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi („Sl. list SRJ“, br. 12/98, 44/99, 74/99 i 73/2000 i „Sl. glasnik RS“, br. 101/2005 – dr. zakon i 85/2005 – dr. zakon); I. Mandić, „Prava i dužnosti zapovjednika broda u vezi sa Zakonom o nasljedivanju“, *Pomorstvo* 1956, 439; I. Grabovac, „Oporuka sastavljeni na Jugoslavenskom brodu“, *Naše more* 1/1958, 33.

toga da li će brod prvo uploviti u stranu ili u domaću, špansku luku. U prvom slučaju, testament će biti dostavljen diplomatskom ili konzularnom predstavniku Španije, koji će ga dalje proslediti Ministarstvu mornarice. U drugom slučaju, zaveštanje će biti dostavljeno lokalnom pomorskom organu koji će ga takođe uputiti Ministarstvu mornarice.<sup>113</sup> Vremenska važnost brodskog testamenta je u španskom pravu ograničena na 4 meseca od trenutka kada se zaveštalac iskrca na mesto na kome bi mogao da sačini neku od redovnih formi zaveštanja, dok u srpskom pravu taj rok iznosi 30 dana od dana povratka na srpsko kopno.<sup>114</sup> Špansko rešenje je bolje. Obzirom da je konzularno zaveštanje u srpskom pravu redovna forma testamenta, mislimo da nema razloga da rok od 30 dana ne počne da se računa i od trenutka iskrčavanja zaveštaoca u luci u kojoj postoji srpsko diplomatsko-konzularno predstavništvo, a u kojem bi pored konzularnog, testator mogao da sačini i međunarodno, kao takođe redovnu formu testamenta.

Konzularno zaveštanje je u srpskom pravu redovna forma testamenta, dok u španskom zakonodavstvu, zaveštanje sačinjeno u stranoj državi (koje po smislu i sadržini odgovara konzularnom testamentu) predstavlja posebnu, tj. vanrednu formu testamenta.<sup>115</sup> Konzularno zaveštanje srpskom državljaninu sačinjava diplomatski ili konzularni predstavnik Republike Srbije prema pravilima koja važe za sačinjavanje sudskog zaveštanja, dok je testament sačinjen u stranoj državi ovlašćen da sastavi „diplomatski ili konzularni predstavnik Španije koji ima ovlašćenja notara u mestu u kome se zaveštanje sačinjava.“ Diplomatski ili konzularni predstavnik će proslediti zaveštanje nadležnom organu koji će u slučaju da je zaveštalac umro, objaviti činjenicu njegove smrti u „Madridskom Službenom listu“ (čl. 734–736 ŠGZ). Srpsko pravo ne sadrži odredbe o obavezama diplomatskog ili konzularnog predstavnika nakon što bi zaveštalac eventualno izrazio želju da zaveštanje čuva kod njega, tako da je i u ovom pogledu špansko rešenje bolje. U oba prava je zajedničko to da se ovom formom može koristiti samo srpski, odnosno španski državljanin u inostranstvu, te da diplomatski i konzularni predstavnici javna ovlašćenja imaju samo u onoj državi u koju su poslati u diplomatsku misiju.<sup>116</sup> U srpskom pravu postoje još

---

113 Čl. 725 i 726 ŠGZ.

114 Čl. 730 ŠGZ i čl. 108, st. 2 ZON.

115 Čl. 91 ZON i čl. 732–736 ŠGZ.

116 D. Đurđević (2010), *op. cit.*, fn. 61, 141. Interesantno je da španski državljeni načelno ne mogu da sačinjavaju zajedničko zaveštanje pred svojim diplomat-

i alografsko i međunarodno zaveštanje, koja ne postoje u španskom pravu. Međunarodno zaveštanje je pisano, redovno i javno zaveštanje koje zaveštalac sačinjava pred sudijom osnovnog suda, konzularnim predstavnikom Srbije, zapovednikom broda ili odgovarajućim vojnim starešinom, tako što u prisustvu dva zaveštajna svedoka izjavljuje „da je sačinjeno pismeno njegovo zaveštanje i da je upoznat sa njegovom sadržinom“, nakon čega se on, ovlašćeno lice i svedoci na zaveštanju potpisuju i na pismeno se stavlja datum.<sup>117</sup> Ono je postalo sastavni deo srpskog prava ratifikacijom Konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta i doprinosi unifikaciji forme testamenta za sve države koje su ovu konvenciju ratifikovale, „bez obzira na mesto gde je sačinjeno, gde se nalaze zaveštaočeva dobra, bez obzira na državljanstvo zaveštaoca, njegovo prebivalište ili boravište.“<sup>118</sup> Dakle, za njegovu punovažnost nije neophodno da postoji bilo kakav element inostranosti. Alografko zaveštanje (pismeno zaveštanje pred svedocima) je pisana, privatna i redovna forma zaveštanja, koja se sačinjava tako što će zaveštalac koji zna da čita i piše pred dva istovremeno prisutna svedoka „izjaviti da je sačinjeno zaveštanje pročitao i da je to njegova poslednja volja“, nakon čega će se na testamentu potpisati kako sam testator, tako i zaveštajni svedoci.<sup>119</sup>

### 5.3. Sadržina zaveštanja

Špansko pravo dopušta običnu (vulgarnu) supstituciju poput srpskog prava, ali za razliku od srpskog, u ovom sistemu su dopuštene i pupilarna<sup>120</sup> i kvazipupilarna supstitucija.<sup>121</sup> Dok u srpskom pravu isporukoprimec trenutkom zaveštaočeve smrti stiče samo pravo potraživanja prema oneratu, a pravo svojine tek predajom pokretne stvari ili uknjiženjem ako je reč o nepokretnosti, u španskom pravu u slučaju da je objekt legata zaveštaočeva individualno određena stvar, isporukoprimec na njoj stiče pravo svojine već trenutkom testatorove smrti.<sup>122</sup> Ova

---

skim ili konzularnim predstavnikom u inostranstvu, čak i ako bi u državi u koju je diplomatski ili konzularni predstavnik Španije upućen takvo zaveštanje bilo dopušteno (čl. 733 ŠGZ), ali da ovo pravilo izuzetno ne važi za stanovnike pokrajina Aragon, Navara i Galicija. C. Lasarte, *op. cit.*, fn. 83, 89.

117 Čl. 92–107 ZON.

118 Čl. 92 ZON.

119 Čl. 85 ZON *in fine*.

120 Čl. 775 ŠGZ.

121 Čl. 776 ŠGZ.

122 Čl. 882, par. 1 ŠGZ.

razlika je samo posledica različitih sistema sticanja prava svojine, jer srpsko pravo sledi austrijski, a špansko pravo francuski sistem.

U srpskom pravu izvršilac zaveštanja nije obavezan da se prihvati te dužnosti,<sup>123</sup> dok njegovo neprihvatanje ili odricanje od te dužnosti bez opravdanog razloga u španskom pravu, vodi gubitku svih njegovih naslednih prava, osim prava na nužni deo.<sup>124</sup> Smatraće se da se izvršilac prihvatio dužnosti ako je ne odbije u roku od 6 dana od dana saznanja da je postavljen za izvršioca testamenta, odnosno u roku od 6 dana od zaveštaočeve smrti, ako je i pre delacije znao da je imenovan za izvršioca testamenta.<sup>125</sup> U srpskom pravu nema preciziranja ovih rokova, ali postoji mogućnost da izvršioca testamenta odredi sud ako to nije učinio zaveštalac ili se izvršilac ne prihvati te dužnosti, a sud nađe da je to potrebno, što će po pravilu biti slučaj kada u zaveštanju postoje modaliteti.<sup>126</sup> Izvršilac zaveštanja je dužan da se stara da se testament izvrši u skladu sa zaveštaočevom voljom, ali za čuvanje i upravljanje zaostavštinom, za isplatu ostaviočevih dugova i naplatu potraživanja ne postoji određen rok kao u španskom pravu, gde iznosi godinu dana od trenutka prihvatanja dužnosti, pod uslovom da zaveštalac nije odredio drugačije. Ovaj rok se može produžiti za vreme koje zatraži zaveštalac, a u odsustvu njegovog zahteva ponovo za godinu dana.<sup>127</sup> Ovo rešenje je korisno i dobro, jer ne samo da doprinosi brzom i tačnom ostvarenju ostaviočeve poslednje volje, već omogućava i efikasno stupanje naslednika u prava i obaveze ostavioca, čime doprinosi sigurnosti pravnog prometa i ostvarenju jedne od glavnih funkcija naslednog prava.

#### 5.4. Opozivanje zaveštanja

Špansko pravo u pogledu opozivanja zaveštanja ostaje verno rimskom sistemu, pa se kasnjim zaveštanjem prethodno u celini opoziva, osim ako zaveštalac izričito ne iskaže nameru da će i pored sastavljanja novog testamenta, stari u celini ili delimično ostati na snazi. Srpsko reše-

123 Čl. 172, st. 3 ZON.

124 Čl. 900 ŠGZ. Prema starijem shvatanju u srpskoj nauci, ovakvo ponašanje izvršioca testamenta moglo bi jedino da vodi njegovoj obavezi da nadoknadi štetu licima kojima ju je pričinio. A. Đorđević, *Nasledno pravo*, Beograd 1910, 60.

125 Čl. 898. ŠGZ.

126 Čl. 172, st. 4 ZON.

127 Čl. 904 i 905 ŠGZ.

nje je drugačije, u njemu ne postoji pretpostavka da se kasnjim zaveštanjem prethodno opoziva u celosti, već „odredbe ranijeg zaveštanja ostaju na snazi ako nisu suprotne odredbama docnijeg“.<sup>128</sup> Ako ovakvo rešenje i može da se brani u španskom pravu, u srpskom bi to bilo nemoguće, jer za razliku od španskog zakonodavca, koji predviđa datum kao obavezan element svih formi testamenta, srpski zakonodavac predviđa obaveznost datuma kao preduslov za punovažnost samo međunarodnog testamenta (iako će on u praksi uvek biti sastavni deo javnih formi zaveštanja). To znači da bi u Srbiji ponekada bilo teško da se utvrdi redosled sačinjanja testamenata u formalnom smislu. Ipak, i pored toga, rešenje srpskog prava nam se čini boljim. Ono pravi razliku između testamenta u formalnom smislu, kao svake izjave volje *mortis causa* date u zakonom propisanoj formi od strane za to sposobnog lica, od testamenta u materijalnom smislu, kao jedne, jedinstvene, sublimirane izjave poslednje volje zaveštaoca, do koje se dolazi nakon što se proglose, a po potrebi i protumače sva zaveštanja u formalnom smislu.<sup>129</sup> U španskom pravu se očigledno, osim ako zaveštalac ne odredi drugačije, ne pravi razlika između testamenta u materijalnom smislu i vremenski poslednjeg testamenta u formalnom smislu koje je sačinio jedan zaveštalac. A to po našem mišljenju, sužava obim aktivne zaveštajne sposobnosti i njena pravna dejstva koja podrazumevaju da se testament može izmeniti ili opozvati „do poslednjeg daha“. Svaki zaveštalac, koji ne vlada solidnim pravničkim obrazovanjem, mogao bi prema odredbi ŠGZ da dođe u opasnost da njegova izražena volja za i najmanjom izmenom u prethodno sačinjenom testamentu zapravo dovede do opozivanja testamenta u celosti, ako izričito ne naglasi da želi drugačije. To u priličnoj meri ograničava i raspolaganje imovinom *mortis causa*, čiju manifestaciju predstavlja aktivna zaveštajna sposobnost, naročito ako se imaju u vidu ponekada brojni i strogi zahtevi forme koje špansko pravo predviđa. Time se i realna dostupnost i efektivnost testamenta kao pravnog posla svodi na bitno uži krug pravnih subjekata.

## 6. UGOVORI U NASLEDNOM PRAVU

Ugovori o nasleđivanju bili su zabranjeni u rimskom pravu sve do Justinijana, da bi nasuprot neopozivosti ugovornog raspolaganja

---

128 Čl. 739, par. 1 ŠGZ i čl. 177, st. 1 ZON.

129 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 208.

imovinom bila sačuvana ostaviočeva sloboda zaveštanja sve do njegove smrti, ali i zbog toga što se prema tadašnjim shvatanjima, predmet ovakvih ugovora odnosio na smrt lica koje je ugovorom raspolagalo svojom zaostavštinom, a što je smatrano suprotnim dobrim običajima.<sup>130</sup> S druge strane, od srednjeg veka ugovori o nasleđivanju se javljaju na prostoru današnje Švajcarske, Nemačke i Austrije (gde i danas postoje kao pozitivноправни instituti) i predstavljaju deo germanске pravne tradicije, ali su postojali i u francuskom običajnom pravu.<sup>131</sup> Ugovor o nasleđivanju nije dopušten kao osnov pozivanja na nasleđe u španskom pravu (čl. 658 ŠGZ), a u čl. 1271 ŠGZ se navodi da se ne može zaključiti nijedan ugovor koji ima za predmet zaostavštinu, osim onog čiji bi cilj bio podela zaostavštine *inter vivos*, a sve u skladu sa članom 1056 ŠGZ. To znači da ugovorom nije moguće izmeniti visinu naslednih delova, ali je moguće odrediti kako će se zaostavština podeliti. Ipak, i od ovog opšteg pravila postoje veoma važni izuzeci kada je Španskim građanskim zakonikom dopušteno zaključenje ugovora u pogledu buduće zaostavštine (i koji u velikoj meri relativizuju opšte pravilo):

- Članovi 826 i 827: Obećanje dato pred javnim organom da će se učiniti ili neće učiniti uvećanje pojedinačnog nužnog dela u odredbama bračnog ugovora i uvećanje pojedinačnog nužnog dela u skladu sa odredbama bračnog ugovora ili teretnog ugovora koji je zaključen sa trećim licem.
- Član 1341: „Budući supružnici mogu raspolagati postojećom imovinom u korist onog drugog po osnovu braka. Takođe, oni mogu pre braka da raspolazu u korist onog drugog i budućom imovinom, ali samo za slučaj smrti i to do visine određene odredbama koje se odnose na zaveštajno nasleđivanje.“<sup>132</sup>

Takođe, u Španiji postoje i zasebna regionalna (pokrajinska) prava, što znači da pojedini regioni u ovom slučaju mogu da odluče da li će primenjivati sopstveno građansko pravo zasnovano na istorijskim

---

130 H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil – tome quatrième, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris 1963, 554; G. Lepointe, *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris 1958, 469; M. Grimaldi, *Droit civil – Successions*, Paris 2001, 337.

131 J. L. L. Berdejo, *op. cit.*, fn. 38, 292; L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.*, fn. 41, 206.

132 J. L. L. Berdejo, *op. cit.*, fn. 38, 294–295.

osobenostima i razvitku pojedinih oblasti (npr. ovo je slučaj u Aragonu, Galiciji, Navari, Balearskim ostrvima i Kataloniji), naravno vodeći računa o zajedničkom pravnom okviru važećim za celu Španiju.<sup>133</sup> To znači da regionalna pravna pravila ne mogu da budu u suprotnosti sa pravilima važećim za celu Španiju, a mnoga od njih u potpunosti i slede špansku pravnu tradiciju, koju „zajedničko“ špansko pravo kroz važeće građanskopravne odredbe i normira. To je slučaj i sa Katalonskim građanskim zakonikom, u kome je četvrta knjiga posvećena naslednom pravu. U ovom delu nekoliko članova se tiče prava koje će se primenjivati na naslednopravne odnose, uključujući i neke razlike u odnosu na zajednička pravila u materiji naslednopravnih ugovora (čl. 431–1 – 432–5). Ovim odredbama sadržina ugovora nije ograničena na postavljanje naslednika ili na regulisanje bračno-imovinskih odnosa, već i na neka raspolaganja slična legatima. Ovi ugovori takođe mogu da sadrže raspolaganja u korist trećih lica, ali ona ne mogu da steknu nikakva prava pre smrti ugovornog ostavioca.<sup>134</sup>

Srpsko pozitivno pravo ne poznaje ugovor o nasleđivanju kao osnov pozivanja na nasleđe. Prednacrtom Građanskog zakonika Republike Srbije, za čiju je izradu obrazovana komisija 2007. godine, predviđena je u čl. 181–186 mogućnost njegovog vraćanja u srpsko pravo. U tom slučaju bi bilo mogli da ga zaključe samo supružnici, ali bi to značilo zabranu ugovora o doživotnom izdržavanju između supružnika.<sup>135</sup> Srpsko pozitivno pravo poznaje ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života<sup>136</sup> i ugovor o doživotnom izdržavanju,<sup>137</sup> koji su regulisani Zakonom o nasleđivanju iako nisu pravi naslednopravni ugovori, već obligacionopravni ugovori koji proizvode određena naslednopravna dejstva (špansko pravo takođe poznaje tzv. ugovor o izdržavanju).<sup>138</sup>

Ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života je ugovor „kojim predak ustupa i raspodeljuje imovinu svojim potomcima.“<sup>139</sup> Ovaj

---

133 C. Lasarte, *op. cit.*, fn. 83, 296–303.

134 J. F. RIBA, „El nuevo derecho de sucesiones“, *Editorial – InDret* 4/2008, 1–2.

135 Vlada Republike Srbije – Komisija za izradu građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije, IV knjiga, Nasleđivanje*, Beograd 2011, 26, 29, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, pristup ostvaren 20.10.2013. godine.

136 Čl. 182–193 ZON.

137 Čl. 194–205 ZON.

138 Čl. 1791–1797 ŠGZ.

139 Čl. 182 ZON.

pravni posao će biti punovažan samo ako se sva ustupiočeva deca i drugi potomci koji su pozvani da ga po zakonu naslede u konkretnom slučaju, saglase sa ustupanjem i raspodelom. Ako neki od naslednika ne bi dao saglasnost, onda bi se ovaj ugovor konvertovao u ugovor o poklonu.<sup>140</sup> Ako bi ustupanjem i raspodelom bio obuhvaćen i ustupiočev supružnik, on bi imao položaj kao i ustupiočevi potomci, a u suprotnom, ugovor između potomaka bi ostao na snazi, ali bi supružnikovo pravo na nužni deo ostalo netaknuto, a delovi imovine koji su razdeljeni ustupiočevim potomcima smatrali bi se kao pokloni.<sup>141</sup>

U španskom pravu, ugovor o izdržavanju je takav pravni posao kod koga jedno lice obezbeđuje drugom licu smeštaj, izdržavanje i pomoć, a drugo lice se obavezuje da za uzvrat prenese na njega tačno određene stvari ili prava. Ugovorom o doživotnom izdržavanju, kao jednim od najčešćih pravnih poslova u srpskoj pravnoj praksi, obavezuje se primalac izdržavanja da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakva druga prava, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga, kao naknadu za to, izdržava i da se brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.<sup>142</sup> Dokaz da ugovor o doživotnom izdržavanju ima veoma važnu socijalnu funkciju predstavlja dipozitivna odredba stava 3 člana 194 Zakona o nasleđivanju Srbije, prema kojoj ako nešto drugo nije ugovoren, obaveza izdržavanja naročito obuhvata obezbeđivanje stanovanja, hrane, odeće i obuće, odgovarajuću negu u bolesti i starosti, troškove lečenja i davanje za svakodnevne uobičajene potrebe. Time su, za slučaj da konkretnim ugovorom nije ništa drugo predviđeno ili precizirano, primaocu izdržavanja garantovane one prestacije od strane davaoca koje mu garantuju i fizičku egzistenciju i očuvanje dostojanstva. Međutim, kako ovde nije reč o naslednopravnom, već o obligacionopravnom ugovoru koji proizvodi odgovarajuća naslednopravna dejstva, davalac izdržavanja ne odgovara za primaočeve dugove, osim ako predmet primaočeve obaveze nije predaja nepokretnosti na kojoj postoji hipoteka, ili ako predmet njegove obaveze nije predaja neke imovinske celine (npr. poljoprivredno imanje).

Davaoci iz ugovora o doživotnom izdržavanju po pravilu mogu da budu sva fizička i pravna lica, dok primaoci mogu da budu samo

---

140 Čl. 187 ZON.

141 Čl. 189 ZON.

142 Čl. 194 ZON.

fizička lica, pri čemu je moguće da ovaj kontrakt bude zaključen i u korist trećeg lica (beneficijara). Zakon o nasleđivanju je predviđao još jedan važan izuzetak u pogledu kruga lica koja mogu da budu davaoci u ugovoru o doživotnom izdržavanju. Punovažnost ugovora je uslovljena prethodnom saglasnošću nadležnog organa starateljstva za stupanje u ugovorni odnos kao davalaca onih fizičkih ili pravnih lica koja se u okviru svog zanimanja ili delatnosti staraju o primaocu izdržavanja (čl. 196 ZON). Time je u duhu rešenja koja postoji i u engleskom i u francuskom pravu (istina, u zaveštajnom pravu), otklonjena mogućnost da lica prema kojima primaoci izdržavanja gaje posebno poverenje ili u njima vide svoje „spasioce“, zloupotrebe ovu okolnost, odnosno poseban odnos zavisnosti koji primaoci izdržavanja zbog svog životnog položaja uspostavljaju prema ovakvim davaocima.<sup>143</sup> Slično rešenje poznaje i špansko pravo, takođe u zaveštajnom nasleđivanju: „Odredbe u testamentu koje je zaveštalac za vreme bolesti od koje je umro sačinio u korist sveštenika koji ga je ispovedio, njegovih srodnika do četvrtog stepena srodstva, ili njegove crkve, dioceze, zajednice ili institucije, neće proizvoditi pravno dejstvo.“<sup>144</sup> Poslovno nesposobno lice može da bude primalac, ali ne i davalac iz ugovora o doživotnom izdržavanju.<sup>145</sup>

Modalitetom ugovora o doživotnom izdržavanju regulisanim našim pozitivnim pravom, primalac izdržavanja na davaoca trenutkom svoje smrti prenosi samo ona prava i stvari koje postoje u trenutku zaključenja ugovora i koje su njime obuhvaćene, a koje moraju biti tako određene ili odredive da mogu da se individualizuju.<sup>146</sup> Kako primalac izdržavanja zadržava svojinu na stvarima čija predaja predstavlja predmet njegove ugovorne obaveze sve do svoje smrti, on može njima da raspolaze pravnim poslovima *inter vivos* i da na taj način ošteti davaoca izdržavanja. Da bi to predupredio, davalac može svoje pravo da zabeleži u odgovarajućim javnim registrima. Ugovor o izdržavanju (čl. 1791–1797 ŠGZ) je ona vrsta ugovora koja u srpskom pravu može da se zaključi po opštim pravilima imovinskog prava u obliku neimenovanog ugovora, a prema kojoj primalac prenosi svojinu na stvarima koje predstavljaju predmet njegove prestacije već trenutkom

---

143 M. Stanković, *op. cit.*, fn. 35, 971–975.

144 Čl. 752 ŠGZ.

145 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 334.

146 Čl. 194, par. 2 ŠGZ.

zaključenja ugovora. Zato je i čl. 1797 ŠGZ predviđena mogućnost da se izvrši zabeležba u javnim registrima, odnosno registracija prava i stvari koje se prenose na davaoca u zamenu za izdržavanje, naravno, ako je njihova registracija moguća.

Forma ugovora o doživotnom izdržavanju, kao forma *ad solemnitatem* ima veliki značaj u pravnom životu jer njeno ispunjenje ne samo što predstavlja konstitutivni element punovažnosti ugovora, već se njome postiže veća preciznost ugovornih odredbi, obezbeđuje pouzdan dokaz o sačinjenom ugovoru ali i umanjuje mogućnost zloupotreba. Postoje tri elementa forme koje ugovor mora da sadrži: prvo, ugovor mora biti sačinjen u pisanom obliku, drugo, ugovor mora da bude overen od strane sudije i kao treći element predviđena je dužnost sudije da pre ovare pročita strankama ugovor i primaoca izdržavanja naročito upozori na to da imovina koja je predmet ugovora ne ulazi u njegovu zaostavštinu i da se njome ne mogu namiriti nužni naslednici.<sup>147</sup> Ova pravna posledica je u praksi nažalost, čest motiv za zaključivanje fiktivnih ugovora o doživotnom izdržavanju i izigravanje pravila o nužnom nasleđivanju.

Imajući u vidu da je ugovor o doživotnom izdržavanju dvostrano obavezujući, moguće je da prestane raskidom, poništajem ili propašću stvari koja je predmet ugovorne obaveze. Opšta pravila za raskid svakog ugovora (sporazumni raskid, jednostrani raskid zbog neispunjerenja, raskid zbog promenjenih okolnosti) primenjiva su i na ovaj kontrakt, ali su od većeg značaja u španskom pravu, jer ugovorom o izdržavanju predviđenim ŠGZ, primalac prenosi na davaoca tačno određene stvari ili prava trenutkom zaključenja ugovora, a ne u momentu svoje smrti, kakav je slučaj u ZON-u. Specifičnost rešenja u španskom pravu za ovaj ugovor (koje srpsko pravo ne sadrži) je u tome što u slučaju raskida ugovora, davalac izdržavanja mora odmah da vrati stvari i prava koja je primio trenutkom zaključenja ugovora, dok sud može da odluči da se restitucija onoga što je primalac po ugovoru primio odloži ako je to u njegovom interesu, uz određena sredstva obezbeđenja koja bi rom prilikom dao.<sup>148</sup>

Kod ugovora o doživotnom izdržavanju postoji i jedan, samo za njega karakterističan razlog za raskid – ako su se međusobni odnosi ugovornih strana poremetili do stepena nepodnošljivosti. Slično tome,

---

147 Čl. 184 i čl. 195 ZON.

148 Vid. detaljnije: čl. 1795 i 1796 ŠGZ.

članom 1792 Španskog građanskog zakonika je propisano da u slučaju nastanka „bilo kakve ozbiljne okolnosti koja onemogućava miran suživot ugovornih strana, svaka od njih može da zahteva da se ugovorenog izdržavanje isplaćuje u redovnim obrocima unapred određenim za ovu svrhu ugovorom, ili u odsustvu ovakve odredbe u iznosu koji odredi sud“. Drugim rečima, u španskom pravu je dozvoljeno da se ugovor o izdržavanju konvertuje u ugovor o doživotnoj renti, što u srpskom pravu nije moguće, osim u slučaju raskida ugovora o doživotnom izdržavanju zbog promenjenih okolnosti. Prednost rešenja prihvaćenog u španskom pravu sastoji se u tome što sprečava moguće zloupotrebe, jer se u srpskoj pravnoj praksi pokazalo da je pozivanje na poremećene odnose najjednostavniji način da se ishoduje raskid ugovora o doživotnom izdržavanju.

Ovaj ugovor se raskida i ako posle smrti davaoca izdržavanja pripadnici njegovog prvog naslednog reda ne nastave sa ispunjavanjem ugovorne obaveze.<sup>149</sup> Osim slučaja simulovanja ugovora o doživotnom izdržavanju, koji je u praksi najčešći razlog njegove nevažnosti, do apsolutne ništavosti ovog kontrakta će doći i ako fizičko ili pravno lice koje se u okviru svog zanimanja ili delatnosti stara o primaocu izdržavanja ne dobije prethodnu saglasnost nadležnog organa starateljstva za stupanje u ugovorni odnos, odnosno, ako za davaoca izdržavanja u trenutku stupanja u ugovorni odnos nije bilo aleatornosti (u trenutku zaključenja ugovora za njega nije predstavljao nikakvu neizvesnost zbog bolesti ili starosti primaoca izdržavanja). U ovom drugom slučaju, zakonski naslednici primaoca izdržavanja mogu da zahtevaju poništenje ugovora u roku od tri godine od trenutka njegove smrti, a u roku od godinu dana od saznanja za postojanje ugovora.<sup>150</sup>

Za razliku od srpskog prava, gde se na ovaj ugovor primenjuju predratna pravna pravila, ugovor o doživotnoj renti je regulisan članovima 1802–1808 Španskog građanskog zakonika. „Ugovorom o doživotnoj renti dužnik se obavezuje da plaća rentu ili godišnji prihod za vreme života jednog ili više tačno određenih lica, u zamenu za vrednost pokretnih ili nepokretnih stvari čije je pravo svojine prenešeno na njega u trenutku zaključenja ugovora, sa opterećenjem da plaća rentu.“<sup>151</sup> Renta mora da bude zasnovana u korist lica koje je živo, što

---

149 Čl. 204 ZON.

150 Čl. 203 ZON.

151 Čl. 1802 ŠGZ.

znači da ne može da bude ustanovljena u korist lica koje je mrtvo u trenutku njenog izvršenja, ili lica „koje je u trenutku zaključenja bolovalo od bolesti koja je prouzrokovala njegovu smrt u roku od dvadeset dana od dana zaključenja, u kom slučaju je ugovor ništav.“<sup>152</sup> Očigledno je da je sankcija ništavosti predviđena za nedostatak aleatornosti na sličan način na koji je srpski zakonodavac postupio u pogledu ugovora o doživotnom izdržavanju u članu 203 ZON.

## VII POPIS I PROCENA ZAOSTAVŠTINE I ODGOVORNOST NASLEDNIKA ZA DUGOVE OSTAVIOCA

„Popis i procena zaostavštine predstavlja skup procesnih radnji kojima ostavinski sud utvrđuje sastav i vrednost zaostavštine“, ali koji prvenstveno služe interesima naslednika, legatara i poverilaca ostavioča, te njihovo preduzimanje nije obavezno.<sup>153</sup> Ove procesne radnje se bez sudske naredbe preduzimaju prilikom sastavljanja smrtovnice i to kada god neko od navedenih lica to zatraži. Posle sastavljanja smrtovnice, popis i procena zaostavštine će se izvršiti po sudskoj naredbi bilo na zahtev ostaviočevih naslednika, legatara ili poverilaca, bilo tako što će sud ovu odluku doneti *ex officio* „ako nije poznato da li ima naslednika ili je njihovo boravište nepoznato, ili su naslednici zbog maloletstva, duševnih bolesti ili drugih razloga nesposobni da se staraju o svojim poslovima, kao i u drugim slučajevima kada su popis i procena opravdani.“<sup>154</sup> Prema čl. 222 ZONS, naslednik odgovara za ostaviočeve dugove do visine vrednosti nasleđene zaostavštine.

Španski građanski zakonik, uređujući ustanovu popisa i procene zaostavštine po uzoru na Justinijanovu kodifikaciju,<sup>155</sup> reguliše ovaj institut u članovima 1010–1034. Važno je istaći da su u španskom pravu predviđena različita pravna dejstva u slučaju kada se pozitivna nasledna izjava daje uz zahtev naslednika za popis i procenu ostaviočeve zaostavštine i sa druge strane, ako naslednik pozitivnu naslednu izjavu daje bez isticanja zahteva za popis i procenu ostaviočeve zaostavštine.

---

152 Čl. 1804 ŠGZ.

153 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 363.

154 Čl. 96, st. 2, 3 i 4 ZVP.

155 J. L. L. Berdejo, *op. cit.*, fn. 38, 72.

Značaj ovog izbora sastoji se u tome, što će ako zahteva popis i procenu zaostavštine i time utvrdi koja je sve prava i stvari stekao po osnovu nasleđivanja, naslednikova odgovornost za dugove i obaveze iz zaostavštine biti ograničena do visine vrednosti nasleđene zaostavštine. On neće morati da angažuje sopstvenu imovinu da bi isplatio dugove i obaveze koji terete zaostavštinu. Zaostavština će se smatrati posebnom imovinskopopravnom celinom u odnosu na njegovu imovinu (neće doći do *confusio bonorum*) sve dok naslednik ne isplati sve dugove i ne izvrši sve obaveze koje terete zaostavštinu (*intra vires*).<sup>156</sup> Pravo da izvrši ovakav izbor stoji na raspolaganju nasledniku, čak i ako bi zaveštalac drugaćije odredio u zaveštanju (odnosno, onemogućio mu ovakav izbor).

Uslovi da bi se uživali benefiti popisa i procene zaostavštine su sledeći: 1. Zahtev, odnosno izjava volje da se želi popis i procena zaostavštine, mora da bude učinjen pred notarom, sudijom ili konzularnim predstavnikom Španije u državi u kojoj se nalazi naslednik,<sup>157</sup> i to u rokovima propisanim čl. 1014–1016 ŠGZ, koji se različito računaju u zavisnosti od toga da li naslednik ima ili nema državinu nad dobrima iz zaostavštine. 2. Popis i procena zaostavštine neće proizvoditi navedena dejstva ako nisu učinjeni istinito i tačno, u predviđenim rokovima i uz propisane formalnosti. Osnovni cilj koji želi da se postigne ovim institutom je da se zaštite interesi naslednika, jer kao posledica sprovedenog popisa, ostaviočevi poverioci mogu da ostvaruju svoja potraživanja samo iz nasledivih prava i stvari iz zaostavštine. Zato ŠGZ u čl. 1013 zahteva istinit i tačan popis dobara iz zaostavštine, dok je članom 1024 predviđena sankcija za naslednika koji namerno propusti da uvrsti u popis zaostavštine bilo koju stvar ili pravo koje joj pripada, ili bez sudskog odobrenja ili odobrenja svih zainteresovanih strana raspolaže zaostavštinom ili njenim delom i pre isplate dugova i izvršenja legata. Sankcija se sastoji u gubitku pogodnosti koje sobom popis i procena zaostavštine nose, a ista ova sankcija će nastupiti i ako se ne ispoštuju rokovi ili ne preduzme forma za popis i procenu i to usled namere ili grube nepažnje naslednika. Formalni zahtevi se sastoje u pozivu poveriocima i legatarima da prisustvuju popisu i proceni zaostavštine, a posledica je da se odgovornost za dugove ograničava do visine vrednosti nasleđene zaostavštine. Ipak, sam naslednik zadržava sva prava i

---

156 Čl. 1023 ŠGZ. L. Díez-Picazo, A. Gullón, *op. cit.*, fn. 41, 238.

157 C. Lasarte, *op. cit.*, fn. 83, 326.

potraživanja u odnosu na zaostavštinu, jer je reč o odvojenoj imovinskoopravnoj celini u odnosu na njegovu imovinu.

Zaostavštini mora da bude određen upravitelj, sve dok svi poverioci i legatari ne budu isplaćeni. Upravitelj će kao lice koje „predstavlja“ zaostavštinu, biti ovlašćen da podiže sve tužbe koje se odnose na potraživanja iz zaostavštine, ali će i biti tužen za sve dugove koji terete zaostavštinu (čl. 1026 ŠGZ). Upravitelj će biti sam naslednik, osim ako ostavilac u svom testamentu nije za upravitelja odredio neko drugo lice, ili ako sud ne proceni da će neko drugo lice bolje obavljati ovu dužnost. Kada je upravitelj naslednik, njegova ovlašćenja su u pogledu raspolažanja stvarima i pravima koja ulaze u sastav zaostavštine ograničena pod pretnjom gubitka pogodnosti koje popis i procena nose, a pod uslovima opisanim u čl. 1024 ŠGZ. Čl. 1027 je dalje predviđeno da upravitelj može da izvrši legate tek nakon što isplati sve ostaviočeve poverioce. Ako među poveriocima traje spor o redosledu njihovih potraživanja prema zaostavštini, upravitelj će izvršiti isplatu po redosledu i visini koji budu određeni pravosnažnom sudskom odlukom u tom sporu. U suprotnom, ako spora nema, on će isplatiti poverioce redosledom kojim se jave (čl. 1028 ŠGZ). Nakon što isplati poverioce, upravitelj će ispuniti legate. Ako se poverilac, za koga se ispočetka nije znalo, pojavi tek nakon što legati budu izvršeni, on će biti isplaćen ako u zaostavštini još uvek ima sredstava za to, a u suprotnom će se primeniti čl. 1029 ŠGZ. U tom slučaju, ovakav poverilac će tužbom od legatara tražiti isplatu vrednosti svog potraživanja, srazmerno visini vrednosti njihovih isporuka. Vrednost zaostavštine podobne za nasleđivanje činiće onaj njen ostatak do koga će se doći nakon što se isplate ostaviočevi poverioci i isporukoprimci.<sup>158</sup>

Kao što se vidi, za razliku od španskog prava i nekadašnjeg rešenja Srpskog građanskog zakonika, u pozitivnom srpskom pravu ne postoji tako bliska veza između obima odgovornosti naslednika za dugove ostavioca i prethodnog prihvatanja zaostavštine sa ili bez popisa i procene zaostavštine. U srpskom pravu je režim naslednikove odgovornosti za dugove uvek *pro viribus hereditatis*, „vrednosno ograničen a predmetno neograničen“, što znači da naslednik odgovara do visine vrednosti nasleđene zaostavštine, ali kako stvarima i pravima iz zaostavštine, tako i stvarima i pravima iz sopstvene imovine.<sup>159</sup> Jedini

---

158 C. Lasarte, *op. cit.*, fn. 83, 329–330.

159 O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 397.

izuzetak od ovog pravila, kada se prelazi na odgovornost *cum viribus hereditatis*, „vrednosno ograničen i predmetno ograničen“ sistem, kada se za dugove odgovara do visine vrednosti nasleđene zaostavštine, ali samo stvarima i pravima iz zaostavštine (kako je to u španskom pravu pravilo, ako se pozitivna nasledna izjava daje uz zahtev za popis i procenu zaostavštine), jeste kod ustanove *separatio bonorum*.<sup>160</sup>

Mišljenja smo da je rešenje srpskog prava više usmereno na zaštitu ostaviočevih naslednika, a rešenje španskog prava na zaštitu ostaviočevih poverilaca. I jedno i drugo rešenje se čini pomalo ekstremnim. S jedne strane, odsustvo popisa i procene zaostavštine uz odgovornost za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđene zaostavštine možda suviše favorizuje naslednika, jer otvara mogućnost zloupotreba i dugih i skupih sporova, obzirom da bi ostaviočevi poverioci morali eventualno da dokazuju da je vrednost zaostavštine dovoljna za isplatu dekujušovih dugova, ako bi to naslednik osporavao. Ovo tim pre što u srpskom pravu ne postoje rokovi za davanje nasledničke izjave i popis i procenu zaostavštine koje predviđa špansko pravo, što je svakako njegova prednost. Sa druge strane, odgovornost *ultra vires hereditatis*, koja podrazumeva ne samo odgovornost naslednika stvarima i pravima iz zaostavštine, već i obavezu da angažuje svoju imovinu ako bi ostavilac bio prezadužen, deluje suviše rigidno, pa čak i ako je naslednik propustio da se prihvati nasleđa uz popis i procenu zaostavštine. Otuda je možda najbolje „srednje“ rešenje, koje je prihvatio francuski *Code civil* izmenama iz 2006. godine. On je dotadašnju odgovornost *ultra vires hereditatis* u slučaju prečutnog prijema nasleđa izmenio dajući mogućnost nasledniku da unapred navede pravne poslove koji se neće smatrati prečutnim prijemom nasleđa, a što će opet uticati na kvalifikaciju nasledničke izjave kao pozitivne ili negativne u slučaju prezaduženosti dekujusa.<sup>161</sup>

## 8. GUBITAK SUBJEKTIVNOG NASLEDNOG PRAVA

Španski građanski zakonik u članu 756 izričito normira 6 razloga za nedostojnost, te će nedostojni za nasleđivanje biti:

---

160 O. Antić, Z. Balinovac, *op. cit.*, fn. 82, 594–595; Čl. 225–227 ZON. Slično i u čl. 1034 ŠGZ.

161 M. Grimaldi, *op. cit.*, fn. 130, 2551–2552.

1. Roditelji koji su napustili, iskvarili ili izložili prostituciji svoju decu;
2. „Lice koje je sudskom odlukom osuđeno za pokušaj ubistva zaveštaoca, njegovog supružnika, predaka ili potomaka;“
3. „Lice koje je optužilo zaveštaoca za krivično delo za koje je zakonom propisana kazna dugogodišnjeg zatvora, ako se po kaže da je ovakva optužba kleveta;“
4. „Stariji naslednik koji je, iako svestan da je zaveštalac umro nasilnom smrću, propustio da prijavi tu činjenicu nadležnim organima u roku od mesec dana, osim ako su nadležni organi već preduzeli odgovarajuće radnje po službenoj dužnosti,“ ili ako „ne postoji obaveza da se podigne optužba;“
5. „Lice koje je pretnjom, prevarom ili silom primoralo zaveštaoca da sačini zaveštanje ili da ga izmeni;“
6. „Lice koje na isti način spreči drugog da sačini zaveštanje ili da opozove ranije sačinjeno zaveštanje, ili skloni, sakrije ili učini nešto drugo sa kasnije sačinjenim testamentom.“

Razlozi navedeni u tačkama 5 i 6 gotovo da su identični onima iz čl. 674 ŠGZ i čl. 713 ŠGZ, odnosno čl. 4 st. 1 tač. 2 Zakona o nasleđivanju Srbije, pa će o njima biti više reči u predstojećim redovima. Razloge iz tačaka 1 i 3 srpsko pravo ne poznaje kao razloge za nedostojnost, dok onaj iz tačke 2 predviđa kao *exempli causa* predviđen osnov za isključenje iz prava na nužni deo, s tim što srpsko pravo zahteva da krivično delo bude izvršeno umišljajno, a krug lica prema kojima treba da se učini ograničava na zaveštaočevog supružnika, roditelje i dete (jer ako je pokušaj ubistva upravljen prema ostaviocu reč je o nedostojnosti).<sup>162</sup> Međutim, interesantno je da špansko pravo, za razliku od srpskog i mnogih drugih prava ne predviđa izričito umišljajno ubistvo kao osnov nedostojnosti,<sup>163</sup> dok s druge strane sankcioniše indignitetom naslednika koji je bio saučesnik, ne prijavivši nasilnu smrt ostavioču u roku od mesec dana (Španski građanski zakonik ne precizira da li rok počinje da teče od trenutka saznanja za nasilnu smrt, što je čini se slučaj, ili od trenutka kada se smrt dogodila). Nedostojnost, kao jedna od najtežih građanskopravnih sankcija koja podrazumeva gubitak svih prava iz zaostavštine nezavisno od osnova pozivanja na nasleđe, o kojoj sud u srpskom pravu vodi računa *ex officio* i nastu-

---

162 Čl. 61, st. 1 ZON.

163 Čl. 4, st. 1, tač. 1 ZON.

pa *ex lege*, relativizovana je u španskom pravu zahtevom da se može isticati samo u roku od 5 godina od trenutka od kada je naslednik ili legatar stekao državinu na stvarima iz zaostavštine.<sup>164</sup> Isto tako, špansko pravo zahteva pravosnažnu presudu kao preduslov za nastupanje razloga nedostojnosti navedenih u tačkama 2 i 3,<sup>165</sup> čime se doprinosi pravnoj sigurnosti pri primeni ove izuzetno teške naslednopravne sankcije. Srpski zakonodovac se ne izjašnjava o ovom pitanju, a starija nauka zauzima isti stav kojem se priklonio španski zakonodavac, dok u novijoj nauci stvari stoje drugačije. Mi smo mišljenja, da bi jedno lice, koje preduzme bilo koju od zakonom izričito navedenih zabranjenih radnji, moralo da bude nedostojno nezavisno od eventualne krivične odgovornosti. Ovo ne samo zato što je ovde reč o jednoj, po prirodi sasvim drugačijoj sankciji (naslednopravnoj, građanskopravnoj), već i zato što bi moglo da se dogodi da od načina na koji je sproveden krivični postupak zavisi i mogućnost sticanja subjektivnog naslednog prava. Naravno, u slučaju sporova, kada bi krivični postupak bio u toku, svaki sudija ostavinskog ili parničnog suda bi po pravilu prekinuo postupak koji vodi i sačekao pravosnažnu krivičnu presudu. Ali, ako krivični postupak ne bi bio vođen, zbog načela jedinstva pravosuđa ne bi smelo da se dozvoli da ostavinski ili parnični sud ne donese presudu, makar samo sa dejstvom u toj stvari, jer bi ona svakako kasnije mogla da bude korigovana nasledničkom tužbom, ako bi krivični sud u istoj stvari odlučio drugačije.<sup>166</sup>

Međutim, Španski građanski zakonik i u delu u kome su propisana opšta pravila o testamentu predviđa da će lice, koje uz pomoć prevare, prinude ili sile spreči lice čiji je zakonski naslednik da sačini zaveštanje, biti lišeno svojih naslednih prava, nezavisno od svoje krivične odgovornosti, za čije su se postojanje takvim postupanjem eventualno stekli razlozi.<sup>167</sup> Iako španski zakonodavac ovde izričito ne govori o nedostojnosti, smisao ove odredbe je identičan drugom razlogu nedostojnosti u srpskom pravu, prema kome je nedostojan naslednik koji prinudom, pretnjom ili prevarom navede ostavioča da sačini ili opozove zaveštanje ili neku njegovu odredbu, ili ga u tome spreči.<sup>168</sup>

---

164 Čl. 762 ŠGZ i čl. 4 st. 2 ZON.

165 Čl. 758, st. 2 ŠGZ.

166 M. Stanković, „Kratak osvrt na uticaj (ne)postojanja krivične odgovornosti i pravosnažne krivične presude na postojanje nedostojnosti za nasleđivanje“, *Bilten Višeg suda u Beogradu* 83/2013, 83–86.

167 Čl. 674 ŠGZ.

168 Čl. 4, st. 1, tač. 2, ZON.

Rešenje srpskog prava je bolje i potpunije samo *prima faciae*. Najpre, ono lišava svih naslednih prava kako zakonskog, tako i zaveštajnog naslednika koji preduzme neku od navedenih radnji. Dalje, ono sankcioniše sprečavanje, ali za razliku od španskog prava i navođenje jednog lica da sačini zaveštanje, ili u njega unese neku odredbu. Međutim, ako se član 674 ŠGZ dovede u vezu sa čl. 756 tač. 5 i 6 ŠGZ, videće se da i u španskom pravu nedostojnost pogarda bilo koje lice a ne samo zakonskog naslednika, nezavisno od toga na koji način osujećuje ostvarenje prave testatorove volje. S druge strane, na ovom mestu španski zakonodavac navodi da jedno lice može da bude nedostojno za nasleđivanje, iako ne postoji pravosnažna krivična presuda kojom se sankcioniše njegovo ponašanje koje je istovremeno i razlog nedostojnosti i biće određenog krivičnog dela.

Španski građanski zakonik, ovoga puta u okviru izlaganja o zatvorenom testamentu, predviđa da će lice koje umišljajno propusti da preda zaveštanje nadležnom sudiji u roku od 10 dana od saznanja za smrt zaveštaoca, ili umišljajno ukloni testament iz mesta zaveštaočevog domicila ili sefa lica kod kojeg je on bio čuvan, ili ga sakrije, uništi ili na bilo koji drugi način učini neupotrebljivim, izgubiti pravo na nasleđe, nezavisno od toga da li se na njega poziva kao zakonski, zaveštajni naslednik ili legatar, i nezavisno od njegove eventualne krivične odgovornosti za preduzetu radnju.<sup>169</sup> Razlika u odnosu na opštu normu, predviđenu članom 756 tač. 6 ŠGZ je u tome što je ovde opredeljen vremenski rok u kojem naslednik svojim delanjem može da spreči nastupanje nedostojnosti. Slično ovome, Zakon o nasleđivanju Srbije u čl. 4 st. 1 tač. 3 predviđa da nikakvu korist ni na osnovu zakona ni na osnovu zaveštanja ne može da stekne „onaj ko je u nameri sprečavanja ostaviočeve poslednje volje uništilo ili sakrio njegovo zaveštanje, ili ga je falsifikovao.“ Iako špansko pravo izričito ne zahteva da bilo koja od preduzetih radnji bude učinjena u nameri sprečavanja ostaviočeve poslednje volje, cilnjim tumačenjem upotrebljenih generalnih klauzula – „skloni, sakrije ili učini nešto drugo sa kasnije sačinjenim testamentom“ (čl. 756 tač. 6 ŠGZ) i „ili ga na bilo koji drugi način učini neupotrebljivim“ (čl. 713 ŠGZ), dolazi se do istog, pa čak i do šireg i boljeg efekta nego u srpskom pravu, jer je ono ograničilo sankcionisanje naslednika samo na uništavanje, skrivanje ili falsifikovanje testamenta. S druge strane, čini se da špansko pravo u slučaju zatvorenog zaveštanja ostavlja jedan suviše kratak, i to subjektivni (pa samim tim i teško do-

---

169 Čl. 713 ŠGZ.

kaziv) rok za predaju zaveštanja, nakon koga nastupa ova, inače najteža naslednopravna sankcija, pa se može postaviti pitanje srazmernosti sankcije u odnosu na značaj zaštićenog dobra, odnosno subjektivnog naslednog prava.

U oba pravna sistema isključenje iz prava na nužni deo može da se učini samo u formi zaveštanja, ali za razliku od srpskog prava, u kome se zahteva da ono bude izraženo nesumnjivo, a preporučuje se da se navede i uzrok isključenja, u španskom pravu se postavlja zahtev i za navođenjem pravnog osnova na kojem se ono zasniva.<sup>170</sup> Srpsko pravo predviđa jedan širok pravni standard za isključenje iz prava na nužni deo, a to je „teže ogrešenje o zaveštaoca povredom neke zakonske ili moralne obaveze“. Time je dopušteno da svaka konkretna radnja koja bi mogla da se podvede pod ovu normu bude sankcionisana ekschedacijom, ali se u zakonu *exempli causa* ipak navodi da će to biti u slučaju grubog ili uvredljivog odnosa prema zaveštaocu, odavanja neradu i nepoštenom životu ili umišljajno učinjenog težeg krivičnog dela prema zaveštaocu, njegovom supružniku, detetu, usvojeniku ili roditeljima.<sup>171</sup> Da se ne bi dogodilo da neko lice bude sankcionisano za poнашање koje više ne praktikuje, ZONS predviđa pravično rešenje prema kojem razlog za isključenje mora da postoji u trenutku ostaviočeve smrti.<sup>172</sup> No, teleološkim tumačenjem se zaključuje da to važi samo za razloge koji su morali da traju u kontinuitetu određeno vreme (npr. grub i uvredljiv odnos, odavanje neradu i nepoštenom životu), dok je za neke, poput umišljajno učinjenog težeg krivičnog dela dovoljno da se dogode samo jedanput, jer u suprotnom bi sankcija isključenja izgubila svaki smisao.<sup>173</sup> Špansko pravo propušta da napravi ovu važnu razliku, ali zato predviđa različite osnove za isključenje u pogledu potomaka, predaka i supružnika. Izričito je napomenuto da su razlozi koji vode nedostojnosti iz čl. 756 tač. 2, 3, 5 i 6 ŠGZ istovremeno i osnovi isključenja supružnika, dece i ostalih potomaka. Osim pomenu-tih razloga, i tačka 1 navedenog člana predstavlja osnov za isključenje,

---

170 Čl. 849 ŠGZ i čl. 62, st. 2 ZON.

171 Čl. 61, st. 1 ZON.

172 čl. 62, st. 3 ZON; O. Antić, *op. cit.*, fn. 12, 197.

173 N. Stojanović, „Isključenje iz nasleđa po novom Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš 1996–1997, 177–180; M. Stanković, „Nasilje u porodici kao uzrok isključenja iz prava na nužni deo“, *Nasilje u porodici – Zbornik radova sa naučnog skupa (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulic)*, Beograd 2012, 258–263.

ali samo roditelja i ostalih predaka. Ovo nije bilo neophodno naglašavati, jer je nedostojnost teža građanskopravna sankcija od isključenja, obzirom da nedostojni ne može da nasledi ništa iz zaostavštine ni po jednom osnovu pozivanja na nasleđe i to *ex lege*, dok je za isključenje potrebna izričito izjavljena volja zaveštaoca u tom pravcu u formi testamenta. Deca i potomci još mogu biti isključeni ako su „bez opravdanog razloga odbili da izdržavaju roditelja ili pretka koga nasleđuju“ (u srpskom pravu je „onaj ko se teže ogrešio o zakonsku obavezu izdržavanja prema ostaviocu ili mu je uskratio nužnu pomoć“ nedostojan za nasleđivanje<sup>174</sup>) i ako su ga „izložili maltretiranju ili ozbiljno uvredili u razgovoru“,<sup>175</sup> što je veoma slično *exempli causa* navedenom razlogu za eksheredaciju u srpskom pravu. Roditelji i preci još mogu da budu isključeni zbog „lišenja roditeljskog prava“, „odbijanja bez opravdanog razloga da izdržavaju svoju decu ili potomke“ ili zbog „pokušaja jednog roditelja da liši života drugog roditelja, a do izmirenja između njih nije došlo“.<sup>176</sup> Osnovi za isključenje supružnika su i zbog „ozbiljne i ponavljane povrede bračnih dužnosti“, „uzroka koji su prouzrokovali lišenje roditeljskog prava“, „odbijanja da izdržava svoju decu ili drugog supružnika“ i „pokušaja ubistva supružnika, a do izmirenja između njih nije došlo.“<sup>177</sup>

Dakle, za razliku od srpskog prava, špansko pravo predviđa razloge za isključenje *numerus clausus*, što ima opravdanja kod nedostojnosti kao najteže naslednopravne sankcije, ali u manjoj meri kod eksheredacije. Promenama u vremenu i u shvatanjima više odgovara sistem generalne klauzule, pod koju bi moglo da se podvede svako ponašanje koje bi vodilo težem ogrešenju o ostavioca. Iz tog razloga, sistem španskog prava više pogoduje zaštiti položaja naslednika (ponekada možda i neopravdano?), naročito imajući u vidu odredbu po kojoj zaveštalac gubi pravo da razbaštini lice sa kojim se pomirio, a da već učinjeno isključenje u slučaju pomirenja gubi pravna dejstva.<sup>178</sup> S druge strane, sistem srpskog prava više vodi računa o interesima ostavioca, čemu u prilog ide i mogućnost koju mu ZON pruža, da neko lice u celini, ili samo delimično isključi iz prava na nužni deo.<sup>179</sup>

---

174 Čl. 62, st. 2, tač. 4 ZON.

175 Čl. 853 ŠGZ.

176 Čl. 854 ŠGZ.

177 Čl. 855 ŠGZ.

178 Čl. 856 ŠGZ.

179 Čl. 63, st. 1 ZON.

Srpsko pravo za razliku od španskog poznaje još jednu vrstu eksheredacije, lišenje prava na nužni deo, koja ima manje kazneni, a više socijalni karakter, zbog čega se još zove „isključenje u dobroj nameri“ (*exhereditatio bona mente*).<sup>180</sup> Njime mogu da budu pogodeni u celini ili delimično samo potomci zaveštaočevi i to ako su „prezaduženi ili rasipnici“, a lišenje može da se izvrši samo u korist maloletne dece ili unuka lišenog, ili u korist punoletne dece ili unuka lišenog koji su nesposobni za privređivanje.<sup>181</sup> *Ratio legis* ovog instituta je da se predupredi da dalji ostaviočevi potomci snose posledice neodgovornog života svojih roditelja, te da se očuvaju uslovi za njihovu egzistenciju.

## ZAKLJUČAK

Razlike između pojedinih naslednopravnih sistema su previše velike, da bi u skorije vreme bilo moguće izvršiti unifikaciju ili bar harmonizaciju naslednog prava u Evropi. Čak i zakonodavstva koja pripadaju „romanskom“ (poput španskog) ili „germanskom“ sistemu nasleđivanja (poput srpskog), razlikuju se među sobom zbog osobnosti koje sadrže, a koje su posledica činjenice da je svako nacionalno nasledno pravo u velikoj meri zasnovano na običajima i shvatanjima jednog naroda koji se sporo i malo menjaju i uvreženi su u kolektivnoj svesti u pojedinim sredinama.<sup>182</sup> Ovo je posebno slučaj u oblasti zakonskog nasleđivanja, koje je u germanskim sistemima zasnovano na parentelarno-linearnom sistemu a u romanskim na sistemu bliskosti srodstva, te u pogledu ugovornog nasleđivanja koje je po pravilu, karakteristično samo za pravne sisteme utemeljene na srednjevekovnom germanskom pravu i običajima.

Pored nedostojnosti za nasleđivanje, isključenja iz prava na nužni deo i obligacionopravnih ugovora sa naslednopravnim dejstvima, kod kojih su razlike između dva sistema prevashodno nomotehničke a ne suštinske, čini se da u perspektivi postoji prostor za približavanje u pogledu još nekih instituta. Promenjene društvene okolnosti diktiraju nužnost da i nasledna prava nastala po uzoru na Napoleonov kodeks

---

180 O. Antić, Z. Balinovac, *op. cit.*, fn. 82, 284.

181 Čl. 64. i čl. 65 ZON *in fine*.

182 M. Petrović, „Merodavno pravo za nasleđivanje prema Predlogu uredbe EU“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope* (ur. S. Bejatović), Kragujevac 2010, 364.

poboljšaju naslednopravni položaj supružnika i prihvate pravnu pretpostavku o obligacionopravnoj pravnoj prirodi prava na nužni deo. Takođe, približavanja su relativno brzo i lako moguća i u odnosu na unifikaciju forme zaveštanja, što je najjednostavniji postići ratifikovanjem Konvencije o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta iz 1973. godine.

Do tada, poslednji instrument unifikacije evropskog naslednjog prava ostaje Uredba o nasleđivanju (650/2012) Evropskog parlamenta i Evropskog saveta, koja je zasnovana na „Predlogu Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i autentičnih instrumenata u oblasti nasleđivanja i stvaranja evropskog sertifikata o nasleđivanju“ iz 2009. godine. Članom 23. Uredbe je formulisana tačka vezivanja za nasleđivanje sa elementom inostranosti u EU, kako za određivanje merodavnog prava, tako i za određivanje nadležnog suda, a to je redovno (uobičajeno) boravište ostavioca u vreme njegove smrti.<sup>183</sup>

*Miloš Stanković, LL.M.  
José Manuel Gutiérrez Celdrán*

## ESSAY ON THE POSSIBILITY TO HARMONISE EUROPEAN INHERITANCE LAW BY ANALYSING THE MOST RELEVANT SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN SERBIAN AND SPANISH INHERITANCE LAW

### *Summary*

The differences between certain inheritance-legal systems are so large that in the forthcoming period we cannot expect unification or at least harmonization of the Inheritance Law in Europe to become possible. Even the legal systems that belong to “Roman” (such as Spanish) or

---

183 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>, 20.10.2013; Više o tome: M. Petrović, *op. cit.*, fn. 82, 368–372; M. Kostić Mandić, „Predlog uredbe Evropskog parlamenta i savjeta o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju presuda i autentičnih instrumenata u oblasti nasleđivanja i stvaranja evropskog sertifikata o nasleđivanju iz 2009. godine“, *Evropsko zakonodavstvo* 37–38/2011, 22–26.

“German” system of inheritance (such as Serbian), differ from one another due to the particularities they contain, which arise from the fact that each national inheritance law is largely based on the customs and beliefs of a nation; customs and beliefs that show little and slow change and which are, in some territories, ingrained in the nations’ collective conscience. This is especially the case in the field of intestate succession, which is in Germanic systems based on the parentelar-linear system, while in the Roman systems it is based on the system of closeness of kinship, as well as in the case of contractual inheritance which is characteristic only for legal systems based on medieval Germanic law and customs.

Apart from unworthiness to inheritance, disinheritance and obligation-legal contracts with inheritance-legal effects, in which the differences between the two systems are primarily nomotechnical and not essential, it seems that in the future there is scope for convergence with respect to some other institutes. The changing social circumstances dictate the necessity for inheritance-legal systems modelled on the Napoleon’s Code to improve the legal position of a spouse and accept the legal presumption of obligation-legal nature of the legitime. Also, convergence is relatively quick, easy and possible in relation to the unification of form of last will, which is easiest to achieve through the ratification of the Convention on the uniform law on the form of international will from 1977.

Until then, the last instrument of the unification of the European inheritance law remains the Inheritance Regulation (650/2012) of the European Parliament and the European Council, which is based on the “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European certificate of Succession” from 2009. In the Article 23 of the Regulation a general connecting factor to the inheritance with the foreign element in the EU is formulated, in order to determine the applicable law, as well as to determine the competent court, which is habitual testator’s residence at the time of his/her death.

**Key words:** *Unification. – Harmonization. – Inheritance Act of Serbia.  
– Spanish Civil code. – Intestate succession. – Testate succession. – Inheritance contracts.*

*Dr Igor Vujović*

## PREVARA U SVIJETLU DONOŠENJA SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Ovaj rad analizira koncept prevare ugovornog prava, kao i njen uticaj na punovažnost ugovora. U skladu sa tim članak analizira predložena rješenja Komisije za izradu građanskog zakonika. Moglo bi se reći da prevaru treba posmatrati u duhu zakona, i kroz njen odnos prema javnom poretku i osnovnim načelima obligacionog prava i moralnih principa. Jedino na taj način se može steći cijelovita slika prevare u građanskom pravu. U tom smislu autor članka predlaže da Komisija za izradu Srpskog građanskog zakonika prihvati drugu alternativu, kojom se propisuje da je ugovor zaključen pod prevarom absolutno ništav.

Ključne reči: *Ugovor. – Prevara. – Nepunovažan. – Građanski zakonik.*

### 1. UVOD

*„Fraus omnia corumpit“ – Prevara sve kvari*

Moglo bi se reći da se nalazimo u predvorju donošenja jednog od najznačajnijih pravnih akata iz oblasti građanskog prava, razumije se, riječ je o Srpskom građanskom zakoniku. Kodifikacija građanskog prava je jedan od najznačajnijih pravnih poduhvata jedne generacije ili bolje reći sinteza pravnog života jedne pravno uređene zajednice. Sredinom 2009. godine Komisija za izradu srpskog grđanskog zakonika je objavila prednacrt koji uređuje materiju obligacionih odnosa. Može se uočiti da postoji značajan broj novina predviđenih tim prednacrtom. Tim povodom, ovaj rad predstavlja pokušaj da se razmotri jedno, čini se, važno pitanje, kao što je prevara.

Ipak, za ovu priliku se neće raspravljati o samom institutu, već će se isključivo razmatarati, pored već postojećih rješenja, i predlože-

---

\* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Slobomir, drigorvujovic@t-com.me.

ne novine koje se regulišu pravne posledice ugovora zaključenog pod prevarom. Ovo zbog toga što se u predloženim alternativama uvodi jedno drugačije poimanje prevare, posmatrano sa stanovišta pravnih posledica.

## 2. PREDLOG RJEŠENJA

Komisija za izradu Građanskog zakonika Srbije<sup>1</sup> je pored već predviđenih rješenja kojim se reguliše materija prevare<sup>2</sup> ponudila i neke dupune. Prema predloženim alternativama strana koja je zaključila ugovor pod prevarom ima pravo na prigovor i posle isteka roka zastarelosti prava da zahteva poništenje ugovora.<sup>3</sup> Pored navedenog ponuđena je i varijanta prethodnog rješenja po kojem strana koja je zaključila ugovor pod prevarom može odbiti da izvrši obavezu iz ugovora i posle zastarelosti prava da traži njegovo poništenje.<sup>4</sup> Izgleda da druga varijanta za predhodni stav, u kojem se kaže; da je ugovor zaključen pod prevarom je ništav,<sup>5</sup> predstavlja rješenje koje unosi značajnu novinu u našem i uporednom pravu. Možda bi se moglo i reći da predstavlja zaokret u dosadašnjem shvatanju prevare u okvirima građanskog-prava. Otuda bi ovu raspravu valjalo usmjeriti na razmatranje predloženih alternativnih rješenja, kako onih koji se odnose na institut prigovora, tako i na stav da ugovor zaključen pod prevarom može biti pogoden sankcijom apsolutne ništavosti.

## 3. EXCEPTIO DOLI MALI

Još davno su rimski pravnici smatrali da ugovorna strana koja je tužena ima pravo da istakne prigovor protiv tužiočevog zahtjeva.<sup>6</sup> Ukoliko se pažljivije analiziraju fragmenti iz Gajevih institucija dalo

---

1 U daljem tekstu Komisija.

2 Vidi: čl. 62 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, *Obligacioni odnosi, druga knjiga*, Beograd 2009, (u daljem tekstu Prednacrt GZS).

3 Alternativa člana 62 Prednacrt GZS.

4 Varijanta I člana 62 Prednacrt GZS.

5 Vidi: Varijanta II člana 62 Prednacrt GZS.

6 Vidi; Fragment Gajevih institucija 116. *Comparatae autem exceptiones defendantorum egrum gratia, cum quibus agitur*. Citirano i prevedeno prema: J.

bi se zaključiti da je institut prigovora nastao kao potreba da se tuženi zaštiti od tužiočevih nesavjesnih postupanja, odnosno ukoliko je na tužiočevoj strani bilo prevarnih radnji.<sup>7</sup> Čini se da na ovakav zaključak najbolje ukazuje primjer kako se u rimskom pravu sastavljao prigovor „Si in ea nihil dolo malo agerii factum sit neque fiat“, a što u prevodu znači; Ako u ovom postupku nije bilo prevare....“<sup>8</sup>:

Dakle, još u rimskom pravu postojao je prigovor kojim tužena strana može odbiti da izvrši ugovor tvrdeći da je zaključen usled prevere od strane tužioca.<sup>9</sup> Institut prigovora kao pravno sredstvo ima svoju primjenu i danas. Ne treba zanemariti ni činjenicu da je ovaj institut bio izričito predviđen u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima prof. Mihaila Konstantinovića.<sup>10</sup>

#### 4. ČLAN 31 SKICE

Prema važećim zakonskim rješenjima sasvim je jasno da žrtva prevare, nakon proteka rokova, ne može više zaštiti svoja ugrožena prava. Naprotiv, vrlo je moguće da žrtva prevare može postati tužena strana. Upravo u situaciji kada prevarant jednostavno sačeka da prođu svi zakonski rokovi, a potom pokrene sudski postupak protiv prevarenog zahtijevavši da ispuni svoju obavezu (ili preostali dio svojih obaveza).

Redaktori Skice prof. Konstantinovića su u više slučajeva mijenjali, dopunjavali, a u nekim čak i izostavljali pojedina rješenja koja su u njome bila predviđena. Da li se baš uvijek to radilo iz ubjedljivih naučnih argumenata može biti predmet neke druge analize. Ipak, u ovom slučaju se ne može zanemariti činjenica da je izostavljen dio člana 31 Skice koji, moglo bi se reći, na nedvosmislen način uređuje institut prigovora. Naime, u pomenutom članu je propisano da dužnik

Danilović, O. Stanojević, *Tekstovi iz Rimskog prava*, deveto izdanje, Beograd 2003, 127.

7 „.... id est ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit.“ „...Sudija će osuditi tuženog samo ako nije bilo prevare od strane tužioca...“, J. Danilović, O. Stanojević, *op. cit*, fn. 6, 129.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 „Skica Zakonika o obligacijama i ugovorima“, *Klasici Jugoslovenskog prava*, knjiga XIII, Beograd 1996. (u daljem tekstu Skica).

može odbiti da izvrši svoju obavezu koja nema dozvoljen pravni osnov i posle zastarelosti prava da traži poništaj te obaveze.<sup>11</sup>

Upoređujući rješanja iz Skice sa predloženim alternativama za budući Srpski građanski zakonik dalo bi se zaključiti da se u dobroj mjeri Prednacrt GZS vratio Skici kao svom izvorniku. Razumije se, posred tog treba istaći da postoje brojni argumenti koji idu u prilog jednom ovakvom predlogu zakonskih rješanja. Prednosti predloga rješenja sadržanih u Skici i Prednacrtu SGZ počivaju na tome, da tužena strana koja je žrtva prevare, može istaći prigovor i tako odbiti tužbeni zahtjev prevaranta i nakon proteka roka za podizanje tužbe za poništaj ugovora.

Kao što je na početku istaknuto u praksi nisu rijetki slučajevi da ugovorna strana koja je počinila prevaru jednostavno sačeka da proteknu svi zakonski rokovi, a potom podigne tužbu protiv prevarenog radi ispunjena preuzetih, odnosno preostalih obaveza. Da li je potrebno posebno isticati kolika bi nepravda bila počinjena prema prevarenom ukoliko bi prevarant uspio u ovakvom sporu, jer nepravda je najveća kad ko od zla dijela svoga još i korist kakvu primi.<sup>12</sup>

Uvođenje instituta prigovora, kao jednog od instrumenata pomoću kojih se može pružiti zaštita prevarenoj ugovornoj strani, čini se više nego opravdano. Prednost ovakvog rješenja je u tome što je institut prigovora veoma moćno pravno sredstvo. Njegova prednost je u tome što zastarelosti nema, prigovori ne zastarijevaju<sup>13</sup> i njihova dejstva se ne mogu izbjegći.<sup>14</sup> Sa druge strane čini se posebnu pažnju treba posvetiti predloženom rješenju po kojem je ugovor zaključen pod prevarom ništav.

## 5. UGOVOR ZAKLJUČEN POD PREVAROM JE NIŠTAV<sup>15</sup>

Argumentacija koja ide u prilog ovakvom rješenju je zaista brojna, tolika da u ovoj vrsti rada ona ne može biti obuhvaćena. S druge

---

11 Član 31 st. 5 Skice.

12 Čl. 1028 Opštег imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru.

13 Izuzetak su dilatorni prigovori, ali oni su veoma rijetki, dok se u kontekstu prevare o njima ne može raspravljati.

14 O. Stanojević, J. Danilović, *op. cit.*, fn. 6, 129.

15 Vidi; Alternativa II člana 62 Prednacrta SGZ.

strane ona je u našaoj pravnoj literaturi izlagana u više navrata. Ipak, ona se može rezimirati na sledeći način. Prva grupa argumenata koji idu u prilog II varijanti proizilazi iz odnosa prevare i načela ugovornog prava. Izgleda da nije sporno da je prevara u suprotnosti sa većinom načela ugovornog prava. To se prije svega odnosi na načelo autonomije volje, ravnopravnost ugovornih strana, načelo savjesnosti i poštenja, zabrana zloupotrebe prava, zabrana prouzrokovanja štete, dobri običaji.

Načelo savjesnosti i poštenja nalaže da se u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa uovorne strane ponašaju u skladu sa „*bona fides*“.<sup>16</sup> Nasuprot tome stoji *mala fides* koji označava dolus i zasniva *exceptio doli generalis*.<sup>17</sup> Strane ugovornice su dužne da se ponašaju u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja u trenutku zaključenja ugovora, a moglo bi se reći i u potupku njegovog izvršenja. Kada se kaže prevara pod tim se obično podrazumijeva nesavjesnost ugovorne strane koja je počinila prevaru jer je nesavjesnost sastavni element prevare. To bi ujedno bila i tačka razdvajanja zablude i prevare.<sup>18</sup> Dakle, postojanje prevare uvijek podrazumijeva nejasnosnost ugovorne strane koja se njome služila prilikom zaključenja ugovora.<sup>19</sup> U pravnoj nauci je zastupljeno mišljenje da je prevara jedan od najtežih oblika nesavjesnosti.<sup>20</sup>

Moglo bi se zaključiti da je ugovorna strana koja je počinila prevaru i na taj način ostvarila svoj cilj, izvršila povredu načela savjesnosti i poštenja. U prvom redu ona je nesavjesna, njena nesavjesnost se ogleda u namjeri da dovede u zabludu svog saugovornika preuzimajući određene radnje u tom pravcu. Dakle, svjesnost je suprotan pojam nepoštenju i prevari (*Fides bona contarire est fraudi et dolo*).<sup>21</sup> S

---

16 Javolenus D, 19, 2, 21, *Bona fides exigit ut quod fait*.

17 Vidi: S. Perović (glavni redaktor), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Beograd 1995, 11.

18 „S jedne strane, nesavesnost saugovrnika može biti takvog oblika da dovede do promene kvalifikacije ustanove o kojoj je reč, da zabludu pretvoriti u prevaru.“ D. Hiber, *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*, doktorska disertacija, Beograd 1991, 260.

19 S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1986, 301.

20 L. Josserend, *Les mobiles de les actes juridique du droit privé*, Paris 1928, 16–17.

21 Paulus, D 17, 2, 3, 3. U tom smislu prof. Perović kaže; „Moglo bi se reći da pravno mišljenje dobija u načelu savjesnosti i poštenja kriterijum koji ima svoj

druge strane raspravu o odnosu prevare i ostalih načela obligacionog prava može se ostaviti za neku drugu priliku. Ipak, na osnovu razmatranog odnosa načela savjesnosti i prevere, odmah se može nadovezati i druga grupa argumenata koja se odnosi na pitanje odnosa prevare i morala, morala kao jednog od osnovnih stubova javnog poretku, pa i prava uopšte. Moglo bi se reći da je prevara akt koji je suprotan moralu. Prevariti svog saugovornika znači postupati protivno savjesnosti i poštenja, protivno etičkim i moralnim principima.

Zapravo da li je tu potrebno bilo šta dokazivati? Gdje postoji prevara tu morala nema i obratno gdje su moralne vrijednosti prisutne tu prevari mesta nema. Dakle, prevara je akt koji je krši sve moralne vrijednosti. Prevara sama po sebi podrazumijeva odsustvo etičkih i moralnih vrijednosti, zapravo ona je antipod moralu. Prisustvo prevere u jednom ugovoru isključuje prisustvo moralnih načela jer prevara i pravo nikad ne idu zajedno,<sup>22</sup> i onim što je prevarom ugovoren se ne može služiti (*Dolo malo pactum se non servaturum*).<sup>23</sup> Moralna pravila od nas zahtijevaju da se svjesno i nepravedno ne povrijedi pravo drugoga,<sup>24</sup> a teorija prevere u zakonu ima smisao samo ako joj se daje izraz moralne vrijednosti.<sup>25</sup> Prema tome moglo bi se reći da nema ugovora bez moralnog čina, jer je ugovor akt moralne i pravne civilizacije.<sup>26</sup>

Treća grupa argumenata se odnosi na pitanje da li u slučaju prevere postoji pravno relevantna volja za zaključenje ugovora? Ovo zbog toga što je prevara očigledan primjer nesklada između stvarne i izjavljene volje. Značajan broj pravnih pisaca smatra da u ovom slučaju ne postoji saglasnost volja za zaključenje ugovora. S druge strane u većini zakonika prihvaćena je teorija volje, dakle pravno relevantna volja je bitna, dakle ona stvarna-unutrašnja, a ne ona izjavljena. Takva volja je

---

koren u moralu. On je karika između prava i morala i njime se etici otvara širok prostor u pravnom prometu. Njime se pravni život u celini moralizuje, pogotovo kada između dva lica dođe do zaključenja ugoora, razumljivo je samo po sebi da se taj odnos mora bazirati na poverenju i poštenju, kao osnova bez kojih je bilo koja zajednica i partnerstvo nemoguće". S. Perović (1995), *op. cit.*, fn. 17, 22.

22 *Fraus et ius numquam cohabitant*. Rimljani su jednostavno smatrali da je prevara jedan od najtežih oblika povrede moralnih normi.

23 Ulpianus D. 1, 14, 7, 9.

24 H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Notion générales, V éditions, Paris 1927, 299.

25 Detaljnije vidi; H. Capitant, *op. cit.*, fn. 24, 320.

26 S. Perović, *Pravno-filosofske rasprave*, Beograd 1995, 221.

neophodna za punovažno zaključenje ugovora.<sup>27</sup> Ovakav stav zasupa i naša sudska praksa.<sup>28</sup>

Kada je riječ o prevari može se zaključiti da naš Zakon o obligacionim odnosima usvaja teoriju volje, a što proizilazi iz stilizacije čl. 65. Zakona o obligacionim odnosima, dok pravila o tumačenju ugovora to još jasnije, barem se tako čini, ukazuju.<sup>29</sup> S druge strane izgleda da je ovo dobar primjer u kojem dolazi do izražaja pravilo „*Farus omnia corumpit*“, prevara sve kvari, kao i dužnost uzdržavanja od prevare, čije bi odredbe trebale takođe naći mjesto u budućem građanskom zakoniku u okviru pravila o pregovorima. Ipak, ako se usvoji jedno rješenje po kojem je ugovor zaključen usled prevare ništav, u tom slučaju nije potrebno posebno propisivati ovakve odredbe.

Četvrta grupa argumenata se odnosi na pitanje prevare i pravnog osnova, odnosno pitanje da li ugovor zaključen usled prevare ima dozvoljen osnov? U pravnoj nauci postoje shvatanja po kojem se postojanje zablude, prevare i prinude ima izjednačiti sa odsustvom kauze i da je u tom slučaju „prirodna posledica absolutna ništavost ugovora“<sup>30</sup> Naime, francuski pravnik Potije smatra da svaka obaveza mora imati „poštenu kauzu“, odnosno cilj zbog kojeg se ugovorne strane obavezuju.<sup>31</sup> Dakle, „poštena kauza“ je sastavni dio volje koja je podobna da stvori obavezu između ugovornih strana. Gdje nje nema, nema ni ugovora. Iz prevare se na rađa poštena kauza, možda bi se moglo reći da ona i ne postoji

Na osnovu navedenog trebalo bi i razmotriti samu koncepciju klasične teorije ništavosti, razumije se sa aspekta prevare kao mane volje. Jer je veoma važno raspraviti pitanje da li prevaru uopšte treba shvatiti kao manu volje ili prije svega kao nedozvoljenu radnju? Ova rasprava će biti, čini se u mnogome olakšana, ukoliko budući Srpski zakonik prihvati rješenje po kojem je ugovor zaključen pod prevarom ništav. U grupu

27 „Nema ugovora ako se unutrašnja volja ne poklapa sa izjavljenom“. S. Perović (1986), *op. cit.*, fn. 19, 254.

28 „Stvarana volja kod dvostrano teretnih ugovora je bitan element za njegovu punovažnost.“ Odluka Vrhovnog suda Srbije REV. 1303/98 od 01.04.1998. godine. R. Ćosić, T. Krsmanović, *Aktuelna sudska praksa iz građansko-materijalnog prava*, Beograd 2000, 229.

29 Vidi; čl. 99 Zakona o obligacionim odnosima.

30 D. Hiber, *op. cit.*, fn. 18, 334.

31 Citirano i prevedeno prema; A. Gams, „Kauza i pravni posao“, *Anal Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/1959, 162.

argumenata, koji idu u prilog rješenju po kojem je ugovor zaključen ništav jeste i odnosa prevare i javnog poretka.

Na osnovu iznijete argumentacije, dobro bi bilo vidjeti kako se prevara uklapa ili bolje reći ne uklapa u okvire pravila o javnom poretku. S obzirom da je tema o javnom poretku veoma ozbiljna, na ovom mjestu će se ukratko ukazati na neke zajedničke karakteristike teorija o javnom poretku. Pojedini francuski pisci smatraju da sve teorije o javnom poretku imaju zajednički imenitelj koji se ogleda u tri osnovna elementa; načela, moral i zakon. Nije sporno, barem se tako čini, da se uspjelo utvrditi da prevara na najgrublji način gazi gotovo sva načela ugovornog prava, posebno načelo savjesnosti i poštenja. U raspravama koje su posmatrale odnos prevare i morala to nije sporno. Naprotiv, prevara i moral su toliko suprostavljeni pojmovi da se nikako ne mogu staviti u istu ravan.<sup>32</sup> Zapravo postavlja se pitanje nije li prevara ta koja ugrožava i ruši granice javnog poretka?

Pored navedene argumentacije, klasifikovane na ovaj način, postoji još čitav niz pravnih argumenata koji idu u prilog reješenju po kojem bi ugovor zaključen pod prevarom trebao biti ništav, npr. istorijsko-pravni aspekt prevare kao delikta, stanje u sudskoj praksi, upoređno pravna rješenja, ali se o ovim pitanjima može raspravljati nekom drugom prilikom.

## 6. ZAKLJUČAK

Dalo bi se zaključiti da prevaru prevashodno treba posmatrati u duhu zakona, zatim kroz njen odnos prema javnom poretku, kao i u skladu sa osnovnim načelima ugovornog prava, razumije se i u okviru moralnih principa. Krećući se tim pravcem, izgleda da se jedino na taj način može steći cjelovita slika građansko-pravnog pojma prevare. Samim tim nameće se i zaključak, ili bolje reći Predlog komisiji za izradu građanskog zakonika da usvoji predloženu varijantu II po kojoj je ugovor zaključen pod prevarom ništav. Jer ako postoji ugovora nama znani, a zbog nekog razloga treba da bude ništav, onda je to ugovor zaključen pod prevarom, pa čak i po cijenu, da pod lupom stručne javnosti bude kritičkih osvrta, da se zadire u temelje klasične teorije ništavosti.

---

32 Kao što je već istaknuto prevara i pravo nikad nisu zajedno. *Fraus et ius numquam cohabitant.*

Dr. Igor Vujović

## FRAUD IN LIGHT OF DRAFT SERBIAN CIVIL CODE

### *Summary*

This article analyzes the concept of fraud in contract law, and influence of fraud to the validity of the contract. The autor suggest that fraud should be primarily analized with due regard to spirit of the law, its relation to public order, basic principles of contract law and moral principles. This is the only approach that portrays the overall picture of civil law concept of the fraud. The author concludes with suggestions to the Serbian Commission on civil code supporting the proposed alternative II on the concept of fraud, by which a contract concluded under fraud is null and void.

Key words: *Contract. – Fraud. – Void. – Civil code.*

Ilija Vukčević, LL.M.\*

## THE PROPOSAL FOR THE INTRODUCTION OF VAT ANTI-ABUSE MEASURES IN THE MONTENEGRIN TAX SYSTEM: CAN WE LEARN SOMETHING FROM THE CJEU CASE PRACTICE?

*The subject of the article represents the assessment of the problem of VAT abuse in the tax system of Montenegro and possible solutions for this illegitimate behaviors of taxpayers. The article is comprised of two main parts. The first part represents the analysis of the current situation regarding anti-avoidance measures in the Montenegrin tax system. Additionally, it includes an overview of one of the most common tax avoidance artificial legal arrangements in the construction sector of Montenegro, with a goal to minimize VAT liability of the taxpayer. Second part is devoted to the analysis of the EU Member States anti-avoidance VAT measures, in the context of the Court of Justice of the European Union case practice related to the concept of abuse of EU law, with a special emphasis of its implementation in the area of VAT. This will show that there is an indisputable necessity for the introduction of anti-abusive VAT provisions in the tax system of Montenegro.*

Key words: *Tax avoidance. – Anti-avoidance legislation. – VAT abuses.  
– CJEU case practice.*

### 1. INTRODUCTION

In their quest to minimize their overall tax burden, economic operators proactively consider the tax aspects of their intended busi-

---

\* Autor je izvršni direktor Instituta za pravne studije, Podgorica, Crna Gora. Član radne grupe br. 16 (oporezivanje) za pristupanje Crne Gore Evropskoj uniji. Kandidat na doktorskim studijama Pravnog fakulteta Univerziteta Beograd, tema doktorske disretacije: „Sudska praksa Suda pravde EU u oblasti oporezivanja – usklađenost sistema direktnih poreza Crne Gore sa osnovnim slobodama“.

ness choices (tax planning), with the main goal of maximizing post-tax profits or, from a tax viewpoint, minimizing the overall tax costs.<sup>1</sup> On the other side, tax evasion is generally thought of as breaking the law through fraud or failure to comply with legal requirements.<sup>2</sup> Somewhere between are the behaviors of taxpayers when they stay within the letter of the law, but stretch the limits by using loopholes or manipulating the law for a purpose for which it was obviously not intended (tax avoidance). Though tax avoidance is not illegal, the tax implications of certain legal constructions may not be recognized under national law, if they are artificial or “void of substance”. There should be no doubt at all that the fight against tax avoidance is a legitimate objective in international tax law, and States are free to apply their national anti-avoidance measures, including general “substance over form” clauses, and more specific anti-avoidance rules dealing with phenomena such as controlled foreign corporations (CFCs) and thin capitalization.<sup>3</sup>

## 2. ANTI-ABUSIVE MEASURES IN THE MONTENEGRIN TAX SYSTEM

Tax system of Montenegro is characterized with a scarce anti-avoidance legislation, plus their application is very questionable. There are only three types of anti-avoidance provisions: 1) transfer pricing rules; 2) provisions on related persons; and 3) withholding tax on certain payments to non-resident legal persons.

The price originated from assets transactions or creation of obligations between related parties shall be considered a transfer price. Related parties shall be considered as the parties among which exist special relations that may have direct impact on the conditions or economic outcomes of transactions among such parties, in accordance with the law governing tax administration. The price expected to be

---

1 Pia Dorfmüller, *Tax Planning for U.S. MNCs with EU Holding Companies – Goals, Tools, Barriers*, Kluwer Law International, 2003, 20.

2 *OECD Work on Tax Avoidance and Evasion* (in: International Tax Avoidance and Evasion. Colloquy of 5–7 March 1980), Strasbourg, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam 1981, 12.

3 Axel Cordewener, Georg Kofler, Servaas van Thiel, “The Clash Between European Freedoms and National Tax Law – Public Interest Defenses Kofler Available to the Member States”, *Common Market Law Review* 46/1976.

achieved from asset-related transactions or contractual obligations between parties that were operating at arm's length basis or greater price than arm's length shall be considered as the arm's length price. The difference between the arm's length price and a transfer price shall be included in the tax base.<sup>4</sup>

Related persons shall be considered the persons having special mutual relations that may have a direct impact on the conditions or economic results of transactions between them. The special relations include individual relations between: 1) the persons having at least 25% of share in the capital of another person; 2) one person that has a direct or indirect interest in another person which is a company, if such an interest is at least 25%; 3) one person that is subordinate to the other person in terms of his business position and that other person, or one person that is under control (directly or indirectly) of the other person and that other person; 4) the persons representing subsidiaries or are under direct or indirect control of a third person; 5) the persons that directly or indirectly control a third person and that third person, if each person's voting right is at least 25%.<sup>5</sup> The related person is also the family member of the taxpayer, who is defined as such by the law governing family relations.

A taxpayer of the profit tax shall be obliged to calculate, withhold and pay withholding tax on payments made on the following bases: interest, royalties, and other intellectual property rights compensations, capital gain, movable and immovable assets lease fees, revenues from provision of consulting services, market research services and audit services paid to a non-resident legal entity.<sup>6</sup> This type of provisions is intended to prevent conduct which consists in reducing the taxable amount applicable to resident taxpayers by paying for services which were never actually provided, with the sole aim of escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on the national territory. By providing that payments made to non-resident providers are not to be regarded as business expenses, this legislation

---

4 Article 38 of the Law on Tax on Profit of Legal Entities, Official Gazette of the Republic of Montenegro no 65/01, 12/02, 80/04; Official Gazette of Montenegro no 40/08, 86/09.

5 Article 25 of the Law on Tax Administration, Official Gazette of the Republic of Montenegro, no 65/01, 80/04, 29/05; Official Gazette of Montenegro, no. 20/11, 28/12.

6 Article 29 of the Law on Tax on Profit of Legal Entities.

facilitates attaining the objective of preventing tax evasion and avoidance, for which that legislation was adopted.<sup>7</sup>

### 3. ABUSIVE PRACTICES IN THE AREA OF MONTEGRIN VAT SYSTEMA

This part of the article represents an overview of the abusive VAT scheme that is often used in the construction business sector of Montenegro that can be of interest for the respective matter of this article. This scheme is developed with a goal to diminish the VAT debt regarding the first selling of the newly constructed objects – immovable property (buildings, houses, flats, apartments, business facilities, etc.). According the Montenegrin VAT Law first transfer of newly constructed objects is subject of VAT (19%). VAT taxpayer is natural or legal person who constructs and sells the property. The problem is that Montenegrin VAT Law has a very broad and imprecise wording: “*Supply of newly constructed facilities and transfer of material rights and shares in respect of immovable property which give the holder (owner) ownership rights or the right to possess the immovable property or part of the immovable property...The following shall also be exempt from VAT: Supply of immovable property, except the first transfer of the ownership rights that is the rights to dispose of newly-constructed immovable property.*”<sup>8</sup>

Each later transfer of the respective property is subject of taxation in accordance with the Law on Turnover of Immovable Property. Taxpayer of turnover tax (3%) is the new owner (purchaser) of the immovable property: “*Turnover of immovable property, under this Law, shall not be deemed to imply the acquisition of newly built building facilities that are subject to taxation according to the Law on Value Added Tax.*”<sup>9</sup>

This sort of tax treatment gives the possibility for the use of a very simple tax scheme to diminish VAT debt on the indirect sale of a

---

7 Case 318/10 *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) v Belgian State*, paras. 41–42.

8 Article 4 paragraph 2.4 and Article 27 paragraph 2 of the Law on Value Added Tax, Official Gazette of RoM”, no. 65/01, 12/02, 38/02, 72/02, 21/03, 76/05, 16/07.

9 Article 5 paragraph 1 of the Law on Tax on Turnover of Immovable Property, Official Gazette of RoM”, no 69/03, 17/07.

newly constructed objects. This can be done by incorporating a controlled sales company between the investment company, which is building the newly constructed object, and the first buyer (third unrelated party) of the object: the investment company A sell (standard VAT rate) the object under construction to the sale company B, which in turn sell (0% rate of VAT because the second transfer is taxed with turnover tax and the taxpayer is the buyer) the newly constructed object to a third unrelated parties. The only condition is that the same person (legal or natural) controls both companies (the investment company and the sale company). Tax advantages of this artificial legal structure is easy to determine. The first case will analyze the tax burden of the direct sale of newly built objects from Company A to third unrelated parties. The second case will determine the tax burden of indirect sales through the interposed company B (same natural or legal person controls Company A and Company B).

**Case 1 (Direct sale):**

Company A: € 3,000/m<sup>2</sup> VAT base: 19% VAT rate = € 570 VAT tax debt.

**Case 2 (Indirect sale):**

Company A: € 1,000/m<sup>2</sup> VAT base: 19% VAT rate = € 190 VAT tax debt.

Company B: € 3,000/m<sup>2</sup> VAT base: 0% VAT rate = € 0 VAT debt.

Total VAT debt: € 190 + € 0 = € 190.

The problems arise when the Tax Office of Montenegro (hereinafter: Tax Office) after some time discovers the real background of this abusive VAT scheme (Case 2) and revokes its previous tax decision in which assessed VAT to the company A and assert VAT to company B. Usually Tax Office makes a mistake because it is not using the provisions on related persons from the Law on Tax Administration to strike down this artificial legal construction. On contrary, Tax Office changes its interpretation of the subject transfer of property, claiming that transfer from the Company B to the third unrelated person (buyer) represents the first turnover of immovable property which is subject to VAT. Precisely, Tax Office tries to find legal ground for this reasoning in the changed interpretation of the substantive provision of the VAT

Law which is related to taxation of the newly constructed objects. This legal opinion is based on the following claims:<sup>10</sup>

1) Company B has procured the newly constructed immovable property exclusively for the purposes of sale without obtaining absolute ownership, which consists of three rights, namely: holding, utilization and disposition. Therefore the subject of the ownership can not only hold the right of disposition, but every ownership title foresees all three rights. This means that by purchasing residential units, for the purpose of further sale to third parties, company B did not obtain ownership title over the property or part of the property;

2) No registration has been made in the Land registry records, because it is a purchase of an object under construction. Therefore, there was no first transfer of disposition title over newly constructed objects;

3) Company B has recorded the subject immovable property on the analytic account 14402 – real estate intended for further sale.

Therefore, Tax Office makes a very risky step and fights this form of tax avoidance by changing the interpretation of the substantive provisions of law and thus brought itself into very questionable legal position. The two most important legal issues are:

1) Whether generally Tax Office had the right to change previous tax decisions. Law on General Administrative Procedure does not provide the possibility of retrial of the procedure upon subsequent changes of the substantive provisions of law or changes in interpretation of this provision.<sup>11</sup> Moreover, case law of Montenegro and the jurisprudence of the neighboring countries<sup>12</sup> expressly prohibit this situation.<sup>13</sup>

2) Changing the established tax treatment of certain transactions is highly questionable. Assessment of tax liability for the same trans-

---

10 Decision of the Tax Office of Montenegro, no. 03/14-5-626/1-10.

11 Article 224 paragraph 1 of the Law on General Administrative Procedure, "Official Gazette of the RMN", no. 60/03.

12 Judgment of the Administrative Court of Republic of Croatia, no. 1846/1983.

13 Sreten Ivanović, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom* [Commentary of the Law on General Administrative Procedure – with the case law], Special, Podgorica 2005, 509; see also, Zoran R. Tomić, Vera Bačić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku – sa sudskom praksom i registrom pojmova* [Commentary of the Law on General Administrative Procedure – with the case law and register terms], Službeni glasnik, Beograd 1999, 346.

action, first for the seller (VAT) and after for the buyer (turnover tax) of the immovable property, without valid legal ground in the general anti-avoidance rules (or similar juridical doctrine) or VAT anti-abusive provisions is highly questionable.

For this reasons second instance body – the Ministry of Finance of Montenegro (hereinafter: Ministry of Finance) always rejects this legal reasoning of the Tax Office: “...*It must be emphasized that different evaluation of previous presented evidences and different conclusion about the facts of the case, or the different legal assessment in the case [different interpretation of a substantive provisions], under the mentioned provision, it's not a reason for the retrial.*”<sup>14</sup> Therefore, in simple terms, Ministry of Finance is of the opinion that this reasoning of the Tax Office is without legal basis according Montenegrin tax legislation.

#### 4. CJEU CASE PRACTICE REGARDING ANTI-ABUSIVE (ANTI-AVOIDANCE) MEASURES

##### 4.1. *The lack of the uniform anti-abusive doctrine in the area of taxation*

Tax avoidance is also a major Community law concern, due to its adverse effects on revenue and taxpayer equity, but also because it may cause distortions of competition between players on the Internal Market.<sup>15</sup> Non-taxation and abuse are equally detrimental to the interests of the Internal Market because they undermine the fairness and the balance of Member States’ tax systems.<sup>16</sup> Therefore CJEU in the area of direct taxation considers fight against tax avoidance and tax abusive practices as a valid justification of general interest which Member States can use in concerning *rule of reason* test<sup>17</sup>. In the field

---

14 Decision of the Ministry of Finance of Montenegro, no. 04-490/2-2010.

15 A. Cordewener, G. Kofler, S. van Thiel, *op. cit.*, fn. 3, 1976.

16 *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Co-ordinating Member States' direct tax systems in Internal Market*, COM (2006) 823 final, 19.12.2006, 2.3.

17 The rule of Reason is defined as the principle authorizing Member States to derogate, under fixed conditions, from their obligations under the Treaty freedoms, on grounds of imperative reasons of general interest. See more in: Luc Hinnekens, “Basis and the Scope of Public Interest Justification of National

of positive integration, EU law explicitly provides the possibility for the Member States to apply their national anti-avoidance legislation.<sup>18</sup> However, “EU concept” of tax avoidance<sup>19</sup> which was developed in the CJEU case practice is different from the same concept applied at the national level of Member States. In other words, In order for anti-abuse rules to be justified, they must be confined to situations in which there is a further element of abuse.<sup>20</sup>

CJEU case practice identifies situations when a person loses right to claim protection of its fundamental freedoms guaranteed on the basis of TFEU: “...since the aim of that measure is to prevent organizations which establish themselves in another Member State from being able, by exercising the freedoms guaranteed by the Treaty, wrongfully to avoid obligations under national law, ...”<sup>21</sup> In other words, ECJ declared that the Member States are not obliged to accept reliance on European law if the results are totally contrary to the aims and purposes of the provision in question.<sup>22</sup> This is the concept of abuse of EU law, and the basic principle is that the person that abuses EU law cannot rely on

---

Tax Measures Infringing Fundamental Treaty Freedoms”, *EU Freedoms and Taxation* (ed. Frans Vanistendael), International Bureau of Fiscal Documentation, 2006, 80.

- 18 Art. 65(1.b) of the TFEU, Art. 11 of the Directive 2009/133/EZ (Merger Directive), Art. 1 of the Directive 2011/96/EU (Parent-Subsidiary Directive), Art. 4 of the Directive 2008/55/EZ (Mutual Assistance Directive) and Art. 8 of the Convention 90/436/EEC (Arbitration Convention).
- 19 According many commentators that this doctrine is not an adequate response to the global economic climate. Member States are losing the ability to respond fully to tax avoidance just as the need for such policing increases. Over the past ten years, CJEU has created a doctrine limiting the ability of Member States to police tax avoidance, effectively making Europe more open to tax avoidance just as raising revenue becomes even more necessary for Member State survival. See more in: Lilian V. Faulhaber: “Sovereignty, Integration and Tax Avoidance in the European Union: Striking the Proper Balance”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 48, Number 2, 2010, 177.
- 20 *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries*, COM (2007) 785 final, 2.
- 21 Case 23/93 *TV10 SA v Commissariaat voor de Media*, para. 21.
- 22 Joep Swinkels, “Halifax Day – Abuse of Law in European VAT”, *International VAT Monitor*, May/June 2006, International Bureau of Fiscal Documentation, 173.

advantages that this supranational legal system provides: “...*the scope of Regulation No 166/64 and Regulation No 171/64 must in no case be extended to cover abusive practices...*”<sup>23</sup> Individual or company in the EU internal market cannot abuse the rights that EU law provides: “...*according to the case-law of the Court a Member State is entitled to take measures designed to prevent certain of its nationals from attempting, undercover of the rights created by the Treaty, improperly to circumvent their national legislation or to prevent individuals from improperly or fraudulently taking advantage of provisions of Community law...*”<sup>24</sup>

Therefore, the general principle of abuse of EU law fund its application also in the area of taxation, however this concept has no uniformity neither in this area of the EU legal system. The analysis of the CJEU case practice shows different variations of the abuse of law principle depending on the area of the particular area of the tax system, and the type of the harmonization which was carried out (positive or negative integration).

#### *4.2. Anti-avoidance measures in the area of direct taxation*

Even in the area of direct taxation the concept of abuse of EU law has two different forms. Regarding abuses in the area covered with directives CJEU developed the concept of “valid commercial reasons”: “*Article 11 of the Directive is to be interpreted as meaning that in determining whether the planned operation has as its principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or tax avoidance...’Valid commercial reasons’, within the meaning of Article 11 of Directive 90/434, must be interpreted as involving more than the attainment of a purely fiscal advantage such as horizontal off-setting of losses....*”<sup>25</sup>

A good definition of the notion valid commercial reasons can be found in the case *Foggia*<sup>26</sup>. In this case CJEU considered a merger with a goal of rationalization of a group that allows its administrative

---

23 Case 125/76 *Enterprise Peter Cremer v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, para. 21.

24 Case 212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, para. 24.

25 Case 28/95 *A. Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, operative part, para. 48 (b,c).

26 Case 126/10 *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA v Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*.

and management costs to be reduced, represents a valid commercial reason. Notwithstanding, in the present case CJEU found that this type of costs represent an irrelevant saving in comparison with tax savings: “*Therefore, in principle, there is nothing to prevent a merger operation from having valid commercial reasons where it carries out restructuring or rationalization of a group that allows its administrative and management costs to be reduced. However, this would not be the case for an acquisition operation, such as the one at issue in the main proceedings, where it seems clear that, having regard to the magnitude of the anticipated tax benefit, that is, more than EUR 2 million, the saving [administrative and management costs] made by the group concerned in terms of cost structure is quite marginal.*”<sup>27</sup>

On the other hand, regarding the application of anti-avoidance legislation in the area direct taxation governed with fundamental freedoms (freedoms of movement) from the TFEU, CJEU developed a specific concept of tax evasion (abusive practices) – wholly artificial arrangements. The case *Cadbury Schweppes* represents the corner stone in the evolution of the definition of this type of abusive practices in the CJEU case practice. In this case CJEU assessed the application of British CFC rules on a resident company that derived the subject income from an Irish subsidiary and sub-subsidiaries that are residents in third countries. First, CJEU acknowledged that the sole fact that resident company used the freedom of establishment and incorporated a foreign subsidiary in a Member State with a lower tax burden doesn't represent an abusive practice. Precisely, anti-avoidance legislation that rely on general assumptions of tax avoidance are contrary to EU law: “*...it follows that the fact that in this case CS [parent company] decided to establish CSTS and CSTI [subsidiaries] in the IFSC [favorable tax regime – International Financial Services Center in Dublin] for the avowed purpose of benefiting from the favorable tax regime which that establishment enjoys does not in itself constitute abuse....the mere fact that a resident company establishes a secondary establishment, such as a subsidiary, in another Member State cannot set up a general presumption of tax evasion and justify a measure which compromises the exercise of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty...*”<sup>28</sup>

---

27      *Ibid.*, para. 47.

28      Case 196/04 *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, paras. 38. and 50.

The second, even more important contribution of this case is the definition of the notion of wholly artificial arrangements. Those legal arrangements represent situations of abusive tax practices when CJEU gives the opportunity to Member States to apply their national anti-avoidance legislation. This sort of legal arrangements concern: “...*a fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, the creation of that CFC must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement. That could be so in particular in the case of a ‘letterbox’ or ‘front’ subsidiary.*”<sup>29</sup> In this part of the decision CJEU refers to the case *Eurofood*, in which it gave the definition of a ‘letterbox’ company: “...*company not carrying out any business in the territory of the Member State in which its registered office is situated.*”<sup>30</sup> Therefore, a Member State can’t apply national anti-avoidance legislation that represent a restriction of fundamental freedoms guaranteed by the TFEU, if the subsidiary established in the other Member State has a real economic presence in that country, which can be asserted on the basis of objective criteria related to its premises, staff and equipment.<sup>31</sup> From the aforementioned it can be said that the detection of a wholly artificial arrangement thus amounts in effect to a substance-over-form analysis.<sup>32</sup>

#### 4.3. VAT anti-abusive measures

The European VAT system has been harmonized over time, at least as regards its base of assessment. Its typical feature is the mechanism of deduction of input tax, which, on the one hand, ensures the economic efficiency of the tax system but, on the other hand, is the source of sophisticated tax fraud.<sup>33</sup> Although, typically for fraud, there is no reliable way to measure the size of VAT fraud, estimates vary between EUR 200 and 250 billion per year in the European Union. Moreover, VAT fraud has many forms, varying from underreporting

---

29      *Ibid.*, para. 68.

30      Case 341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, para. 35.

31      Case 196/04, *op. cit.*, fn. 28, paras. 65–67.

32      *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – The application of anti-abuse measures ...*, *op. cit.* fn. 21, 2.

33      Fabrizio Borselli, “Pragmatic Policies to Tackle VAT Fraud in the European Union”, *International VAT Monitor*, September/October 2008, International Bureau of Fiscal Documentation, 333.

sales and undue deductions to highly sophisticated international VAT fraud, including missing-trader intra-Community fraud and carousel fraud. Fraud not only leads to loss of tax revenues for the government of the Member States (and own resources for the European Union), it also distorts competition as bona fide traders have to compete with fraudsters who have illegally achieved cost benefits. Therefore, fighting VAT fraud is important for both the tax authorities and legitimate businesses.<sup>34</sup>

CJEU is clear that the doctrine of abuse of EU law must be applied also in the area of VAT: “*...the principle prohibiting the abuse of rights is intended to ensure, particularly in the field of VAT, that Community legislation is not extended to cover abusive practices by economic operators, that is to say transactions carried out not in the context of normal commercial operations, but solely for the purpose of wrongfully obtaining advantages provided for by Community law...The effect of that principle is therefore to prohibit wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality and are set up with the sole aim of obtaining a tax advantage...*”<sup>35</sup> Additionally, prevention of abuse of law is explicitly recognized in the VAT directive: “*...preventing possible tax evasion, avoidance and abuse is an objective recognized and encouraged by the Sixth Directive.*”<sup>36</sup>

The VAT Directive empowers Member States to adopt specific measures in the framework of various concessional provisions which are aimed at preventing abuse (“tax evasion or avoidance”) through the use of those provisions. Member States may adopt such anti-abuse measures in the framework of: 1) VAT grouping (Art. 11, para. 2); 2) application of the no-supply rule to the transfer of a business as a going concern (Art. 19, para. 2); 3) application of the open-market value to transactions between connected parties where one of the parties is not entitled to full deduction of input tax (Art. 80); 4) application of the exemptions and zero rates laid down by Arts. 132 to 153 of the VAT

---

34 Han Kogels, “VAT Fraud – It Takes Two to Tackle It”, *International VAT Monitor*, May/June 2007, International Bureau of Fiscal Documentation, 156.

35 Case 162/07 *Ampliscientifica Srl, Amplifin SpA v Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, para. 27–28.

36 Joined Cases 487/01 and 7/02 *Gemeente Leusden and Holin Groep BV cs v Staatssecretaris van Financiën*, para. 76.

Directive (Art. 131); and 5) application of warehousing arrangements other than customs warehousing to goods intended for tax-free shops or to be supplied to non-EU travelers (Art. 158 para. 2).<sup>37</sup>

On the other side, Member States in their VAT legislations include also general VAT anti-abuse provisions. An example can be the Article 59(3) of the Belgian VAT Code. Under this provision the tax authorities are not bound by the legal characterization of certain transactions or series of transactions given by the parties involved, if they can prove that that characterization is aimed at avoiding VAT, unless the parties are able to demonstrate that their legal characterization is justified on legitimate economic or financial grounds.<sup>38</sup> Additionally, Member States can also rely on general anti-avoidance rules which imply two alternative criteria for their application: 1) objective criteria – fictitious or artificial legal arrangements; 2) subjective criteria – the sole motivation (intent) is to obtain tax advantage from the literal application of legal provisions or decisions in contradiction with their objective goal.<sup>39</sup>

CJEU gradually developed the doctrine of abuse of law in the area of indirect taxes. Case *Emsland-Stärke* is one of the leading. This case regarded German company Emsland-Stärke that built an abusive scheme with the goal to obtain export refunds for the export of products based on potato starch and wheat starch to Switzerland which were immediately transported back to Germany. This artificial legal arrangement was set up for the purpose of making use of the fact that the restitution of agricultural levies on the export was higher than the imposition of the levy on the import of that product. In the subject case CJEU upheld its previous case law according to which the scope of Community regulations must in no case be extended to cover abuses of

---

37 Joe J. P. Swinkels, “Abuse of EU VAT Law”, *International VAT Monitor*, Jul/August 2011, International Bureau of Fiscal Documentation, 227–228.

38 Ivan Massin, “Introduction of a General Anti-VAT Avoidance Measure in Belgium”, *International VAT Monitor* January/February 2006, International Bureau of Fiscal Documentation, 37.

39 See in that sense: Eric Robert, Driss Tof, *The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market*, *European Taxation*, November, 2011, International Bureau of Fiscal Documentation, 439; Daniel Gutmann, “Towards a ‘Criminalization’ of Tax Law – The French Approach”, *European Taxation*, July, 2011, International Bureau of Fiscal Documentation, 273.

importation and re-exportation operations that ...*were not realized as bona fide commercial transactions but only in order wrongfully to benefit from the grant of monetary compensatory amounts...*<sup>40</sup>

CJEU opted for the combination of objective and subjective elements in determining the existence of the abuse: “*A finding of an abuse requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the Community rules, the purpose of those rules has not been achieved. It requires, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it. The existence of that subjective element can be established, inter alia, by evidence of collusion between the Community exporter receiving the refunds and the importer of the goods in the non-member country.*”<sup>41</sup>

Halifax case represents the corner stone in the application of the doctrine of abuse of law in the area of VAT. Following the *Halifax* decision, purely VAT-driven constructions face the risk of being challenged on the basis of the doctrine of abuse of Community law. This risk must, therefore, be kept closely in mind by tax practitioners, who now have to determine whether or not a VAT construction could be construed as an abuse of Community law by applying the tests set out by the ECJ in the *Halifax* case.<sup>42</sup> CJEU ruled that the Sixth Directive must be interpreted as precluding any right of a taxable person to deduct input VAT where the transactions from which that right derives constitute an abusive practice. This CJEU doctrine represents some form of substance over form doctrine: “...*where an abusive practice has been found to exist, the transactions involved must be redefined so as to re-establish the situation that would have prevailed in the absence of the transactions constituting that abusive practice.*”<sup>43</sup> In other words, tax

40 Case 8/92 *General Milk Products GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, para. 21.

41 Case 110/99 *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, paras. 52–53.

42 Olivier Rousselle, Howard M. Liebman, “The Doctrine of the Abuse of Community Law – The Sword of Damocles Hanging over the Head of EC Corporate Tax Law?”, *European Taxation*, December 2006, International Bureau of Fiscal Documentation, 559.

43 Case 255/02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd, v Commissioners of Customs & Excise*, para. 98.

authorities and the national courts must establish the real substance and significance of the transactions on the basis of objective factors relevant in that context.<sup>44</sup>

According to CJEU an abusive practice is assessed on the basis of two objective circumstances – “purpose of the provision” and “aim of the transaction”: “...it is necessary, first, that the transactions concerned, notwithstanding formal application of the conditions laid down by the relevant provisions of the Sixth Directive and of national legislation transposing it, result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage.”<sup>45</sup>

Therefore, in order to assess whether those transactions can be held to constitute an abusive practice, according to CJEU the national court must verify if the accrual of tax advantage represents the principal (essential) aim of the transaction, on case by case: “As regards the second criterion, the national court, in the assessment which it must carry out, may take account of the purely artificial nature of the transactions and the links of a legal, economic and/or personal nature between the operators involved...those aspects being such as to demonstrate that the accrual of a tax advantage constitutes the principal aim pursued, notwithstanding the possible existence, in addition, of economic objectives arising from, for example, marketing, organisation or guarantee considerations.”<sup>46</sup>

Similarly, in the CJEU case practice there is no uniform definition of the notion of “objective” factors which identify the aim of the transaction. The national court must consider all facts on the case by case basis when assessing the existence of abuse. In the case *Weald Leasing* which concerned leasing transactions effected by a group of undertakings to spread the payment of non-deductible VAT, CJEU pointed out the assessment of contractual terms of those transactions: “...particularly those concerned with setting the level of rentals, correspond to arm’s length terms and that the involvement of an intermediate

---

44 See in that sense: Joep Swinkels, “VAT-Saving Solutions and Abuse of Law”, *International VAT Monitor*, September/October 2007, International Bureau of Fiscal Documentation, p. 331–332.

45 Case 255/02, *op. cit.*, fn. 43, para. 86.

46 Case 425/06 *Ministero dell’Economia e delle Finanze v Part Service Srl.*, para. 62.

*third party company in those transactions is not such as to preclude the application of those provisions, a matter which it is for the national court to determine. The fact that the undertaking does not engage in leasing transactions in the context of its normal commercial operations is irrelevant in that regard.”<sup>47</sup>*

But on the other side, the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have a form of legitimate tax planning. According to CJEU taxpayers have the possibility to structure their businesses in the way to use the absence of absolute harmonization in VAT legislation: “...taxable persons are generally free to choose the organisational structures and the form of transactions which they consider to be most appropriate for their economic activities and for the purposes of limiting their tax burdens...The Court has held that a trader’s choice between exempt transactions and taxable transactions may be based on a range of factors, including tax considerations relating to the neutral system of VAT...In that connection, the Court has made clear that, where it is possible for the taxable person to choose from among a number of transactions, he may choose to structure his business in such a way as to limit his tax liability...”<sup>48</sup>

Therefore, for the purpose of determining the real substance and significance of specific transactions, the national court may take into account the purely artificial nature of those transactions and the links of a legal, economic and/or personal nature between the parties involved in the scheme.<sup>49</sup> Therefore, if these two criterion are not fulfilled, there is no abusive behavior of the taxpayer: “...it should be noted that the various transactions concerned took place between two parties which were legally unconnected. It is also common ground that those transactions were not artificial in nature and that they were carried out in the context of normal commercial operations.”<sup>50</sup>

---

47 Case 103/09 *The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs v Weald Leasing Ltd*, para. 45.

48 Case 277/09 *The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs v RBS Deutschland Holdings GmbH*, paras. 53–54.

49 See more in: Sibylle Vandenberghe1, Howard J. Sharrett, “Rights of Taxable Persons Involved in VAT Carousel Fraud from an EU, Belgian and UK Point of View Today and Tomorrow”, *International VAT Monitor*, July/August 2006, International Bureau of Fiscal Documentation, 257.

50 Case 277/09, *op. cit.*, fn. 48, para. 50.

## 5. CONCLUSIVE REMARKS

The analysis of the case practice of the Montenegrin Tax Office shows that there is a serious need for the introduction of general VAT anti-avoidance provisions. This type of substance over form doctrine in the area of VAT would be a useful tool for the Tax office in the fight against many forms of VAT abuses. The aforementioned case of an usual tax planning scheme in the Montenegro construction sector shows that the Tax office opted for a redefinition of the subject transaction in the sense of CJEU case practice regarding VAT abuses (notwithstanding that it was a better option to struck down this artificial legal construction by applying related parties provisions). The problem is that at this moment there is no solid legal basis for this reassessment in the Montenegrin tax system because Montenegrin tax system doesn't even have general anti-abusive provisions. Precisely for this reason the introduction of general VAT anti-avoidance legislation represents an imperative requirement in the fight against all types of VAT abuses in the tax system of Montenegro.

*mr Ilijia Vukčević*

### PREDLOG ZA UVOĐENJE MJERA PROTIV PDV ZLOUPOTREBA U PORESKOM SISTEMU CRNE GORE: DA LI MOŽEMO NEŠTO NAUČITI IZ SUDSKE PRAKSE SUDA PRAVDE EU?

#### *Sažetak*

Predmet ovog rada je analiza problema vezanih za PDV zloupotrebe u poreskom sistemu Crne Gore, kao i mogućih rješenja za ova nelegitimna ponašanja poreskih obveznika. Rad je podijeljen u dva glavna dijela. Prvi predstavlja analizu postojeće situacije u pravnom sistemu Crne Gora kada je riječ o anti-evazionom zakonodavstvu, a prikazana je i jedna od najčešćih PDV šema u građevinskom sektoru Crne Gore, koja ima za cilj nelegitimno minimiziranje PDV obaveze. Drugi dio rada je posvećen razmatranju različitih oblika borbe država članica Evropske unije protiv PDV zloupotreba, a sve u kontekstu sud-

ske prakse Suda pravde Evropske unije, vezane za koncept zloupotrebe prava EU, sa posebnim osvrtom na njegovu primjenu u oblasti PDV-a. Zaključak rada je da postoji nesumnjiva potreba za uvođenjem odredaba protiv zloupotreba prava u sistemu PDV-a Crne Gore.

Ključne reči: *Poreska evazija. – Anti-evaziono zakonodavstvo. – PDV.*  
*– Praksa Suda pravde EU.*

*Dr Vladimir Vuletić\**  
*Marko Kićanović, LLM\*\**

## JUSTIJANOVA KODIFIKACIJA – LIČNA KARTA PRAVNOG IDENTITETA EVROPE

*Predmet ovog rada je pokušaj da se ukaže na mesto, veličinu i značaj Justinijanovog Corpus Iuris Civilis-a, ne samo u okvirima rimskog carstva, nego prevashodno u srednjovekovnoj recepciji rimskog prava u Evropi. U radu je osvetljena ličnost ovog rimskog vladara, društvene i političke prilike u carstvu koje su prethodile donošenju zbornika, njegov odnos prema Tribonijanu i kodifikatorskom radu. U tom kontekstu ističu se motivi za rad na kodifikaciji, sistemska analiza rada komisije zadužene za njenu izradu i posebno način na koji je izuzetno obiman posao okončan za relativno kratko vreme. Autori se posebno bave pitanjem na koji je način Justinijanova kodifikacija doprla do teritorija širom Evrope i toliko uticala na razvoj pravne misli, pa, rečima Pitera Stejna „i srednjovekovno i moderno evropsko pravo plove pod Justinijanovom zastavom“, pre svega imajući u vidu hronološke okolnosti momenta pada Zapadnog rimskog carstva. U tom kontekstu osvetljena je uloga škola koje su se bavile recepcijom rimskog prava. Autori nastoje da svoje osnovno opredeljenje bazira na radu škole u Paviji i posebno škola glosatora i komentatora. Međutim, prema mišljenju autora, pravna škola u Bolonji ima najistaknutije mesto u prepoznavanju, uobličavanju i širenju izvanrednih rešenja rimskih pravnika oličenih prevashodno u Digestama. U prilog ovim tvrdnjama, autori nastoje da ukaže na univerzalne vrednosti i tekovine rada rimskih klasičnih pravnika i njihovih pravnih rešenja, koja ponovo ističu svoju neprolaznu aktuelnost i primenljivost, što, smatraju autori, može biti jedan od pravaca kojim se može poći putem unifikacije modernog evropskog privatnog prava.*

**Ključne reči:** *Justinijan. – Digesta. – Recepција rimskog prava. – Ius commune. – Škola komentatora. – Bolonjska škola.*

\* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, pfc@ius.bg.ac.rs.

\*\* Autor je master prava, lkicanovic@verat.net.

## 1. LUX IUSTINIANI

U pravnoj analizi dometa rimske jurisprudencije, pored vrednosti klasičnog perioda, uticaj i domaćaj doba vladavine Justinijana (*Flavius Petrus Sabatius Iustinianus*),<sup>1</sup> predstavlja gotovo opšte mesto u romanističkoj literaturi.<sup>2</sup> Često se, u prilog ovoj tezi ističu Justinijanovo poreklo<sup>3</sup> i osobine energičnosti, ambicioznosti, sklonosti ka državnom i zakonodavnem intervencionizmu, doktrinarni pogledi, pa čak i brak sa Teodorom.<sup>4</sup> Nekoliko događaja se mogu izdvojiti kao presudnih za

- 1 Vladavinu dugu skoro četrdeset godina, Justinijan je, kao imperator, vodio kao oličenje rimske univerzalne ideje prema kojoj su Rimljani gospodari sveta a vladar reprezent njenog jedinstva, G. Ostrogorski, *Istorija Vizantije*, Beograd 1969, 88.
- 2 Uglavnom su romanisti saglasni da je vladavina Justinijana prekretnica u istoriji Vizantije, premda ima i disonantnih stavova koji ističu kako se ovaj period i nije odlikovao tako dubokim promenama. Tako Gajloj navodi da zablude u glorifikovanju dometa Justinijanovog doba potiču uglavnom od obilja zakona koje je ovaj energični vladar doneo. Nije u pitanju ništa drugo, smatra on, nego intenzivan rad na reorganizaciji administracije u carstvu i Justinijanov smisao da u određenom političkom momentu neophodne reforme ne treba zadržavati, A. Gaillou, *Byzantines*, Oxford 1992, 207. Ima stavova i da je Justinijanova politička moć prevashodno zaslužna za ovaj period intenzivne vladareve zakonodavne aktivnosti, koja će tek ulogom Tribonijana, kao učenog pravnika, u izradi velike kodifikacije, dobiti svoj puni smisao, P. Allen, E. Jeffreys, *The Sixth Century: End or Beginning?*, Brisbane 1996, 86.
- 3 Poreklom je sa Balkana, premda postoje izvesne nedoumice oko mesta njegovog rođenja. Neki romanisti tvrde da je rodom sa teritorije današnje Južne Srbije, kod Lebana, u mestu Caričin Grad. Stanojević čak ističe da je i naziv grada u skladu sa Justinijanovim poreklom, O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2003, 82. Iako ima mišljenja da je rodno mesto Justinijana u blizini današnjeg Skoplja, Stanojević uverava da su i drugi svetski priznati romanisti, među kojima i Peter Berks i Grant Meklaud sa univerziteta u Edinburgu, prihvatali argumente o Justinijanovom poreklu iz današnje Srbije, unevši ovu odrednicu u predgovor izdanju prevoda Justinijanovih Institucija na engleski jezik, *ibid*.
- 4 U tom smislu, ipak, navode se i dva događaja koji su u velikoj meri uticali na sudbinu carstva: Pobuna Nike iz 532. godine koja je ostavila čitave kvartove Konstantinopolja opustošene požarom i preko trideset hiljada pobijenih pobunjenika na Hipodromu od strane Justinijanovih vojnih trupa. Teodora je, svakako, najzaslužnija za gušenje ove pobune, budući da je u odsudnim trenutcima ostala pribrana i uticala na Justinijana da žestoko uzvrati pobunjenicima koji su čak izabrali i novog cara. Drugi značajan momenat je velika epidemija buboničke kuge koja je glavni grad napala u proleće 542. godine i u prvom talasu usmrtila oko 40% ukupne populacije, P. Allen, „Justinianic plaque“, *Byzantium* 49/1979, 5–20.

konačno uobličavanje karaktera vizantijske države koji će uticati i na donošenje *Corpus iuris civilis*-a.

Grčki jezik je postao dominantan i zvaničan u državnoj administraciji istočnog dela carstva nakon Justinijanove upotrebe ovog jezika u Novelama, promene u funkciji magistrature pretora nakon što je Severna Afrika povraćena od Vandala, sve veće potiskivanje magistrature konzula i restrukturiranje monetarnog sistema su događaji koji su temeljno menjali dotadašnji antički karakter države i približavali je feudalnom društvu. Tome valja dodati i promene u zvaničnim državnim ceremonijama proslave trijumfa,<sup>5</sup> rad na snažnjem jedinstvu hrišćanske crkve,<sup>6</sup> arhitektonski poduhvat gradnje Aja Sofije i uređivanje platoa između Aja Sofije, carske palate i Konstantinovog foruma nakon pobune iz 532. godine.<sup>7</sup>

U oceni Justinijanove vladavine pre donošenja njegovog kapitalnog pravničkog dela, ima dosta kontroverzi. Ovaj period se, ponekad, nekritički i panegirički slavi kao jedan od najuspešnijih u istoriji rimske države, dok se i mogu naći ocene o jednom represivnom, opskurnom i militantnom režimu. Nije retkost da ovako oprečne ocene dolaze i od istih istoričara. Tako, recimo Prokopije, o Justinijanovim vojnim pohodima piše u stilu Tukidida, njegove graditeljske poduhvate opisuje u višetomnom knjizi diveći se Justinijanovoj ličnosti, a potom u svojoj Tajnoj istoriji izražava glasno toliko kritički stav o ovom vladaru, koji podseća na kritike Aristofana, Svetonija i Seneke njihovim vladarskim savremenicima.

Interesantan je pogled Jovana Lidijskog, koji je, za razliku od Prokopija koji je putovao u ratne pohode sa generalima Velizarom i Narzesom, ostao u glavnom gradu kao službenik prefekta pretorijanske garde.<sup>8</sup> Kada je Jovan Kapadocijski pokrenuo opsežnu reformu admi-

5 Nakon trijumfalne pobeđe nad Vandalima 534. godine, slavljeni general i vojskovođa Velizar je, prilikom proslave, bio u obavezi proskinezepadanja ničice pred vladarom na Hipodromu, udaranja čela o pod i ljubljenja obuće, J. Atkinson, „Getting to know Justinian“, *Fundamina* 2008, 322.

6 Justinijan se u tom pogledu suočio sa monofizitima i arijancima, ograničavanjem imovinskih prava i oduzimanjem imovine, što je dovelo i do gašenja oko pedeset monofizitskih crkava u Siriji, N. Mojović, *Rimsko pravo – Istorija rimskog prava*, Banjaluka 2008, 406.

7 J. Bardill, „Eternal Victory“, *Journal of Roman Archaeology* 12/1999, 216–230.

8 Više o njegovom životu i karijeri u R. A. Kaster, *Guardians of Language: The Grammarian and Society in Late Antiquity*, Berkeley 1988, 306–309.

nistracije ne bi li ojačao državne finansije, Jovan Lidijski je smenjen i postavljen za gramatikusa u obrazovnom procesu. On je u svojoj knjizi *De magistratibus* napisao svojevrsnu tajnu istoriju Justinijanove administracije otkrivajući brojne prevare i skandale koji su pratili birokratiju.<sup>9</sup> Međutim, Prokopije i Jovan Lidijski, iako uočavaju bolne tačke društva u celini, nemaju identičan odgovor na pitanje u kojoj je meri Justinijan odgovoran za ovakvo stanje. Dok Jovan Lidijski gaji određeno razumevanje za vladara, ističući u prvi plan brutalnu prirodu Jovana Kapadokijskog i nemogućnost Justinijana da povede o računa o svim detaljima vlasti svog namesnika u glavnom gradu, dotle Prokopije otvoreno optužuje vladara da lično utiče na visok stepen korupcije u državi ne prezajući da interveniše čak i u sitnim poslovima znatno ispod njegove funkcije. Istovremeno kritike ne štedi ni Tribonijana, zamerajući mu gramzivost i udvorишvo vladaru, premda mu priznaje učenost i sposobnost.<sup>10</sup>

Sa druge strane, Onore opreznije prilazi ovoj kontroverzi. Prokopijevu sklonost ka prekritičkom opisu Justinijana i njegove sklonosti ka intervencionizmu u zakonodavnoj oblasti, on donekle relativizuje, ističući da je car izdavao konstitucije samo u dva slučaja: ukoliko je pitanje bilo teološko i ukoliko je bilo reči o bezbednosti u Severnoj Africi, a vodeći pravnik i nosilac titule *quaestor sacri palatii* Tribonijan, nije bio dostupan.<sup>11</sup>

9 Korupcija i nepotizam su odlikovali razgranat birokratski aparat, a nisu bile ni retke situacije u kojima su administrativni službenici za nevelika novčana sredstva bili spremni da izdaju veoma problematična uverenja. Među njima se ustalila i svojevrsna tarifa za određene vrste dokumenata koje su stranke potraživale. Više o ovome u J. Atkins, „The tribulations of transformation“, *Acta classica* 2/200, 15–32.

10 Prokopije portretiše lik Justinijana na izuzimajući ni jednu njegovu intervenciju, od sastavljanja dokumenata koja bi, inače trebao da sastavlja kvestor, preko preuzimanja i sekretarskih poslova, do slanja uputstva sudijama širom carstva kako da donesu odgovarajuće presude, čak ne ustručavajući se da cara optuži za izvor pojave i ukorenjivanja mita pri donošenju sudske presude, *Procopius of Caesarea, Secret history (Anecdota)*, transl. R. Atwater, Chicago 1927, 14, 3–6.

11 U svojoj analizi Justinianovog Kodeksa, Onore dalje ističe da se samo šest do deset od 434 konstitucije mogu direktno pripisati Justinijanu, dok su ostale u najvećoj meri Tribonijanovo delo. U konstituciji koja se odnosi na Severnu Afriku, on analizira preambulu za koju utvrđuje da ju je najverovatnije pisao Justinijan, posebno ističući frazu „*per nos ultimos servos suos*“ u kojoj se vidi

Odnos Justinijana i Tribonijana ključan je za rad na velikoj kodifikaciji. Čini se da je to bio odnos izuzetnog poštovanja i poverenja. Osim što Justinijan Tribonijana neretko naziva velikim čovekom (*vir excelsus*), uzvišenim (*vir magnificus*), najučenijim (*prudentissimus*), Tribonijanov *cursus honorum* bio je veoma brz.<sup>12</sup> Ističući uverenje da se tokom rada na donošenju Kodeksa uverio u stručnost i sposobnost Tribonijana, Justinijan mu je poverio predsedavanje i izbor članova komisije za pripremu Digesta u svojoj konstituciji od 15. decembra 530. godine („*De confirmatione digestorum*“, „*De auctore*“).<sup>13</sup> Komisija je pred sobom imala obiman zadatak da pripremi zbirku pravničkog prava iz klasičnog perioda i za to i zamašni rok od deset godina, a u vidu je imala i Justinijanovu ženu da „ne dopusti da se imena starih pravnika predaju zaboravu“.<sup>14</sup> Članovi Komisije su imali široka ovlašćenja, budući da su sami mogli da uvrste tekstove, da ih prilagođavaju potrebama novog vremena, da otklanjaju sve protivrečnosti, ali su postupali po Justinijanovoj naredbi da zbarka treba da sadrži pedest knjiga podeljenih na tituluse iz napomenu da ti naslovi treba da slede sistem iz Kodeksa i raspored iz Večitog edikta.<sup>15</sup>

Uprkos predviđenom roku od deset godina, Komisija je ovo „do očajanja teško delo, kao da su prolazili usred ponora“<sup>16</sup> uspela da okonča za svega tri godine. Brzina i kvalitet urađenog posla jednodušno se prip-

---

da se Justijan zahvaljuje Bogu „preko nas, najponiznijih njegovih slugu“, za oslobođenje Severne Afrike, T. Honore, *Tribonian*, Oxford 1976, 109–110.

- 12 Osim što se brzo domogao funkcije koja odgovara današnjem ministru pravde, u prvoj komisiji za izradu kodifikacije, bio je običan član. To je, veruje Stanojević, možda i razlog što rezultat njenog rada, *Codex Iustinianus*, nije imao trajniju vrednost, O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 111–112.
- 13 Tribonijan je za članove komisije izabrao četiri profesora prava, Doroteja i Anatolija iz bejrutske i Teofila i Kratina iz konstantinopoljske pravne škole, novog šefa carske kancelarije i jedanaest vodećih advokata (Stefana, Menu, Prosdocija, Eutolmija, Timoteja, Leonida, Leontija, Platona, jakova, Konstantina i Ivana), N. Mojović, *op. cit.*, fn. 6, 412.
- 14 *Const. Tanta*, 10: „...ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo.“
- 15 Međutim, Justinijan je insistirao od članova Komisije da, ukoliko skraćuju originalne tekstove, uvek odgovarajućim natpisom navedu iz kojeg dela i od kojeg pravnika potiče tekst i to slovima, a ne skraćenicama koje su mogle da izazovu nejasnoće, N. Mojović, *op. cit.*, fn. 6, 413.
- 16 Članovi komisije su pročitali, preradili i intervenisali na preko 2000 dela koja su sardžavala preko tri miliona redova, a uspeli da Digesta svedu na ukupno 150 000 redova, *Const. Imperatoriam maiestatem*, 2, *Const. Tanta I*.

isuju Tribonijanovoj učenosti i sposobnosti i Justinijanovoj energičnosti i interesovanju za ovaj važan posao. Zbirka je objavljena 16. decembra 533. godine pod nazivom *Digesta seu Pandectae Justinianovom* konstitucijom *De confirmatione digestorum (Tanta)* i stupila na snagu 30. istog meseca.

Međutim, osnovno pitanje je na koji je način Justinijanova kodifikacija doprla do teritorija širom Evrope i toliko uticala na razvoj pravne misli, pa „i srednjovekovno i moderno evropsko pravo plove pod Justinijanovom zastavom“<sup>17</sup> imajući u vidu pad Zapadnog rimskog carstva, koji se dogodio nekoliko decenija pre stupanja na snagu *Digesta* 533. godine? Nije ni lak odgovor.

## 2. COMMON CORE

Justinijanova kodifikacija je, nakon više od 500 godina od objavljanja, iako amibiciozno zamišljena kao osnovni izvor svega prava, retko gde proučavana. Stein navodi da je u velikom delu Istočnog Rimskog carstva ona jednostavno bila nerazumljiva, budući da je skoro potpuno napisana na latinskom jeziku, dok se u ovom delu carstva uglavnom koristio grčki jezik.<sup>18</sup> Veoma malo rukopisa dospelo je do Zapadne Evrope, a oni koji jesu, nisu bili razumljivi tamošnjim pravnicima zbog složenosti sadržaja.<sup>19</sup> Međutim, u ranom srednjem veku, kao posledica povezanosti Vizantije i južne Italije, neki od rukopisa Institucija i Justinijanovog Kodeksa<sup>20</sup> postale su poznate u Italiji. Međutim, u ostalom većem delu onoga što je nekad bilo poznato kao Zapadno Rimsko carstvo, poznavanje rimskog prava nije bilo temeljeno ni na klasičnom pravu niti na Justinijanovom, već u znatnoj meri na tzv. vulgarnom pravu iz IV i V veka.<sup>21</sup>

17 K. Schultz, *Classical Roman Law*, Oxford 1969, 4.

18 Nije mnogo pomagala ni činjenica da su oko 900. godine objavljene Vasilike, kao neka vrsta grčke verzije čitavog dela, P. Stein, *op. cit.*, 74.

19 Ovo se, pre svega, odnosi na *Digesta* koje su zbog velikog obima i sistematizacije bile teške za praktičnu upotrebu. I sami sastavljači su uviđali veliku mudrost koju *Digesta* nose i bili svesni da je teško moguće da je savladaju oni koji su u predvorju pravne nauke. R. Schulze, R. Zimmermann, *Basistexte zum Europäischen Privatrechts*, Baden Baden 2000, 36.

20 Poslednje tri su se odnosile na administrativno pravo i bile odvojene od ostatka.

21 Varvarske zemlje, sukcesori na tlu palog Zapadnog rimskog carstva, koristile su svoje pravo i nisu pokušavale da ga nametnu pokorenom stanovištvu. Ume-

Primetnije interesovanje za rimske pravne tradicije se duguje sveštenstvu. Ono je koristilo građu iz klasičnog prava, kako bi uspeli da povežu dijametalno suprotstavljeni dokumente s crkvenih sabora, spise svetih otaca i papska zakonodavna dokumenta, u embrion novog rimsko-kanonskog prava. Rečima ripuarskih Franaka „crkva živi u skladu sa rimskim pravom“.<sup>22</sup> Značajnu ulogu su odigrali i javni beležnici (*tabelliones*) sačinjavajući pravne dokumente na osnovu rešenih slučajeva u rimskim procesnim formulama, skoro potpuno prepisujući rimska rešenja koja oni nisu uvek ni razumevali. Osim toga, neki rimski tekstovi su, kao poznati primeri, citirani na kursevima iz retorike u manastirskim i crkvenim školama.<sup>23</sup>

Na zapadu Evrope, međutim, rimske pravne tradicije još uvek nisu dovoljno poznate. Sjaj i uspon Vizantije nema toliki odbljesak u zapadnoevropskim zemljama sve do XI veka koje, istini za volju, još uvek nisu na tom stepenu razvoja. Postoje, ipak, neki podaci o postojanju škole rimskog prava u Raveni koja je bila ranije sedište vizantijskog egzarha, kao i još poznatije škole u Paviji, bivšoj prestonici langobardske kraljevine u Italiji. U školi u Paviji tumači langobardskog prava bili su podejljeni u dve grupe u pogledu sopstvenog odnosa prema rimskom pravu. Struja poznata pod imenom *Antiqui* usredsredili su svoja proučavanja isključivo na langobardsko pravo, sastavljen od zbirki edikata i kapitulara poznatih kao *Liber Papiensis*. Istovremeno su pomno beležili sve

---

sto toga vizigotski i burgundski kraljevi s početka VI veka, tj. pre Justinijana, naredili su da se za njih izrade zbirke postojećeg rimskog prava, tako da su upravo ovi zbornici bili glavni izvor saznanja o rimskom pravu u sledećim vekovima, H. F. Jolowitz, B. Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972, 478. Ima i stavova da se vizigotsko pravo jasno može uočiti u tzv. karolinškim rukopisima iz 9. veka, kao da se na zapadu nije uopšte ni znalo za postojanje Justinijanovog zbornika, T. J. Rivers, *Laws of the Salian and Ripuarian Franks*, New York 1966, 195. Sličnog je mišljenja i Knütel (*Knütel*) navodeći da u svom delu enciklopedijskog karaktera *Etymologiae*, napisanog dvadesetih godina VII veka, sv. Isidor Seviljski pominje Justinijana u pogledu njegovih religijskih aktivnosti, ali prečutkuje njegovo postojanje kao velikog zakonodavca, R. Knütel, „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“ *Juristische Schulung* 1996, 242.

22 T. J. Rivers, *op. cit.*, fn. 21, 196.

23 Tako su poznati pravni slučajevi u kojima se isticao veliki rimski besednik Ciceron gotovo bez izuzetka bili inspiracija mlađim besednicima koji su retoričku učili u crkvama i manastirima, prvi put organizujući neku vrstu simulacije rimskog suđenja, J. F. Winkler, *Roman Law in Anglo-Saxon England* Oxford 1992, 101.

bitne razlike između langobardskog i rimskog prava. Struja koja je sebe nazivala *Moderni* bila je spremna da znatno više prihvati rimsko pravo i to kao opšte u razumevanju i tumačenju langobardskog prava.<sup>24</sup>

Može se sa izvesnom dozom pouzdanosti tvrditi da je pravna praksa u Paviji bila na visokom nivou. Cilj škole bio je da održi ovaj nivo ali i da langobardske studije osete duh i suštinu nauke o pravu. Kako je langobardsko pravo bilo napisano na latinskom, u slučaju nedoumice oko nekog tehničkog pravnog termina, prirodno je bilo konsultovati centar u kojem su se vodile merodavne pravne rasprave na latinskom. Tako je rimsko pravo služilo i kao tumač pravnih kontroverzi, čime je njegova uloga, kroz ovu školu, počela da raste i postaje značajnija. Ipak, ne treba preterivati u oceni dometa škole u Paviji u pogledu doprinosa rimskog prava razvoju *ius commune*. Škola u Paviji obrazovala je, pre svega, pravnike praktičare, koji su nameravali da rade u langobardskim sudovima. U tom pogledu, doprinos teorijskom proučavanju značaja rimskog prava i njegovog dometa bio je relativno skroman. Uprkos nekim ocenama,<sup>25</sup> možda je preambiciozno u ovoj školi, pre nego li u Bolonji, tražiti *common core* opšteg srednjovekovnog prava.

### 3. BONONIA MATER LEGUM

Pravi procvat u proučavanju rimskog prava donosi ponovno otkrivanje Justinijanovih Digesta u Bolonji, što predstavlja prilično iznenadan podsticaj razvoju privatnog prava tokom XII veka. Činjenica je da je ovaj najvažniji i najvredniji deo Justinijanovog zbornika mogao u većoj meri udahnuti novi život rimskom pravu.<sup>26</sup> Rukopis koji je

- 24 Rad ove potonje struje svoj vrhunac je doživeo tokom 1070. godine u Ekspoziciji *Liber Papiensis-a*, koji je imao zadatak da uskladi langobardsko i rimsko pravo. Ekspozicija se odnosila na izvore rimskog prava koji su već bili poznati neko vreme (u prvom redu Justijanove Institucije i Kodeks ponovnog čitanja, kao i Julijanove Epitome), ali je sadržala i devet fragmenata iz Digesta. Vid. opširnije u F. Calasso, *Medio Evo del Diritto I*, Milano 1954, 281 i dalje, R. Knütel, *op.cit.* fn. 21, 248, C. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence, Pavia and Bologna*, New Haven 1988, 178 i dalje.
- 25 U novije vreme neki autori školu u Paviji prepostavljaju školi u Bolonji, u prvom redu Rivers, Vinkler i Rading.
- 26 Značaj Digesta zanimljivo, kritički sagledavajući *Corpus Iuris Civilis*, oslikava Rading u svom pismu univerzitetskom profesoru Hejstingu Rašdalu: „Digesta su bila jedina knjiga iz koje su srednjovekovni studenti mogli da dobiju kvali-

Bolonja koristila u XII veku, u stvari potiče iz VI veka, tada čuvan u Pizi, a 1406. godine prenet u Firencu, gde predstavlja dragulj u zbirci Lavrentinske biblioteke.<sup>27</sup> Mada ima naznaka da su Digesta delom bila poznata već školi u Paviji, budući da je u Ekspoziciji profesori iz Pavije pominju oko 1070. godine, kao i jednom italijanskom zborniku kanonskog prava iz 1080. godine u kojem se 93 fragmetna pominju u odeljku *Collectio Britannica*,<sup>28</sup> čini se da je tek škola u Bolonji dublje i analitičnije sagledala svu vrednost Digesta. Ovo tim pre jer je rimske pravne delatnošću ove škole polako počelo da dobija autoritet za sudske i praktične primene, započetu već radom škole u Paviji. Praktična vrednost rimskog prava inicirala je dolazak brojnih mladih ljudi iz Zapadne Evrope u Bolonju i druge italijanske gradove (u prvom redu u Padovu i Sijenu) kako bi učili rimske pravne. Verovatno je da su to činili baš imajući u vidu mogućnost upotrebe stečenog znanja u sudske prakse, a ne samo teorijsko opšte obrazovanje.

Međutim, nisu svi rukopisi Digesta postali dostupni u isto vreme. Tako *Litera Bononiensis* pokazuje da su Digesta u stvari parcijalno i sukcesivno otkrivana. Prvo je otkriven deo rukopisa pod imenom *Digestum Vetus*, pa *Infortiatum* i na kraju *Novum*.<sup>29</sup> Najveće zasluge za

tetno znanje iz rimskog prava. Institucije su bile tek običan udžbenik. Kodeksi se satojti od pojedinačnih, nedovoljno povezanih odredaba. Novele, pak, nisu nepovezane, ali su sastavljene preopširno, isuviše apstraktno, i, koliko pomazuju toliko i odmažu čitaoцу. Bez Digesta rimsko pravo nikada ne bi moglo da osvoji svet, samo je u njima mogao da se nađe pravi duh rimskog prava. Ljudi nikada ne bi u nekoj drugoj knjizi pronašli toliko entuzijazma za proučavanje, jer tek u Digestama se spoznaje šta je to kvalitetna pravna rasprava, precizna i tačna definicija.“, C. Radding, *op. cit.*, fn. 24, 180.

27 U vezi s prirodom ovog rukopisa postoje oprečna mišljenja. Rading tvrdi da je reč o verziji nazvanoj *Vulgata* odnosno *Litera bononiensis*, i potiče iz firentinskog, ne neposredno, nego putem izgubljenog arhetipa, C. Radding, *op. cit.*, fn. 24, 182, dok Stein smatra da je u pitanju verzija *Secundus* koja je prepisana krajem XI veka, P. Stein, *The Digest Title De diversis regulis iuris antique, and the General Principles of Law*, London, 1997, 78.

28 B. Paradisi, „Il giudizio di Martiri: alle origini del pensiero giuridico bolognese“, *Rediconti dell' Accademia dei Lincei (Scienze Morali)*, 1994, 335. Stanojević navodi prvi slučaj citiranja Justinijanove kodifikacije, doduše bez navođenja izvora, iz 1060. godine, dok je 1076. godine u sporu žitelja Sigicija pored Firence sa obližnjim manastirom, zabeležen slučaj pozivanja na Digesta, O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 126.

29 Iako poreklo redosleda ove podele nije sasvim jasno, Paradizi je uveren da je *Vetus* bio pronađen i poznat pre druga dva dela, B. Paradisi, 336. I sa ostalim delovima Justinijanove kodifikacije dogodilo se slično: sredinom XII veka ot-

to pripadaju pomalo zaboravljenom i senkom tajne osenčenom bolonjskom profesoru pod imenom Pepo.<sup>30</sup> Poznat po svom citiranju tekstova iz Digesta negde oko 1076. godine, akcenat je u svojim predavanjima ipak stavljao više na Kodeks i Institucije. Njegov rad je, međutim, poslužio kao smernica mnogo poznatijem profesoru bolonjske škole Irneriju, kojem se pripisuje prvi sistematični rad na Digestama i rođaćelstvo škole glosatora. Poznato je da su glosatori razvili sholastički metod i veliko poštovanje prema rimskom pravu uopšte, jer pravnici su, kako stoji u uvodu Digesta, sveštenici prava.<sup>31</sup>

Rad bolonjske i škole glosatora u velikoj meri zasluzni su za razvoj privatnog prava temeljenog na rimskom. Pre njih kružili su razni nezvanični zbornici, nudeći raznolika rešenja, kao što su odluke crkvenih saveta, mišljenja svetih otaca, papski dekreti, fragmenti iz Biblije, pa se nije znalo šta je nečije mišljenje, a šta pravo. Red u oblast kanonskog prava uveden je tek proglašenjem Gracijanovog dekreta oko 1140. godine. Međutim, poznavanje privatnog prava postalo je nemoguće bez poznavanja rimskog prava. Kod god je želeo ozbiljno da se bavi privatnim pravom, smatralo se da bi bio bolji i uspešniji ako poznaje Digesta.<sup>32</sup>

krivene su poslednje tri knjige Kodeksa (*Tres Libri*), a takođe i mnogo bolja latinska verzija Novela (od kojih je većina bila na grčkom), nego što su *Epitome Iuliani*. Ona je bila poznata kao *Authenticum* i raspoređena u devet *Collationes* po uzoru na Kodeks. Ceo *Corpus Iuris Civilis* se tada sastojao od tri toma Digesta, devet knjiga tradicionalnog Kodeksa i dela pod imenom *Volumen Parvum*, sažetog zbornika koji je sadržao Institucije, *Tres Libri* i *Autheticum*, te raznih drugih delova za koje se očekivalo da će biti usvojeni kao carski zakoni. Ovo je uključivalo i carske konstitucije iz XII veka, kao i zbirku regula o feudalnom pravu *Libri Feudorum* koja je postala poznata kao deseti *Collatio*, S. Kuttner, *The Revival of Jurisprudence*, Oxford 1982, 453; P. Stein *Introduction to the Teaching of Roman Law in England around 1200*, Selden Society 1990, 211.

30 Njega pominju, navodeći mu i sudijsko-savetničku funkciju *causidicus-a*, P. Stein, (1990), *op. cit.*, fn. 29, 213; C. Radding, *op. cit.*, fn. 24, 181 i F. Calasso, *op. cit.*, fn. 24, 296.

31 Katner čak navodi da su Digesta poistovetili sa Svetim Pismom, S. Kuttner, „Sur les origines du terme ‘droit positif’”, *Revue historique du droit français et étranger* 15/1936, 728. Kada se Akurzije zapitao da li pravnik onda treba da proučava teologiju, odgovor je bio odričan jer se sve nalazi u *Corpus Iuris Civilis-u* (*omnia in corpore iuris inveniuntur*, gl. *notitia D. 1.1.1.1*), *ibid.*

32 Novi problemi i pravni sporovi nastali usled razvoja gradova i privrede, potreba sekularnih vladara i crkvenih velikodostojnika, zahtevali su dodatno angažovanje pravnika. Razna običajna i partikularna feudalna pravila nisu imala

U ranom XII veku partikularizam lokalnih običaja učinio je da Digesta postanu prava riznica blaga u kojoj bi svako mogao da zahvati vrednost olicenu u konkretnim rešenjima i pravnim pravilima. Međutim, ta riznica nije lako odavala svoje tajne. Tekstovi su, opšte uvez, zadavali probleme čitaocima, imajući u vidu složenost materije i minucioznost u rešenjima. Irnerije i njegovi naslednici upustili su se u težak i zahtevan posao komentarisanja spornih delova u fragmentima, pišući glose pored (*marginalis*) i iznad (*interlinearis*) tekstova, u namjeri da olakšaju bogatu, ali i složenu materiju. Time su oni nastojali da ubede kako u Digestama ne postoje protivrečnosti koje se ne mogu savladati traženjem razloga za otklanjanje razlika.<sup>33</sup> Na ovaj način naćinili su precizan „tehnički rečnik“<sup>34</sup> koji se tek nazirao u vulgarnom pravu srednjeg veka, kao i univerzalni pravni jezik, kojim su se i najrazličitiji sporovi mogli voditi na identičan način. Širom Evrope biskupi i kraljevi su želeli da iskoriste ovu novu veština zapošljavajući one koji su je izučili, dok su mladi ambiciozni ljudi videli šansu za zauzimanje visokog položaja i sticanja ugleda i bogatstva. Stoga je Bolonja postala pravni centar od najvišeg značaja, jer su se tamo izučavali originalni tekstovi i komentari.<sup>35</sup> Zbog svog odličnog geografskog položaja, na raskrsnici važnih puteva u severnoj Italiji, u Bolonju je bilo relativno lako doći. Otuda ne čudi na hiljade ljudi koji su se u nju slili (krajem XIII veka imala je preko 1000 studenata iz svih krajeva Evrope) kao i laskava titula koja ju je krasila: *Bononia mater legum*.

Škola pravnih nauka u Bolonji isprva je bila privatna sekularna institucija. Izrastanje škole u univerzitet nije se dogodilo na osnovu nekog dekreta ili planskog akta vladara ili crkve. Ono se dogodilo, polovinom XII veka, potrebom studenata da se organizuju kako bi sebi pribavili što kvalitetniju nastavu i steknu priznate kvalifikacije koje bi im olakšale zaposlenje širom Evrope. To je od samog početka univer-

---

adekvatne odgovore. Možda to nije imalo u potpunosti ni rimsko pravo, ali je posedovalo mudre savete i argumente koji su mogli da dovedu do rešenja, E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma 1992, 96.

33 *Constitutio Tanta, 15: Subtili animo diversitatis rationes excuitet.*

34 Irnerije i tzv. četiri doktora – Martin, Jakob, Bulgar i Hugo, ne samo što su komentarisi tekstove, već su i upućivali i na druge fragmente koji se bave istim ili sličnim pitanjem, čime su stvorili mrežu jezičkih i pravnih pojmljivača koji se međusobno prožimaju, P. Stein, (1997), *op. cit.*, fn. 27, 80.

35 Studenti su u Bolonji izučavali rimsko privatno pravo uporedno sa kanonskim, a mnogi od njih su već imali savladane osnove rimskog privatnog prava pre prelaska na studije kanonskog, *ibid.*

zitetu dalo pečat preko potrebne autonomnosti.<sup>36</sup> Mada se u Bolonji izučavala i teologija i medicina (centar za teologiju bio je ipak Pariz, a za medicinu Salerno i Monpelje), rimsко privatno i kanonsko pravo su bili dominatni. Onaj ko bi završio studije oba prava dobijao bi titulu *doctor iuris utriusque*.<sup>37</sup> Pri tom je rimsко privatno pravo imalo posebno i najznačajnije mesto. Prvo, predmet je bio takav da se mogao izučavati bilo gde, pa mu je njegova univerzalna vrednost dala prevagu nad pravom lokalnih komuna. Štaviše, lokalno pravo se nije izučavalo ni u jednoj zemlji sve do XVII veka.<sup>38</sup> Drugo, kako je pravo postalo predmet organizovane nastave, tako je i rimsko privatno pravo podignuto na viši naučni nivo. Za naslednike Irnerija, u prvom redu Bulgara, postoje podaci da je držao predavanja velikim grupama studenata.<sup>39</sup> Prepisi beležaka sa predavanja su bili dostupni za kupovinu, kao neka vrsta skripte.<sup>40</sup> Treće, predavanja su koncipirana tako da se simu-

36 Za razliku od Pariza i Oksforda, Bolonja je bila model univerziteta kojim su upravljali studenti koji su sebi birali najbolje profesore. I rektor je biran od strane studenata, pa su studentski predstavnici postali uvažavana snaga u razgovorima sa zvaničnicima komune. Neki autori idu i korak dalje pa tvrde da su se njima „dodvoravali i car i papa“, verovatno želeći da metaforično ukažu na snagu studentske populacije, A. Garcia, *The Faculties of Law*, Cambridge 2002, 177; H. De Ridder-Symones, *A History of the University in Europe*, Cambridge 1992, 326. Ima podataka da je Fridrik I Barbarosa oko 1150. godine potvrđio nezavisnost univerziteta u odnosu na komunu, omogućivši studentima i profesorima imunitet na putu od kuće do škole, izuzeće od sudske nadležnosti redovnih sudova, zabranu da se studenti uzimaju kao taoci za dugove svojih sugrađana, kao i zabranu da policijski organi ulaze na tlo univerziteta, dok je početkom XIII veka papa Honorije III insistirao da predavači moraju dobiti licencu za rad, koju bi obnavljali na godišnjem nivou. Od rezultata koje pokažu, nastavnici bi dobijali produženja licenci sve dok ne steknu takve rezultate koji bi im omogućili trajni ostanak, M. Bellomo, *Saggio sull' Universita nell' eta del diritto comune*, Catania 1979, 49; O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 127–128.

37 O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 127.

38 Čak i kada se radilo o engleskom *common law*, na Oksfordu i Kembrijdu se izučavalo građansko i kanonsko pravo (pre Reformacije) sve do XVIII veka, M. Bellomo, *op. cit.*, fn. 36, 50.

39 Belomo piše o jednom šaljivom događaju sa tih predavanja. Bulgar, udovac, oženio je mladu ženu za koju je verovao da je devica. Sledećeg dana, kada je došao na predavanje, prvi tekst za analizu bio je C. 3.1.14. koji je počinjao sa *rem nec novam nec inusitatem aggremitur*. Igra reči da je „naišao na nešto što nije niti novo niti nekorишćeno“, izazvala je salve smeha među studentima, *ibid.*

40 Posebni prodavci tih prepisa beležaka, nazvani *stationarii exempla tenentes*, prodavali su ih ili iznajmljivali studentima, a studenti su, kada dođe vreme

lirao neki konkretni pravni spor, što je podsticalo studente da polemišu o različitim rešenjima, neretko organizujući debate pod nadzorom svojih profesora.

Nastava u Bolonji je uvažavana zbog osvežavajuće jasnoće misli, strogog režima rada, tačnog pozivanja na izvore, obraćanja pažnje i na najmanje detalje, jezičkog i dogmatskog tumačenja, uklanjanja svakog sadržaja i mišljenja koje nema veze sa pravnom naukom.<sup>41</sup> Kako je dogovorom studenata i profesora vreme za sticanje diplome ograničeno na pet godina, morao se uvesti red u nepregledno more pravnih tekstova koji su se izučavali. Jedan od glavnih problema sa kojim su se suočili je činjenica da je materija privatnog prava drugačijim redosledom izlagana u Digestama odnosno u Kodeksu i Institucijama. Stoga se prvo pristupalo nastavi Institucija,<sup>42</sup> a tek potom bi se studenti upoznavali sa Digestama i Kodeksom. Glosatori su u velikoj meri davali značaj regulama kao opštim pravnim načelima primenljivim u svim situacijama. Na ruku im je išla poslednja 50. knjiga Digesta, 17. titulus koji se bavio samo opštim regulama (*de diversis regulis iuris antiqui*), a bilo ih je preko dve stotine. Regula je zamišljena kao opšte pravilo na osnovu određenog broja primera koji se ponavljaju. Bulgar je čak napisao i komentar u kojem objašnjava kako ta pravila funkcionišu.<sup>43</sup> Četiri dokto-

---

da napuste univerzitet, imali osnovni materijal koji bi mogli poneti sa sobom.

Ako i sami ne bi postali profesori, imali su mogućnost da šire znanje o privatnom pravo duž Evrope donoseći već glosirane tekstove u svoje domovine, M. Bellomo, *op. cit.*, fn. 36, 113.

41 W. Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages*, London 1975, 99.

42 Institucije su pratile Gajevu triparticiju, a glosatori su ove kategorije (*personas-res-actiones*) dopunjavali sa *distinctiones*. Ovo su bile dopune u okviru kojih su različite činjenice bivale podeljene na grupe i podgrupe, često dijagramskim tabelama kako bi bilo olakšano pamćenje. Osnovni cilj bio je da se poveže ono što je isprva delovalo kao potpuno različito kako bi se izvelo neko opšte pravilo, P. Stein, *Regulae iuris: from Iuristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, 114.

43 Tako tekst iz Digesta (D. 50.17.1) navodi da, ukoliko pravno pravilo izgubi u bilo kom svom delu pravnu važnost, gubi i svoj *officium*. U svom komentaru Bulgar navodi da zato *officium* regule mora da obuhvati svaku singulu, odnosno svaki pojedinačni deo pravnog pravila. Regula, dakle, ne može imati izuzetke, jer ono što je izuzeto nije ni obuhvaćeno. Prema mišljenju Bulgara, regula je rod (*genus proximus*) sa određenim vrstama (*differentia specifica*) i daje primer: ničija stvar okupacijom pripada onome ko je prvi nađe. To je *genus*. A razne vrste tih stvari (divlje životinje, ribe, ptice) su *differencia specifica*, P. Stein, (1966), *op.cit.*, fn. 42, 116.

ra su se prilično razlikovali međusobno u tumačenju i popunjavanju pravnih kategorija, pišući svako ponaosob svoje *dissensiones dominorum*. Podsticali su istu naviku pravne rasprave i kritičkog mišljenja i kod svojih studenata, organizujući im *quaestiones disputate*, preteču današnjeg *moot court-a*, u okviru kojeg bi svaka strana iznosila svoje argumente, dok bi profesor, u ulozi sudije, na kraju donosio presudu (mišljenje, *solutio*).<sup>44</sup>

Uprkos njihovom entuzijazmu prema opštim normama, glosatori su ipak fokus svojih analiza posvetili pojedinačnim normama, tekstovima ili zakonima. Tek će komentatori iz ovih pojedinačnih analiza uspeti da izvlače neka opšta pravila. Johan Basijan (*Johannes Bassianus*), Bulgarov učenik i značajan profesor privatnog prava u Bolonji, promovisao je sistem analize složenih pravnih tekstova u četiri faze,<sup>45</sup> koji je, izgleda, polazio od tumačenja argumetom *a contrario*, popularno nazvan „brokard“.<sup>46</sup> U suštini, polazišna tačka brokarda bilo je postavljanje oprečnih premlisa, iz kojih su izvodili zaključke u pokušaju da ih formulišu kroz opšta načela. Nekada su te premise bile u obliku pravila i protivpravila, nekada u obliku tvrdnje obogaćene tekstovima koji je potvrđuju ili negiraju. Ponekad postoji rešenje, ponekad ne, forma jednostavno nije bila ustaljena. Brokard je bio u vrlo širokoj upotrebni, jer su se njime koristili i pravnici sa samo površnim poznavanjem analize tekstova. Ovo je pretilo da jedna analitička tehnika, zamišljena

44 P. Stein (1966), *op. cit.*, fn. 42, 118.

45 Prva faza bila bi ustanovljenje samog problema, odnosno *casus-a*. U drugoj fazi navode se tekstovi koji sadrže neko suprotno pravilo i traže se veze koje rešavaju problem. Treća faza, nazvana brokardi, po kojoj je i čitav sistem dobio ime, ima zadatak da na osnovu nađenog rešenja ustanovi opšte načelo za sve iste ili slične slučajeve, dok u četvrtoj fazi valja organizovati diskusiju, ne odmah, nego do večere, kako bi bilo više vremena za razmišljanje, P. Weimar, *Die Legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit*, Berlin 1969, 47.

46 Poreklo naziva „brokard“ ostalo je do danas nerazjašnjeno. Postoji nekoliko teorija u vezi sa etimologijom ovog pojma. Jedna pretpostavka je da je ovaj termin, u stvari, izvitopereno ime kanoničara Burchard-a od Worms-a, P. Weimar, „Argumenta Borocardica“, *Studia Gratiana*, Bologna 1967, 89. Druga teorija polazi od toga da je reč o iskvarenom *pro et contra*, budući da čitav sistem počiva na suprotstavljanju oprečnih premlisa, S. Kuttner, *op. cit.*, fn. 29, 735. Stein ipak prednost daje teoriji da je termin izведен od reči *broccus* što znači „isturenii Zub“, čime se naglašava polemička strana sistema, u kojem valja „zagrести“ kako bi se pridobilo pravo rešenje, P. Stein (1997), *op. cit.*, fn. 27, 84.

kao dopuna i poboljšanje nastave, zloupotrebor postane prečica da se izbegne bar deo komplikovanog posla rada na izvornim tekstovima.

Iako glosatori nisu u svom radu bili praktičari, u jednom delu njihovog rada zapaža se i značaj doprinos pravnoj praksi. To se odnosi na proučavanje pravne prirode građanskog sudskog postupka, teme koju ni Justinijan nije izložio sistematski. Poput objašnjenja prirode pravnih propisa, glosatori su uspeli da približe praksi i pravnu prirodu postupka, formulijući neka od načela, kao što je da se obe strane u sporu moraju saslušati, kao i da se odluka mora doneti tek nakon upoznavanja sudije s oba iskaza.<sup>47</sup> Ovo je postalo standardni deo rimsko-kanonskog sudskog postupka, dok je kasniji razvoj ovih načela prepušten kanoničarima. Istini za volju, čini se da na ovom polju glosatori nemaju originalnih doprinosa, pogotovu imajući u vidu da su mnoga od načela koja su formulisana, bila već poznata rimskom klasičnom pravu. Međutim, njima se mora odati priznanje za sistematizaciju, ono što rimski klasični pravnici nisu do kraja uočavali.

Bolonja je postala vrlo brzo centar iz kojeg se duh učenja i tumačenja rimskog prava nezadrživo širio Evropom. Isprrva već u ostalim gradovima severne Italije i južne Francuske (poznata je škola rimskog prava u dolini Rone) krajem XII veka. U Anglo-normanskoj kraljevini bila je poznata škola koju je osnovao Vakarije (*Vacarius*). Njega je u Englesku doveo nadbiskup Teobald 1140. godine.<sup>48</sup> Poznat je po svojoj antologiji tekstova pod nazivom *Liber pauperum*, za siromašne studente koji nisu mogli sebi da priuštite kupovinu originalnih tekstova *Digesta* i *Kodeksa*.<sup>49</sup> Bolonjske ideje prodrle su vrlo brzo i u Francusku, u Monpelje, zaslugom Placentina (*Placentinus*), koji je poznat i po svom komentaru Kodeksa iz 1170. godine, pod nazivom *Summa Codicis*.<sup>50</sup> Glosatori su se delili u dve velike sledbeničke grupe: jednu,

47 L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudicarius*, Frankfurt am Main 1984, 128.

48 I nakon Vakarija, Engleska je imala dodira sa bolonjskim profesorima u jurisprudentima. Tako je Akurzijev sin bio zaposlen kao pravni savetnik na dvoru Edvarda I, O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 127.

49 Glose ove antologije tekstova za siromašne nedvosmisleno pokazuju blisku vezu sa idejama koje su vladale u Bolonji, čime je rimsko pravo započelo svoj put širenja Evropom. Krajem XII veka, oni koji su je koristili, a bili su poznati pod imenom *pauperistae*, odlikovali su se vidnom naučnom gordošću, P. Stein, *Vacarian School*, Oxford 1992, 23.

50 A. Gouron, *La science juridique française aux XIe et XIIe siècles*, Milano 1978, 23.

koja je pratila rad Bulgara, i drugu, koja je sledila jednog od četiri doktora, Martina. Međutim, to nije bila klasična podela u metodu i razultatima rada, već više sitnije neslaganje u pogledu tehnike istraživanja. Bolonjski metod je brzo odneo prevagu nad Martinovim.<sup>51</sup>

Čitav rad glosatora zaokružen je poduhvatom poslednjeg među njima, Akurzija (*Accursius*). On je oko 1240. godine sakupio sve glose prethodnika iz svih pet delova Justinijanovog zbornika u jedan, nazvan *Glossa ordinaria*, koji je sadržao između 60.000 i 100.000 glosa. Ovaj zbornik je zamenio u potpunosti sve ranije pojedinačne glose, i od tada je prepisivan uvek zajedno sa originalnim tekstovima, da bi, od 15. veka, bio štampan sa njima.<sup>52</sup> Ovo svojevrsno kodifikovanje pravnih pravila ujedno je označilo i kraj glosatorske škole, međutim, rimsko pravo je tek sada bilo na putu da postane osnov, *common core* za srednjovekovno *ius commune*.

#### 4. ZAKLJUČAK

Do druge polovine XIII veka postepeno je opao uticaj Bolonje. Središte izučavanja privatnog prava preselilo se u Francusku, u Orlean, podstaknuto papskom zabranom izučavanja privatnog prava u Parizu. Profesori iz Orleana nisu se zadovoljavali samo glosatorskim suprostavljanjem argumenata u težnji tumačenja rimskih tekstova, već su insistirali i na obrazloženju, pomerajući do tada uspostavljene uske grance tumačenja omeđene glosatorskim načinom mišljenja. Više usmereni ka praksi,<sup>53</sup> ovi profesori se svesno oslanjaju na kritike glosa, komentarišući ih. Poznati u nauci kao postglosatori, ili, preciznije, komentatori, oni insistiraju na onome što su rimski pravnici izbegavali: uopštavanje i izvlačenje opštih načela iz pojedinačnih slučajeva.

Tako je Bartol iz Sasoferata (*Bartolus de Sassoferato*) opravdao postojanje lokalnih običaja, ali je istovremeno ograničio njihovu oblast dejstva, insistirajući da se običajno pravo mora uskladiti s pravilima rimskog privatnog prava. Razvio je i skup pravila o sukobu zakona, komentarišući glosirane tekstove iz *Digesta* i Kodeksa i uopštavajući

51 P. Stein, (1992), *op. cit.*, fn. 49, 26.

52 *Ibid.*, 31.

53 Često su davali svoja pravna mišljenja sudovima i drugim organima koji su primenjivali pozitivno pravo (zato se nazivaju i savetnicima – *consiliatores*), M. Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2011, 105.

presude donete na osnovu tih izvora,<sup>54</sup> a dao je i završni oblik teoriji feudalne svojine na rimskim osnovama (*dominium directum, dominium utile*).<sup>55</sup> Baldo Ubaldi (*Baldus de Ubaldis*), pripadnik komentatora i poslednji veliki srednjovekovni pravnik, dao je relativno koherentnu ocenu značenja i definisanja termina *bona fides*. Međutim, njegov rad se uglavnom oslanjao na ideje Aristotela i Tome Akvinskog.<sup>56</sup>

Komentatori su od glosatora nasledili dogmatski metod u tumačenju i odsustvo kritičkog odnosa prema rimskom pravu. Ovo i nije neobično, budući da su svoj rad prvenstveno usmerili na kritike glosa, nego na analizu originalnih izvora. Ocene njihovog rada uglavnom pretežu ka kritikama da su po svaku cenu želeli da stvaraju nepotrebne klasifikacije i veštačke podele, da kod njih ima malo originalnog rimskog prava, a dosta uticaja dekadentne sholastike.<sup>57</sup> Oni su se, za razliku od glosatora, morali pomiriti s postojanjem kanonskog prava, tako da su utoliko imali složeniji zadatak da usklade ova dva prava, otklanjajući sve njihove protivrečnosti.<sup>58</sup> Ishod ovakvog zadatka je, u stvari, smatramo, ključan za nastanak srednjovekovnog *ius commune*. Ta nova mešavina rimskog i kanonskog prava, u stvari je zasnovana na istim rimskim tekstovima, tumačena na istom, latinskom jeziku, koji koristi i crkva. Ona je bila neophodni preduslov da se ideje nastale u Bolonji lako i brzo šire na tlu Evrope. Već je bilo reči o stavovima da osnovu *ius commune* čini rimsko-kanonsko pravo, budući da se, posred rimskog, na srednjovekovnim univerzitetima predavalо i kanonsko pravo, koje se zasniva na drugom, velikom, takođe kazuističnom pravnom zborniku *Corpus Iuris Canonici*.<sup>59</sup> Rimsko i kanonsko pravo

---

54 P. Stein, *Bartolus, the Conflict of Laws and the Roman Law*, Heidelberg 1980, 251.

55 Vid. više M. Milošević, „Feudalna svojina“, *Analji Pravnog Fakulteta u Beogradu*, 1–4/2001, 594.

56 Više o tome u V. Vučetić, „Od *bona fides* do načela savesnosti i poštjenja“, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010, 258–288.

57 P. Stein, (1980), *op. cit.*, fn. 54, 265; P. Weimar, *op. cit.*, fn. 45, 97; O. Stanojević, *op. cit.*, fn. 3, 128; M. Milošević, (2011), *op. cit.*, fn. 53, 106.

58 M. Bellomo, *L'Europa del diritto commune*, Roma 1991, 198.

59 Koreni ovog zbornika leže u tzv. *Decretum Gratiani*, koji je, ne sasvim slučajno, postao tema naučne pažnje u XII veku u Bolonji. Vid. više u P. Larouche, „Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe“, *ERPL* 2000, 452–486 i R. Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations on Civilian Traditions*, Kape Town, 1992, 87.

tesno su bili povezani.<sup>60</sup> Vrhovna vlast katoličke crkve nije želela da razvija intelektualno nezavisni pravni sistem. Umesto toga, oslanja se na rimska pravna pravila i u velikoj meri na one pojmove koji stvaraju zajedničko privatno pravo.

Tako se u prvom stavu *Corpus Iuris Canonici* citira Dekret Pape Gregorija IX *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*,<sup>61</sup> koji, izgleda, svoj koren direktno povlači iz rimskog klasičnog pravila *pacta sunt servanda*. Ovo pravilo o obaveznom poštovanju zaključenog ugovora, nije samo svoj oslonac pronašlo u klasičnom rimskom pravu, jer savršeno prezizno ukazuje na glosatorsku distinkciju između golih (*pacta nuda*) i obučenih paktova (*pacta vestita*), suptilno evocirajući i obećanje rimskog pretora *pacta conventa servabo*.<sup>62</sup>

Štaviše, kanonisti su ublažili rimski prelaz *nuda pactio obligatorem non parit* na suprotno pravilo *ex nudo pacto oritur actio*, omogućavajući primenu samo onim paktovima koji su zaključile strane *serio animo et deliberate*.

Ovo, čini se, ukazuje na princip koji je uspostavljen na opštem planu: razlikovanje ozbiljnog od neozbiljno mišljenog ugovora.<sup>63</sup>

Takva dogmatska pravna analiza (*more italicico*) postaje dominantan način rada na velikom broju evropskih univerziteta, rimsko pravo je pretvoreno u pravnički instrument, sistem pravila i pojnova primenljiv u svakoj situaciji i državi kao opšte pravo (*ius commune*).<sup>64</sup> Ono nije samo stvorilo opšti, univerzalni pravni jezik kojim se moglo služiti u svim evropskim sredinama, prilagodljiv svakom partikularnom, lokalnom pravu, već i dopunski pravni sistem kojim su se mogli popunjavati brojni pravni nedostaci tih lokalnih pravnih sistema.<sup>65</sup> S

60 Kako to duhovito navodi Cimerman: „Imperijalna majka i njena papska čerka su bile dobre prijateljice“, *ibid*.

61 *Lib. I, Tit. XXXV, Cap. I Liber Extra Corpus Juris Canonici*, nav. prema R. Zimmermann, (1992), *op. cit.*, fn. 39, 89.

62 *D. 2.14.7.7*

63 Cimerman alegorijski zaključuje: „Korišćenjem građevinskog kamena isklesanog u kamenolomu Digesta i davanjem darežljivih količina školskog maltera, opšta doktrina izgrađena je relativno brzo: samo oni ugovori oslonjeni na zakonsku kauzu smatrani su validnim“, R. Zimmermann, (1992), *op. cit.*, fn. 39, 90.

64 M. Belomo, (1991), *op. cit.*, fn. 58, 207; M. Milošević, (2011), *op. cit.*, fn. 53, 107.

65 P. Stein, (1997), *op. cit.*, fn. 27, 86.

druge strane, mobilnost studenata i profesora, od Bolonje do Oksforda, razmena iskustava i ideja temeljenih na potpuno istom rimskom pravničkom geniju, u suštini je stvorila taj prvi originerni nadnacionalni sistem koji je svoju funkcionalnost pokazivao u praksi kao srednjovekovno *ius commune*.

Kazuistično rimsko pravo, pa i takva rešenja, prvi put su u radovima ovih učenih pravnika dosegla takav nivo uopštavanja da je određeno pravno rešenje sada moglo da se tretira univerzalno za sve iste ili slične slučajeve. Ovaj rad komentatora moderni civilisti, čini se s pravom, glorifikuju u nameri da istaknu značaj pri stvaranju *ius commune*.<sup>66</sup> Time je Evropa dobila novi pravni identitet, oličen u Justinianovim Digestama, univerzalni pravni jezik koji je plenio svojom racionalnošću i elegancijom rešenja. U savremenom lutanju ka ujednačenom privatnom evropskom pravu, možda je najbolji putokaz zahvatiti nešto iz prošlosti kako bi budućnost bila izvesnija i bolja.

Vladimir Vuletić, PhD

Marko Kićanović, LLM

## JUSTINIAN'S CODIFICATION – ID CARD OF THE EUROPEAN LEGAL IDENTITY

### *Summary*

This article aims to demonstrate the position, scope and importance of Justinian's *Corpus Iuris Civilis*, not only within the Roman Empire, but in the medieval reception of Roman law in Europe in the first place. The article sheds light on the personality of this Roman ruler and on the social and political environment of the Empire prior to the codification, depicting in particular Justinian's attitude towards Tribonian and codification work itself. In that context, the motives be-

---

66 Veliki podvig integracije prava, započet sa Bartolom i Baldom, uspešno je nastavljen od strane sledbenika, P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München 1996, 106. Još veću pohvalu izriče Knitel: „Rimsko pravo koje se praktikovalo ispunjavajući zahteve dana, sada nije postalo jalovo, već je, putem rada komentatora, njihove erudicije i naučnog osećaja, postalo ponovo intelektualno plodno, ispunjavajući zahteve vremena.“, R. Knütel „Ius commune und Romisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union“, *Juristische Schulung* 1996, 323.

hind the codification are presented, as well as a systemic analysis of the council who were entrusted with such a task of codification, and specifically the manner in which the enormously extensive amount of work was completed in such a short period of time. The contribution of Justinian's codification to the origination and development of the so-called medieval European *ius commune*, observed as a system not rounded and self-sustained in itself, but as a system favoring exchange of experience, ideas, customs and legal rules throughout the European continent, must not be ignored. More comprehensive than the Bible, it stood as the utmost achievement of this postclassical ruler who proudly declared that the codification comprised one twentieth part of all the legal documents that the writers reviewed. The author particularly deals with the question of reaches of Justinian's codification to territories across Europe and its influences on the development of legal thought, as in the words of Peter Stein "both medieval and modern European law sail under Justinian's flag", especially having in mind the chronological circumstances surrounding the fall of the Western Roman Empire. In that respect, the light is shed on the role of schools which received the Roman law. The Author insists on establishing the basic orientation on the work of the school in Pavia, and particularly on the schools of glossators and commentators. However, in the opinion of the author, the law school in Bologna has been the most prominent in recognition, shaping and proliferation of outstanding solutions created by Roman lawyers, and referred to primarily in the *Digest*. As the studies of the Roman law experienced an expansion, Justinian's *Digest* was rediscovered in Bologna, resulting in a particularly sudden incentive being provided to the development of private law in the 12<sup>th</sup>-century Europe. A fact emphasized in that regard is that the most important and the most precious part of Justinian's codification could have given a new life to the Roman law. In favor of such claims, the author insists on highlighting the universal values and artifacts produced by the work of classical Roman lawyers as well as their legal solutions, which exemplify their constancy and applicability, which in the words of the author may as well be one of the directions to follow on the course of unification of the modern European private law.

Key words: *Justinian. – Digest. – Reception of Roman law. – Ius commune. – School of commentators. – School of Bologna.*

# MEĐUNARODNA SARADNJA



*Dr. Stefan Pürner, attorney at law\**

# THE IRZ AND ITS CONTRIBUTION TO LEGAL HARMONISATION IN PRESENT AND FUTURE EU MEMBER STATES

## PART 2 – LEGAL PUBLICATIONS IN SOUTH-EAST EUROPE

### 1. INTRODUCTION

After its foundation in 1992, the IRZ started to work in many former Socialist states in Eastern Europe and provided advice on legislative procedures and on setting up the judiciary. It has furthermore become active, in cooperation with the respective local partners, in the field of basic and further training of legal experts, thus making a valuable contribution to the harmonisation of the laws of these states – which are now largely EU Member States – with EU law. However, the IRZ did not have a mandate to become active in South-East Europe for a long time because of the conflicts in the region during the 1990s.

This changed when the Stability Pact for South-East Europe was launched in 1990, as a consequence of which the IRZ was mandated by the German Federal Government to support these countries in setting up a constitutional state in accordance with the German *Rechtsstaat* concept. Since then, the IRZ has performed a number of activities in these states which cannot be covered in depth here because of lack of space<sup>1</sup>. All in all, however, it should be pointed out that the IRZ

---

\* The author is the Head of the Project Section „South East Europe Central“ (Bosnia and Herzegovina, Macedonia, Montenegro and Serbia) of the German Foundation for International Legal Cooperation IRZ

1 It is not possible to present the activities of the IRZ in depth in this paper. Interested readers can find further information in particular at Stefan Hülshörster/Dirk Mirow (eds.) „Deutsche Beratung bei Rechts- und Justizreformen im Ausland – 20 Jahre Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit, Berlin 2012“ (German consultation in legal and judicial reforms abroad – 20 years of German Foundation for International Legal Cooperation). Furthermore, the website [www.irz-stiftung.de](http://www.irz-stiftung.de) provides numerous articles

Foundation in particular cooperates with the respective ministries of justice, constitutional courts and judicial training institutions (judicial academy, educational centres or law training centres), with faculties, associations of judges and chambers of lawyers and notaries as well as with groups of parliamentarians in various partner states. Examples of major activities in the area of legislation in South-East Europe are the support the IRZ has given during the introduction of the constitutional complaints procedure and the investigation procedure lead by the public prosecution in Serbian law or cooperation with current Croatian legislation with regard to legal training and the bar examination. Given that the activities in the field of legal publications should be of particular interest to readers of this journal, these will be outlined in more detail in the following.

## 2. IRZ PUBLICATIONS IN SOUTH-EAST EUROPE

### *2.1. General remarks with regard to publications on the transformation of legal systems*

Legal publications take on a particular role in supporting the transformation of legal systems, backing the establishment of normative foundations in line with the constitutional state according to the German concept of the *Rechtsstaat*, as well as basic and further training through seminars, conferences, workshops and so on, thus enabling legal practitioners to apply them in an appropriate way. Such publications furthermore help to popularise the „new law“ beyond the circle of legal practitioners. The work within the field of legal publications is very sophisticated and time-consuming, but at the same time it is particularly sustainable and effective. After all, it covers a very large target group over a long period of time, thus also supporting general legal discussion. Activities in this regard are in particular necessary in transformation states because there is very little legal literature about the current laws available in those regions, even though there is a considerable demand, especially during periods of reform.

---

from various law journals and general media covering the activities of the IRZ as well as IRZ reports about current and former activities.

## 2.2. *Earlier publications involving the IRZ in South-East Europe*

These considerations are the reason why the publication of commentaries, textbooks, translations of German sources of law and journals plays an important role in the work of the IRZ in South-East Europe. This work was already initiated in the last decade, after the German Federal Government mandated the IRZ in 2000 to perform these activities in these countries in the context of the Stability Pact for South-East Europe. On this basis, the IRZ on the one hand supported already existing legal periodicals but, on the other hand, became increasingly involved in the contents of new publication projects, which were implemented in cooperation with established expert authors from the partner countries and with acknowledged project partners. Especially the two commentaries on civil procedural laws<sup>2</sup> and on the compulsory enforcement procedure<sup>3</sup> in Bosnia and Herzegovina should be mentioned in this context (both matters are regulated by separate laws in Bosnia and Herzegovina, which have each been adopted at entity level. Nevertheless, the contents of these provisions are largely identical). This project was carried out in cooperation with the Council of Europe and the European Commission. The IRZ supported the project by engaging a German legal expert with extensive publishing experience and relevant language skills and legal expertise who assumed the overall coordination of the contents of the two volumes, each comprising more than 700 pages. This facilitated the inclusion of many practices and practical exercises from the German commentarial literature in these publications. (The subsequent Romanian Minister of Justice, Monica Macovei, was involved in this project as project manager on behalf of the Council of Europe by the way.) Today, these commentaries have become standard publications within the legal literature of Bosnia and Herzegovina. This is proven by the fact that, among other things, they were also sold as spiral bound (pirated) copies after the printed version had sold out. The commentary on the

---

2 Zlatko Kulenović, Stjepan Mikulić, Svetlana Milišić-Veličkovski, Jadranka Stanišić, Danka Vučina, *Komentar Zakona o parničnom postupku u Federaciju Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo 2005.

3 Asaf Daupović, Rosa Obradović, Meliha Povlakić, Fedad Začiragić, Milorad Živanović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo 2005.

code of civil procedure was meanwhile issued in a new edition by a national publishing house, without the support of foreign organisations, as a commercially costed project. This fact not only demonstrates the sustainability of this project but also shows that it is possible to support projects to such an extent that they are self-supporting after a certain start-up time and can continue under the ownership of local partners. The project also supported the publication of a trilingual Dictionary of Criminology and Criminal Justice in Bosnia and Herzegovina, which was initiated by the OSCE Mission and the German embassy in Sarajevo<sup>4</sup>, as well as a compilation of legal texts dealing with family law<sup>5</sup> issued by the Ministry of Justice.

In 2008 the IRZ supported the publication of a law dictionary<sup>6</sup> to support legal relations and exchanges between Germany and Albania. Two years later, a publication of translations of the Hague Conventions on Civil Law<sup>7</sup> was issued in cooperation with the Albanian Centre for International Law. These translations are also available as PDF documents on the website of the Hague Conference on Private International Law.<sup>8</sup> These activities were rounded off with documentations of various events.<sup>9</sup>

---

4 Ivanka Sket, Hajrija Sijerčić-Čolić/Emira Langusch, *Dictionary of Criminology and Criminal Justice / Wörterbuch der Kriminologie und Strafrechtslehre / Rječnik kriminologije i krivičnopavnih nauka*, Sarajevo 2001.

5 Federalno ministarstvo pravde (ed.) *Porodični/Obiteljski zakon FBiH*, Sarajevo 2005.

6 Dritan Halili, *Rechtswörterbuch Deutsch-Albanisch, Albanisch-Deutsch (Law Dictionary German-Albanian, Albanian-German)*, Hamburg 2008.

7 Konventat e konfernces se hages mbi te drjten nderkombetare private, Tirana 2010.

8 <http://www.hcch.net/upload/albanian.html>

9 For example the Croatian and German documentation for the conference „Drzava pred sudom – Uloga upravnog prava i upravnih sudova u razvijaju pravne drzave/Der Staat vor Gericht – die Rolle des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsgerichte bei der Entwicklung des Rechtsstaates“ (The state before the court – the role of administrative law and administrative courts in the development of the constitutional state according to the German concept of the *Rechtsstaat*), Bonn, 2010. Cf. with regard to the conference documentation of the IRZ also the subsequent statements about the cooperation with the Friedrich Ebert Foundation in Macedonia.

### **2.3. Current IRZ publications for South-East Europe**

#### **2.3.1. Introduction:**

Thanks to the positive feedback received in response to these publications, the IRZ has intensified its activities in the field of specialised publications in the states in question in recent years. This is possible, among other things, because the IRZ employees in Bonn, who are involved, are multilingual, fully qualified lawyers or communication experts, and some of them have many years of experience of dealing with specialised publications. Over the years, an impressive number of collected volumes with papers from events organised with the involvement of the IRZ has been created, with teaching materials for the basic and further training of legal experts, translations of German laws with commentaries, and also translations of prominent German textbooks and monographs and journals that have been co-published by and developed in cooperation with the IRZ.

#### **2.3.2. Macedonia**

In Macedonia, this includes a series of books entitled „Contributions from the work of the IRZ in Macedonia“. Until now this has included a deliberately brief introduction to European law for legal practitioners<sup>10</sup>, a compilation of articles by German and Czech experts working for the IRZ in the context of supporting the Macedonian administrative court<sup>11</sup>, as well as a translation of the German Code of Criminal Procedure (StPO) including a commented introduction<sup>12</sup>, with which the German contribution to the legislative consultation project in question was made available to the wider Macedonian legal public. Furthermore, the IRZ issued the documentation from the conference „Das Rechtsverhältnis von Bürger und Staat im demokra-

---

10 Stephan Heidenhain, *Vodev vo evropsko pravo – Pridonesi od rabotata na fondacijata za megunarodna pravna sorabotka (IRZ) Makedonija* Tom II, Skopje 2011.

11 Holger Böhmann, Gerd-Heinrich Kemper, Otto Mallmann, Vojtech Simicek, *Izalaganja od upravnoto pravo i upravnoto sudstvo – Pridonesi od rabotata na fondacijata za megunarodna pravna sorabotka (IRZ) Makedonija* Tom III, Skopje 2011.

12 Jürgen Dehn, *Zakon za krivicna postapka na Soiizna Rebublka Germanija – Pridonesi od rabotata na fondacijata za megunarodna pravna sorabotka (IRZ) Makedonija* Tom I, Skopje 2009.

tischen Rechtsstaat“ (The legal relationship between citizens and the state in a democratic constitutional state according to the German concept of the *Rechtsstaat*) organised in cooperation with the Friedrich Ebert Foundation, which was published separately in Macedonian<sup>13</sup> and German<sup>14</sup>. Last but not least, the IRZ supported the publication of a thesis entitled „The Responsibility of Judges in the Republic of Macedonia“<sup>15</sup>, which is thus available to all Macedonian judges.

### 2.3.3. Bosnia and Herzegovina

The experience gained in the work on the Macedonian book series was incorporated into the „IRZ Edition of German Law“, which was initiated in Bosnia and Herzegovina, but is nevertheless widely disseminated all over the region. Two issues licensed by the C.H. Beck publishing house have so far appeared in this series, namely translations of the monographs „Das Bundesverfassungsgericht“ (The German Federal Constitutional Court) by the former President of the German Federal Constitutional Court, *Prof. Dr. Jutta Limbach*,<sup>16</sup> and „Verfassung – Idee und Geschichte“ (The Constitution: Idea and History) by *Prof. Dr. Hans Vorländer*<sup>17</sup> as well as the translation of the German Code of Criminal Procedure StPO<sup>18</sup> with an introduction by *Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder*. The latter is intended to enable legal experts in the states of this region, among others, to obtain information about the contents of the relevant statutory regulations even without German language skills. This appears especially helpful when discuss-

---

13 Heinz Bongartz, Jens Hüttmann, Gerd-Heinrich-Kemper, Ana Pavlovska-Daneva, Stefan Pürner, Aleksandar Lj. Spasov, Vojtech Simicek, *Pravniot odnos megu graganiot i drzavata vo demokratsko-pravnata drzava*, Skopje 2011.

14 Heinz Bongartz, Jens Hüttmann, Gerd-Heinrich-Kemper, Ana Pavlovska-Daneva, Stefan Pürner, Aleksandar Lj. Spasov, Vojtech Simicek, *Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger im demokratischen Rechtsstaat (the legal relationship between the state and the citizens in a democratic constitutional state according to the German concept of the Rechtsstaat)*, Skopje 2011.

15 Milika Ristova, *Odgovornost na sudite vo Republika makedonija*, Skopje 2012.

16 Jutta Limbach, *Savezni ustavni sud njemacke – Edicija njemacko pravo knjiga 2*, Sarajevo 2012.

17 Hans Vorländer, *Ustav – Ideja i historija – Edicija njemačko pravo knjiga 3*, Sarajevo 2012.

18 Friedrich-Christian Schroeder, *Zakon o krivičnom postupku Savezne republike Njemačke – Edicija njemačko pravo knjiga 1*, Sarajevo 2011.

ing US law of criminal procedure, to which the states of South-East Europe increasingly refer.

#### **2.3.4. Serbia**

This “competition between legal systems” in the field of the extremely sensitive law of criminal procedure in terms of equality of arms and protection of the human rights of parties involved in proceedings is of great importance. This forms the background to the publication of books published in Serbia with the involvement of the IRZ, including a publication with a critical appraisal of the reform of the code of criminal procedure to date<sup>19</sup> initiated by the Serbian Association of Public Prosecutors. This book, which constitutes an important contribution to an intensified orientation towards Continental European principles and regulations, was presented in Belgrade with the involvement of the Serbian State Secretary at the Ministry of Justice, *Danilo Nikolic*, and the German Ambassador *Heinz Wilhelm*, where it was met with great interest by the media. Another publication is a translation of the German guidelines for criminal proceedings and administrative penalty proceedings with commentary (*Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren RiStBV*)<sup>20</sup>, which was also received with great interest in neighbouring countries. The background to this is that investigation procedure conducted by the public prosecution are being or are about to be introduced in many states in the region, although there are still many unanswered questions with regard to the practical implementation, for example in terms of the cooperation between public prosecutors and the police. This book could be of great help in this process. The translation of the book was a result of the IRZ’s training activities for public prosecutors and police officers. The printed publication now makes it available to all interested parties in the region. This work benefited greatly from the fact that the Public Prosecutor-General *Jürgen Dehn* (ret.), who wrote the introduction, also included his experience from the training and workshop activities with practitioners from the region and from various local legislative consultations. The latest project supported in Serbia was the printing of conference documentation covering a joint event of the Serbian Constitutional

---

19 Milan Škulić, Goran Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku: Kako je propala reforma – šta da se radi?*, Belgrade 2012.

20 Jürgen Dehn, *Uputstvo za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom (RiStBV SR Nemačke)*, Belgrade 2013.

Court, the Law Faculty of Belgrade and the Serbian Association for Constitutional Law<sup>21</sup>.

### **2.3.5. Publications dealing with Human Rights**

It is also necessary to mention a joint project with the Council of Europe and the ECtHR which started in 2012 in the field of book publications, with materials on ECHR and ECtHR case law translated into the languages of the region. These will not only be disseminated in printed form but also be made available on the websites of the ECtHR and local project partners. The first publication issued in this context was the Macedonian translation of the „Practical Guide to Admissibility Criteria“<sup>22</sup> (to assist practitioners to file complaints for human rights violations to the ECtHR in a more efficient manner). Further related publications (including translations of the “Handbook on European non-discrimination law”) are in preparation.

European anti-discrimination law is also covered in another recently issued publication<sup>23</sup>, which is part of a project facilitated by the German Foreign Ministry with funds provided to promote human rights carried out in cooperation with the Office of the Permanent Adviser to the Prime Minister of Montenegro on Human Rights and Protection Against Discrimination, which deals with the implementation of European human rights standards in Montenegro and other states in the region. This provides a practical publication with information for individuals and groups, among others, who are particularly affected by discrimination.<sup>24</sup> This publication will also be available as teaching material for the basic and further training of legal experts and members of NGOs.

### **2.3.6. Specialised journals**

(a) *General*: Of particular importance for legal discourse and thus for the extension and further development of the constitutional

---

21 *Uloga i značaj ustavnog sudova u očuvanju vladavine prava* (*Role and Importance of the Constitutional Court for maintaining the constitutional state according to the German concept of the Rechtsstaat*), Belgrade 2013.

22 *Praktičen vodič za kriterijmите за допушеност*, Skopje 2013.

23 Further information about this project in English is available at <http://www.irz-stiftung.de/en/stiftung-projects/news/7a0422cd9bec88a7e91a06cc790582c5.html>

24 Jovan Kojićić, Zlatan Mekić, Zorica Mršević, Stefan Pürner, Stefan von Rauher *Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije*, Belgrade 2013.

state according to the German concept of the *Rechtsstaat* are specialised journals that are published on a continuous basis, which can respond to new legal developments even at short notice, and which also provide a platform for controversial discussions. While practitioners in Germany sometimes complain that there are too many such journals, the range in the relevant states in Southeast Europe is very limited. What is more, the existing journals are often only available to a small group of established authors. The latter is not only regrettable in view of the diversity of opinions but also poses a real problem for young legal academics who have to provide a certain number of publications to journals for their professional qualification writings in the academic field. These considerations prompted the IRZ to plan the two journals NOR and EP, which are presented below, in cooperation with committed, like-minded local project partners, and to support the establishment of this Harmonius network journal in editorial, organisational and financial terms.

(b) *Nova Pravna Revija (NPR)*: The first project was the establishment of the legal periodical „*Nova Pravna Revija – Casopsis za domace, njemacko i evropsko pravo*“ (New legal survey – periodical for domestic, German and European law, briefly „NPR“)<sup>2526</sup>, which is also downloadable in PDF form on the Internet<sup>2728</sup>, and is meanwhile published in cooperation with the Association for Research into German Law and its Reception, which is domiciled in Serbia. Originally this was a coop-

- 
- 25 This journal is available as a PDF document on the website of the Harmonius network at <http://www.harmonius.org/npr-izdanja/>, on the website <http://www.hchc.net/upload/albanian.html> – of the High Council of Judges and Public Prosecutors of Bosnia and Herzegovina at <http://pravosudje.ba/vstv/faces/vijesti.jsp?id=34307> as well as in the Serbian Science Database Singipedia at <http://www.singipedia.com/content/3214-nova-pravna-revija>.
- 26 A review of NPR by Christa Jessel-Holst is included in the *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (abbr. ZeuP), 2012, 986–988.
- 27 More information about NPR in English is available at: <http://www.irz-stiftung.de/en/stiftung-projects/news/20120821-npr.html>.
- 28 The printed version is additionally disseminated free of charge to a fixed network of multipliers (libraries, courts, professors, legal training institutions). It is therefore inconceivable to the author of this article, who is also one of the two chief editors of NPR, how a German journal distributor with which the editor and publisher of NPR do not cooperate (<http://www.kubon-sagner.de/opac.html?record=z92079>) is able to offer this journal commercially (at an unspecified price).

eration with the German-Bosnian-Herzegovinian Lawyers' Association (DBHJV) as a joint Bosnian-Herzegovinian-German project.

The aim of these periodicals is to provide information not only about German and European law but also about the laws of the various successor states to the former Yugoslavia. To make this clear, the term "*domace/einheimisch (domestic)*" was used in the title, which stands for this area in the everyday life of the region and which, unlike other possible terms, at the same time avoids implicit political statements. This journal has been published regularly since 2010 and has meanwhile established itself within the region. This is probably thanks to the blend of articles, among other things, including scientific papers which are published on the basis of two positive anonymous reviews, translated articles from foreign literature through to informative sections (ranging from "current topics" from German and European law to conference reports and book reviews to "law on the Internet" and "renowned German legal experts"). Furthermore, the "students' papers" category provides especially qualified young lawyers the opportunity to gain their first specialised professional journalism experience in a high-calibre editorial setting.

The German authors so far include, among others, *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann*, Director at the MPI for Comparative and International Private Law in Hamburg, and *Prof. Dr. Wolfgang Schomburg*, former judge at both the German Federal Court of Justice (BGH) and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Furthermore, the German Federal Minister of Justice, *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, gave an exclusive interview to NPR on the occasion of the IRZ's 20th anniversary.

(c) *Evropsko Pravo*: Thanks to the positive experience gained with NPR, the IRZ was asked in Macedonia to provide support to the establishment of a Macedonian journal on European law, which also brings together acknowledged authors and particularly committed and qualified young lawyers. This gave rise to the pilot edition of the journal „*Evropsko pravo*“<sup>29</sup> at the end of last year, with contributions by the former judge at the German Federal Constitutional Court, *Prof. Dr. Udo Steiner*, among other first authors.

---

29 This journal is available as a PDF document on the website of the Harmonius network at <http://www.harmonius.org/evropsko-pravo/>.

### **2.3.7. Similarities of these journals**

NPR has appeared for several years now, which has only been possible because this is a genuine joint project with local project partners. These local partners are not large organisations but rather a small group of competent and committed lawyers (in Bosnia and Herzegovina): *Prof. Dr. Meliha Povlakic, Mag. Darja Softic Kadenic, Doz. Dr. Zlatan Meskic*; in Macedonia: *Mag. Aleksandar Spasov*; in Serbia: *Doz. Dr. Slavko Djordjevic*), as well as a considerable number of like-minded authors. At the IRZ these projects are supported by a small team of equally committed colleagues in the respective partner states (in Bosnia and Herzegovina: *Naida Sehic*, in Macedonia: *Natasha Andreevska*, in Serbia: *Lazar Glisovic*) and in Bonn (currently: *Dragana Radisavljevic* and *Dana Trajcev*, formerly also *Anja Roth*).

The fact that the “final products” of this cross-border cooperation also comes up to the highest scientific standards is reflected, *inter alia*, by the composition of the board of editors of both journals. The members of the NPR board are: *Prof. Mag. Mag. Dr. Tomislav Boric, Austria; Prof. Dr. Tatjana Josipovic, Croatia; Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel, Germany; Prof. Dr. Dusan Nikolic and Prof. Dr. Borislav Petrovic, Serbia*, as well as *Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder, Germany*). The Board of EP is made up of, among others, the two judges at the ECtHR *Dr. Marijana Lazarova Trajkovska, Macedonia*, and *Prof. Dr. Dragoljub Popovic, Serbia*, the former judge at the German Federal Constitutional Court, *Prof. Dr. Udo Steiner*, as well as Ministerialdirigent *Dr. Jens Meyer Ladewig (ret.)*, who has made a name for himself as a commentator on the ECHR, and *Prof. Dr. Toni Deskoski*, professor in Skopje. They are supported by young lawyers from the region who have already made a name for themselves with their specialised work in the field of European law. These are *Prof. Dr. Tamara Capeta, Zagreb*, who wrote her thesis on the topic “National Courts as Courts of the EU” long before her home country, Croatia, acceded to the EU, and *Doz. Dr. Zlatan Meksic, Zenica*, as well as the German-Serbian attorney at law *Dr. Darko Smardzic*, who are the co-authors of a textbook on European law for the region, and also *Doz. Dr. Nenad Gavrilovic, Skopje*.

NPR and EP aim above all to keep readers in the region of South-East Europe informed and to encourage exchanges in the region. However, they also seek to help German-speaking readers to gain an insight into legal developments in the states of South-East Europe and current legal topics and discussions in this region.

The main contents of this journal are also accessible to German-speaking readers through German translations of the table of contents and preface as well as through German abstracts of the individual articles. In addition, English summaries were introduced as of issue 1/2013. Thus the NPR and EP journals also make a contribution to foreign readers insofar as they help them to follow legal developments in the states of the region. So the IRZ's commitment is not a „one-way street“ in this respect either. The acceptance which these journals have enjoyed is also evident from the fact that they are now downloadable as PDF documents from the websites of various project partners<sup>30</sup>.

### 2.3.8. Other publications

These activities are rounded off in the field of the IRZ's books and journals by the publication of articles by IRZ experts in South-East European publications which appear without the involvement of the IRZ. Examples are the publications of the Association for Insurance Law of Serbia<sup>31</sup>, the series of books „Harmonisation of Macedonia's Legal System with European Union Law“<sup>32</sup> published by the former GTZ and the Macedonian Academy of Sciences and Arts, and the Bosnian-Herzegovinian journal „Rechtsgedanken – Zeitschrift für Rechtstheorie und –praxis“ (legal thoughts – Journal for legal

---

30 Cf. footnote 5 above.

31 Nataša Sasserath-Alberti, "Nove tendencije u zaštiti potrošača u Evropi i Nemačkoj / Current developments within the field of consumer protection in Europe and Germany", *Serbian Insurance Law in transition to European (EU) Insurance Law / Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravo osiguranja*, Belgrade 2013, 127 et seq. (Serbian text) or 1411 et seq. (German text).

32 The following papers were published within this series which were given by IRZ experts in the context of scientific discussions within this project: Matthias Hartwig, *The Constitutional Amendments in the EU member states with a view to the ratification of the Maastricht Treaty and the Treaty on the Constitution of the European Union*, Skopje 2008, 109 et seq.; Matthias Hartwig, *Legal Reforms in the Process of Access*, knjiga / volume 2, Skopje 2008, 57 et seq.; Hannes Rösler, *The influence of EU Law on Civil and Commercial law*, knjiga / volume 3, Skopje 2009, 69 et seq., Norbert Koster, *Human Rights in Criminal Procedure with respective remarks on the Macedonian Draft for a Criminal Procedure Code*, knjiga / volume 4, Skopje 2009, 265 et seq.; Harald Walther, *The Method of Mediation and the Rule of Law in Public Administration*, knjiga / volume 5, Skopje 2009, 223 et seq.

Theory and Practice) (*Pravna misao*)<sup>33</sup> as well as the Serbian „Pravni život“<sup>34</sup>, which publish papers given by experts at events organised in the region with the involvement of the IRZ. These are accompanied by publications issued in the framework of third-party funded projects. Examples are the compilation of training materials for Croatian legal trainees involved in the EU project „Support to the Judicial Academy: developing a training system for future judges and prosecutors“<sup>35</sup> as well as the publications within the project „Technical assistance to the Commission for the Protection of Competition (ACPC)“<sup>36</sup>. Another example is the documentation of events such as the publication of papers and recommendations from a workshop dealing with legal impediments to investment in Bosnia and Herzegovina published in Bosnian<sup>37</sup> and German<sup>38</sup>.

Finally, the IRZ also supports already existing publishing initiatives dealing with German law. The IRZ for example used the publication of the book “Einführung in das Recht Deutschlands” (Introduction to German Law), which was managed by the Serbian Comparative Law Society for its own account, as a reason to organise a well-attended event dealing with German law that was opened by the former German Ambassador to Serbia, *Wolfram Maas*, in cooperation with the Serbian Comparative Law Society which was held at the Law Faculty of the University of Belgrade.

- 
- 33 Gerd-Henrich Kemper, “Evropski standardi – Izazovi i zahtjevi za moderno pravosude”, *Pravna misao* 7–8/2009, 35 et seq.
- 34 For instance Tobias Oelsner, “Distribution contracts as a feature of vertical agreement in European and German Legislation”, *Pravni život* 3–4/2012, 5 et seq.
- 35 For instance Rainer Deville (et al.), *Izbor iz materijala za vježbenike (probna obuka PHARE 2005 / Selection of training materials for trainees (pilot training PHARE 2005)*, Zagreb 2009.
- 36 Maja Stanivuković, *Sud Evropske unije i pravo konkurenčije*, Belgrade 2010; Maja Stanivuković, *Glosar termina koji se koriste u politici konkurenčije Evropske unije: Antimonopolsko pravo i kontrola koncentracije / Glossary of terms used in EU competition policy: Antitrust and control of concentrations*, Belgrade 2009.
- 37 Meliha Povlakić, Stefan Pürner, Hans-Christian Reichel, Edin Rizvanović, Diana Ružić, Johannes Schlichte, Vesna Softić, Michael Wolski, Referati i preporuke sa workshop-a *Pravne smetnje investicijama u Bosni i Hercegovini / Rechtliche Investitionshindernisse in Bosnien und Herzegowina / Legal impediments to investment in Bosnia and Herzegovina*, Bonn 2011.
- 38 *Ibid.*



## UPUTSTVO ZA AUTORE

Časopis *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* je međunarodni časopis u kojem se objavljaju radovi koje odobri Uređivački odbor, a na osnovu dve pozitivne recenzije anonimiziranog teksta rada.

Tekstovi se predaju u elektronskom obliku glavnom uredniku (hadzimanovic@mpipriv.de).

Glavni urednik će, po pravilu, obvestiti autore o odluci Uređivačkog odbora u roku od dva meseca po prijemu teksta rada. Rad će biti prihvaćen za objavljinje pod uslovom da nije istovremeno predat drugom časopisu na objavljinje, odnosno da nije reč o već objavljenom delu.

Tekstovi po pravilu ne treba da budu duži od jednog tabaka, kucani latinicom. Izuzetno, maksimalni obim tekstova je 1,5 tabak. Jedan tabak iznosi 16 strana od 28 redova sa 66 znakova u redu, odnosno 28.800 znakova.

U gornjem levom uglu navodi se akademska titula, ime i prezime autora, a u fusnoti ustanova u kojoj je autor zaposlen ili druga afiliacija, zvanje i elektronska adresa.

Tekst namenjen za rubriku „Članci“ mora da na početku sadrži rezime s osnovnim nalazima rada, obima do 150 reči (apstrakt) i do pet ključnih reči, a na kraju rezime (*summary*) istog obima i isti broj ključnih reči na engleskom jeziku. Ceo rad, uključujući i rezime na stranom jeziku, podležu stručnoj lekturi.

Naslov rada se piše na sredini, velikim slovima – verzalom (font 14). Podnaslovi se pišu na sredini, velikim slovima (font 12) i numerišu se arapskim brojevima. Ukoliko podnaslov sadrži više celina, one sa takođe označavaju arapskim brojevima, i to: 1.1.– kurentom, tj. malim običnim slovima (font 12), 1.1.1. – malim italic slovima (font 12), itd. sa manjim fontom.

Radovi se predaju u elektronskom obliku. Redakcija zadržava pravo da prilagođava rad opštim pravilima uređivanja časopisa i standardu HBS jezika.

Članovi Uređivačkog odbora nisu odgovorni za stavove autora iznete u radovima objavljenim u ovom časopisu.

## PRAVILA CITIRANJA

1. **Knjige** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (posle čega sledi tačka) i prezime autora, naziv kurzivom, mesto izdanja kurentom – obično, godina izdanja. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora. Ako se navodi i broj strane, on se piše bez ikakvih dodataka (poput str., p., pp., ff., dd. i slično). Posle mesta izdanja ne stavlja se zarez. Ukoliko se navodi i izdavač, piše se kurentom – obično, pre mesta izdanja. Navođenje naziva izdavača nije obavezno, ali je poželjno.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001.

1.1. Ukoliko knjiga ima više izdanja, može se navesti broj izdanja u superskriptu (npr. 2012<sup>5</sup>).

1.2. Ukoliko se upućuje na fusnotu, posle broja strane piše se skraćenica „fn.“.

Primer: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

2. **Članci** se navode na sledeći način: prvo slovo imena (sa tačkom) i prezime autora, naziv članka kurentom – obično pod navodnicama, naziv časopisa (novina ili druge periodike) kurzivom, broj i godište, broj strane bez ikakvih dodataka (kao i kod citiranja knjiga). Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćenica pod kojom će se periodika nadalje pojavljivati.

Primer: M. Povlakić, “Fiduciјарно власništvo u usporednom праву i sudskoj praksi”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (ZPFSR), 1/2003, 196.

3. Ukoliko postoji više autora knjige ili članka (do tri), razdvajaju se zarezom.

Primer: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić,

Ukoliko se citira knjiga ili članak sa više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime samo prvog od njih, uz dodavanje

skraćenice reči et alia (et al.) kurzivom. Samo prilikom prvog citiranja navodi se puno ime autora.

Primer: N. Gavella *et al.*

4. Ukoliko se u radu citira samo jedan tekst određenog autora, **kod ponovljenog citiranja** tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, sledi op. cit. fn. (broj fusnote u kojoj se delo prvi put navodi) i broj strane.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.* fn. 4, 23.

Ukoliko se citira **više radova istog autora**, bilo knjiga ili članaka, a pošto je prvi put naziv svakog rada naveden u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u za- gradi godina izdanja knjige ili članka. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji se citiraju, uz godinu se dodaju slova a, b, c, d, itd., posle čega sledi samo broj strane.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.* fn. 45, 53.

5. Ukoliko se citira tekst sa više strana koje su tačno određene, one se razdvajaju crticom, posle čega sledi tačka. Ukoliko se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle broja koji označava prvu stranu navodi se „i dalje“ s tačkom na kraju.

Primer: M. Povlakić, *op. cit.* fn. 4, 23–34.

Primer: T. Josipović (2001a), *op. cit.* fn. 45, 53 *i dalje*.

6. Ukoliko se citira podatak s iste strane iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, koristi se latinična skraćenica za ibidem u kurzivu, s tačkom na kraju (bez navođenja prezimena i imena autora).

Primer: *Ibid.*

Ukoliko se citira podatak iz istog dela kao u prethodnoj fusnoti, ali s različite strane, koristi se latinična skraćenica *ibid*, navodi se odgovarajuća strana i stavlja tačka na kraju.

Primer: *Ibid.*, 23.

7. Kada se citira **članak u zborniku radova**, posle naziva zbornika koji je pisan italicom, u zagradi se navode imena urednika. Ukoliko ih je više stavlja se naznaka „eds.“ pre njihovih imena, a ako je samo jedan urednik, naznaka pre njegovog imena je „ed.“, odnosno odgovarajuća skraćenica u drugom jeziku (npr. u nemačkom „Hrsg.“, na srpskom ili drugom jeziku ovog govornog područja „ur.“) pre imena.

Primer: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

8. **Propisi** se navode punim nazivom u kurentu – obično, potom se kurzivom navodi glasilo u kome je propis objavljen, a posle zareza broj i godina objavljivanja, ponovo u kurentu – obično. Ukoliko će se pomenuti zakon citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja posle crte navodi se skraćenica pod kojom će se propis dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, Službeni list SFRJ, br. 29/78 ili Zakon o izvršnom postupku – ZIP, Službeni glasnik RS, br. 125/04.

Ukoliko je propis izmenjivan i dopunjavan, navode se sukcesivno brojevi i godine objavljivanja izmena i dopuna.

Primer: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, Službeni glasnik RS, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

9. **Član, stav i tačka propisa** označava se skraćenicama čl., st. i tač., a iza poslednjeg broja se ne stavlja tačka.

Primer: čl. 5, st. 2, tač. 3 ili čl. 5, 6, 9 i 10 ili čl. 4–12, itd.

10. Navođenje **sudskih odluka** treba da sadrži što potpunije podatke (vrsta i broj odluke, datum kada je donesena, publikacija u kojoj je eventualno objavljena).

11. Latinske i druge **strane reči**, internet adrese i sl. se pišu kurzivom.

12. Citiranje tekstova s **interneta** treba da sadrži naziv citiranog teksta, adresu internet stranice ispisanoj kurzivom i datum pristupa stranici.

Primer: J. Basedow *et. al.*, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, <http://faz.net/-019m8q>, last visited 24 May 2007.

13. Inostrana imena se transkribuju na latinici na srpskom jeziku ili drugom jeziku ovog govornog područja kako se izgovaraju, a prilikom prvog pominjanja u tekstu njihovo prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku kurzivom, npr. Godme (Gaudemet).

14. Za „videti“ koristi se skraćenica „Vid.“, a za „uporediti“ se koristi skraćenica „Upor.“

## INSTRUCTIONS FOR THE AUTHORS

The periodical *HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* is an international, peer-reviewed journal. All submitted articles will be evaluated by two reviewers.

Manuscripts should be submitted in electronic form to (hadzimanovic@mpipriv.de).

The Editor-in-Chief will, under normal circumstances, inform the authors of the Editorial Board's decision within two months after the receipt of the submission. Articles are accepted for review on the understanding that they are not being considered concurrently by any other journal and that there is a serious commitment to publication.

Articles should not normally exceed 28,000 characters in length; therefore, a precise character count should be included with each article submitted.

An abstract of the article of maximum 100–150 words should be included together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes. The whole text, including references and abstracts, should be double-spaced and presented on one side of the paper only, with margins of at least one inch on all sides. Pages should be numbered consecutively throughout the paper. Authors should also supply a shortened version of the title, not exceeding 50 character spaces, suitable for the running head.

The title should be centered, in bold caps, font size 14. Subtitles should be centered on pages, recto and numbered (for example, 1.1., 1.1.1. etc.).

Authors are requested to ensure that their articles follow the editorial style and format adopted by the periodical HARMONIUS – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe. The citation format that is in line with the 19th edition of The Bluebook: A Uniform system of Citation – is also acceptable ([www.legalbluebook.com](http://www.legalbluebook.com)). The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the law review's style and format.

The Members of the Editorial Board do not hold themselves liable for the views expressed by the contributors.

## REFERENCE STYLE

**1. Books:** first letter of the author's name (with a full stop after it) and the author's last name, title written in verso, place of publication in recto, year of publishing. If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others). The publisher's location should not be followed by a comma. If the publisher is stated, it should be written in recto, before the publisher's location.

Example: T. Josipović, *Zemljiskonjižnopravo*, Zagreb 2001.

1.1. If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 2001<sup>2</sup>).

1.2. Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: T. Josipović, *Zemljiskonjižno pravo*, Zagreb 2001, 1 fn. 1.

**2. Articles:** first letter of the author's name (with a period after it) and author's last name, article's title in recto with quotation marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of publication, page number without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is longer than usual, an abbreviation should be offered in brackets when it is first mentioned and used later on.

Example: M. Povlakić, "Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1 2003, 196.

3. If there is **more than one author** of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: M. Petrović, M. Popović, V. Ilić,

If there are more than three authors, only the first name should be cited, followed by the abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: N. Gavella *et al.*

If there is more than one place of publication, a dash is used to separate the places.

H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO*, Wien – New York 2010<sup>3</sup>.

**4. Repeated citations to the same author** should include only the first letter of his or her name, the last name, *op. cit.* fn. ... (number of the footnote of the first citation), and the number of the page.

Example: M. Povlakić, *op. cit.* fn. 4, 23.

If two or more references to the same author are cited, the year of publication should be provided in brackets. If two or more references to the same author published in the same year are cited, these should be distinguished by adding a,b,c, etc. after the year:

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.* fn. 45, 53.

**5. If more than one page is cited from a text** and the pages are specified, they should be separated by a dash, followed by a period. If more than one page is cited from a text but without specification, „*et seq.*“ should follow the number which notes the first page.

Example: M. Povlakić, *op. cit.* fn. 4, 23–34.

Example: T. Josipović (2001a), *op. cit.* fn. 45, 53 *et seq.*

**6. If the same page of the same source was cited in the preceding footnote**, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

If the same source (but not the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 23.

**7. When an article that has been published in a collection of articles** or an edited monograph is being published after reference to the name of the author and the title of the article is being made, the title of the monograph should be written in verso and the names of the editors should follow in brackets as well as the reference to their editorship

(eds., Hrsg. or ur.), publisher, place and year of publication and page numbers.

Example: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

**8. Statutes and other regulations** should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the official publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Personal Data Protection Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 97/08.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Criminal Procedure Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 58/04, 85/05 and 115/05.

**9. Articles of the cited statutes and regulations** should be denoted as follows:

Example: Art. 5 (1) (3); Arts. 4–12.

**10. Citation of court decisions** should contain the most complete information possible (category and number of decision, date of decision, the publication in which it was published).

**11. Latin and other foreign words and phrases** as well as **internet addresses** should be written in verso.

**12. Citations of webpages**, websites or e-books should include the title of the text, the source address (URL) and the date, when the website was last visited.

Example: J. Basedow *et. al.*, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, <http://faz.net/-019m8q>, last visited 24 May 2007.



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

340.137

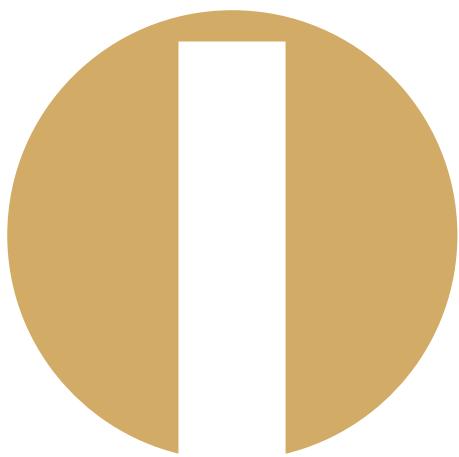
HARMONIUS journal of Legal and Social  
Studies in South East Europe / glavni  
urednik Nataša Hadžimanović. – God. 1, br. 1  
(2012) – Beograd (Omladinskih brigada 7d) :  
Harmonius, 2012– (Beograd : Dosije). – 21cm

Dva puta godišnje

ISSN 2334-6566 = Harmonius

COBISS.SR-ID 195094540





ISSN 2334-6566



A standard linear barcode is positioned horizontally. It consists of vertical black bars of varying widths on a white background. Below the barcode, the numbers "9 772334 656000" are printed in a small, black, sans-serif font.