

Др Марко С. Кнежевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs

ПОВОДОМ ВРАЋАЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА КАО СРЕДСТВА ИЗВРШЕЊА ЛИЧНИХ ПРИВАТНО- ПРАВНИХ ЗАХТЕВА: АНАХРОНО НЕУСТАВНО РЕШЕЊЕ И СИСТЕМСКА ГРЕШКА ИЛИ КОРАК НАПРЕД У ЗАШТИТИ ПРАВА?

– уједно прилог домаћој цивилистичкој догматици и јавној
расправи поводом Нацрта Грађанског законика –

Сажетак: *Нова реформа извршној праву у виду новој Закона о извршењу и обезбеђењу враћила је и више него сјорну у домаћој цивилистичкој казну затвора као средство извршења личних захтева. С обзиром на до данас присујне аргумените против овој начина принуђавања извршној дужника да испуни оно што је дужан, а што неће, његова дојучијеност се испуњује сјрам при хијојезе: анахроност, противуставност и дојмајичка противречност. Резултати показују да се не може јоворити нијти о анахроности, нијти о неуставности, нијти о дојмајичкој грешци. Штавише, показује се да је јојребна реформа у виду одсјрањивања судских јенала који су сјрано јело у домаћем правном сисјему.*

Кључне речи: *лични захтеви; извршење незаменљивих радњи, јројучијања и јриљења; сламање воље, казна затвора; грађанскојравна санкција, судски јенали,*

1. УВОД

1.1. Терминолошке напомене

Наслов рада може да звучи помало конфузно и неодређено. Шта су то захтеви, па још поврх тога лични, и то приватноправни? Због чега се то користи када већина термина нису уједно и позитивноправни, а овај који је-

сте је дифузан? Заиста, наслов рада је можда требао да гласи „Поводом враћања казне затвора као средства извршења потраживања незаменљивих радњи, нечињења и трпљења...“, јер је за ове случајеве сада предвиђено затварање као средство извршења. За одступање од терминологије које би наметало доследно прихватање законских термина, а тиме можда и теоретских замисли законодавца, постоји ипак убедљиво образложење. Наука ствара појмове и они не зависе у својим догматичким обрисима од законодавчвих жеља. Историјат савремених права у којима закони важе по сто и више година за то пружају потврду, јер је аргумент „инвентивности судске праксе и науке који су сачували и унапредили законик“ управо могућ онда када је јуриспруденција имуна на законодавчеве научне аспирације. Отуда захтев уместо потраживање (или санкција), лични уместо набрајања предмета захтева, приватноправни уместо грађанскоправни.

Иако ће се кроз рад појам захтева додатно расветлити, јер је то каузално за решење проблема, на овом месту ће се већ изнети прелиминарни резултат. Стога, захтев је посебно субјективно право једног лица да захтева од другог неко чињење, пропуштање или трпљење; оно никако није потраживање, јер је термин потраживање ноторно облигационоправни захтев, а исто тако је ноторно и то да се други захтеви осим потраживања остварују путем извршног поступка.¹ Онда када потиче из приватноправних односа, оно је приватноправно и принудно се остварује у судском извршном поступку. Одређење приватноправни свакако да има позитивноправну вредност, а она би се смислено могла проширити на унутрашњи план.² Не извршава се пресуда, нити одлука, већ материјално право – захтев.³ На крају, лични захтев подразумева захтев који може да испуни само његов противник, у извршном поступку назван извршни дужник (раније извршеник, противник предлагача); то је или радња коју не може да изврши треће лице, већ само он (тзв. незаменљива радња), или пропуштање (нечињење)

¹ Без претензије на потпуности: стварноправни захтеви (реивиндикациони, негаторни), породичноправни (захтев у вези заштите од насиља у породици [забрана приласка], предаја детета), привредноправни (увид у пословне књиге), радноправни (враћање радника на рад), ауторскоправни (негаторни, захтев за уништење плагираних примерака), личноправни (захтев за уклањање или пропуштање повреде) итд.

² Наиме, и у Закону о извршењу и обезбеђењу из 2011 (ЗИО 11, *СГ РС* 31/11, касније мењан кроз 99/11 [др. закон], 109/13 [УС], 55/14 и 139/14), и у Закону о извршењу и обезбеђењу из 2015 (ЗИО *СГ РС* 106/15) се предвиђа да се захтеви који су утврђени страним извршним исправама извршавају ако су *приватноправни*; чл. 21 ст. 2 ЗИО 11; чл. 46 ст. 1 ЗИО.

³ Тако је у свим законима који су важили од Краљевине Југославије. Но, већина текстова је сама контрадикторна када говори о „извршењу стране извршне исправе“. Исправно: извршење захтева утврђених у страним извршним исправама/ на основу стране извршне исправе.

или трпљење. Обавеза је у том смислу строго лична, али то не значи да се ради о „облигацији *intuitu personae*“, јер то није увек облигација, тј. потраживање. Примера ради опозив дифаматорне тврдње као обавеза из негаторног захтева за заштиту личног права није облигација, јер се не ради о облигационоправном односу.⁴ То што је он регулисан у ЗОО ама баш ништа не значи.⁵ Захтеви за пропуштање који нису уговорне природе нису никада облигационоправни, па чак ни захтев за уклањање опасности од узнемиравања из чл. 156 ст. 1 и 2 ЗОО.⁶ Предност термина лични је свакако економија језика: уместо предугачког набрајања нуди се кратак придев. Постоји на крају и стварна заснованост заједничког назива: оно што их спаја кроз особину „личног“ је начин принудног извршења, а то је по природи ствари индиректна принуда.⁷

1.2. Нов ЗИО и враћање казне затвора као средства извршења

Теза о перманентној реформи процесног права се потврдила изнова на плану извршног поступка. Само четири године након реформисања материје извршења кроз ЗИО 11 крајем 2015. је донет нов Закон о извршењу и обезбеђењу.⁸ Остављајући по страни мотиве за доношење новог закона уместо новеле, као и циљеве саме реформе,⁹ за тему овог рада је битна велика новина у односу на раније стање. Наиме, као и раније за извршење личних захтева предвиђено је новчано кажњавање као средство извршења, али уз пресудну разлику: уколико није могуће извршење новчане казне она се замењује казном затвора тако што се сваких 1.000 динара казне замењује једним даном затвора, с тим да је максимум 60 дана (чл. 132 ст. 4 у вези са чл. 363, 364 ЗИО).

Овакво уређење ипак није у потпуности новост за домаћи правни систем. Пре свега, оно је као такво на општем плану постојало за време важења Закона о извршном поступку из 2000,¹⁰ док је затвор као самостално,

⁴ То је случај када повредом права личности није уједно дошло и до настанка нематеријалне штете, тј. када опозив дифаматорне тврдње није природни вид накнаде нематеријалне штете.

⁵ Тако већ Владимир Водинелић, „Облигационоправна заштита личности, *Правни животи* 1/1989, 130.

⁶ О томе исцрпно Сања Радовановић, Марко Кнежевић, „Постоји ли превентивни стварноправни захтев за пропуштање имисија?“, *Гласник АКВ* (у штампи).

⁷ Баш за те потребе и *Штам* (*Stamm*) користи овај термин да означи ове захтеве; Jürgen Stamm, *Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 2007, 471.

⁸ ЗИО, *СГ РС* 106/15.

⁹ Упор. Предлог ЗИО, 2015, 145 и даље.

¹⁰ ЗИП 2000, *СЛ СРЈ* 28/00, 73/00 и 71/01. Овај закон се примењивао свега пет година, до почетка примене Закона о извршном поступку из 2004. – ЗИП, *СГ РС* 125/04.

а не заменско средство извршења личних захтева био предвиђен у пред-
ратном Ип из 1930.¹¹ Стога, треба јасно нагласити да се ради о враћању ка-
зне затвора.

2. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

2.1. Схватање већинске цивилистике кроз учење о начелу имовинске санкције и/или реалне егзекуције

Околност да је садашње уређење принудног остварења личних захте-
ва заправо враћање на старо стање (ЗИП 2000) дозвољава да се проблем
постави спрам аргументације дате у то време, а која се управо због подсе-
ћања и данас понавља. Уз то, домаћа грађанскоправна доктрина се већ тра-
диционално бави питањем начина принудног остварења захтева као гра-
ђанских субјективних права и то кроз учење о начелу имовинске санкције
и/или реалне егзекуције као начелу грађанског права.

2.1.1. Учење о начелу имовинске санкције

Учење о имовинској санкцији као начелу грађанског права предста-
вља југлословенски концепт и ствара је тек млада (социјалистичка) циви-
листика на челу са *Гамсом*, коме се може приписати ауторство.¹² Наиме,
овај концепт је непознат у предратној литаратури, исто као што је непо-
знат у тадашњим аустријским и немачким узорима, али и у данашњој гер-
манској цивилистици. Но, не може се рећи да постоји јединствен став док-
трине, и више ствари је испреплетано у овом учењу.¹³

Ако може да се реконструише целокупна теорија, онда учење о имо-
винској санкцији, или уопште санкцији подаразумева неспорно следеће.
Санкција је правна последица грађанског неправда, дакле нешто што треба
да буде пандан кривичној санкцији као последици кривичног неправда. Ра-
ди се о „правноорганизованој принуди која се врши над одговорним ли-
цем“.¹⁴ Баш као и у кривичном поступку, њу „изриче суд“ који одлучује да

¹¹ Закон о извршењу и обезбеђењу (Извршни поступник) – Ип, *СН* 165-LXII. Ступио је на снагу, додуше, тек 1938.

¹² Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1952, 85 и даље. *Сјаић* тек у другом издању свог уџбеника, након *Гамсовој*, убацује учење о методу грађанског права где спада и „начело имовинске санкције“; вид. Војислав Спаић, *Основи грађанској права I, Ойштин дио*, Сарајево 1957², 40 и даље. Да је *Гамс* зачетник учења о начелима уопште напомиње и *Водинелић*; вид. Владимир Водинелић, „Забрана плагирања и право цитирања у науци“, *Правни записи VI* (2015), 183.

¹³ На то указује већ Душан Николић, „Начело реалне егзекуције у грађанском праву“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду (ЗбонС)* XXIX (1995), 202.

¹⁴ Душан Николић, *Грађанској правна санкција*, Нови Сад 1995, 144; Душан Николић, *Увод у систем грађанској права*, Нови Сад 2013¹¹, 132 (т. 223).

ли је било неправда или не – парнични суд.¹⁵ Циљ санкције није кажњавање, већ (прогресивна) реституција,¹⁶ што значи да је грађанском праву стране кажњавање.¹⁷ Лочигна последица је и то да таква санкција не може бити замењена (у извршном поступку) казненоправном.¹⁸ Но, овде престају заједнички ставови. Поводом предмета санкције и начина њеног извршења постоје разлике. Тако већина говори о искључивом имовинском карактеру санкције („погађа искључиво имовину“),¹⁹ док је за још увек мањину то само правило, које трпи изузетке, потпут оних санкција које погађају личношћу (нпр. опозив дифаматорне тврдње као репрезентативни пример).²⁰

2.1.2. *Доушїеностї казне заївора као средсїва извршења їриваїноїравних захїева*

Саставни део начела имовинске санкције код већине је и питање њеног „спровођења/извршавања“. Тако се напомиње да се грађанскоправна санкција не врши на личности одговорног лица, већ на његовог имовини. Другим речима, интегрални део овог начела је и начело реалне егзекуције. За мањину је то, с друге стране, посебно начело. Од теоријског приступа много је важније схватање о допуштености казне затвора као начина извршења „грађанскоправне санкције“. О томе, заправо, постоји (одавно) спор, а извршење личних захтева је управо пример на коме се он евидентира.

¹⁵ Д. Николић, (2013), 132 и даље (т. 224 и даље).

¹⁶ У том смислу Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у їрађанско їраво*, Београд 1994¹⁷, 32 (т. 41); В. Спаић (1957), 40; Учење прогресивној реституцији као искључивој сврси грађанскоправне санкције фундира Д. Николић (1995а), 143 и даље, а следи га у резултату Даница Попов, *Грађанско їраво*, Нови Сад 2012⁷, 20; за прогресивну реституцију само као типолошко обележје грађанскоправне санкције Владимир Водинелић, *Грађанско їраво, Увод у їранско їраво и Оїшїи део їрађанскої їрава*, Београд 2014², 45 и даље (т. 83 и даље), 319 (т. 929).

¹⁷ Да ли су одступања системске грешке и треба их одстранити, или су она допуштени изузеци, спорно је; упор. Д. Николић (1995а), 147 и даље; В. Водинелић (2014), 319 фн. 388 (т. 929).

¹⁸ Д. Николић (2013), 138 (т. 232); Д. Николић (1995), 203; упор. и Д. Попов, 20 и даље. То је свакако и логично – ако последица грађанског неправда не сме да буде казна, онда и реситутивна санкција не сме да се замени казном. У противном, не би се ништа добила и вратило би се на почетну неприхватљиву позицију – кажњавање за грађанско неправдо.

¹⁹ А. Гамс, Љ. Ђуровић (1994), 32 (т. 41); Мартин Ведриш, *Основе имовинскої їрава*, Загреб 1971, 8; Драгољуб Стојановић, *Увод у їрађанско їраво*, Београд 2000⁹, 5 и даље; В. Спајић (1957), 40 и даље; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић (2008), 103; Илија Бабић, *Грађанско їраво, Књ. 1 Увод у їрађанско їраво*, Београд-Нови Сад 2012, 27 и даље (марг, бр. 34 и даље).

²⁰ Владимир Водинелић, *Грађанско їраво – уводне їеме* (1991), т. 198; В. Водинелић (2014), 46 (т. 85); Д. Николић (1995), 201.

С једне стране је *Гамсово* схватање које, ако се пажљиво реконструише, уопште не искључује казну затвора као средство извршења грађанско-правне санкције. Пример за то је извршење личних захтева. За њега ту ништа није проблематично и не дира се у догматичку поставку грађанско-правне санкције, јер се кажњавањем, па у крајњој линији и казном затвора, ствара притисак на дужника да испуни своју обавезу. Другим речима, то и даље остаје само средство принуде да се оствари грађанско-правна санкција.²¹ Уз *Гамса* у ову групу, барем спрам резултата, могу се сврстати и савремени аутори попут *Ковачевић Куштримовић* и *Лазиха*. Наиме, они у представљању „гужбе ради престанка имисија“, и то 2008. односно 2012. истичу да се она принудно извршава „новчаном казном или притвором“.²² Ако се занемари да они то пишу у време када је то позитивноправно (одавно) неважеће – ЗИП 2000 који то предвиђа престаје да важи 2005. – може се закључити да они немају примедба на такву опцију.

Супротно схватање полази од тога да је апсолутно забрањено било какво затварање дужника ради притиска да испуни своју обавезу. Чак и ако се ради о извршавању обавеза које су личне, новчано кажњавање као средство притиска – иначе неспорно – не сме да се замени казном затвора. Три аргумента се за то дају или се барем препознају. Први, да је то анахронични приступ, с обзиром да кроз готово комплетну уџбеничку литературу провејава идеја о превазиђености лишавања слободе као средстава извршења „грађанско-правних санкција“. *Бабићева* реченица можда је и најрепрезентативнија:

У савременим правима није предвиђена санкција на личним добрима (*scil.* казна затвора, нап. *М. К.*)²³

Друга, да за принуду у виду лишавања слободе и у материји извршења личних обавеза не постоји упориште у функционалној подели нашег правног система,²⁴ можда зато што је за грађанско право предвиђена *искључива* имовинска одговорност.²⁵ И трећа, да се поврх свега тога ради о решењу које је противно ратификованим конвенцијама, и то чл. 1 4. Протокола ЕКЉП, односно чл. 11 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, којима је на идентичан начин забрањено да се неко казни за-

²¹ Већ А. Гамс (1952), 86; исто и А. Гамс, Љ. Ђуровић (1994), 32 (т. 41).

²² Радмила Ковачевић Куштримовић, у: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазиха, *Стварно право*, Ниш 2008³, 145 (т. 418); Мирослав Лазиха, „Имисије и грађанско-правна заштита“, *Правна ријеч* 32 (2012), 123.

²³ И. Бабић, 30 (марг. бр. 42). Упор. и В. Водинелић (2014), 46 (т. 83): „више не постоји лишавање слободе као мера утицања на дужника да изврши оно што је обавезан (дужнички затвор као савременији вид дужничког ропства)“.

²⁴ Д. Николић (1995), 202.

²⁵ Д. Стојановић, 6.

товором зато што „није у стању да испуни уговорну обавезу“.²⁶ Утолико је решење из ЗИП 2000 било супротно овом људском праву.

2.2. Хипотезе провере: анахронизам, неуставности и догматичка неутемељеност казне затвора

На основу аргумената дела теорије који негира допуштеност казне затвора у било ком виду као средства извршења личних захтева, могла би да се припишу три аргумента о новом решењу у домаћем праву.

Први, да се ради о анахроном решењу, јер је у савременом праву напуштен било који вид затварања зарад притиска на испуњење обавезе.

Други, да је то неуставно, јер је у супротности са међународним уговорима који имају примат у односу на законе

На крају, трећи, да се ради о догматички погрешном решењу, јер нема основ у функционалној подели нашег правног система.

Ова три атрибута оцене враћања казне затвора су уједно и хипотезе које ће се проверити у овом раду.

2.3. План излагања

Да би се провериле постављене хипотезе нужно је историјско и историјско-упоредноправно приказивање уређења извршења личних захтева, и на основу тога реконструкција приступа који су постојали, и који још увек постоје. У том задатку потребно је осврнути се на концепте који су нама блиски и употребљиви. Тек када се та основна питања рашчисте, могуће је одговорити на постављене хипотезе.

3. ИСТОРИЈСКИ И ИСТОРИЈСКОУПОРЕДНИ ПРЕГЛЕД УРЕЂЕЊА ИЗВРШЕЊА ЛИЧНИХ ЗАХТЕВА

3.1. Римско право

Готово свако истраживање приватног права, а много мање процесног, неизоставно почиње са римским правом. Иако питање овог рада у домаћој доктрини није било предмет опсежнијег истраживања, важан сегмент у целокупном учењу цивилистике о начелу имовинске санкције и/или реалне егзекуције је подсећање на римску персоналну егзекуцију.

О извршењу личних захтева у римском праву све до екстраординарног поступка, међутим, не може се ништа рећи, из простог разлога зато што оно није ни постојало. Римско право до тог времена не познаје захтеве

²⁶ Д. Николић (2013), 138 и даље (т. 232 и даље); Д. Попов, 21; И. Бабић, 30 (марг. бр. 42).

(тужбе [*actiones*] у то време) који нису у новцу, тј. важи у потпуности начело „новчане кондеманције“ (*condemantio pecuniaria*),²⁷ која се принудно извршава на почетку личном, а касније и претежно имовинском егзекуцијом.²⁸ Напуштање принципа новчане кондеманције у класичном праву, и то само у екстраординарном поступку, доводи до могућности да се у пресуди наложи испуњење друге чинидбе од исплате новца, а поврх тога и да се дужник принуди на њено испуњење кроз извршење.²⁹ Међутим, тешко је закључити да ли су лични захтеви били извршиви посредном принудом, с обзиром да је напуштање концепта новчане кондеманције подразумевао пре свега извршивост захтева на давање и предају (*dare* и *tradere*).³⁰

3.2. Даљи развој: старогерманско и канонско право

За развој идеје о извршивости личних захтева доста је важно подсећање на старогерманско право и развој његове основне поставке, а то је да изосталог туженог треба казнити, јер је из те идеје произашла и она о контумацији туженог у случају да не испуни обавезу наложену пресудом, када га треба казнити.³¹ Овај приступ је реципиран у италијанским градовима у XII и XIII веку, а прихатило га је и канонско право.³²

3.3. Развој у немачким земљама; садашње стање у Немачкој и Аустрији

У немачким земљама се канонско право реципира и полако се формира схватање о принуди због непослушности, где поред изостанка туженог долази у обзир и непоступање по пресуди. Тако су дуго средства принуде, где би спадало и извршење захтева, била и духовне природе (екскомуника-

²⁷ Уместо свих са даљим упућивањима Max Kaser, Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996², 372 и даље.

²⁸ О дужничком затвору сажето Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, Leipzig 1878³, 641 и даље; исрцпније М. Kaser, К. Hackl, 131 и даље, 383 и даље, 510 и даље, 625.

²⁹ М. Kaser, К. Hackl, 512 са даљим упућивањима.

³⁰ *Колер* (Kohler) закључује да римско право чак и након напуштања искључиве новчане кондеманције није успело да дође до принудног извршења *ad faciendam*, а да позно право није било у стању да развије нове идеје; Josef Kohler, „Ungehorsam und Rechtszwang. Historisch betrachtet“, *Archiv für civilistische Praxis (AcP)* 80 (1893), 197. *Веџел* (Wetzell) напомиње да римско право не даје никакве доказе у погледу извршења обавеза на *facere*, управо због тога што и након напуштања принципа новчане кондеманције се допушта да се поводом тужбе на *facere* досуди новац; G. W. Wetzell, 649. С друге стране, *Казер/Хаки* (Kaser/Hackl) не говоре нити за један период о извршењу личних захтева.

³¹ То је *Колерова* теза; упор. J. Kohler (1893), 198.

³² J. Kohler (1893), 198 и даље, 201 и даље.

ција). Оно што је битно јесте да се ширила мисао о остваривости и личних захтева и да је то постала опште место.

Затвор као средство извршења уопштено гледано трпи све веће критике и он се постепено напушта, закључно са Законом Севернонемачког савеза о укидању дужничког затвора и дужничког ропства из 1868,³³ који након уједињења постаје закон Рајха. Међутим, ова забрана се изричито односи само на извршење новчаних захтева, испоруку заменљивих ствари и хартија од вредности (чл. 1). Принудно извршење личних захтева остаје у највећем броју партикуларних закона оствариво новчаним казнама и затвором.³⁴

Обе германске кодификације с краја XIX века настављају успостављену концепцију, и то с пуном свешћу о томе, тако да лични захтеви представљају у потпуности оствариве захтеве.

У изворној верзији немачког Грађанског поступка из 1877. (нГрпп)³⁵ било је предвиђено кажњавање као средство извршења личних захтева, и то новчано или лишењем слободе (изворни §§ 774, 775 нГрпп). До данас тај концепт није мењан, већ је он на двоструки начин модификован. Прво, законодавном интервенцијом, тако да се код извршења незаменљивих радњи новчана казна замењује казном затвора ако се не наплати, с тим да је казна затвора могућа и као самостална казна (§ 888 ст. 1 нГрпп). И други, у складу са другачијим вредновањима од изворног законодавца, а путем владајуће методологије, ова материја је унапређена судским путем. Уставноправним вредновањем, и то спрам постулата правне државе, с једне стране дошло се до става да је за кажњавање код извршења захтева за пропуштање нужно да буде утврђена кривица за непоступање по судском налогу, с обзиром да се ради о параказненој мери која подразумева одмазду, а не само сламање воље као сврху.^{36 37} С друге стране, у складу са циљем

³³ Gesetz, betreffend die Aufhebung der Schulhaft. Vom 29. Mai 1868. *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes* 1868, 237.

³⁴ За преглед вид. J. Kohler (1893), 215 и даље; Carl Hahn, *Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung*, Düsseldorf 1880, 765 и даље.

³⁵ *Zivilprozessordnung*, у верзији од 5-XII-2005 (*BGBI.* I, 3202; 2006 I, 431; 2007 I, 1781), последњи пут мењан кроз чл. 6 Закона од 20-XI-2015 (*BGBI.* I, 2018).

³⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 2 BvR 506/63 vom 25-X-1966, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 20, 323 (332). Од ове одлуке у којој је Савезни уставни суд поводом уставне жалбе дао уставнокомфорно схватање кажњавања за кршење обавезе пропуштања у извршном поступку, постојање кривице је према владајућем схватању услов за одређивање казни иако се тако нешто не спомиње у нГрпп; уместо свих са даљим упућивањима вид. Hans Brox, Wolf-Dieter Walker, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München 2014¹⁰, 535 (Rn. 1100); критички против једино Peter Hartmann, in: *Baumbach/Lauterbach, Zivilprozessordnung*, München 2004⁶², 2375 (§ 890 Rn. 21).

³⁷ Стога за кажњавање ради извршења незаменљиве радње утврђење кривице није потребно, јер је искључиви циљ казне сламање воље; ако се обавеза у међувремену испуни казна се неће извршити; упор. K. Stöber, in: *Zöller, Zivilprozessordnung*, 2341 (§ 888 Rn. 7).

казни признаје се кажњавање затвором и заступника правних лица и када обавеза у извршној исправи бесумње гласи само на правно лице, односно не гласи на заступника.³⁸

Аустријски Ип из 1896,³⁹ исто као и парнични поступак из 1895. прожет социјалним замислима *Клајна*, такође је наставио традицију и није донео ништа ново. За личне захтеве средство извршења је новчана казна или казна затвора (§§ 354, 355 аИп). Током више од века важења аИп на концепцијском плану није ништа мењано, па је тако и данас непромењено стање.⁴⁰ Што се тиче разраде концепта, као и у другим сферама процесног права приметан је утицај немачке јуриспруденције, што је довело до афирмације казне затвора – и у Аустрији се прихватио став да се казна затвора, додуше само за извршење незаменљивих радњи, изриче заступнику правног лица које је извршни дужник.⁴¹ Исто тако, за изрицање казни се захтева кривица извршног дужника.⁴²

3.4. Развој у Француској; садашње стање

Развој у Француској је имао другачији пут од оног у немачким земљама, што је довело до тога да у једном дужем историјском периоду постоје дијаметрално различити системи, да би се данас разлика ублажила, али не толико да се говори о истим концептима.

Колерова теза да слабљење принуде против изосталог туженог представља погодније тле и за одрицање принуде против туженог који не испуни налог за испуњење личног захтева, довело је до тога да је све до XIX века у Француској важио стари римски концепт новчане кондемпнације, односно како су старији писци закључно са *Поџијеом* наводили: *ad faciendum nemo preaeicise cogi potest*.⁴³ Онда не чуди да се и у Грађанском законнику из

³⁸ Владајуће схватање кажњавање заступника правног лица везује само за казну затвора (уместо свих: Fritz Baur, Rolf Stürmer, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Heidelberg 1996, 515; BGH I ZB 43/11 vom 12-I-2012, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2012, 541, сви са даљим упућивањима) док мањина код незаменљивих радњи иде преко тога, па допушта и новчано кажњавање заступника (Н. Brox, W.-D. Walker, 528 са даљим упућивањима [Rn. 1088]).

³⁹ *Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung - EO)* – аИп, *RGBl.* Nr. 79/1896, последњи пут мењан кроз *BGBI.* I Nr. 69/2014.

⁴⁰ За уџбенички приказ садашњег стања вид. Walther H. Rechberger, Paul Oberhammer, *Executionsrecht*, Wien 2009³, 223 и даље (Rn. 439 и след.).

⁴¹ Вид. и више него начелну одлуку OGH 3 Ob 48/11x vom 11-V-2011, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltung) (SZ)* 2011, Nr. 62 = *Zivilrecht aktuell (Zak)* 2011, 279 у којој се истичу и упоредноправни аргументи, што иначе није реткост у начелним одлукама у којима се „креативно” суди.

⁴² Richard Holzhammer, *Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht*, Wien 1993⁴, 393; OGH 3 92/81 vom 26-VIII-1981, *SZ* 54, Nr. 115.

⁴³ J. Kohler (1893), 217 и даље, нарочито 225.

1804. (фГЗ) нашла одредба по којој се у случају неиспуњења свака обавеза на чињенице или нечињење се претвара у новчану обавезу, односно да није дозвољено принудно извршење таквих обавеза (чл. 1142).

Међутим, под притиском правозаштитних потреба и сасвим супротно од чл. 1142 фГЗ, у француској судској пракси XIX века се развио посебан иститут астрент (*astreinte*) који је до данас остао средство путем којег се може рећи да у франуском праву постоји извршивост личних захтева. Ради се о сасвим укратко о судском налогу лицу које је дужно да изврши неновчану обавезу (укључујући и нечињење) да исплати повериоцу новчани износ у случају неизвршења. Износ је независан од претрпљене штете, па се зато бесумње схвата као средство притиска на противника захтева да испуни обавезу, тј. то није ништа друго до посредна принуда. Отуда је астрент приватна казна.⁴⁴

Астрент је коначно озакоњен као општи институт 1972. и то на горе грубо изложен начин.

3.5. Развој домаћег права

3.5.1. Период до југословенске унификације

У Кнежевини Србији и поред постојања германског материјалног права, процесно је било уређено по француском узору. Законик о поступцима судским у грађанским парницама из 1865. (ГСП) према томе није уопште омогућавао принудно извршење личних захтева, већ је за неиспуњење незаменљиве радње предвиђао суштински замену захтевом за накнаду штете.⁴⁵ Извршење захтева за пропуштање или трпљење ГСП уопште не спомиње.⁴⁶ Важно је напоменути да српска наука и судска пракса нису дошли до значајног коректива таквог система као што је дошла француска, тако да је астрент остао непознат. И поред тога што је материјално право без двојби рачунало на туживост, па и принудну остваривост личних захтева, сплетом историјских околности то је негирано.

3.5.2. Прекрејница: Ий

Ноторно је да је прва југословенска кодификација извршног права, баш као и парничног, била заправо превод аустријског, *Клајновој* извршног поступка. За питање извршења личних захтева овај закон представља

⁴⁴ Дени Талон, „Санкције за неизвршење уговора у француском и енглеском праву“, *Анали* (1985), 204 и даље; Михајло Дика, *Грађанско овршно право*, Загреб 2007, 659 и даље; J. Stamm, 473, сви са даљим упућивањима.

⁴⁵ Уп. § 496 ГСП, као и Андра Ђорђевић, *Теорија грађанској судској јосиуика II*, Београд 1923², 189 (т. 836).

⁴⁶ То би могло да се оправда француским узором који у складу са чл. 1142 фГЗ није ни имао потребе да тако нешто предвиди. Но, спрам СГЗ и обавезе на пропуштање и трпљење су биле туживе!

историјску прекретницу српског права. Од 1938.⁴⁷ постојала је могућност принудног извршења личних захтева, а средства извршења су била новчана казна и притвор (§§ 308-309), идентично наравно као и у Ип. Оно што је много битније јесте то да се коначно добило процесно право које је одговарало материјалном.

3.5.3. *Ип као њравна њравила; Тезе за извршни њосџуџак*

Аброгација предратног правног система значила је за материју извршења као и за све друге примену Ип као правних правила, и то, много дуже него што се планирало. Иако је још крајем 40тих година отпочео рад на доношењу нових процесних закона,⁴⁸ тек је 1978. престала потреба за применом Ип као правних правила. Што се тиче начина извршења личних захтева, судови нису примењивали Ип у делу у којем се предвиђао притвор.⁴⁹ Занимљиво је, међутим, да то није било с позивом на несагласност са друштвеним уређењем, дакле није био употребљиван идеолошки филтер, већ чисто позитивноправни: за лишавање слободе према Уставу је било нужно да разлози буду предвиђени законом, а Ип није био закон, јер је стављен ван снаге.⁵⁰ Из појединих радова се ипак може назрети да је притвор био незамислив спрам правнополитичког вредновања.⁵¹

У погледу овог периода не смеју се занемарити две ствари. Прва, да се теорија у многоме дистанцирала од праксе судова, и то изричито као *Гамс* који је заправо заступао став о примењивости Ип и у погледу притвора,⁵² или посредно као део процесне теорије који није спомињао неподобност притвора.⁵³ И друга, да су 1966. године донете Тезе за извршни

⁴⁷ Тада је Ип тек ступио на снагу.

⁴⁸ О томе нешто више Сениша Трива, у: Сениша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Судско извршно њраво*, Загреб 1984², 14 (§ 3 т. 6).

⁴⁹ Боривоје Познић, *Грађанско њроцесно њраво*, Београд 1962, 399 (т. 767); Милорад Кукољац, *Извршни њосџуџак*, Београд 1970³, 140 фн. *; С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 294-295 (§ 40 т. 11).

⁵⁰ Тако изричито ВСС Гзз 291/70, објављено код Милана Миловића, „Судски пенали и новчане казне у извршном поступку“, у: *Извршење судских одлука* (ред. З. Ивошевић), Београд 1979, 291. И Софија Микић, „Извршење обавеза на радњу, нечињење и трпљење“, у: *Извршење судских одлука* (ред. З. Ивошевић), Београд 1979, 381/382 напомиње да судска пракса није одређивала притвор из овог разлога. Упор. међутим М. Дика, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 167 (§ 26 т. 22), који тврди да је пракса „заирала од притвора сматрајући га непримереним сврси којој је требао послужити“.

⁵¹ М. Миловић, 291 и даље.

⁵² Вид. већ А. Гамс (1950), 86; исто и каснијим издањима, нпр. Андрија Гамс, *Увод у грађанско њраво*, Београд 1970⁷, 41 (т. 40), 282 (т. 525).

⁵³ Упор. Боривоје Познић, *Грађанско њроцесно њраво*, Београд 1962, 399 (т. 767); Никола Воргић, *Извршни њосџуџак, рукојиси њредавања*, Нови Сад 1969, 149 и след.

поступак, које су предвиђале управо оно што је решење ЗИО: претварање новчане казне у казну затвора.⁵⁴

3.5.4. ЗИП 1978: дилеме у погледу дојушићености зајвора; увођење судских пенала

ЗИП 78 је догматички и концепцијски био заснован на Ип и аустријским коренима,⁵⁵ па је природно било да се не негира извршивост личних захтева. Промена је била свакако на редакцијском плану, с обзиром да је за остварење личних захтева било предвиђено само новчано кажњавање. Уосталом, притвор или казна затвора као таква није се нигде спомињала у њему. Но, то није уједно значило да је дилема била отклоњена, већ напротив, због аналогне примене ЗПП (одредбе о кажњавању у вези процесне недисциплине) било је могуће доћи до закључка да је казна затвора као таква недопуштена, али не и претварање новчане казне у казну затвора у случају неиспуњења. По *Дики* тако нешто је било допуштено.⁵⁶ По другом, који су били ипак већина, негиран је такав методолошки захват, а образложење је позитивистичко, догматичко и правнополитичко.⁵⁷ На крају, *Гамсово* схватање, касније и *Љ. Ђуровић* која преузима уџбеник, показује пре необавештеност него став о допуштености затвора, с обзиром да и након ЗИП 78 они говоре о притвору као самосталном средству извршења, дакле онако како је било у Ип.⁵⁸

Не само да је ЗИП 78 донет исте године када и ЗОО, већ су они донети истог дана. Што се тиче овог рада, заједничко им је увођење судских пенала у правни систем. Тако је уведен институт који је и више него сличан француском астренту: ако је испуњење неновчаног потраживања наложено дужнику правноснажном пресудом, онда поверилац може да захтева од извршног суда досуђивање одређене своте за сваку јединицу неиспуњења, све док не захтева принудно извршење захтева (чл. 294 ЗОО; чл. 187 ЗИП 78), које се састоји за личне захтеве, парадоксално, опет у новчаном кажњавању, овог пута у корист државе.

⁵⁴ Вид. код М Кукољца, 140 и даље.

⁵⁵ У том смислу и С. Трива, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 15 (§ 3 т. 11).

⁵⁶ М. Дика, у: С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 167 (§ 26 т. 22).

⁵⁷ Решење Округног суда у Славонској Пожеги Гж 619/79 од 10-VIII-1979, *Прејлед судске праксе (ПСП)*, 16, 225; М. Миловић, 291-292; Д. Николић (1995), 202; Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном постојуку*, Нови Сад 1991², 561 са даљим упућивањима; упор. и решење Округног суда у Дубровнику Гж 486/85 од 7-VI-1985, *ПСП* 28, 108.

⁵⁸ Упор. Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1994¹⁷, 242 (т. 525). Када се упореди са ранијим издањима пре 1978. види се да никакве разлике нема.

3.5.5. ЗИП 2000: крајкојрајно враћање казне затвора

Реформа извршног поступка је отпочела доношењем ЗИП 2000, па је поред драматичне промене парадигме правних средстава она захватила и извршење личних захтева. После више од пола века било је неспорно да се они принудно извршавају и казном затвора.

Овај закон није дуго важио, свега пет година. Већ доношењем ЗИП је напуштен новоуведени концепт и прешло се на искључиво новчано кажњавање, што је остало решење до данас, и биће све до почетка примене ЗИО.

3.5.6. ЗИП 2004: враћање на стари; ЗИО 2011

Закон о извршном поступку и 2004. напустио је казну затвора као концепт и вратио стање стваро на двоструки колосек кажњавања: судски пенали или новчана казна суда. Исто је било и у ЗИО 11.

4. ДОГМАТИЧКА РАЗРАДА ОСНОВНИХ СИСТЕМА: РУДИМЕНТАРНИ РИМСКИ, ГЕРМАНСКИ И САВРЕМЕНИ ФРАНЦУСКИ ПРИСТУП

4.1. Рудиментарни римски концепт: негирање личних захтева

Историјски прва опција је суштинско негирање личних захтева. Они су неутуживи у том смислу да се противнику захтева не може наложити његово испуњење, сходно томе не може се ни принудно натерати да га испуни. Једино што преостаје имаоцу захтева је одштетни захтев. Као што је речено у претходном одељку, такав приступ је присутан у римском праву, француском до XIX века, српском до 1938, као и у италијанском засигурно до 2007.⁵⁹

Постојање овог концепта има различита оправдања. Док се сматра да је изворно римско схватање засновано на идеји бољег обезбеђивања правног мира и избегавања личне езекуције, а да је касније задржавање на вишем степену развоја објашњиво изгледа само традиционализмом Римљана,⁶⁰ изворни француски приступ има за основу сасвим друго. То је идеја о слободи човека која је неприкосновена. То није само физичка слобода, и у том смислу брана од казне затвора као средства извршења, већ слобода личности као слобода воље у виду забране принуде која треба да је сло-

⁵⁹ Ово из разлога што не располажемо информацијама у погледу садашњег стања у Италији, док је *Штам* истражио овај систем и објавио резултате 2007; J. Stamm, 471 и даље.

⁶⁰ У том смислу М. Kaser, К. Hackl, 372 и даље.

ми.⁶¹ Дакле, слобода подразумева слободу радње и нико не сме да принуђава грађанина да нешто учини против своје воље; обавеза радње (али и пропуштања) је према томе само једна морална обавеза.⁶²

Доста је важно напоменути да српска доктрина грађанског права за све време важења овог система о томе не говори, и стиче се утисак да су сви лични захтеви извршиви.⁶³ Ова мисао у домаћој теорији стиже тек са социјалистичком доктрином у којој је овај аргумент још један у низу примера суштинске разлике социјалистичког права у односу на буржоаско. Кажњавање извршних дужника, па поврх тога и затварање, сасвим добро се уклапа у начелно одређење да буржоаско право познаје само „формалну слободу личности“, односно да је то ништа друго до „експлоатација човека човеком“. ⁶⁴ Зато и не чуди извод из утицајног совјетског уџбеник, који доста објашњавања порекло *Гамсовој* учења и уопште учење домаће цивилиситке о начелу имовинске санкције, да

[с]овјетско грађанско право, наравно, не зна за санкције управљене против дужникове личности. Мере које се предузимају против дужника у случају неиспуњења обавезе имају искључиво имовински карактер (одузимање ствари, наплата штете, извршење радњи на рачун дужника).⁶⁵

Доследну рецепцију овог схватања, међутим, чини само *М. Вуковић*, који заправо једини у домаћој теорији пледира за неутуживост захтева на пропуштање. За њега је туживост таквог захтева превазиђено гледиште које се одржало зачудо и у западнонемачкој литератури, јер савремени правни поредак има на уму заштиту човекове личности и уопште демократско уређење заједнице, па се повериоцу једино признаје право на наплату из дужникове имовине. Тако закључује да ако се остане код тог превладаног гледишта, онда се морају предвидети и неке личне санкције како би се дужник приморао на понашање, које су, међутим, „свакако противне личној слободи и демократском друштву“. ⁶⁶ Савремено схватање грађанског права, а то је очигледно за њега социјалистичко, јер тадашње немачко и француско свакако да не негирају туживост захтева за пропуштање, захтева да се у грађанском праву све више заштити лична слобода и да се стави на што шире демократске основе, што резултује у томе да поверилац нема

⁶¹ Вид. J. Kohler (1893), 230 и даље са упућивањима на француску литературу тог времена.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Истицање примера ради да постоје облигације на пропуштање, као и код питања туживости неспомињање тога да нема начина да захтев за пропуштање изврши, засигурно ствара илузију; вид. Драгољуб Аранђеловић, *Облигационо право*, Београд 1927,³ и даље,

⁶⁴ М. М. Агарков, Д. М. Генкин (ред.), *Совјетско грађанско право*, Београд 1948, 19.

⁶⁵ *Ibid.*, 382

⁶⁶ Михајло Вуковић, *Ојџи дио грађанској права II*, Загреб 1960, 144 и даље (т. 853).

право на пропуштање, већ једино на накнаду штете.⁶⁷ Јасно је да је *Вуковићева* концепција одударала и од владајуће доктрине његовог времена, али и од судске праксе која је примењивала правила Ип о новчаном кажњавању код захтева за пропуштање.⁶⁸

4.2. Германски приступ

Извршивост личних захтева означавамо германским приступом с обзиром на порекло овог концепта, као и због тога што он наставља свој живот у немачким земљама закључно са данашњим постојањем у Немачкој и Аустрији.

Историјски гледано, афирмација овог приступа је израз потребе да се обезбеди ауторитет власти државе: ако је туженом наложено да нешто учини, и то пресудом као ауторитативним актом и изразом суверена, онда се то мора спровести.⁶⁹ Он тек касније, и то због револуционарног образложења француског приступа, добија данашњу разраду. У центру пажње је вредновање антагонистичких интереса: слободе појединца и интереса имаоца захтева. Но, питање слободе није уопште у контексту опције казне затвора, већ у контексту допуштености принуде ради сламања воље.⁷⁰ Аргументи против преусмерења извршења на одштетни захтев показују заправо да задовољење имаоца захтева не сме да зависи од солвентности противника захтева. Спречити то, значи увести кажњавање ради сламања воље, а ту спада и новчана казна.

Основна идеја која стоји иза концепта кажњавања, и то било каквог, је идеја пуне судске оставаривости личних захтева. Заправо, то је идеја поштовања права, а у време када се доносила одлука (време уочи кодификације процесног и материјалног права) и питање културе и морала која надјачава вредност слободе. Како *Колер* истиче, смисао слободе није у разрешавању сваке везаности, већ у проналажењу праве мере везаности.⁷¹ Омогућавање ликвидације личне обавезе исплатом штете у том смислу није права мера везаности, с обзиром да је то противно моралу; она омогућује да се богати увек ослободе своје обавезе тиме што ће платити, а и сама одштета је увек несавршена, тј. неиспуњење обавезе је увек трауматично за имаоца захтева и накада не може да залечи увек све.⁷² С друге стране, и

⁶⁷ *Ibid*, 145 (т. 853).

⁶⁸ Вид. горе 3.5.2.3.

⁶⁹ Упор. J. Kohler (1893), 207: непослушност је вређање краља.

⁷⁰ Упор. J. Kohler, „Der Rechtszwang zum Thun. Dogmatisch betrachtet“, *AcP* (1893), 232 и даље; супротно С. J. A. Mittermaier, „Die persönliche Haft als Vollstreckungsmittel im Civilprocesse“, *AcP* 14 (1831), 129 и даље.

⁷¹ J. Kohler (1893a), 232.

⁷² То би био закључак *Колеровој* излагања у погледу аргумента слободе; J. Kohler (1893a), 232.

омогућавање испуњења личних захтева против инсолвентних дужника је обезбеђено, и то кроз лишавање слободе. Како то јасно истичу редактори нГрпп у Образложењу Предлога казнити инсолвентног дужника затвором зато што не испуњава личну обавезу нема исту логику као евентуално затварање инсолвентног дужника због неиспуњења новчане обавезе. Односно: принудном се не може натерати инсолвентни дужник да прибави новац, јер га ни нема, али се инсолвентни дужник принудом натерати да испуни своју незамењиву обавезу, или да не чини оно што му је забрањено.⁷³

4.3. Савремени француски концепт астрента

Развој судске праксе непосредно по доношењу фГЗ у правцу негирања његовог чл. 1142 и читавог концепта искључиве новчане кондеминације, њено устаљивање и касније озакоњење показује да су правозаштитне потребе надјачале идеју екстремно схватање „слободе грађанина“. Нема сумње да астрент има функцију принуде ради сламања воље противника захтева. У том смислу начелно овај приступ одговара германском и има исту полазну тачку, а то је вредновање субјективног права. Но, од њега се пресудно разликује у томе што је с једне стране то само имовинска казна, па је тако успех зависан од солвентности противника захтева, и с друге стране што је то приватна казна, јер приход следује имаоцу захтева, а не фискусу.

Ова иманентна слабост астрента преживела је све ово време, што се на крају потврдило у његовом озакоњењу. Почетком 70тих година прошлог века, дакле уочи озакоњења астрентанта, предлагано је или преусмеравање наплаћеног износа на државу, или дељење између државе и имаоца захтева. Од тога се на крају одустало, а један од аргумената је био тај што би давање фискусу било парадоскално, с обзиром да држава добија паре управо за случај да је њен апарат принуде остао немоћан, пошто захтев није испуњен. Други је по *Штаму* „бизарна бојазан“, јер законодавац није знао како да се тај приход државе даље употреби.⁷⁴

5. ПРОВЕРА ХИПОТЕЗА

5.1. Анахроност

Теза о анахроности казне затвора у систему принудног извршења приватноправних захтева, ако се односи и на извршење личних захтева, никако није исправна. Она је код оних који то истичу резултат нетачног и паушал-

⁷³ С. Hahn, 466.

⁷⁴ Вид. J. Stamm, 477 са даљим упућивањима.

ног приказа стања, како у домаћем, тако и упоредном. Не може се само наводити да је у Србији већ у XIX веку напуштена лична егзекуција.⁷⁵ Да ли то значи да у Србији није никада важио Ип, па макар и само пар година, или ЗИП 2000, опет макар пар година? С друге стране, упоредноправно стање у земљама немачког говорног подручја, тј. много значајније рећи стање у земљама правног круга којем ми номинално припадамо⁷⁶ – које се уопште не спомиње у расправама цивилистике поводом овог питања – показује управо да казна затвора није анахрона. Начелна одлука у тим системима да се обезбеди извршење личних захтева подразумевала је кажњавање, а казна затвора је тада неупитна и нужна. Развој до данас показује да је судска пракса, с подршком науке свакако, унапредила ову материју тако што је суштински афирмисала казну затвора спрам њеног циља, али и с друге стране тако што је подвргла установу захтевима правне државе. Према томе, треба закључити да је у савременим правима итекако предвиђена „санкција на личним добрима“, и то за захтеве чији значај све више расте.⁷⁷

5.2. Уставност

Прва линија аргументације о недопуштености казне затвора као средства извршења неличних захтева је она о конвенцијској забрани. Истиче се да је то противно чл. 1 4. Протокола ЕКЉП, односно чл. 11 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.⁷⁸

Такав закључак је неисправан већ наспрам језичког тумачења цитираних норми. У оба текста је идентична одредба, и она гласи

Нико се не може лишити слободе само зато што није у стању да испуни уговорну обавезу.⁷⁹

Дакле, забрањено је кажњавање затвором због тога што неко није у стању да испуни своју обавезу, а не зато што *неће*, што је увек по среди када извршни дужник не испуњава личну обавезу.⁸⁰ Казна затвора, једнако

⁷⁵ Тако међутим И. Бабић, 28 (марг. бр. 40).

⁷⁶ Номинално, јер чак и идентична нормативна решења или концепти нису довољна да се каже да припадамо неком кругу, с обзиром на то да је једнако битна претпоставка и иста методолошка оријентација, што се никако не може рећи за домаћу (ако је уопште и има) и ону у Немачкој и Аустрији.

⁷⁷ То су пре свега захтеви за пропуштање који су у привредном смислу изузетно важни, с обзиром да се налазе у праву интелектуалне својине и у заштити од нелојалне конкуренције; о томе више С. Радовановић, М. Кнежевић.

⁷⁸ МПГПП, *СЛ СФРЈ* 7/71.

⁷⁹ У оригиналу на енглеском: „No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation“.

⁸⁰ Тако и W. Rechberger, P. Oberhammer, 6 (Rn. 7); М. Дика (2007), 153 (§ 44 т. 3.1.). У резултату исто К. Stöber, in: *Zöller, ZPO*, 2341 (§ 888 Rn. 7).

као и новчана казна, треба да изврше притисак на извршног дужника и да му сломе вољу тако да учини оно што треба и што може, односно да не ради оно што не сме. У том смислу треба видети везу ове одредбе са чл. 5 ст. 1 *b* ЕКЉП, који је подједнако важан за питање казне затвора у извршном поступку, с обзиром да предвиђа допуштеност лишавања слободе ради извршења законите судске одлуке или ради обезбеђења испуњења неке законом прописане обавезе.⁸¹ Кажњавању због неизвршења личног захтева увек предходи судска одлука, али то није пресуда, већ решење о извршењу којим се налаже пропуштање/трпљење (чл. 364 ст. 1 ЗИО) или испуњење незаменљиве радње (чл. 363 ст. 1 ЗИО); судска одлука која се крши је, дакле, решење о извршењу (*arg.* чл. 363 ст. 1, 364 ст. 2 ЗИО), тако да је конвекцијскикомфорно и извршење на основу извршних исправа које нису судске одлуке. Када се то има у виду, нема спора да ЕКЉП изричито допушта изрицање принуде ради сламања воље и/или репресивних мера ради неиспуњења обавезе.

С друге стране, уочљиво је да се говори о уговорној обавези, што није свака грађанскоправна обавеза, још мање приватноправна. Тако, схватајући дословно овај текст, било би допуштено да се казни затвором нпр. инсолвентни штетник, јер његова обавеза новчане накнаде штете није уговорне природе, што је управо резултат *Дикиној*, као и *Грабенварџер/Пабел/Беллвејевеј* схватања.⁸² Пошто ово питање није у директној вези са проблемом овог рада – и према наведеном рестирикативном схватању казна затвора није забрањена за испуњење личних захтева – може се оставити по страни прави домашај ових одредаба односно прави садржај „забране казне затвора за дуг“.⁸³ Много је значајније проверити уставност у ужем

⁸¹ Да ова одреба заједно са чл. 1 4. Протокола ЕКЉП допушта сламање воље у извршном поступку закључују и Christoph Graberwarter, Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München ua 2012⁵, 205 (§ 21 Rn. 26).

⁸² Упор. М. Дика (2007), 153 (§ 44 т. 3.1.): „Пакт, дакле, *argumentum a contrario*, не искључује да неко буде затворен зато што није у стању испунити неке своје неугворне обавезе“. Изгледа да у том смеру резонују и *Граберварџер/Пабел*, с обзиром да истичу да се одредба не односи на „грађанскоправне обавезе које извиру из закона“ (С. Graberwarter, K. Pabel, 205 [§ 21 Rn. 26]). Они су ипак противречни, јер на другом месту истичу да се чл. 1 4. Протокола ЕКЉП односи на „исплату дуга“, вид. доле фн. 83.

⁸³ Само оволико ипак треба навести: иако су заиста тако редиговане одредбе, тешко је да је циљ била забрана затварања дужника који није у стању да испуни само своју уговорну обавезу. Прво, сумњу већ буди званични рубрум чл. 1 4. Протокола ЕКЉП на енглеском („*Prohibition of imprisonment for debt*“), што је у српској верзији „Забрана казне затвора за дуг“. Енглеска реч *debt* означава новчане обавезе, што се може рећи да је уобичајено значење и српског термина *дуг*, иако није неубичајено да се у свакодневном говору користи и за неновчане обавезе (имам дуг од 50 тона мазута), или да га закони користе као синоним за све обавезе (нпр. опрост дуга). С друге стране *Граберварџер/Пабел* напомињу да је људско право из чл. 1 4. Протокола ЕКЉП до данас

смислу решења ЗИО, односно колико је то у складу са Уставом Републике Србије?

Устав не садржи пуно одредаба које регулишу лишавање слободе, односно прецизније, много мање од упоредноправних узора и ЕКЉП. За ово питање је од значаја чл. 27, и то ст. 1 који уз гарантуру личне слободе (реч. 1) превиђа још само да је лишење слободе допуштено из разлога и у поступку који су предвиђени законом (реч. 2), односно ст. 4 по којем казну лишења слободе искључиво изриче суд. Одаткле би произишло да је, барем према Уставу, допуштено кажњавање у извршном поступку, и то без обзира на врсту захтева. Но, то је само језичко схватање, односно законски позитивизам на делу, што је нажалост још увек владајући методолошки правац код нас. Супротно, из уставних вредновања, и то пре свега приципа правне државе/ владавине права, произилати ограничење за питање извршног поступка.

Република Србија је, пре свега, држава заснована на владавини права (чл. 1 Устава). Позната је традиционална разлика између принципа владавине права и правне државе, по којој први подразумева материјалну садржину, а други формалну.⁸⁴ Дакле, већ по дефиницији би онда целокупни српски правни систем био прожет идејом владавине права која је уједно израз вредновања, па не би ни требало да се замарамо са концептом правне државе који можда то и не садржи. Међутим, данас је наведена разлика је само историјска, јер се у колевци концепта правне државе – у Немачкој – већ преко пола века он схвата управо на материјални начин.⁸⁵ У том смислу се и може рећи да је Србија правна држава, тј. да је то основни принцип државе. Овај принцип много више од онога што Устав (опет) нуди на редакцијском плану (чл. 3). Принципи правичности, правне сигурности и извесности, као и сразмерности (пропорционалности) саставни су делови и домаћег постулата правне државе.⁸⁶ Проблем пропорционалности се ну-

остало „без значаја“ (С. Graberwarter, К. Pabel, 205 [§ 21 Rn. 26]), с тим да на другом месту заправо потврђују нашу прелиминарну тезу, да је ова одредба забрана затварања у вези са извршењем новчаних захтева (198 [§ 21 Rn. 13]: чл. 5 ст. 1 *b* не подразумева под „законском обавезом“ *исплатиу дуџа* [у оригиналу *Zahlung der Schulden*, курз. *М. К.*], јер је то искључено на основу чл. 1 4. Протокола).

⁸⁴ О томе уместо свих Драгутин Аврамовић, „Владавина права или правна држава – истост или различитост?“, *Зборник XLIV/3* (2010), 421 и даље.

⁸⁵ Већ од првих одлука *Савезној уставној суда* се то изражава; вид. BVerfG 1 BvL 23/52 vom 24-VII-1957, BVerfGE 7, 89 (92); 1 BvR 678/57 vom 12-XII-1957, BVerfGE 7, 194 (196).

⁸⁶ Тако и УС резонује, барем за правну сигурности и извесност: „Захтев за одређеношћу и прецизношћу правне норме представља саставни део начела владавине права како би грађани из садржаја норме могли да стварно и конкретно знају своја права и обавезе и како би им прилагодили своје понашање“ (ИУз 51/12, СТ 49/12, 54 [58]).

жно јавља у материји извршења, јер се увек ради о удару на добра извршног дужника која су уставом заштићена, тј. спровођење извршења је увек ограничавање неког од људских права,⁸⁷ утолико принцип сразмерности извире из саме природе људских права.⁸⁸ Наравно да се одмах мисли на право на имовину (чл. 58 Устава), које је процентуално много више на удару. Но, и то је овде важно, било које средство принуде уперено на сламање воље представља ограничење права на слободан развој личности (чл. 23 ст. 2 Устава), с обзиром да је слобода делања њен саставни део.⁸⁹ Дакле, кажњавање као средство притиска на испуњење обавезе, па било то новчано или лишењем слободе, представља ограничење овог људског права.⁹⁰ Пропорционалност у овом смислу подразумева сразмерност циља и средства у том смислу да се уз најмању удар на добро дужника дође до циља. Тако гледано, сразмерност захтева да кажњавање буде функционално способно да уопште доведе до циља, а то је испуњење обавезе.⁹¹ Зато је кажњавање недопуштено онда када извршни дужник уопште није у стању да испуни обавезу, или када испуњење не зависи искључиво од његове воље (нпр. онда када испуњење зависи и од интелектуалних способности потпут научне или уметничке [чл. 363 ст. 5 ЗИО]);⁹² тада казна не служи остварењу захтева, већ чистој одмазди, што се свакако не уклапа у телеолошке поставке система.⁹³ Нема сумње да је циљ извршног поступка остварење приватноправног захтева,⁹⁴ као што данас нема сумње да су они редовно

⁸⁷ Отуда је у немачкој и аустријској доктрини и судској пракси нарочит акценат управо на односу тензије између уставног права повериоца на ефективно извршење и уставних права извршног дужника. За такво схватање у домаћој литератури упор. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012⁶, 781 и даље (т. 4262 и даље); Н. Бодирога, 245 и даље.

⁸⁸ У том смислу BVerfG, 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80 vom 19-X-1982, *BVerfGE* 61, 126.

⁸⁹ Због тога је приватна аутономија уставноправно загарантована и у српском праву, што је ипак схватање мањине (Дејан Ђурђевић, „Неутрални правни послови“, *Анали* LVI-II/2 [2010], 89-90; В. Водинелић [2014]), 90 [т. 246]; М. Кнежевић *Расширено начело у српском јарничном процесу*, докторска дисертација ПФ у Новом Саду, Нови Сад 2014, 337).

⁹⁰ Тако и F. Baur, R. Stürner, 88 и даље.

⁹¹ Упор. BVerfG, 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80 vom 19-X-1982, *BVerfGE* 61, 126: кажњавање мора да буде подобно за постизање циља.

⁹² У том смислу би управо то могла да буде садржина конвенцијске „забране казне затвора за дуг“.

⁹³ Тако управо и Д. Николић (1995а), 202, с тим да се не говори о уставном нивоу.

⁹⁴ Уместо свих Никола Бодирога, *Теорија извршног процесног права*, Београд 2012, 77, 245. Такво одређење је у складу са општијим ставом ГО ВСС, по којем је „циљ грађанског судског поступка заштита субјективних права“ (Закључак ГО ВСС од 26-IV-2007, *Билтен* 1/2007, 67 = *Билтен ВСС* 4/2008, 432), али и делимично са конкретним по којем је „циљ извршног поступка да равнотежа поремећена повредом права извршног повериоца буде

превентивно-реституционе природе, односно да нису типолошки казнене природе. Ова мисао, за чије афирмисање и актуелизовање у данашње време заслужан пре свих Д. Николић,⁹⁵ кључна је за разумевање домаћег уставноправног стања поводом овог питања. Наиме, ако се дужник кажњава управо зато што није у стању да испуни обавезу, онда нема ништа нити од приватноправног поретка заснованог на идеји превентивно-реститутивних последица неправга, нити од поступка који је њиме детерминисан.⁹⁶

Следећа ставка је питање сразмерности када казна има функционални капацитет, а то је онда када је извршни дужник у стању да испуни обавезу, али неће. Тада се може говорити о сразмерности у ужем смислу, а то је да захват буде сразмеран циљу, дакле да не буде претерано оптерећење за извршног дужника у смислу односа права на слободу (чл. 27 Устава). Та мисао је одавно присутна у извршном праву, много пре него што су људска права уопште настала.⁹⁷ За личне захтеве нема сумње да је сразмерност задовољена, јер је казна затвора погодна и потребна за оставарење циља, док то није претерано оптерећење извршног дужника. Заправо, ово последње речено би било најспорније, а то зависи од вредновања. Сасвим упрошћено, да ли је несхватљиво спрам данашњег вредновања жртвовати нечије субјективно право зато што онај који треба да га испуни неће, а може. Оно што се нуди као опција није забрањено на општем плану. Управо развој у германском праву показује да дужник није достојан заштите (*schutzwürdig*) у том случају.

На основу свега, треба закључити да решење ЗИО није само комформно са конвенцијским захтевима, већ и је и у складу са Уставом.

5.3. Догматичка утемељеност

5.3.1. Кријтика домаће учења о грађанској правној санкцији: ка реалном схватању односа материјалног и процесног права

Учење о грађанској санкцији је незаобилазно у домаћој цивилистици. Оно, међутим, не доприноси пуно разумевању односа материјалног и процесног права, већ сасвим супротно. За потребе провере догматичке хипо-

успостављена принудним спровођењем одлуке коју извршни дужник није сам извршио“ (Закључак ГО ВСС од 30-X-2007, *Билтен ВСС* 2/2007, 77).

⁹⁵ Д. Николић (1995а), *passim*.

⁹⁶ О условљености циља грађанског судског поступка, и то пре свега парничног, са схватањем и задацима материјалног права вид. Марко Кнежевић (2014), 346 са даљим упућивањима.

⁹⁷ Нпр. мисао о нужности заштите егзистенцијалног минимума је основна идеја *Клајновог* аИп. Та идеја је, на крају, и позадине забране дужничког затвора код новчаних захтева: заплена и продаја имовине је погоднија за дужника него посредна принуда кроз затварање,

тезе и добијање резулата који ће бити у складу са постојећим стањем, другачији приступ овој проблематици је полазна тачка.

Два су битна момента у учењу о грађанској санкцији: да се ради о правноорганизованој принуди коју суд изриче у парничном поступку. Такво схватање грађанскоправне санкције се враћа на владајућу теорију права код нас,⁹⁸ а која пати од поједностављивања и поистовећивања са кривичним контекстом.⁹⁹ Тај приступ, који заиста потиче од *Келзена*, с тим да је он у потпуности погрешно схваћен у овом сегменту, уз акционоправно схватање цивилистике доводи управо до плодног тла за тезу о санкцији која се спроводи у извршном поступку и која не може да се изврши на личним добрима.

Келзеново схватање које заиста претендује да грађанско право „ушори“ у кривичноправну догматику, у потпуности је другачије од оног које је владајуће код нас. Пре свега, треба напоменути да је критика оваквог сагледавања једно од важнијих места *Келзенове* чисте теорије права. Оспоравајући *Тонову* (*Thon*) схватање о грађанскоправној санкцији, које је он види у новом императиву, а који је понекад у испуњењу нове обавезе, а понекад у дужности испуњења иницијално дугованог,¹⁰⁰ он истиче да санкција не може да буде нешто што није крајња последица неправда, а за то је типичан негативан пример грађански деликт и накнада штете. Он овде санкцију види тек у принудном извршењу обавезе накнаде штете, јер сам настанак овог права није уједно и санкција.¹⁰¹ Стога *Келзен* напомиње – што је од изузетног значаја, али без одјека у домаћој теорији – део одредаба извршног права у којима се одређују средства извршења је грађански законик.¹⁰²

На слабост домаћег владајућег схватања кроз делимично позивање на *Келзенове* аргументе указује *Дика* у више наврата.¹⁰³ Због тога што се код

⁹⁸ Уместо свих Радомир Лукић, Будумир Кошутић, *Увод у право*, Београд 2008²⁷, 140 и даље.

⁹⁹ Дакле, санкција је увек последица неправда (кривичног или грађанског) и њу као принуду изриче суд у когниционом поступку (кривичном или парничном). На ову ману указује већ *Дика*; вид. Михајло Дика, „Осврт на четири концепције о правној природи правосудног акта (Диги, Келзен, Крбек, Лукић) и покушај одређења тог појма у процесуалистичком кључу“, *Архив за правне и друшћивене науке* 75 (1989), 47 и даље, 54 и даље.

¹⁰⁰ Упор. August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, 40 и даље.

¹⁰¹ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, Tübingen 1924², 300 и даље; Ханс Келзен, *Општа теорија државе и права*, Београд 1951, 142 и даље. За опширнију реконструкцију *Келзеновог* схватања вид. Лука Буразин, „Средства оврхе као врста грађанскоправне санкције (са стајалишта опће теорије и филозиција права“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу (ЗбоЗГ)* 57 (2007), 823 и даље.

¹⁰² H. Kelsen, 237.

¹⁰³ То чини већ у својој дисертацији која нажалост није довела до било какве дискусије; Михајло Дика, *Право на њужбу*, Загреб 1987, 199 и даље. Касније понавља и развија сопствену концепцију; Михајло Дика (1989), 47 и даље, 54; М. Дика (2007), 14 и даље (§ 4 т. 2).

накнаде штете као последице грађанског неправда ради само о новој обавези, и то која настаје већ ванпроцесно, не може се рећи да се у кондемпнаторној пресуди изриче санкција, јер она није индивидуализована; то може тек да буде средство извршења, што има далекосежне последице.¹⁰⁴ Његово схватање се нигде не спомње у каснијој југословенској доктрини, као ни у данашњој, али је у хрватској савременој доктрини даље развијено од стране *Буразина*. Он је, наиме, из визуре теорије права показао сву збрку остајања при традиционалном одређењу грађанскоправне санкције, и чини се додатно образложио *Дикино* схватање.¹⁰⁵

Слабости на које се указало чине традиционални приступ неодговарајућим,¹⁰⁶ а развојем правног система се то показује још више. Ово схватање није у стању да образложи принудно извршење захтева који су садржани у извршним исправама које немају својство правноснажности, а чији број се из године у годину повећава.¹⁰⁷ Заправо, овде је по среди нешто много дубље, и тиче се догматичке оријентације цивилистике. Због тога треба нагласити: не само да извршни поступак није поступак у којем се принудно извршава пресуда односно санкција,¹⁰⁸ већ и у кондемпнаторној пресуди се не изриче санкција у преображајном смислу, принципијелно на исти начин као у кривичном поступку. Такво схватање је примерено оријентацији домаће цивилистике у смислу акционоправног схватања, које у свом изворном значењу подразумева да не постоји никакво право, већ постоји тужба, а право настаје тек ако га суд досуди.¹⁰⁹ У том смислу „суд

¹⁰⁴ *Дика* спрам тога и поставља питање границе судске (правосудне) делатности, па сматра да је одређивање извршења последњи стадијум, док је само спровођење ван тога; М. Дика (2007), 16 (§ 4 т. 2).

¹⁰⁵ Лука Буразин (2007), 821 и даље; Лука Буразин, „Анализа правне одговорности у случају проузрочења штете (са стајалишта опће теорије и филозофије права)“, *ЗбоЗГ* 58 (2008), 1421; Лука Burazin, „Reply to Criticisms of the (Means of) Execution Thesis as a Kind of Legal Sanction“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 99 (2013), 68 и даље.

¹⁰⁶ Наиме, ако је санкција налог парничног суда туженом да испуни обавезу, каква је то онда *принуда* коју отклања својевољено одговорно лице, а то је добровољно испуњење; у том смислу већ Н. Kelsen, 206 и даље, 212 и след.

¹⁰⁷ Реч је о следећем: инсистирање на томе да је санкција принуда коју изриче суд, да би се онда она принудно спровела у извршном поступку, води ка томе да је тешко образложити „санкцију – принуду“ која се извршава принудним путем у извршном поступку, али која уопште није „изречена“ од стране суда, већ ју је такорећи одговорно лице само себи одредило – сви случајеви извршних исправа које немају својство правноснажности а представљају писану форму правног посла (тзв. подвргавање непосредном извршењу).

¹⁰⁸ Јер, постоје извршне исправе које нису судске одлуке а које су основ за принудно извршење.

¹⁰⁹ Савремена домаћа грађанскоправна догматика наравно да не заступа изричито ово схватање, али се обриси још увек препознају, и то пре свега у концепцији „тужбе у материјалном смислу“ и излагању чистих материјалноправних института попут захтева из

изриче санкцију“, што би значило да она не постоји уопште до тог момента. Док је тако нешто непротивуречно код *Келзеновој* схватања парничне пресуде, за цивилистику је то итекако спорно. Наиме, *Келзен* не познаје материјалноправни поредак за себе, већ је он у потпуности процесно детерминисан.¹¹⁰ Тако нешто је наравно нетачно,¹¹¹ и то јасно произилази и из учења цивилистике.¹¹² Утолико је наглашавање изрицања санкције од стране парничног суда противуречно.

Управо напомињања *Келзена*, *Дике* и нарочито *Буразина* да оно што се назива грађанском санкцијом представа (ново) право/обавезу, уз додатну разраду у виду тезе парнични суд сазнаје обавезу и налаже туженом да је испуни, а ако је не испуни може да се принудно оствари посредством суда, показује праву везу материјалног и процесног права: материјалноправни поредак настаје мимо поступка, а уколико се ради о заштити захтева као субјективних права усвајајући кондемпнаторни тужбени захтев суд утврђује да материјалноправни захтев постоји, дакле да је настао, а уз то још преображајном одлуком налаже туженом испуњење захтева.¹¹³ Тај налог међутим није довољан да се говори о изрицању санкције.¹¹⁴

5.3.2. Међуисход: захтев и његово принудно испуњење

Као међуисход може да се констатује да материјално право предвиђа да захтеви као посебна субјективна права настају (и) као последица грађанског неправа.¹¹⁵ У сваком случају, захтев је субјективно право па тако не може да буде

процесног угла; за примере вид. Марко Кнежевић, „Терет доказивања недопуштености имисија као претпоставке негативног захтева“, *ЗбоНС XLVI/4* (2013), 356 и даље.

¹¹⁰ Упор. Х. Келзен (1951), 139 и даље. Реч је о тези да чињенице у контексту настанка права за себе не постоје, већ само ако их надлежни орган утврди. *Келзен* није једини који је негирао ванпроцесну фиксираност материјалноправног поретка, већ су то чинили и други пре и после њега, с различитим циљевима; за схватање *Леонхарда* (*Leonhardt*), *Билова* (*Bülow*) и *Павловској* (*Pawlowski*) упор. М. Кнежевић (2014), 38 и даље, 343 и даље; за схватања *Мајера* (*Mayer*) и *Биндера* (*Binder*) упор. Dieter Leipold, *Beweislastregel und gesetzliche Vermutungen*, Berlin 1966, 28 и даље.

¹¹¹ Уместо свих вид. D. Leipold, 27 и даље.

¹¹² За упућивање на схватање цивилистике о ванпроцесном настанку субјективних права вид М. Кнежевић (2013), 359 фн. 32.

¹¹³ За то питање упор. М. Кнежевић, „Круг опозиционих разлога у приговору на решење о извшењу на основу извршне исправе“, *ЗбоНС XLVIII/4* (2014), 341 са даљим упућивањима у фн. 53.

¹¹⁴ Преображајни налог је последица нужности омогућавања извршења захтева, и то кроз стварање захтева за извршење; у том смислу Leo Rosenberg, Karl Heiz Schwab, Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2010¹⁷, 485 (§ 89 Rn. 2).

¹¹⁵ О томе да ли облигационоправни захтев настаје, па тек након тога доспева, или он настаје тек са доспелости постоји одавно спор који се враћа на једну од кључних тачака

санкција. Коначна принуда због неиспуњења захтева представља санкцију, а то је у савременој правној држави средство извршења. Према томе, поступак извршења је поступак принудног остварења захтева актима државне принуде.

5.3.3. *Принудна остваривост захтева; кажњавање као једино замисливо решење код личних захтева*

Туживост је редовна појава захтева,¹¹⁶ и она се традиционално везује за могућност утужења, дакле за парнични поступак. Суштински, међутим, туживост је питање судске остваривости (*gerichtliche Durchsetzbarkeit*) и равноправно се везује за парнични поступак и за извршни поступак.¹¹⁷

Зато је догматички тешко објашњиво решење по којем се раздваја туживост и принудна остваривост, а оно је постојало у домаћем праву до Ип. Туживост подразумева да држава омогућава да се средствима принуде оствари један захтев. Утврђивање постојања једног захтева у пресуди и налагање туженом да га испуни, уз одрицање било ког принудног механизма за остварење тог захтева, не значи ништа друго до фактичку неутуживост.¹¹⁸ Ликвидирање захтева кроз настанак одштетног захтева ублажује такву констатацију, али исто тако показује да се титулар захтева који правни поредак номинално признаје проглашава мање достојним заштите.

Одлука да је један захтев судски остварив, дакле, подразумева стављање принудних механизма на располагање имаоцу захтева. Тако гледано, одлука да су лични захтеви заиста судски оставариви нужно доводи до увођења казни као средстава извршења. Казне су различите природе спрам предмета захтева – чисто сламање воље за незаменљиве радње и сламање воље и одмазда код пропуштања и трпљења¹¹⁹ – али су концепцијски исте:

учења *Виншајда* да захтев не претпоставља повреду права; упор. Wolfram Henckel, „Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht“, *AcP* 174 (1974), 140 и даље.

¹¹⁶ Вид. М. Кнежевић (2014а), 343; Славица Крнета, „Еволуција «захтјев» и његов однос према субјективном праву“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву XXIII* (1975), 302 и даље = *Одабране теме приватног права*, Сарајево 2007, 40 и даље.

¹¹⁷ Потврда за то је појам материјалноправног приговора као права противника захтева да ускрати испуњење, а дејство приговора је заустављање судске остваривости (исцрпније М. Кнежевић [2014а], 343 и даље). Приговор застарелости као најпрепрезентивнији пример показује да он доводи до суспензије судске остваривости како у смислу парничног пута (одбијање тужбеног предлога), тако и у смислу извршног (укидање решења о извршењу поводом приговора или усвајајуће пресуде у опозиционој парници).

¹¹⁸ *Менјер* овакав систем карактерише као везаношћу са ограничавајучим дејством; Anton Menger, „Beiträge zur Lehre von der Execution“, *AcP* 55 (1872), 395/396.

¹¹⁹ Сврха кажњавања код извршења захтева на пропуштање и трпљење је била спорна како у немачкој, тако и у аустријској теорији и пракси, и то у смислу да ли се ради о сламању воље или о чистој репресији, што је имало и практичне последице (упор. F. Baug. R. Stürmer, 521 и даље). Сада је владајуће схватање у оба система оно о двоструком

оне су принудно средство које само за себе не доводи до остварења захтева. Оне су уперене на сламање воље странке у сваком случају, и зато су оне увек средство личне егзекуције, па чак и новчане казне. Према томе, циљно гледано лична егзекуција је и новчано кажњавање.¹²⁰

Притисак на противника захтева се може вршити само кажњавањем, и то новчаним и лишењем слободе, с обзиром да телесно кажњавање не долази у обзир, једнако као претња казном њему блиских лица. У овом контексту, сасвим је свеједно да ли се ради о германском приступу, где спада сада већ традиционално и наше право, или о француском астренту.

Та одлука за личне захтеве подразумева нужно кажњавање, и заснова-на је на вредновању позиције имаоца захтева.

5.3.4. Природа (новчаној) кажњавања у извршном њосџујку

Правни односи у извршном поступку и позиција његових учесника већ због одређивања и коришћења принуде умногоме су комплекснији од оних у парничном поступку.¹²¹ За потребе овог питања је битно да се образложи кажњавање као средство извршења у смислу његове природе, што се враћа на природу односа држава-извршни дужник. Свако средство извршења представља захват у сферу извршног дужника, тј. како је већ речено, захват у добра заштићена људским правима. То држава чини вршећи монопол принуде, и она иступа ауторитативно.¹²² Њена је дужност да обезбеди извршење и то је питање јавног интереса, без обзира што се ради о принудном остварењу приватноправног захтева.

Кажњавање као средство извршења није ништа друго до ауторитативно иступање државе у испуњењу свог задатка. Због тога је и приход од новчане казне приход фискаса. Извршни поверилац нема ништа с тим, јер њега не интересује то, већ га интересује остварење циља – испуњење његовог захтева. То произилази и из његовог захтева за извршење као посебног јавноправног субјективног права, јер је управо оно уперено на то да држава принудно дела зарад извршења материјалноправног захтева.¹²³ У

карактеру (сламање воље и репресија), што опет има практичне последице (са даљим упућивањима за Аустрију вид. OGH 3 Ob 191/04s vom 26-VIII-2004, SZ 2004, Nr. 131; за Немачку вид. Н. Brox, W.-D. Walker, 533).

¹²⁰ Тако и F. Baur, R. Stürmer, 88 и даље, који у излагању заправо полазе од тога – за њих сасвим неспорног одређења које ни не заслужује појашавање – да је лична егзекуције појмовно везана за добро које се захвата извршењем, а то је код извршења личних захтева увек слобода воље као лично добро.

¹²¹ За потврду тога упор. F. Baur, R. Stürmer, 40 и даље.

¹²² И више него репрезентативно BGH IX ZR 211/02 vom 10-II-2005, BGHZ 162, 148.

¹²³ Разликовање захтева за извршење и захтева који се извршава је фундаментално; упор. F. Baur, R. Stürmer, 42 и даље; Н. Brox, W.-D. Walker, 2 (Rn. 1); W. Rechberger, P. Oberhammer, 5 (Rn. 6);

томе се види логика извршног поступка, конципираног у складу са принципима правне државе, у којем се принудно извршавају лични захтеви.

Према томе, новчана казна није никако приватноправни захтев државе према извршном дужнику, а још мање је захтев извршног повериоца. То је јавноправни захтев који има пеналну сврху, и због тога, како ће се показати, замена казном затвора је не само замислива, већ и нужна. То није ни противно чл. 1 чл. 4 Протокола ЕКЉП, јер, како је речено, он се не односи на јавноправне односе.

5.3.5. О утемељености аргумената замене приватноправног захтева казном зајвора у случају чл. 132 ст. 4 у вези са чл. 363, 364 ЗИО

Замена приватноправног захтева било којом казном је забрањена, јер је то заиста догматички неодбрањиво. Али то није ни спорно, и питање је да ли има уопште примера за тако нешто,¹²⁴ а у сваком случају у извршном поступку не. Но, потребно је јасно разјаснити замену приватноправног захтева казном: то значи да се захтев гаси.

Ако се има у виду речено, онда није утемељена теза да се претварањем новчане казне у казну затвора врши замена приватноправног захтева казном. Јасно је да изрицање казни као средства притиска да се испуни обавеза не доводи до њеног гашења. По одслуженој казни затвора извршни дужник још увек има обавезу да изврши незаменљиву радњу, односно још увек има обавезу да нешто не чини или да трпи.

На крају, ако се мисли да је претварање новчане казне у казну затвора недопуштено, јер се једна новчана обавеза извршног дужника замењује лишавањем слободе, онда је то опет погрешно. Како је речено, новчана казна изречена у извршном поступку израз је ауторитативног вршења државне власти, и никако није зона приватног права.

5.3.6. О ојравадању казне зајвора као средстава извршења личних захтева

Сврха кажњавања не поставља у догматичком смислу границе конкретних начелно допуштених врста. Аргумент који је истицан у периоду СФРЈ, да „није примерено за извршавање грађанскоправних обавеза предвидети затвор“ уопште не води рачуна о томе да је у центру пажње инте-

¹²⁴ То би могло можда да се каже за захтев за троструку исплату лиценце накнаде у случају повреде патента намерно или с крајњом непажњом (чл. 133 ст. 2 ЗПат), с обзиром да се одштетни захтев по општим правилима гаси „избором“ повређеног, а нови захтев има пенални карактер; за потврду такве природе изричито Привредни апелациони суд Пж 5254/13 од 20-XI-2013, *Судска пракса привредних судова* 4/2013, 86.

рес имаоца захтева и његова позиција. Исто тако, аргументација у виду значаја приватног права с једне стране и слободе с друге стране, у том вредновању пренебегава смисао кажњавања уопште, па и у извршном поступку. То је увек наношење зла, па чак и када се ради о новчаној казни. Њено претварање у казну затвора у случају да не може да се наплати у потпуности је у складу са смислом механизма: зло се мора нанети да би се остварила сврха кажњавања. Према томе, у овом контексту се показује да никакве разлике нема у односу на друго кажњавање, примера ради кривичноправно; и тамо је пристуна иста мисао: није битно, у крајњој линији, на који начин да се нанесе зло, већ је битно да се оно нанесе. На тој идеји је израђена општа установа претварања новчане казне у казну затвора у домаћем казненом праву (кривичном и прекршајном). Управо се ту такође види то вредновање. Јер, чак и за кривична дела за које је предвиђена само новчана казна (нпр. увреда, чл. 172 ст. 1 КЗ), где очито постоји вредновање да се ради о таквим радњама за које није оправдано изрицати казну затвора, неплаћање новчане казне доводи до казне затвора. Дакле, када се ради о казни онда аргумент грађанскоправне ствари у смислу непримерности затвора догматички нема пуно вредности. Чим се допушта кажњавање уопште, а то је неспорно за све у домаћој теорији у погледу новчане казне, онда се прешао праг. Заправо, може се рећи да је он већ пређен са темељном одлуком да су лични захтеви принудно оствариви, с тим да је и више него упитно да ли се о томе уопште постојала свест још у време прихватања тог приступа.

Остајање само при новчаним казнама би било остајање на пола пута. Ако се исправно парафразира аргументација из Образложења предлога нГрпп у другој половини XIX века,¹²⁵ кажњавање затвором има сасвим другу логику код личних захтева од оне коју би имала за новчане захтеве. Позиција дужника није достојна заштите у том смислу да му се омогући да инсолвентност доведе до онемогућавања испуњења обавезе која нема никакве везе са инсолвентношћу! Стога не само да је судска остваривост заснована на тој идеји, већ је и казна затвора. Уколико се жели испунити циљ судске остваривости, а то је обезбеђивање испуњења без обзира на солвентност дужника, онда је казна затвора нужна. Стога је враћање казне затвора корак унапред и систему субјективних права, с обзиром да је уређење њиховог остваривања

Имајући у виду речено, постојеће решење је добро у релацији са инсолвентним извршним дужницима, Но, оно се показује као лоше у обрнутој релацији – према имућним дужницима. Наиме, постоји могућност да они пристају на исплату новчаних казни, и да тиме онемогућавају испуње-

¹²⁵ В. горе изнад фн. .

ње своје обавезе.¹²⁶ Решења из упоредног права, али и домаћег предратног, нуде и за то излаз, а то је казна затвора као самостална, не само као заменска казна. Теза да постизање сврхе кажњавања принципијелно не сме да зависи од имовинских прилика извршног дужника, дакле, мора да буде спроведена у оба смера.

5.3.7. *О нејоџобносџи арђумениџа имовинске одђоворносџи у грађанском љраву*

Читав историјски развој који је довео до уобличавања принципа имовинске одговорности у грађанском праву показује да се он односио на питање одговорности за новчане захтеве, односно да се везивао за принудно извршење новчаних захтева. Да је то тако и у савременој германској цивилистици, јасно је, с обзиром да је овај принцип јасно везан за извршење новчаних захтева – укључујући и сурогате путем заменског испуњења код заменљивих радњи – односно, што је много значајније, везан је за облигационо право.¹²⁷ Наиме, учење о имовинској одговорности, уосталом као и оно о начелу грађанскоправне санкције, странао је теорији општег дела грађанског права у Немачкој и Аустрији. Тамо где се питање имовинске одговорности спомиње јесте облигационо право, и то с правом. Новчани захтев може да буде само облигационоправни. Чак и када се принудно извршава необлигационоправни захтев (нпр. укалањање шута на туђем земљишту [негаторни захтев] као испуњење заменљиве радње) тако што се налаже извршном дужнику да надокнади извршном повериоцу трошкове радње трећег лица, тада настаје један нов новчани захтев, који је сада облигационоправни.¹²⁸ Према томе, о имовинској одговорности у грађанском праву ни не може да се говори на општем плану.

Из свега што је до сада речено, а нарочито онога у погледу логике зашране кажњавања код извршења новчаних захтева, показује се да аргумент имовинске одговорности нема никакве везе са питањем личних захтева онда када се донесе одлука да они буду судски оствариви.

¹²⁶ Репрезентативни пример је из аустријске судске праксе, где је дужник привредно друштво вишеструко кажњаван због неиспуњења незаменљиве чинидбе, и то укупно преко 400.000 евра. Потом је одређен притвор законском заступнику извршног дужника, јер је било очигледно да новчане казне не обећавају успех; OGH 3 Ob 48/11x vom 11-V-2011, SZ 2011, Nr. 62 = Zak 2011, 279.

¹²⁷ Упор. Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, München 2006¹⁷, 7 и даље (Rn. 19); Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin 2006¹⁰, 23 (Rn. 30), чак при разматрању одговорности у облигационом праву уопште и не спомињу имовинску одговорност као начело или правило.

¹²⁸ Заправо, на овај начин се гаси захтев који се принудно извршава тако што се успоставља облигационоправни однос.

6. ЕПИЛОГ: О ПОТРЕБИ ОДСТРАЊИВАЊА СУДСКИХ ПЕНАЛА ИЗ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Након излагања резулата намеће се потреба да се изађе из оквира постављених проблема овог рада, јер је то итекако повезано с кључним проблемима рада. Исто тако, потребно је зарад показивања да преузимање концепата из једног система не може да се врши без познавања целокупног контекста, а он је у приватном праву условљен и процесним схватањима.

Истраживање је показало да у погледу извршивости личних захтева постоје два система, а да је наш систем заправо мешавина оба. На овом месту треба јасно рећи да је такво стање немогуће одбрани и образложити. Наиме, двоструки колосек кажњавања и сламања воље – приватно кроз судске пенале и редовно кроз државне органе – иза себе нема никакве стварне разлоге. Једини разлог за тако нешто је сплет историјских околности, непостојање свести о постојању система и инерција.

Српско право је игром разних историјских околности било под утицајем једног или другог правног круга, а нема бољег примера од уређења извршења личних захтева. Утицај изворног француског концепта, уз непостојање креативне судске праксе која би га кориговала са астрентом, довео је до тога да је у Србији од 1938. за личне захтеве суштински постојао римски концепт *condemnatio pecuniaria*. Преузимање аустријских процесних закона било је засновано на идеји да се реципира нешто што је дало добре резултате. Иако се о томе није говорило, за питање субјективних права то се показало као добар потез. Но, каснији след је проблематичан. Наиме, исто тако сплет историјских околности је довео до тога да се француски концепт у виду астрента уведе са дебелим закашњењем, тј. онда када је он био већ депласиран. Пре свега, под сплетом историјских околности мислимо на „припадност“ *Константинковића* француској школи, што је довело, с разлогом се може претпоставити, до увођења судског пенала у домаћи правни систем. Но, као што је речено, уведен је са позамашном доцњом, и то толиком да је обесмислила у потпуности његов смисао. И у време писања Скице, и у време доношења ЗОО, примењује се Ип као правна правила у којем је предвиђена судска остваривост личних захтева, па макар и само новчаним казнама, и то је ван сваког спора да треба да остане као концепт у кодификацији извршног права. То се потврдило у ЗИП 78, али који је уједно и регулисао судске пенале, ваљда зато да би се операционализовале одредбе ЗОО. Ово стање се изнова потврђивало кроз све реформе извршног поступка, закључно са новим ЗИО, и то искључиво по инерцији.

Ако се само речено узме у обзир, дакле без увођења у причу казне затвора, поставља се као сасвим разумно питање: „Због чега постоје два

начина притиска на противника захтева да испуни лични захтев, два начина сламања његове воље, који се разликују суштински по томе што један подразумева оглобљавање у корист државе, а други у корист имаоца захтева?¹²⁹ На ово питање не може се дати разумно образложење, па чак и у систему ЗИО који предвиђа замену новчане казне казном затвора. Ствар се тиче оправданости постојања приватне казне која има исту функцију као и кажњавање о стране суда. У том смислу судски пенали заиста јесу извршноправне природе,¹³⁰ али то треба даље објаснити и рећи да се ради о средству извршења које се по томе разликује од других што се предузимају зарад испуњења јавноправног задатка државе тако што се богати појединац.¹³¹

Излаз из овог деценијског противуречног стања је у елиминсању једног од института. Нема сумње да је избор на судским пеналима, нарочито сада када је враћена казна затвора као корак унапред у правној заштити. Расправа о Нацрту Грађанског законика (Нацрт ГЗ)¹³² је права прилика да се укаже на нужност одстрањивања овог института из правног система, па је тако потребно да се он изостави из Нацрта ГЗ у потпуности (чл. 298 ст. 2, 485) и да се уједно ЗИО новелира тако што ће се брисати чл. 339-424 заједно са упућујућим одредбама, или да се у случају недоношења ГЗ ЗОО новелира тако што ће се брисати одредбе о судским пеналима (чл. 157 ст. 2, 294) уз већ споменуто новелирање ЗИО.

¹²⁹ Поводом иманетне критике астрентеа као приватне казне *Штам* истиче да је било оних који су покушавали да обеснаже критику у погледу тога да се ради о неосновном богаћењу тиме што су истицали да „постоји законски основ“ за богаћење у виду регулисања судских пенала; упор. Stamm, 558. Због тога треба рећи да се ради о богаћењу без стварних разлога.

¹³⁰ За такву природу судских пенала већ Душан Николић, „Правна природа судских пенала“, *ЗбoHC XXX* (1996), 69.

¹³¹ Да ли би било замисливо да се новчана казна одређена сведоку у парници плаћа странци, па макар то била она која сноси терет доказивања за доказну тему о којој сведок треба да сведочи?

¹³² *Грађански законик Републике Србије, радни текстови припремљени за јавну расправу са алтернативним предлозима*, Београд 2015.

*Dr. Marko S. Knežević, Assistent mit Doktorgrad
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs*

**Anlässlich der Rückkehr der Haftstrafe als Vollstreckungsmittel
zur Erzwingung von den persönlichen Ansprüchen:
Anachronistische, verfassungswidrige Lösung und
Systemfehler oder Fortschritt im Rechtsschutz**

**– zugleich ein Beitrag zur serbischen zivilistischen Dogmatik
und Verhandlung über neue BGB –**

Zusammenfassung: *Neue Vollstreckungsrechtreform im Sinne des neuen Gesetzes über Vollstreckung und Sicherung kehrte in der serbischen zivilistischen Lehre sehr umstrittene Haftstrafe als die Vollstreckungsmittel bei der persönlichen Ansprüchen zurück. Bisher gestellte Argumente gegen diese Weg zur zwangsweise Herbeiführung der Verpflichtung, die der Schuldner kann aber will nicht erfüllen, hatten veranlasst, die Zulässigkeit der Haftstrafe unter drei Gesichtspunkte zu prüfen: die Frage nach Aktualität, Verfassungskonformität und dogmatische Betrachtung. Die Ergebnisse zeigen, dass man weder vom Anachronismus, noch von der Verfassungswidrigkeit, noch vom Systemfehler sprechen kann. Vielmehr es wird gezeigt, dass eine neue Reform nötig ist, um astreinte, ein Fremdkörper im serbischen Privatrechtssystem, zu eliminieren.*

Schlüsselwörter: *persönliche Ansprüche, Vollstreckung der unvertretbaren Handlungen, Unterlassungen und Duldungen, Beugestrafe, Haftstrafe, bürgerrechtliche Sanktion, astreinte*

Датум пријема рада: 03.02.2016.

