ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ

Књига I

ПРИРЕДИО:
Станко Бејатовић

Универзитет у Крагујевцу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Крагујевац
2006.

ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.yu
institut@jura.kg.ac.yu
веб: http://institut.jura.kg.ac.yu

РЕЦЕНЗЕНТИ: Проф. др Снежана Соковић
Проф. др Радоје Брковић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Миодраг Мићовић

ПРИРЕДИО: Проф. др Станко Бејатовић

ШТАМПА: Правни факултет Крагујевац или Институт
ТИРАЖ: 100 примерака

ISBN 86 - 80765 - 73-2

Штампање Зборника подржало Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије

САДРЖАЈ

Одељак I
ПРАВНА ИСТОРИЈА
1. Др Марко Павловић, редовни професор
ЕВРОПЕИЗАЦИЈА СКУПШТИНСКОГ РАДА У СРБИЈИ XIX И ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА 3

Одељак II
УПРАВНО ПРАВО
1. Др Невенка Бачанин, редовни професор
ПРАВНА ПРИРОДА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ КАО ВРШИОЦА УПРАВЕ 21
2. Др Драган Батавељић, ванредни професор
СРБИЈА НА ПУТУ КА ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ 29
3. Мр Зоран Јовановић, асистент-приправник
ПОСЛОВИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И УПОРЕДНО-ПРАВНИ ПРЕГЛЕД СТРУКТУРА УПРАВЕ 53
4. Дејан Матић, асистент-приправник
ПРАВНА МИСАО ДИМИТРИЈА МАТИЋА 63

Одељак III
КРИВИЧНО ПРАВО
1. Др Бора Чејовић, редовни професор
КРИВИЧНИ ЗАКОНИЦИ СРБИЈЕ: ОНАЈ ИЗ 1860. И ОВАЈ ИЗ 2006. ГОДИНЕ 77
2. Др Станко Бејатовић, редовни професор
ТУЖИЛАЧКО- ПОЛИЦИЈСКИ КОПНЦЕПТ ИСТРАГЕ И ОПШТЕПРИХВАЋЕНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ 105
3. Др Бранислав Симоновић, редовни професор
МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗА ПРЕВЕНЦИЈУ КРИМИНАЛИТЕТА У ГРАДСКОЈ СРЕДИНИ 131
4. Др Снежана Соковић, редовни професор
АПСОЛУТНА ЗАБРАНА ТОРТУРЕ У НОВОМ КАЗНЕНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ 145
5. Др Драгана Петровић, ванредни професор
ТЕРОРИЗАМ И ИДЕОЛОГИЈА 171
6. Др Ивана Симовић, ванредни професор
ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЈА ОДГОВОРНОСТИ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКИХ УДРУЖЕЊА КАО ОБЛИКА САУЧЕСНИШТВА У ПОЗИТИВНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И БЛАЖИ ЗАКОН 195

7. Др Божидар Бановић, доцент
СПРЕЧАВАЊЕ ПРАЊА НОВЦА У СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ И ДОМАЋИХ ПРОПИСА 213

Одељак IV
ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. Др Нина Планојевић, доцент
ПРИБАВЉАЊЕ СТВАРИ ОД НЕОВЛАШЋЕНОГ ЛИЦА НА ЈАВНОЈ ПИЈАЦИ, САЈМУ И ВАШАРУ 235
2. Мр Срђан Владетић, асистент
ОБЛИЦИ ФИДУЦИЈАРНОГ ПОСЛА 245

Одељак V
ПОРОДИЧНО И НАСЛЕДНО ПРАВО

1. Др Зоран Поњавић, редовни професор
ПРИНЦИПИ ЕВРОПСКОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА О УСПОСТАВЉАЊУ ПРАВНЕ ВЕЗЕ ИЗМЕЂУ ДЕТЕТА И РОДИТЕЉА И НАШЕ ПОРОДИЧНО ПРАВО 253
2. Вељко Влашковић, асистент-приправник
ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ НОРДИЈСКОГ МОДЕЛА РАЗВОДА 271
3. Др Драгица Живојиновић, доцент
ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ *IN VITRO* ПРЕЕМБРИОНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ 289

Одељак VI
ПРИВРЕДНО ПРАВО

1. Др Радован Вукадиновић, редовни професор
ПРАВО КУПЦА ДА ЗАХТЕВА ИСПУЊЕЊЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ 309
2. Др Миодраг Мићовић, редовни професор
ПРАВА ПОТРОШАЧА АКО ПРОИЗВОД ИЛИ УСЛУГА ИМАЈУ НЕДОСТАТКЕ 319

Одељак VII
РАДНО ПРАВО

1. Др Радоје Брковић, редовни професор
РАДНИ ОДНОС ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА СРБИЈЕ И КОМПАРАТИВНИ РАДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ 329
2. Бојан Урдаревић, асистент-приправник
АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 343

Одељак VIII

ПРОЦЕСНО ПРАВО

1. Др Душица Палачковић, редовни професор
ПРОЦЕСНИ ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА ПОД РОДИТЕЉСКИМ СТАРАЊЕМ У ПОСЕБНИМ ПАРНИЧНИМ ПОСТУПЦИМА ПРЕМА НОВОМ ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ 359
2. Милан Марић, асистент-приправник
РЕШАВАЊЕ ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА (ОСИМ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ) 371
3. Др Милена Петровић, ванредни професор
***FORUM NON CONVENIENS* И МЕЂУНАРОДНО ПРОЦЕСНО ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 381**
4. Мр Славко Ђорђевић, асистент-приправник
УБЛАЖАВАЊЕ (ФЛЕКСИБИЛИЗАЦИЈА) ДЕЛИКТНОГ СУДА 407

Одељак IX

РАЗЛИЧИТИ ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

1. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
АКТИВНОСТИ САВЕТА ЕВРОПЕ НА СПРЕЧАВАЊУ ДОПИНГА У СПОРТУ 421
2. Др Емилија Станковић, ванредни професор
ЗАКОН О ВИСОКОМ ОБРАЗОВАЊУ И ЕВРОПСКИ ОБРАЗОВНИ ПРОСТОР 459
3. Др Свето Пурић, редовни професор
РИЗИЦИ НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ И ПРОЦЕС ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ 469
4. Др Нада Тодоровић, доцент
ХИПОТЕКАРНА ТРЖИШТА У ЗЕМЉАМА ТРАНЗИЦИЈЕ ИЗМЕЂУ РЕАЛНОСТИ И МОГУЋНОСТИ 481
5. Мр Јасмина Лабудовић, асистент
ФОРМИРАЊЕ ЦЕНА ОСИГУРАЊА ЖИВОТА 493

CONTENT

Chapter I
LEGAL HISTORY
1. Dr Marko Pavlovic, a full-time professor
EUROPEANIZATION OF THE WORK OF THE ASSEMBLY OF SERBIA IN THE 19TH AND IN THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY 3

Chapter II
ADMINISTRATIVE LAW
1. Dr Nevenka Bacanin, a full-time professor
LEGAL NATURE OF NATIONAL BANK OF SERBIA AS AN ADMINISTRATIVE BODY 21
2. Dr Dragan Bataveljic, an associate professor
SERBIA ON ITS WAY TOWARDS THE EUROPEAN UNION.....29
3. Mr Zoran Jovanovic, an assistant-beginner
THE ACTIVITIES OF THE REPUBLIC OF SERBIA STATE ADMINISTRATION AND COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF ADMINISTRATION STRUCTURE 53
4. Dejan Matic, an assistant-beginner
LEGAL THOUGHT OF DIMITRIJE MATIC 63

Chapter III
CRIMINAL LAW
1. Dr Bora Cejovic, a full-time professor
CRIMINAL CODES OF SERBIA: THE ONE FROM 1860 AND THIS ONE FROM 2006 77
2. Dr Stanko Bejatovic, a full-time professor
INVESTIGATION CONCEPT OF THE PROSECUTION AND POLICE AND UNIVERSALLY ACCEPTED LEGAL STANDARDS ...105
3. Dr Branislav Simonovic, a full-time professor
INTERNATIONAL STANDARDS IN PREVENTION OF CRIME IN URBAN ENVIRONMENT 131
4. Dr Snezana Sokovic, a full-time professor
ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE IN NEW PENAL LEGISLATURE 145
5. Dr Dragana Petrovic, an associate professor
TERRORISM AND IDEOLOGY 171
6. Dr Ivana Simovic, an associate professor
DECRIMINALIZATION OF THE RESPONSIBILITY OF ORGANIZERS OF CRIMINAL ASSOCIATIONS AS A FORM OF

COMPLICITY IN POSITIVE CRIMINAL LEGISLATION AND MILDER LAW 195
7. Dr Bozidar Banovic, docent
MONEY LAUNDERING PREVENTION AS SEEN BY INTERNATIONAL AND DOMESTIC REGULATIONS 213

Chapter IV
CIVIL LAW
1. Dr Nina Planojevic, docent
ACQUIRING GOODS FROM AN UNAUTHORIZED PERSON AT THE PUBLIC MARKET AND FAIR 235
2. Mr Srdjan Vladetic, an assistant
FORMS OF FIDUCIARY AFFAIRS 245

Chapter V
FAMILY AND HEREDITARY LAW
1. Dr Zoran Ponjavic, a full-time professor
PRINCIPLES OF THE EUROPEAN FAMILY LAW ON ESTABLISHING LEGAL CONNECTION BETWEEN A CHILD AND A PARENT AND OUR FAMILY LAW 253
2. Veljko Vlaskovic, an assistant-beginner
BASIC FEATURES ON THE NORDIC DIVORCE MODEL 271
3. Dr Dragica Zivojinovic, docent
LEGAL STATUS OF AN *IN VITRO* PREEMBRYO IN COMPARATIVE LAW 289

Chapter VI
COMERCIAL LAW
1. Dr Radovan D. Vukadinovic, a full-time professor
THE RIGHT OF THE BUYER TO REQUEST FULFILLMENT OF THE CONTRACT ON INTERNATIONAL TRADE 309
2. Dr Miodrag Micovic, a full-time professor
CONSUMERS' RIGHTS IF A PRODUCT OR SERVICE HAS DEFICIENCIES 319

Chapter VII
LABOUR LAW
1. Dr Radoje Brkovic, a full-time professor
EMPLOYMENT OF CIVIL SERVANTS OF SERBIA AND COMPARATIVE LABOUR LAW STANDARDS 329
2. Bojan Urdarevic, an assistant-beginner
ARBITRAL SETTLEMENT OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES IN THE REPUBLIC OF SERBIA 343

Chapter VIII

PROCEEDING LAW

1. Dr Dusica Palackovic, a full-time professor
PROCESS STATUS OF A CHILD UNDER PARENTAL CARE IN SEPARATE CIVIL PROCEDURES ACCORDING TO THE NEW FAMILY LAW OF SERBIA 359
2. Milan Maric, an assistant-beginner
DEALING WITH INTERLOCUTORY QUESTION (EXCLUDING CONTENTIOUS PROCEDURE) 371
3. Dr Milena Petrovic, an associate professor
***FORUM NON CONVENIENS* AND INTERNATIONAL PROCEDURAL LAW OF THE EUROPEAN UNION 381**
4. Mr Slavko Djordjevic, an assistant-beginner
ATTENUATION (FLEXIBILIZATION) OF THE DELICT STATUTE 407

Chapter IX

VARIOUS LEGAL ISSUES

1. Dr Nenad Djurdjevic, a full-time professor
ACTIVITIES OF THE COUNCIL OF EUROPE ON PREVENTING DOPING IN SPORT 421
2. Dr Emilija Stankovic, an associate professor
THE LAW ON UNIVERSITY EDUCATION AND THE EUROPEAN EDUCATIONAL SPACE 459
3. Dr Sveto Puric, a full-time professor
RISKS ON THE FINANCIAL MARKET AND GLOBALIZATION PROCESS 469
4. Dr Nada Todorovic, docent
MORTGAGE MARKETS IN TRANSITION COUNTRIES BETWEEN REALITY AND ABILITY 481
5. Mr Jasmina Labudovic, an assistant
FORMATION OF PRICE OF LIFE INSURANCE 493

Одељак I

Правна историја

Др Марко Павловић,
редовни професор

UDK: 342.53(497.11)"18/19"

ЕВРОПЕИЗАЦИЈА СКУПШТИНСКОГ РАДА У СРБИЈИ XIX И ПОЧЕТКОМ XX ВЕКА

ПОСЛАНИЧКА ПРИСТОЈНОСТ

Европеизација скупштинског рада у Србији XIX века започета је доношењем првих прописа о понашању посланика (1859); настављена је доношењем првог скупштинског пословника (1870). Прве пословничке одредбе, које се налазе у првом закону о Народној скупштини, односиле су се на посланичку пристојност. „У заседањима скупштине - каже се у §20 - при саветовању и договарању, као и у случају противоборног доказивања и препирања о каквом предмету, чланови скупштине дужни су један другог внимателно слушати, један другом реч не прекидати, као и уобште благопристојност набљудавати.“ Уз то, председник скупштине био је обавезан да не допусти „да кои му драго член скупштине буде угњетен у свом праву слободног говорења, разлагања и доказивања. Ако Председатељ не би могао своим речима поредак и слободу саветовања одржати, то је он дужан заседаније за прАекинуто прогласити и чекати, да се тишина и поредак поврати, па ће тек онда заседаније наставити.“

Као додатак овим одредбама, нашле су се декларативне одредбе едукативног карактера, којима се указивало на посебан значај улоге народног посланика. Тако, народни посланици, који су изабрани „да своје саграђане код Правитељства достојно представљају, и по томе дужни су тако владати се, као што се од добри и родољубиви народни посланика очекивати може“. У складу с тим, посланици нису могли „предлагати ништа, што би јавно спокојство и постојећи закони ред у земљи врећало и нарушити могло“.1 Прве пословничке одредбе биле су скројене по мери посланика са још незатомљеним анархистичким нагонима који је с оружјем долазио на скупштину и коме је мало требало да плане.2

У скупштинском закону Преображенског устава одредба о обавези „благопристојности“ није се налазила, али се подразумевала. Наиме, ако председнику скупштине не би полазило за руком „да ред и пристојност на скупштини одржи, он може заседаније прекинути, а скупштина може оног

---

[1] Закон о Народној скупштини од 28. октобра 1858, Сборник, XI, 152,153.

[2] М. Павловић, Пословник Народне скупштине Републике Србије, *Скупштински пословници* - њихов значај, оцена важећих пословника, предлози за њихово побољшање, Београд, 1998, стр. 41.

свог члена, кои је узрок нереда и непристојности, из скупштине на извесно време, које се може у случају повратка и пооштрити, искључити закључењем, за које се изискују две трећине гласова присуствујући членова“.

Одредбе првог скупштинског пословника о понашању послани-ка биле су унеколико поучно просветитељског, унеколико стриктно пословничког карактера. По том Пословнику, од 1870, посланици су били дужни „уздржавати се у састанцима од свега што би пристојност у опште, а тако и достојанство скупштине врећало, или би ред кварило“.3

Већ на свом почетку, вишестраначки парламентарни живот Србије био је омеђен нормама уљудног понашања и такав је остао до краја. Тако, приликом избора привременог председника Скупштине, септембра 1883. „избила је препирка, која се скоро претворила у тучу, између радикалских и напредњачких посланика“. Ипак, „духови су се смирили“, и напредњачки кандидат „Рајовић да би показао како се у парламентарном фер плеју достојанствено подноси пораз, поклони се пред Николајевићем и пружи му руку. Та ситница вреди да буде забележена - напомињао је Андрија Раденић - јер је карактеристична за скупштинска заседања у читавом парламентарном раздобљу Србије, све до стварања Југославије (где ће то бити друкчије). Као и овог пута, расправе међу припадницима супарнички супротстављаних странака биле су често необуздане, неодмерене, непримерене очекивањима неупућених. Али никада нису прешле границе дозвољеног. Физички обрачуни, иако се могло помислити да ће избити у јеку најбесомучнијих вербалних обрачунавања, били су незамисливи у српској сељачкој Скупштини“.4

ПОСЛОВНИК ОД 1889. И ПРИВРЕМЕНО ИСКЉУЧЕЊЕ. Тек Пословник од 1889. регулише понашање посланика са становишта чисто скупштинског пословања. Тако, без декларативних одредби о пристојности и достојанству претходног пословника, Пословник од 1889, забрањивао је „упадице у реч, прекидање говорника и сваку другу манифестацију која сречава слободу говора“, обавезивао је говорника да говори „само о питању које је на дневном реду“.

Најтежа дисциплинска казна против посланика било је „привремено искључење из седница скупштинских“. Ова казна могла се изрећи посланику „који нанесе увреду Народној Скупштини или њезином

---

[3] „Они су нарочито дужни пазити да се при говору неудаљавају од предмета који се претреса, да неврђају ничије личности, да другога у говору непрекидају и уопште да избегавају вредљиве и непристојне изразе. Онога, који против тога буде грешио, опоменуће председник скупштине на ред; па ако би и после такве опомене продужио исти говор, председник ће му закратити реч. Но ако би се говорник обратио на скупштину и захтевао да она реши, треба ли да му се реч закрати, председник је дужан то скупштини на решење предложити“ (*Зборник*, XIII, 11,12).

[4] А. Раденић, *Радикална странка и Тимочка буна*, II, Зајечар, 1988, стр. 560,561.

председнику“, као и ономе „ко напада или вређа личност Краљеву, или чланове Краљевског Дома или Краљевско Намесништво“. Посланик против кога би се предложила казна привременог искључења имао је „увек право да говори сам у своју одбрану, или да пусти да у његово име говори други народни посланик кога он буде одредио“ (чл. 118). Ова одредба Пословника Србијине Народне скупштине представљала је дослован превод другог става члана 127. Пословника француске скупштине. Она је била израз једног општег правила да се дисциплинске казне изричу по кратком поступку, пошто „поремећену дисциплину треба васпоставити, без много губљења времена“. Следствено, и „по општим принципима парламентарног права, дисциплинске казне не подлежу дискусији“. Ипак, иако се о привременом искључењу не води претрес, „Скупштина је дужна да саслуша окривљеног посланика, јер никога не треба казнити несаслушанога“. Наиме, у свом гневу због изречене увреде, Скупштина је могла да дође у искушење да суди посланику, и пре него што га саслуша. Због тога, Пословником је прописано да „ма шта посланик казао, ма кога и колико увредио, Скупштина га мора увек саслушати, пре него му буде судила“.5

ГОВОРИ И ГЛАСАЊЕ

РЕДОСЛЕД ГОВОРНИКА. И први (1870) и други (1889) пословник садржавали су одредбу о томе да посланици имају да говоре „оним редом којим су се за реч пријавили“. Овај редослед говорника одударао је од европског парламентарног права и праксе. У неким пословницима, као у белгијском, шпанском, француском, италијанском, пруском, а у другим парламентима као ствар давнашње праксе, постојало је правило наизменичности: „Реч се прво даје првопријављеном говорнику против, после њега прво пријављеном говорнику за; затим, друго пријављеном говорнику против, па друго пријављеном говорнику за, и тако редом, пазећи увек да после једног говорника против одмах дође један говорник за, и обратно. “

У Србији је недостатак пословничке филозофије о сучељавању различкитих политичких гледишта довело до посебног облика страначког тактизирања. Дешавало се, како је то приметио С. Јовановић, да се „с почетка, говорници једне стране никако не јављају за реч, чекајући да њихови противници испуцају своје аргументе; ови опет, чим осете то

[5] „Le depute contre qui l’une ou l’autre de ces peines (la censure simple ou la censure avec exclusion temporaire) est demandee a toujours le droit d’etre entendu, ou de faire entendre en son nom du en ses collegues.“ (С. Јовановић, Парламентарна хроника, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. VII, бр, 2, 1909, стр. 174-176).

ратно лукавство, почињу такође штедети своје најбоље говорнике за крај, и тако се претрес развлачи и отеже без икакве потребе.“[6]

Редослед говорника европеизован је тек пословничким изменема 1911. „Када претрес почне - стајало је у чл. 53. - председништво ће дати прво реч првом пријављеном говорнику против, ако га буде имало, а после ће пазити да увек после једног говорника против да реч једном говорнику за. Говорницима који говоре у истом смислу даваће се реч по реду пријаве. И у другим приликама, председник ће гледати да никада не даје једно за другим реч двојици говорника који желе да говоре у истом смислу. “[7]

ПРАВО РЕПЛИКЕ. Пословником од 1889. право реплике дефинисано је овако: „Ако посланик тражи реч ради личне одбране, или да исправи свој навод, који је погрешно изложен, или да укратко објасни свој говор, који је дао повода каквом неспоразуму, она ће му се дати одмах, пошто онај који је ту одбрану, исправку или објашњење изазвао, сврши свој говор“.

Право реплике погрешно цитираног и лично нападнутог посланика, које је преузето из европских пословника, имало је да послужи „достојанству и истинитости парламентарног претреса“ што се обезбеђује енергичним сузбијањем личних напада и погрешних навода“. Право накнадног објашњења оквалификовано је као злоупотребљив парламентарни инструмент, пошто је „под изговором накнадног објашњавања, посланик може отворити формалну полемику са предговорником, - а полемике између посланика не смеју се допустити, јер онда скупштинском претресу не би више било краја“. Због тога, изменом Пословника од 1891, накнадно објашњење као основ реплике било је изостављено. По редакцији од 1891, посланик је имао право на реплику због свог навода „који је погрешно изложен, те је дао повода каквом неспоразуму, или изазвао потребу личне одбране“. Према овој неспретној формулацији испадало је да погрешно цитирање „може изазвати и потребу личне одбране ... што се већ теже да разумети“.[8]

Пословничким изменама и допунама од 1911, „несрећна“ формулација права реплике задржана је, али су додата два-три става. Прво, Председник је могао да предложи Скупштини да ускрати право реплике ако би сматрао „да дотични посланик није изазван“. Затим, правом реплике нису се могли „користити посланици који су прекидањем говорника изазвали га да о њима говори“. Најзад, посебним ставом, напоменуто је да „говорници су дужни чувати се да не улазе у претрес ничије личности“.

---

[6] С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2), *Архив за правне и друштвене науке*, књ. В, бр. 1, 1908, стр. 157.

[7] Закон о пословном реду у Народној скупштини, од 5. јуна 1903. год, са изменама и допунама од 11. децембра 1903. и од 8. марта 1911. године, Београд, 1911, стр. 24.

[8] С. Јовановић, Парламентарна хроника, *Архив*, књ. IX, 445,446.

БЕЛЕШКЕ И БЕСЕДЕ. Први Србијин пословник, у погледу начина извођења говора, био је европскији од другог. Први пословник садржавао је одредбу о томе да „своје мисли у скупштини сваки излаже усмено, а може се при томе и белешкама послужити“. Пословник од 1889. није регулисао начин извођења посланичког говора. Убрзо по појави опструкције у парламенту, 1906, јавиле су се и идеје о попуњавању пословничке празнине о посланичким говорима. Проф. Слободан Јовановић је у свој нацрт пословника унео забрану читања „написаних беседа“.[9] Радикалска влада је у свом нацрту, вођена првенствено намером онемогућавања опструкције, забрану читања проширила и на „акта, или изводе, или исписе из књига, или написе штампане или писане, који немају никакве или имају врло слабе везе с предметом који је на претресу“. Ова одредба, тек 1911, постала је став у измењеном и допуњеном пословнику.

ПРОБЛЕМ „ОБЈАШЊЕЊА ГЛАСА“. Чланом 58. Србијиног скупштинског пословника (од 1889), било је прописано да „пошто је претрес свршен може се говорити само о начину постављања питања које се решава“. У вези с овим, у пракси је искрсао проблем допуштења посланицима да дају изјаве пре гласања. По једном гледишту, чланом 58. забрањено је било какво даље говорење и давање изјава. По другом гледишту, време између формулисања питања о коме ће се гласати и гласања није потпадало под забрану чл. 59, јер до формулисања питања нико и није сигуран како ће гласати. Стога, када се гласа поименице, Скупштина је требало да дозволи да посланик „у две, три речи“ изнесе своје побуде зашто гласа за или против, јер код поименичног гласања, сваки глас се посебно бележи, и то баш зато што се хоће да се зна како је ко гласао. У прилог овог становишта Слободан Јовановић се позивао на француски узор „и на француску парламентарну праксу. Наш чл. 58 јесте превод члана 108 француског пословника: „’La cloture prononcee la parole n’est accordee que sur la position de la question.’ И ако тај члан постоји у француском пословнику, као год и у нашем, француски парламент допушта изјаве пре гласања. Значи, да се ни у француском парламенту не сматра да су те изјаве забрањене оним чланом пословника који прописује да се, по свршеном претресу, може говорити само још о начину постављања питања“.[10]

Ипак, законодавац заокупљен проблемом опструкције, једном допуном пословника од 1911. забранио је објашњавање посланичког гласа: „мотивисање гласања није допуштено“ (чл. 117).

---

[9] С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2), 157,156; М. Павловић, *Пословник*, 39.

[10] С. Јовановић, Парламентарна хроника - редовни сазив за 1907, Архив, књ. IX, бр. 5-6, 447,448; Закон о пословном реду ... од 1911, 53.

ЕВРОПСКА БОЛЕСТ ОПСТРУКЦИЈЕ. До почетка XX века, у Србији је било неколико случајева опструкције, али у периоду од 1906. до 1908., опструкција се у парламенту Србије јавља као болест које су углавном већ преболели европски парламент.[11] Самостална радикална странка, настала издвајањем млађих радикала - прво 1901, па дефинитивно 1904, прибегла је опструкцији у парламентарној борби против старорадикала и њихове владе на челу с Пашићем. Речју С. Јовановића, „никада ниједна странка није у употреби опструкције постигла такву виртуозност као самосталци. Међу њима је било неколико адвоката који су на поље парламентарне борбе преносили стару адвокатску вештину, одлагања рочишта, и који су имали начина да зачас укоче сав скупштински рад.“[12] Самосталци су водили опструкцију злоупотребом посланичких питања, бесконачно дугим говорима и недавањем кворума.

ПОСЛАНИЧКА ПИТАЊА

Пословничким изменама и допунама од 11. децембра 1903, предвиђено је да се, после усвајања протокола претходне седнице а пре преласка на дневни ред, постављају усмена и писмена посланичка питања: „Поједини посланици - каже се у чл. 66 - могу чинити кратка, усмена питања влади или појединим министрима, а после овога читају се интерпелације и писмена питања упућена влади или коме министру“.[13] За разлику од других европских скупштинских пословника, Србијиним пословником није прописана дужина трајања посланичких питања.

Јула 1906, самосталска опозиција повела је опструкцију „пљуском“ усмених питања: „поједини посланици из мањине устајали су један за другим и постављали влади питања која, очевидно, нису имала други циљ до да одлажу прелаз на дневни ред“. Излазећи за говорницу по основу постављања кратких питања, опозиционари су држали читаве беседе. „У енглеском парламенту - примећивао је Слободан Јовановић - питања износе обично три четири штампане врсте. Код нас пак питања су обично износила преко двадесет штампаних врста. Без сумње једно од најневажнијих питања, ако не и најневажније, било је питање о скупштинском кавехији: оно је износило преко тридесет штампаних врста“.[14]

---

[11] „Опструкција је без сумње болесно, стање у животу парламента; њоме се тај државни орган паралише, онеспособљава за вршење својих функција“ (С. Јовановић, Нов скупштински пословник, 298).

[12] С. Јовановић, Радикали и самосталци, *Из историје и књижевности*, I, Београд, 1991, стр. 534.

[13] *Зборник Закона и уредба*, бр. 58, стр. 908.

[14] *Архив за правне и друштвене науке*, књ. II, бр. 5, стр. 402.

На опозиционе говоре ради говорења, председник Скупштине није реаговао. Према замерци С. Јовановића, он је, „с лепом филозофскоом мирнећом“, оставио ’јавном мнењу’ да оно осуди опозицију, ако у њеном раду има какве неисправности, - као да је јавнога мнења дужност а не његова да брани пословник од повреда“. Јер, опозициона злоупотреба кратких питања није представљала опструкцију у правом смислу речи, пошто се ова врши у законској форми (средствима која даје пословник), него се радило о „простој повреди пословника“. С. Јовановић је напомињао да опструкција, каква се јавила у Србијином парламенту, не би била могућа „ни у каквом западном парламенту. Ту је тачно утврђено шта треба разумети под опструкцијом; докле се у опструкцији сме ићи; на какав се начин треба с њоме борити. Опструкције има онда, кад се намерно развлачи скупштинска радња оним средствима која даје сам пословник, а у том циљу да се одгоди или сасвим спречи доношење једног решења. Код опструкције је карактеристично то, што она буквалном применом пословника ствара Скупштини чисто формалне тешкоће у њеном раду. Оно што је парничарска шикана код суда, то је исто и опструкција у парламенту“.

Што се тиче домаће опструкције од 1906, она је заслуживала „једну специјалну српску дефиницију. И по тој дефиницији опструкција би значила једно стање ствари, у коме би мањина смела употребити противу већине и она средства која пословник не допушта док већина опет не би смела противу мањине употребити ни она средства која пословник допушта“.

Очекујући да ће се стати на пут кршењу пословника под видом опструкције, С. Јовановић је, указујући на енглески пример, позивао на промену пословника: „Кад се у једној земљи опази да пословник даје сувише могућности за опструкцију, ту се обично приступа промени пословника, како би се опструкцији одузела законска основа. Нема државе са чистијим осећањем парламентаризма но што је Енглеска, као што ни међу енглеским политичарима није било ниједнога који је више од Гледстона поштовао парламентарне традиције и формалности: ипак зато у тој истој Енглеској тај исти Гледстон учинио је у једном древном историјском пословнику најрадикалније измене, да би само опструкцији стао на пут. Опструкција се свугде сматра као једно зло, које парламенат има права да бије у главу, под условом само да му претходно скине законску форму.“[15]

За покретање питања промене пословника, Стојану Протићу, јединому министру који се бранио од „пљуска“ посланичких питања, био је довољан и мањи подстицај од речи чувеног професора Уставног права. Он је, почетком 1907. израдио нацрт пословника. Као познати „англоман“ у

[15] С. Јовановић, Парламентарна хроника, Архив, II, бр. 5, 408,409,411,412.

енглеском парламентаризму налазио је политичку инспирацију за све, па је у њему видео и „машину за смрвљавање парламентарне опструкције“.

Изменом Пословника од 1911, посланичка питања уређена су углавном по „европском“ моделу. Прво, одређено је време за посланичка питања (Question time). По енглеском пословнику, за посланичка питања, било је остављено 45, а по италијанском четрдесет минута. Србијиним Пословником од 1911. прописано је да „питања у почетку скупштинске седнице могу трајати један час пре прелаза на дневни ред.“[16] Поред одређивања дужине трајања, изменама и допунама од 1911, усмена и писмена посланичка питања су спојена у један институт, што је већ учињено у пракси, а њихово постављање подробно је регулисано. Тако, питач је морао доставити питање написмено, двадесет четири часа раније. Само „у хитним случајевима“ могао се „с пристанком Председника Скупштине ставити питање и без претходне пријаве“. Најзад, после министровог одговора, питач је могао говорити највише једанпут „ради каквог обавештаја и да у кратко изјави да ли је задовољан одговором или није“.[17]

ЗАКЉУЧЕЊЕ ПРЕТРЕСА И „ГИЉОТИНА“

ЕНГЛЕСКИ ПРИМЕР. Мера закључења претреса пре исцрпљења листе говорника уведена је у британском парламенту, 1881, као средство против опструкције ирских посланика. Ирски посланици повели су опструкцију тако што су држали бескрајно дуге говоре, углавном испуњене наводима из службених докумената. Парламентарна већина је одговорила маратонским седницама, које су понекад трајале до пред зору, али тиме опструкција није била сузбијена. Онда је спикер нашао решење у томе што је прекинуо претрес и наредио гласање иако је било још пријављених говорника. Затим, поред ове мере, изменом пословника предвиђено је да се унапред могао одредити крајњи рок до кога се један хитан законски предлог морао расправити. С обзиром на то да се на овај начин, у одређеном тренутку, парламентарна расправа напрасно прекидала, ово „најстраховитије средство противу опструкције“ названо је гиљотина. У случају „гиљотине“, сви чланови једног хитног законског

[16] М. Јовичић, *Лексикон српске уставности 1804-1918*, Београд, 1999, стр. 217; „За та пак усмена питања - наводио је С. Јовановић - правило је да се тачно одреди време кад се и докле могу чинити: у Француској, питања се постављају почетком и крајем седнице; у Италији, она се прекидају по истеку четрдесет минута, рачунајући од почетка седнице; у Енглеској, на њих се одговара писмено, т. ј. министров се одговор штампа и раздаје посланицима; само онда кад посланик нарочито тражи, министар му одговара усмено, и за те усмене одговоре оставља се четири пута недељно (не сваки дан!) по три четврти сата ...“ (Нов скупштински пословник, (2), 156)

[17] Закон о пословном реду (1911), стр. 39,40.

пројекта који не би до крајњег рока били претресени, „стављају се на гласање без претреса“. Тако, зарад „успешнијег сузбијања опструкције парламент се просто претвара у машину за гласање“.[18]

Закључење претреса, као понајуспешније средство против опструкције, преузето је из енглеског *Standing Orders* у низ европских пословника. Ипак, да скупштинска већина не би злоупотребљавала овај институт, прописивана су додатна правила. Тако, по немачком, белгијском, италијанском, холандском пословнику о закључењу претреса није се могло решавати „док то не устражи известан број посланика, - како где, пет, десет, двадесет, тридесет“. По енглеском и швајцарском пословнику, о закључењу претреса решавало се нарочитом, „појачаном већином“; по енглеском пословнику, за закључење претреса била је потребна већина од најмање сто посланика, а по швајцарском, две трећине од присутних посланика. По шпанском пословнику, претрес се није могао закључити док не би говорило „најмање три говорника *за* и три *против* ...“[19]

КА СРПСКОМ РЕШЕЊУ. Угледајући се на енглески пример и позивајући се на неколико познатих европских правних писаца, Протић је налазио да се опструкција ретко може правдати. Једна мисао Хелмута фон Герлаха, који је такође енглески пример узимао за звезду водиљу, Протићу је посебно прирасла за срце: „Опструкција је буна мањине против већине, тј. она противречи основном начелу демократије“.

По Протићевом закључку, изведеном од Кобдена, односно из теорије мандата, једини случај када мањина „може с разлогом повести опструкцију јесте случај, кад она има основаног и јакога уверења да се већина у народу окренула на њену страну, а на дневном је реду какво важно и крупно питање које није раније било пред бирачима, за које бирачи у претходним изборима нису знали, па влада и већина неће да се излажу новом гласању, новом суђењу бирача. Тада скупштинска мањина може и средством опструкције тежити и радити да до тога дође.“ Осим овог случаја, опструкција се није могла правдати. „Хелмут фон Герлах - указивао је Протић - у свом спису Das parlament наводи ирску опструкцију као модел опструкције, која се парламентарно не може правдати. Герлах без сумње није знао за опструкцију наше данашње опозиције, иначе би она, несумњиво, однела рекорд у непарламентарности, јер су Ирци у енглеском парламенту водили опструкцију бар за своју националну аутономију.“ Самосталске опструкције, по Протићевом мишљењу, била је „само једна маска која треба да сакрије борбу против самога начела

[18] С. Јовановић, Гледстон, Из историје и књижевности, II, 83; С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2); К. Чавошки, Суз парламентаризам, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3, 1994, стр. 493,494.
[19] С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2), 159.

већине“; она је „и антипарламентарна и антидемократска у толикој мери да је она уникум“.[20]

Гледајући у самосталцима горе опструкционаше од ирских, Протић је сматрао да против њих треба употребити сва антиопструкциона средства, па и она која су Енглези смислили против ирске опструкције. По његовом, односно владином, нацрту, претрес се могао закључити на предлог Председника Скупштине, „ако он добије утисак да се дискусија намерно развлачи, било тиме што се износе неумесни предлози ... или се говорници у говорима понављају и од предмета удаљавају“. Протић је, у ствари, узео закључење претреса у енглеском изворном облику, у оном облику у коме је примењен пре уношења у *Standing Orders*.

Слободан Јовановић, и сам писац једног нацрта пословника, свом снагом научне аргументације супроставио се увођењу закључења претреса и „гиљотине“ у Србијин скупштински пословник. „Не само да су те мере већ по себи опасне - износио је С. Јовановић - него у нашим специалним политичким приликама оне могу постати опасније него игде на другом месту ... енглеске прилике нису наше прилике; и те две мере дејствоваће код нас друкчије, одн. њихово рђаво дејство осетиће се јаче, и то много јаче, но у Енглеској.“ Услед непостојања Горњег дома, Краљеве пасивности и неактивности јавног мнења, сузбијање опструкције закључењем претреса и „гиљотином“ у Србији довело би до „партијског апсолутизма“. Парламентарна влада, баш зато што је партијска влада, могла је „да опште државне интересе жртвује посебним партијским интересима, - и да без икаква обзира на право мањине гони противничке партије до истребљења. Из тих разлога, у парламентарним државама постоје нарочити органи, независни од скупштинске већине, са задатком да се одупру Влади која је из те већине изашла, кад год буде хтела злоупотребити државну власт. У Енглеској Горњи је Дом такав један орган; без његовог пристанка, ниједна одлука Доњег Дома не може постати закон; кад се он одупре одлукама Доњег Дома, сукоб између два Дома расправља се апелом на народ, - т.ј праве се нови избори, који треба да покажу да ли је народ на страни Горњег или на страни Доњег Дома. Оном Дому чије гледиште народ усвоји, попушта онај Дом чије гледиште народ одбаци. “ У Србијином уставном систему није, пак, било Горњег дома.

Што се тиче Краља, „који би са својим правом санкције и својим правом распуштања Скупштине, могао узети на себе улогу Горњег Дома“, о њему је владало уверење да не треба да се меша у страначке борбе, односно да би било противно принципима парламентаризма када би „чинио какав било отпор скупштинској већини и њеној Влади“. С друге

[20] Стојан. М. Протић, *Одломци из уставне и народне борбе у Србији*, I, Београд, 1911, стр. 73,74,77,78.

стране, у Србији „јавно мнење још није било толико пробуђено и организовано да би скупштинска већина осећала над собом његов надзор“. Све у свему, опструкција се јављала као једино средство надзора и отпора против свемоћи скупштинске већине: „Хтела не хтела, скупштинска већина морала је сама себе обуздавати и умеравати, да не би изазвала опструкцију“.[21]

За разлику од Енглеске, у којој је и кад се угуши опструкција остајала могућност апела на народ, у Србији би с угушењем опструкције нестала и могућност апела на народ. С. Јовановић је упозоравао да би тада скупштинска већина постала, „у међувремену од једних општих избора до других, апсолутни господар државе; ма шта радила, противу њених се аката не може апеловати на народ, јер начина нема више да се изазове распуштање Скупштине“. Две енглеске крајње антиопструкционе мере, у Србији су могле „угушити сваки парламентарни претрес, затворивши сасвим уста мањини, спречити сваки апел на народ. Опструкција јесте зло - закључио је С. Јовановић - али ни ово што би крајње мере противу ње могле собом донети није добро.“

Захваљујући „скоро општем уверењу да се опструкција не сме сасећи у корену“, закључење претреса и „гиљотина“ нису ушле ни у праксу ни у пословник Србијиног парламента. *Законом о пословном реду*, са изменама и допунама од 8. марта 1911, закључење претреса пре исцрпљења листе говорника предвиђено је као мало вероватна могућност. Јер, у случају да Скупштинска већина изгласа да се закључи претрес, а неки се посланици томе успротиве, претрес се морао наставити да „између њих говоре они који су се већ били јавили за реч пре него што је поднесен предлог да се претрес закључи, а нису ниједан пут говорили о томе предмету“. Ипак, када се претрес настављао до исцрпљења листе, говори су, у начелном претресу, скраћивани са часа и по на један час, а говори у појединостима на двадесет минута. Уз то, Скупштина је двотрећинском већином могла одлучити да се време преосталих посланичких говора скрати „на пола часа, односно на десет минута“. Тако, уместо закључења претреса у правом смислу (la cloture), за који се залагао Протић, у Пословничким изменама институт закључења листе говорника модификован је скраћењем говора, за шта се залагао проф. С. Јовановић. Тиме, посланичко

[21] С. Јовановић, *Из историје и књижевности*, I, 534. - С. Јовановић је напомињао „много је боље ставити скупштинску већину под надзор Краља или Горњег Дома него под надзор скупштинске мањине. Мањина је исто тако подложна партијским страстима као и већина, од ње се није надати да ће се већини одупирати с онолико мере и разлога као Краљ или Горњи Дом; што је главно, Краљ и Горњи Дом не растројавају парламент кад се одупиру већ изгласаним законима; мањина га пак растројава кад опструкцијом спречава вотирање једног закона. Али кад је код нас испало так да не можемо рачунати ни на отпор Краља ни на отпор Горњег Дома, ипак је боље да скупштинска већина буде ограничена макар и опструкцијом него ничим.“ (Нов скупштински пословник, (3), 301)

„право речи остало је поштовано, али је употреба тога временски ограничена да се претрес не би одвећ отезао“.[22]

„ОСКУДИЦА КВОРУМА“ И ПОЛУФРАНЦУСКО РЕШЕЊЕ

Питање опструкције путем ускраћивања кворума доспело је у први план (1908) поводом једног предлога измена „грађевинског закона за варош Београд. Кад је дошло до гласања у начелу, противници тога предлога изиђу скоро сви из Скупштине, и оскудица кворума обелодани се на самом гласању“. У тој ситуацији, Председник скупштине дао је паузу, рачунајући да седница може бити настављена с другим тачкама дневног реда. Неки посланици су сматрали да се прелажењем на друге тачке мења дневни ред, што може да учини само Скупштина. Ипак, „оскудица кворума“ била је регулисана посебном одредбом Пословника, на коју није скренуо пажњу неко од посланика, него професор Слободан Јовановић. Наиме, одредбом чл. 117. Пословника било је предвиђено да у случају да се о неком предмету „не буде могло гласати због недовољног броја посланика“, онда би се тај предмет стављао „на дневни ред за идућу на прво место“.

С. Јовановић дао је комплетно објашњење приоритета поновљење тачке дневног реда, полазећи од њеног европског порекла. Одредба чл. 117. „преведена је из пословника Француске скупштине, али не садржи све што се у том пословнику налази. Преводилац је изоставио једну врло важну ствар. По пословнику Француске скупштине, онај предмет о коме се једне седнице није могло гласати због оскудице кворума, не само да се ставља на дневни ред једне идуће седнице, *него ће идуће седнице може бити решен и без кворума*. Управо због тога, што се тада о њему решава без кворума, тај се предмет и ставља на прво место у дневном реду; на тај се начин он одваја од осталих предмета за које је кворум потребан. По одредбама француског Скупштинског пословника, опструкција је савршено немогућа; они посланици који би својим изласком пред гласање хтели да осујете решење једног предмета, могли би у тој опструкционистичкој тактици само један пут успети. Та иста тактика, кад би је хтели поновити, не би им више ништа вредела, јер други пут предмет о коме је реч могао би и без кворума бити решен. Али наш Пословник није усвојио ово радикално средство противу опструкције. Према томе, они посланици који су својим изласком са седнице осујетили решење једног

[22] Закон о пословном реду, чл. 58. у вези с чл. 55 ст. 1; С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2), стр. 158.

предмета, могли би га истим начином осујетити и оне друге седнице, кад би он по члану 117. поново дошао на дневни ред.“[23]

У Протићевом, односно Владином, Нацрту пословника налазило се једно крајње радикално решење против кворумске опструкције: „Посланици који би пред прозивку изашли из скупштинске дворнице, сматраће се као присутни ...“ Дакле, они посланици који би напустили Скупштину да би је оставили без кворума, имали су да се урачунају у кворум. Ово решење, пак, после интервенције Слободана Јовановића, морало је бити одбачено као противуставно. Уставом је било прописано да „Скупштина може решавати само ако је у њезиној седници више од половине целокупног уставом одређеног броја“. Урачунавати посланике опструкционаше у кворум, „значило би место стварног кворума који Устав предвиђа, завести један кворум мање више фиктиван“.[24]

Уставна одредба о кворуму представљала је препреку и за потпуну рецепцију француског решења за „оскудицу кворума“. Стога, пословничким изменама и допунама од 8. марта 1911. нису ни могле донети ништа више од недореченог додатка постојећој одредби: „Ако се приликом пребројавања обелодани да нема довољно посланика, онда ће се то питање оставити за дневни ред прве нове седнице, и то на првом месту, а после тога се може наставити претрес и остали рад, у колико је он могућан без решавања, док за то потребног броја не буде.“ (чл. 117, ст. 4).

УВОЂЕЊЕ ЕВРОПСКОГ РЕДА. Питање опструкције привукло је за собом питање других мана скупштинског рада. Према Слободану Јовановићу, Скупштина Србије радила је „скоро без икаквог реда, не знајући ни сама кад шта да почне, - узимајући предмете у решавање како јој који под руку дође“. Као таква, она је била сушта супротност енглеском парламенту, „где не само сваки дан у недељи има своје одређене послове, него се још сваког дана зна мање више и сат кад ће се на који посао прећи. Енглески парламент има као каква школа свој распоред часова.“

Од парламента Србије, „због особина наше расе“, није се очекивало да достигне „тачност“ енглеске организације парламентарног посла. Ипак, и парламент Србије требало је да се навикне „на више методе у раду“, да се и његовим пословником одреди „нарочити дан за интерпелације, нарочити дан за молбе и жалбе, нарочити сат за питања ...“ То је остварено пословничким изменама од 1911. када су посланичка питања добила свој сат, молбе и жалбе „своју другу суботу у месецу“, а интерпелације свој четвртак „ако Скупштина не реши друкчије“.[25]

---

[23] С. Јовановић, Парламентарна хроника / редовни сазив за 1908, Архив за правне и друштвене науке, књ. XIII, бр. 2, стр. 144; Зборник, књ. 58, стр. 691,913.

[24] С. Јовановић, Нов скупштински пословник (2), стр. 154,155.

[25] С. Јовановић, Нов скупштински пословник, стр. 161,162,297; *Закон о пословном реду* (1911), стр. 41,42,52.

Интерпелације су, углавном, уређене према моделу из француског пословника. До Измене од 1911, тражило се „скупштинско решење за стављање интерпелације на дневни ред“. По измењеном Пословнику интерпелација се аутоматски стављала на дневни ред одређеног дана, па је за њено одлагање било потребно скупштинско решење. Даље, Изменама и допунама од 1911, изузимајући интерпелације о спољашњој политици, ниједна друга интерпелација није могла „бити одгођена дуже од месец дана“ (чл. 90. а. ст 3). Претрес једне интерпелације није могао трајати дуже од две седнице, што је имало за сврху да се избегне да један интерпелант смета другоме, јер „касније поднете интерпелације се више одлажу, што се више развлачи претрес о интерпелацијама пре њих“.

НА ВИСИНИ ЕВРОПСКОГ УЗОРА. Србијин парламент, у првој деценији XX века, углавном је достигао своје европске узоре. Кроз борбу радикала и самосталаца, која је савременицима изгледала толико оштра да земљу води у пропаст, успостављени су међустранички односи и парламентаризам примерен много старијим демократијама, него што је то био случај са Србијом. Слободан Јовановић, који је као нека врста уставноправног надзорника Србијиног парламента изрекао мноштво критика о његовом раду, дошао је до закључка да је парламентарни формализам постао елеменат правне и политичке свести у Србији. „Чим би се Влада огрешила ма и о најситнији пропис пословника, опозиција би скочила на њу, - а ако би на њу пала сумња да је повредила који законски или уставни пропис, то би изазвало читаву буру у јавном мнењу. Као данас у спорту, тако се онда у страначкој борби јако пазило на правилност игре, - и тај строги формализам ублажавао је и укрућавао страначке страсти.“

Dr Marko Pavlovic,
a full-time professor

EUROPEANIZATION OF THE WORK OF THE ASSEMBLY OF SERBIA IN THE 19TH AND IN THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY

Europeanization of the work of The Assembly of Serbia has begun with passing of the first regulations on decent behaviour of the Members (1859); it was continued by passing of the first Rules of Procedure (1870). The Rules of Procedure contained the European provision stating that the Members shall express their thoughts orally and that they could use the notes.

Rules of Procedure from 1889 were mainly written according to The Rules of Procedure of the French Parliament. Thus, the provision on explanation of the vote, as well as the provision on the right of the Member threatened with the penalty of temporary exclusion to speak in his defence, were taken over in their entirety. The provision on acting in case of the lack of a quorum was taken over in part. The norm stating that the unresolved subjects shall be placed as a first item of the Agenda of the next sitting was taken over from French Rules of Procedure, but the second part of it stating that it can be resolved without a quorum was left out.

Faced with the European disease of Parliament obstruction, politicians and scientists of Serbia have considered the possibility of adopting the English institutes on conclusion of the discussion and so-called guillotine. However, these institutes were not received, since, with no House of Lords, they would lead to "party absolutism". Instead, the institute on shortening the length of speech was adopted (1911).

Finally, the European method in the work of The Parliament of Serbia was established by the amendments of the Rules of the Procedure in 1911, when the assembly subjects got its hour, requests and appeals their "second Saturday in a month", and interpellations their Thursday. Also, only in 1911 the rule on alternating speeches of the Members "against" and those "in favour" was instituted

Одељак II

Управно право

Др Невенка Бачанин,
редовни професор

UDK: 336.71(497.11):35.07

ПРАВНА ПРИРОДА НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ КАО ВРШИОЦА УПРАВЕ

Управно право, као и свака грана права, обилује низом питања и проблема од којих се нека сматрају основним као што су прецизирање значења израза „управна ствар“, „управа“ или „управни акт“, на пример. Често је њихово разрешење тесно повезано са одговорима на питања која се, као споредна појаве при анализи предмета истраживања. При том, да све буде компликованије, ни разрешење основног проблема, ни одговори на споредна питања не само да се не могу лако или уопште пронаћи у позитивно-правним текстовима, већ, у погледу њих, не постоји сагласност ни у правној теорији, нити судска и управна пракса дају своја јасна виђења.

Тако се при прецизирању значења термина „управа“ као једно од пратећих питања појавило и питање – ко су вршиоци управе?[1] Наиме, ако је управа у правном систему Србије, а јесте, једна правна функција државе, и то ауторитативна, и ако се манифестује кроз доношење управних аката и вршење управних радњи, као управних активности,[2] интересантно је утврдити који је све субјекти могу вршити[3] и где је унутар вршилаца управе, место Народне банке Србије.

Најпре треба посебно нагласити да у правном систему Србије изрази „државна управа“ и „јавна управа“ имају своје место и одређено значење само уколико се говори о државној или јавној управи у органском смислу,

---

[1] Без намере да се иоле улази у анализу проблема појма „управа“, односно одређивања појма управе у органском и функционалном смислу, те формалном и материјалном, евентуално и негативном, неопходно је истаћи да је питање – ко су вршиоци управе повезано са одређивањем појма управе у органском смислу. Оно се, чак, може сматрати и саставним делом основног проблема управе. Но, оно, ма како одређено, никада није било третирано као посебан проблем управног права. О овоме више Бачанин Невенка: Теорија управног права, Крагујевац, 1994.

[2] Овако прецизиран појам управе је формално-материјалне природе, а сама управа је схваћена као процес у оквиру чије се прве фазе – организовање управе, појављује и питање њених вршилаца.

[3] Напомене ради, овако утврђен појам управе разликује се од појма „делатност управе“. Наиме, код првог појма реч је о активностима одређене природе чији су вршиоци, поступак, форма и сагласност праву подвргнути нормама једног јединственог правног режима (зато је он формално-материјалне природе), а код другог, по својој природи, разнородним активностима органа управе, као једној особеној врсти државних органа (зато је он формалне природе).

не и функционалном, јер управа (државна и јавна) у органском смислу означава један део државног апарата, односно једну посебну врсту државних и недржавних органа и организација, док управа (државна и јавна) у функционалном смислу чину једну специфичну функцију или делатност државе. Имајући у виду одредбе позитивног права ради отклањања евентуалних неспоразума и нејасноћа, боље је израз „државна управа у органском смислу“ заменити позитивно-правним термином „органи и организације државне управе“, а израз „јавна управа у органском смислу“, кога, иначе, наше позитивно право не познаје, термином „вршиоци управе“.[4] О јавној управи у функционалном смислу, као правној функцији државе, за сада је немогуће говорити бар у правном систему Србије.

Као вршиоци управе у правном систему Србије јављају се бројни и разнородни органи и организације – министарства, други органи управе, посебне организације, Народна скупштина Републике Србије, Влада Републике Србије, председник Републике Србије, судови, Народна банка Србије, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе и предузећа, установе и друге недржавне организације. Већ је на први поглед јасно да су ови органи и организације по својој правној природи различити и да им је једино заједничко обележје то што се сви они у нашем правном систему јављају као вршиоци управе, односно управне функције.

Поделу вршилаца управе, односно њихово груписање у уже целине, могуће је извести ослонцем на различите критеријуме, зависно од практичних потреба. Но, чини се да у пракси највећи значај имају две класификације вршилаца управе које се донекле међусобно преплићу, подела на државне и недржавне вршиоце управе и на главне и остале вршиоце управе.

Полазећи од чињенице да ли се вршиоци управе налазе у саставу државног апарата или не, сви вршиоци управе се могу поделити на државне и недржавне вршиоце управе. Државне вршиоце управе чине: министарства, други органи управе, посебне организације (као органи и организације државне управе), Народна скупштина Републике Србије, Влада Републике Србије, председник Републике Србије, судови (као државни неуправни органи) и Народна банка Републике Србије. У недржавне вршиоце управе треба сврстати органе територијалне аутономије и локалне самоуправе и предузећа, установе и друге недржавне организације.

Пошто је у правном систему Србије управа функција власти, а вршење власти је својствено државном апарату, правило је да се вршење управне

[4] Овако утврђени појмови државне и јавне управе у органском смислу нису ни изворни, ни аутономни, ни примарни појмови у правном систему Србије.

функције поверава државним органима и организацијама, првенствено органима управе као посебној врсти државних органа, образованој управо за вршење управних активности. То не значи да се целокупна делатност органа управе своди на вршење управне функције већ да је оно основни разлог њиховог постојања. Поред управних активности, као основних, органи управе обављају и низ других активности, ауторитативних и неауторитативних. За разлику од органа управе, којима је вршење управе основна делатност, посебним организацијама, државним неуправним органима и Народној банци Србије вршење управе је споредна делатност, коју они врше као помоћну или пратећу делатност неке друге, њима својствене основне делатности. Основне делатности ових субјеката се међусобно разликују и могу бити ауторитативне и неауторитативне природе. Но, независно од правне природе њихових основних делатности, овлашћење за вршење управе ови државни вршиоци управе морају имати у уставним и законским одредбама.

И недржавним вршиоцима управе је вршење управне функције увек споредна делатност. Најчешће је она помоћна или пратећа делатност основне, по правилу неауторитативне делатности недржавних организација, али може имати и облик управних послова пренетих на органе територијалне аутономије или локалне самоуправе. Независно од облика у коме се вршење управне функције јавља код недржавних вршилаца управе, оно увек мора бити изричито засновано на правном пропису, најчешће закону. Друкчије речено, недржавни вршиоци управе могу вршити управну функцију само ако им и када им држава пренесе овлашћење за то. Тада се у одређеној мери мења статус ових субјеката. Вршећи управну функцију ови недржавни органи и организације учествују у вршењу класичних државних послова, не добијајући тиме статус државних органа и организација. Но, њихов друштвени положај тада јача.

Обзиром на то да ли је вршење управе основна делатност неког вршиоца управе или не, органи и организације јавне управе се могу поделити и на главне и остале вршиоце управе. Обзиром да је вршење управне функције основна делатност само министарстава и других органа управе, то се само они могу сматрати главним вршиоцима управе. Свим другим вршиоцима управе – државним и недржавним, вршење управе је споредна делатност. Зато се осталим вршиоцима управе могу сматрати посебне организације, државни неуправни органи, Народна банка Србије, недржавне организације, органи територијалне аутономије и органи локалне самоуправе.

Место Народне банке Србије у систему вршилаца управе непосредно зависи од њених циљева и функција, односно, прецизније речено, од њене правне природе. Иначе, кад је реч о правној природи централне банке и Народне банке Србије као такве, могло би се констатовати да ово питање није довољно, није уопште разматрано. „Економска (банкарска)

литература, која до танчина истражује питања настанка, функција, структуре, циљева и задатака централне банке, као и степена њеног интегритета у односу на остале носиоце власти у држави, ово питање готово и да не разматра. Разлог не лежи чињеници да је реч о проблему који је већма правне природе, већ и у констатацији да међу научницима који се баве монетарном економијом постоји потпуна сагласност да је централна банка државни субјект и то државни орган, па чак „четврта државна власт“. У правној науци, међутим, ситуација је другачија. Не само да нема озбиљније анализе о правној природи централне банке (па ни наше Народне банке), већ не постоји ни сагласност о томе да ли је реч о државном или недржавном субјекту, а камоли да ли се ради о државном органу, организацији, установи, институцији... Проблем је утолико сложенији када се имају у виду природа и карактер послова које централна банка обавља, односно последица које (не) вршење њених функција са собом носи.“[5]

Положај, организација, циљеви, функције и овлашћења Народне банке Србије, као и њен однос са органима Републике Србије, међународним организацијама и институцијама уређен је Законом о Народној банци Србије.[6]

Као централна банка Републике Србије, за чије обавезе Република Србија и јамчи, Народна банка Србије има за свој основни циљ постизање и одржавање стабилности цена. Не доводећи у питање његово остваривање, Народна банка Србије подржаће спровођење економске политике Владе Републике Србије.

Реализација ових циљева непосредно зависи од низа функција Народне банке Србије. Тако, она: утврђује и спроводи монетарну политику, самостално води политику курса динара и уз сагласност Владе, утврђује режим курса динара, чува и управља девизним резервама, издаје новчанице и ковани новац, уређује, контролише несметано функционисање платног промета у земљи и са иностранством, издаје и одузима дозволе за рад, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација и доноси прописе из те области, издаје и одузима дозволе, односно овлашћења за обављање делатности осигурања, врши контролу, односно надзор над обављањем те делатности и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређује осигурање, обавља законом утврђене послове за Републику Србију и обавља друге послове утврђене овим и другим законом у складу са принципима пословања централних банака. У извршавању својих функција, сарађује са Владом Републике Србије и другим државним

[5] Рељић, Зоран: Правна контрола надзорне функције централне банке, са посебним освртом на Народну банку Србије, магистарски рад, Београд, 2006, стр. 54.

[6] Закон о Народној банци Србије, „Службени гласник Републике Србије“ 72/2003 и 55/2004.

органима и, у оквиру своје надлежности, предузима мере за унапређење те сарадње.[7]

Из наведених законских одредби јасно произилази да је Народна банка Србије вршилац управе. Међутим, у које вршиоце управе она спада, државне или недржавне и главне или споредне, питања су на која одговоре даје само њена правна природа, а у том погледу постоје различита мишљења у нашој управно-правној теорији.

Највећи број наших правних писаца сматра да је Народна банка Србије недржавна организација, у најбољем случају парадржавна институција, по начину образовања и овлашћењима блиска класичним државним органима.

Тако, С. Поповић, Б. Марковић и М. Петровић Народну банку Србије одређују као самосталну недржавну организацију која врши јавна овлашћења тако што, на основу законског овлашћења, ауторитативно иступа у односу на друге субјекте доносећи опште правне акте или управне акте или вршећи друга јавна овлашћења.[8]

Исто мисле и Н. Стјепановић, С. Лилић и Б. Милосављевић по којима је Народна банка Србије недржавни субјект коме могу бити поверена јавна овлашћења, односно који је вршилац управне делатности.[9]

По Р. Марковићу Народна банка Србије је „недржавни субјект који је највише налик класичним државним органима, јер су у природи њених основних функција садржана управна овлашћења, док други недржавни субјекти – предузећа, установе и друге организације постају недржавни субјекти управе тек кад им се одређена управна овлашћења повере законом“.[10]

По мишљењу Д. Милкова Народна банка Југославије „представља самосталну и јединствену емисиону установу монетарног система СРЈ, која је одговорна за монетарну политику, за стабилност валуте и финансијску дисциплину и обавља друге послове одређене савезним законом. Оно што овој банци даје посебан карактер, то је да она врши управна овлашћења, што значи да има могућност ауторитативног иступања. Ова банка представља парадржавну институцију. Не спада у класичне државне органе, али им је по свему блиска: по начину образовања и по овлашћењима“.[11]

---

[7] Видети чл. 4. и чл. 10. Закона о Народној банци Србије.

[8] Поповић, С., Марковић, Б., Петровић, М.: Управно право, Београд, 1995, стр. 210-212.

[9] Стјепановић, Н., Лилић, С.: Управно право, Београд, 1991, стр. 172-173. По овим ауторима, Народна банка Србије је један од недржавних субјеката коме је, као законом поверено јавно овлашћење, омогућено вршење неких облика управног надзора.
Милосављевић, Б.: Управно право, Београд, 2003, стр. 14-15.

[10] Марковић, Р.: Управно право, Београд, 2002, стр. 185-186.

[11] Милков, Д.: Управно право, I, - уводна и организациона питања, Нови Сад, 2001, стр. 94.

Друкчије мисли З. Томић, по коме Народна банка Србије има државни субјективитет. По овом аутору, „поред управних државних организација потчињених државној влади у домаћем правном систему постоји и једна појачано самостална савезна државна установа, изван управног апарата. То је Народна банка Југославије (НБЈ). Она врши послове од наглашеног општедруштвеног значаја... У њену делатност су усађена бројна и снажна јавна овлашћења. Осим услужне и стручно-техничке припадају јој и друге важне јавноправне функције".[12]

Исто мисли и П. Кунић, који у самосталне неуправне државне организације убраја Централну банку БиХ, Агенцију за банкарство Републике Српске и Службу за платни промет.[13]

Од наведених схватања разликује се мишљење З. Рељића по коме је „централна банка субјект који врши монетарну власт као део државне власти, односно државни субјект".[14] Народна банка Србије се, по овом схватању, „не може третирати као државни орган управе већ као посебан орган државне власти који је комплементаран са извршном влашћу земље и као такав чини симбиозу органског остваривања финансијске функције државе".[15]

Преглед наведених схватања правне природе Народне банке Србије показује да у нашој управно-правној теорији највећи број аутора који су озбиљно разматрали или овлаш додиривали ово питање сматра да је Народна банка Србије недржавна организација. Мањи број аутора је укључује у државни апарат, третирајући је као државну организацију, углавном, или државни орган изузетно.

Уколико се пође од одредби нашег позитивног права, а то је једино могућ и прихватљив пут, мора се закључити да је Народна банка Србије државни субјект, односно део државног апарата. Прецизније, она је државна организација, и то самостална државна организација, образована за вршење послова од посебног општедруштвеног значаја.

Она је централна банка Републике Србије која и јамчи за њене обавезе. Своје функције, утврђене Законом о Народној банци Србије и другим законима, обавља самостално и независно. У њиховом вршењу не прима нити тражи упутства од државних органа или других лица. Органи су јој Монетарни одбор, Гувернер и Савет. За свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије.

Слично гледиштима о недржавном карактеру НБС, тешко је прихватити и становиште да је у правном систему Србије она државни орган, и то из више разлога. Најпре, као и свака друга врста државних органа, и Народна банка Србија, као државни орган, би морала бити

---

[12] Томић, З.: Управно право, Београд, 1998, стр. 246.
[13] Кунић, П.: Управно право, Бања Лука, 2001, стр. 312.
[14] Рељић, З.: наведени магистарски рад, стр. 69.
[15] Исто, стр. 73.

носилац неког облика државне власти, неке државне функције или делатности. Све ово под претпоставком да су термини „власт“, „функција“ и „делатност“ синоними, што није и не мора бити случај, а шта као питање, тражи једну посебну правну анализу, којој овде свакако није место. Чак и да се прихвати да је монетарна власт државе, као део њене финансијске власти, једна државна функција, при чему се свесно заобилази низ питања – да ли је та функција правна, да ли је формалне или материјалне природе, на пример, и да је поверена Народној банци Србије, тешко је оправдати гледиште да је Народна банка Србије државни орган само зато, и искључиво зато, што јој је поверено њено вршење. Наиме, држава вршење својих функција, ауторитативних или неауторитативних, може поверити, и поверава, субјектима различите правне природе – државним и недржавним. Поверавање ауторитативних активности неком субјекту не мења се његова правна природа. Зато се Народна банка Србије не може сматрати државним органом само зато што врши једну функцију државе, ако је то правна функција уопште. Шта више, за разлику од државних органа, она има својство правног лица и буџетску аутономију, што, опет, јесте својство државних организација. То што је Устав Републике Србије у једно свом одељку (одељак V Устава Републике Србије) под насловом: Републички органи конституисао и Народну банку Србије, значи само да је уставотворац тиме желео да нагласи њен државни субјективитет и значај послова (циљева и функција) које обавља.

У нашем управном праву, у погледу класификација вршилаца управе, Народна банка Србије, као самостална неуправна државна организација, спада у државне вршиоце управе. Она не припада управном апарату – није орган управе, нити посебна (управна) организација, нити се може сврстати у државне неуправне органе. Такође, она није главни вршилац управе јер вршење управе није њена основна делатност.

Dr Nevenka Bacanin,
a full-time professor

LEGAL NATURE OF NATIONAL BANK OF SERBIA AS AN ADMINISTRATIVE BODY

Administration Law, as any other field of law, abounds in issues that cannot be easily resolved since positive law literature, legal theory and court practice often do not have a clear stand on them. One of these issues is

concerned with the legal nature of the National Bank of Serbia as an administrative body.

Pursuant to the regulations found in our positive law, the National Bank of Serbia constitutes a part of state apparatus as an independent state non-administrative organization established to perfom activities of broad social significance.

On the other hand, according to official division of bodies that execute administrative duties, the National Bank of Serbia represents a part of the state administration.

Др Драган Батавељић,
ванредни професор

UDK:342.2(497.11):341.217(4-672EU)

СРБИЈА НА ПУТУ КА ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

1. Стратешки приступ

Грађани Србије су се, у највећем броју, определили за улазак наше земље у Европску Унију. Наиме, према неким истраживањима и испитивањима јавног мњења, преко 80% грађана би одмах подржало наше пуноправно учлањење. У Србији се бројне невладине организације или, боље рећи, невладин сектор у целини све више ангажују у припреми грађана за европску интеграцију, јер је веома мали број наших грађана (између 5% и 7%) добро обавештен о Европској Унији и нашем процесу интеграције. Зато би све надлежне институције Србије, морале да уложе много више напора у едукацији наших грађана и убрзавању процеса европске интеграције [1].

У једном од наредних поглавља било је детаљно речи о критеријумима за улазак у Европску Унију. Када је реч о Србији, осим овде наведених критеријума, она мора да удовољи и критеријуме конвергенције, као што су:

Постизање стабилности финансијских токова;

Смањење прекомерног јавног дуга и буџетског дефицита;

Постизање стабилности финансијских токова;

Висок степен стабилности цена и

Одржавање нивоа девизног курса у оквиру дозвољене стопе.

Уласком у Европску Унију, Србија би морала да прихвати Евро, као јединствену, тј. заједничку валуту. Наиме, један од услова за чланство у Европској Унији јесте, управо, способност државе кандидата да следи циљеве економске и монетарне Уније, усмерава државе чланице Европске Уније да ускладе економску и монетарну политику и усвоје Евро као заједничку валуту.

---

[1] Циљ овога би било информисање грађана о важним елементима Европске Уније и промовисање европских вредности у нашој земљи. Ова едукација и информисање грађана треба да допринесу бољем разумевање грађана најзначајнијих аспеката Европске Уније и повећању нивоа знања младих о процесима европских интеграција. То је посебно значајно за становнике мањих градова, јер постоје бројни проблеми везани за интеграцију и процес транзиције наше земље. Такође, постоје бројне предрасуде везане за улазак у Европску Унију, што ствара одређен број евроскептика. Зато је потребно повећати учешће младих у промовисању Европске Уније у Србији.

Целовит стратешки приступ Европској Унији земаља Западног Балкана, међу које је укључена и Србија, започет је у мају 1999. године. Овај процес се назива «Процес стабилизације и придруживања» и обухвата читав низ односа и активности између Европске Уније и заинтересованих држава Западног Балкана, као и Европске Уније и Србије. Главни инструмент овог Процеса представља «Споразум о стабилизацији и придруживању». С обзиром да је у овом региону, у последњих 10 и више година, постојала политичка нестабилност, као главна одлика, стављен је нагласак на **стабилизацији**. Управо је у томе основна разлика и новина у односу на уговорне везе које је Европска Унија имала са државама Централне и Источне Европе. Посебно се инсистира, у оквиру «Процеса стабилизације и придруживања», на међусобној регионалној сарадњи између земаља које желе да постану пуноправне чланице Европске Уније. Путем програма CARDS (Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization), односно путем Помоћи заједнице за обнову, развој и стабилизацију од стране Европске Уније, тренутно се пружа финансијска помоћ нашој земљи у оквиру наведеног Процеса. Овај Програм помоћи, највећим делом се реализује преко Европске агенције за реконструкцију и њених оперативних центара са седиштем у Београду и Подгорици.

Приоритети које CARDS финансира јесу: стабилизација Региона, обнова, подршка демократији, помоћ за повратак избеглица и расељених лица, подршка владавини права, цивилном друштву, остваривању људских и мањинских права, обезбеђивање независних медија и подршка борби против организованог криминала, развој тржишне привреде и смањење сиромаштва, образовање и стручно оспособљавање, регионална, међурегионална, међународна и транснационална сарадња. Програм CARDS је планиран за период 2000-2006. година и предвиђена су средства у износу од 4,65 милијарди евра, која се усмеравају кроз национални и регионални програм.

Због бројних проблема и сукоба интереса у односима између Србије и Црне Горе, дошло је до померања рокова у вези са придруживањем Европској Унији. Томе је, нарочито, допринело и знатно кашњење у доношењу Устава Србије. Унапређени стални дијалог Комисије Европске Уније и Србије и Црне Горе, успостављен је у јулу 2003. године. Такође, успостављен је и нови механизам сарадње са Европском Унијом у процесу придруживања, а све у циљу да се време до отпочињања преговора о «Споразуму о стабилизацији и придруживању» искористи за помоћ одговарајућих експерата и додатне, неопходне припреме.

Србија се, тренутно, налази у процесу транзиције, као и одређен број европских земаља. Европска Унија има специфичан положај у односима са овим земљама, јер је она изузетно значајан партнер у циљу сарадње. То све, имајући у виду да земље овог региона виде своју будућност у

Европској Унији и да то сматрају приоритетним циљем. До сада је Европска Унија обезбедила значајну помоћ нашој земљи у циљу спровођења неопходних реформи и њене унутрашње стабилизације. У том смислу су постигнути значајни резултати, али нашу земљу очекује велики посао у циљу решавања бројних проблема који нас притискају. Врата Европске Уније су нам отворена, перспектива нашег уласка је реална, али Европа нема чаробну формулу за решавање унутрашњих проблема Србије, тако да од нас самих највише зависи када ће се остварити жељени циљ, тј. улазак у велику европску породицу. Наиме, уколико желимо да се то време скрати, морамо да испунимо услове који су већ познати и који су важили за све данашње земље, чланице Европске Уније. Ти услови, тј. критеријуми, важиће и за све актуелне или будуће земље кандидате за чланство.

Европска комисија, у оквиру «Процеса стабилизације и придруживања», израђује тзв. «Студију о изводљивости». То је документ који изражава процену спремности одређене државе (државе Западног Балкана) да започне преговоре о закључивању «Споразума о стабилизацији и придруживању». Закључак «Студије о изводљивости» подноси Комисија Европске Уније, а на основу овог закључка, Савет Европске Уније, доноси Одлуку о започињању преговора. Када је реч о нашој земљи, треба рећи да је у једном периоду дошло до одлагања израде «Студије о изводљивости», због проблема који су настали у хармонизацији заједничког тржишта и испуњавању међународних обавеза Србије.

Од стране Европске Уније и њеног високог представника, посебно је подвучено да „европска будућност Србије остаје високи приоритет за Европску Унију“. Истовремено је поручено да Брисел очекује „одлучну акцију у економским и политичким реформама, у јачању владавине права и изградњи институционалних капацитета“, али и да Србија мора још много тога да уради у тим областима. Наравно, у овом тренутку су, приоритет економске и политичке реформе и пуна сарадња са Хашким трибуналом.

Србији је у априлу 2004. године понуђен «Предлог европског партнерства», а у складу са одлуком Самита Европске Уније, одржаном у Солуну у јуну 2003. године. Савет министара Европске Уније је овај документ, тј. «Предлог европског партнерства» усвојио у јуну 2004. године. Који су основни циљеви овог европског партнерства? Оно, наиме, ближе одређује краткорочне, средњорочне и дугорочне приоритете у процесу реформи, које је неопходно извршити у области политичког и економског система једне земље. То све у циљу постепеног приближавања те земље постављеним стандардима који су неопходни за добијање статуса пуноправног члана Европске Уније.

Подстицање процеса демократских реформи и процеса у нашој земљи, представља један од основних циљева и подршке Европске Уније. Та подршка се, такође, односи и на транзицију ка тржишној привреди и потпуној демократизацији, на повратак избеглих и расељених лица њиховим домовима, на постизање етничког помирења и приближавање наше земље стандардима Европске Уније, као и начелима које је она поставила. Крајњи циљ свега тога је припремање Србије за што бржи улазак у Европску Унију, а та подршка и помоћ нашој земљи се реализује преко Агенције за реконструкцију и Делегације комисије Европске Уније.

Европска агенција за реконструкцију има своја представништва у Београду и Подгорици и са својим радом је почела 2001. године. Њен основни задатак је да спроводи пројекте и програме изградње и реформе институција и инфраструктуре у најважнијим областима људског живота. Због тога је ова Агенција одговорна за управљање кључним програмима помоћи Европске Уније нашој земљи. Преко фондова Европске Уније [2], само у 2004. години, 212 милиона евра је намењено Србији, а 13 милиона евра Црној Гори, док је Агенција, од 2001. године, реализовала различите врсте помоћи у укупном износу од преко 900 милиона евра.

2. Европски федерализам на почетку 21. века

Федерализам чини саставни део европске културе, јер се он заснива на свом јединству различитости. Зато се принципи федерализма постепено, али сигурно, потврђују. То све доказује, да је федералистичка револуција, већ одавно отпочела. Европска федерација, или Сједињене Државе Европе, ипак, представља заједнички циљ, који, по мишљењу Жана Монеа и Дени де Ружмона, треба постићи, иако се ова два визионара, у својим схватањима, у погледу изграђивања Европске федерације, у многоме разликују. Познати француски политички филозоф, Шарл Монтескје, дух федерализма је објаснио у свом најпознатијем делу „О духу закона“, објављеном половином XVIII века, па Моне и Ружмон, упознавши принципе (или врлине, како их је Монтескје називао) којима се одликује федерализам, теже овом узвишеном циљу. Међу овим врлинама се, посебно, истичу:

Толеранција (прихватање различитости других, признавање туђе личности, што значи да федерализам почива на љубави према различитости),

поштовање стварног (посебно регионалних стварности) ***и малог*** (насупрот обожавања гигантизма у централизованим државама).

[2] CARDS програм.

Дени де Ружмон сматра, такође, да федерација може настати само ако дође до одрицања сваке идеје о хегемонизму [3]. И коначно, федерација нема за циљ да стопи све нације у један једини блок и да избрише њихове различитости, већ напротив, да заштити њихове сопствене квалитете и интересе [4].

Жан Моне и Дени де Ружмон, као велики Европљани, су, у основи, блиски један другоме. Они се међусобно разликују само по средствима и по начину постизања циља коме заједнички теже. Први предлаже постепеност по етапама и секторима, а други се залаже за квалитативни скок стварањем федералне Европе.

Европска Унија, за сада, има недржавни карактер. Међутим, иако је нико не сматра једном државом, веома се много говори о њеном Уставу, јер је Европска Унија (иако није држава), способна за Устав и он јој је неопходно потребан. Она је заједница држава створена путем уговора [5], као уставног документа једне правне заједнице. Захтеву за Уставом Европске Уније дао је подстицај, управо, крупан помак ка интеграцији, а овај помак је произашао из монетарне уније.

Поставља се питање, зашто је данас толико актуелно образовање Европске федерације. Одговор на ово питање није тешко дати. Наиме, федерација представља најпогоднији облик државе, чије се друштво одликује економском, културном, националном и другом сложеношћу и различитошћу. У таквом друштву, очигледно, „процес духовног изједначавања није још увек довршен“ [6], па су, отуда, највеће земље света организоване као федерације. За то има много разлога, пре свега, што је федерација готово нужност земаља са великим географским пространством, испресецаним бројним различитостима. Због тога је федерација, начелно узев, нужност у таквим државама. Ово су ***економски разлози***, па, отуда, економско уређење омогућава лакше и адекватније организовање државног подручја. Зато, „више од половине човечанства живи у федерацијама“ [7].

Поред тога, један од најјачих и најважнијих разлога за опредељивање ка федералном уређењу јесте ***вишенационалност***. Федерација омогућује изражавање националних посебности. Такође, и ***историјски разлог*** избора федералног уређења је веома значајан. Овај разлог долази посебно до изражаја код федерација насталих од раније самосталних држава које су се

---

[3] Отуда неуспех Наполеона, а затим и Хитлера, у покушају да створе јединствену Европу.

[4] О овоме видети шире, Шијански Душан: „Федералистичка будућност Европе“, Просвета/Европа прес, Суботица, 1996, стр. 38-41.

[5] Уговор је традиционални инструмент за споразум између држава.

[6] Марковић, Р.: Уставно право и политичке институције, „Службени гласник“ са.п.о., Београд, 1995, стр. 454.

[7] Riker, W. H., наведено према Марковић, Р.: Уставно право и политичке институције, стр. 458.

удружиле у федерацију (то је, значи, метод агрегације). Значи, касније федералне јединице су историјске творевине, настале пре федеративног устава, и оне, нису његове правне творевине. И на крају, одређену улогу, код избора федералног облика државног уређења, имају и ***привредни разлози***, мада су ретке федерације у свету код којих је деловао само један од наведених фактора. Напротив, приликом опредељивања за федерално уређење, један од ових фактора је био главни и одлучујући, док су други били секундарни и пратећи.

Од Роберта Шумана, па све до данашњих политичара, федерализам је представљао извор инспирације за европске интеграције. Наиме, бројни конституционалисти, филозофи и политичари, залагали су се за настанак Европске федерације, односно за организацију Европе као једне државе са јединственим уставом. Међутим, ова идеја није увек била прихватана са симпатијама, јер је федерализам у старим државама, које су биле националне државе, изазивао страх од екстремне централизације. Међутим, те државе-нације су губиле из вида да федерализам, у ствари, почива на вољи за очувањем аутономије и различитости федералних јединица.

Федерализам има веома значајну улогу у европској изградњи, као политичком подухвату без преседана. До сада је познато неколико модела федерализма, али, европска изградња захтева иновацију, па се она, зато, не може укалупити у неки већ постојећи, или још горе, у неки унапред одређен, модел. Ту је неопходно извршити синтезу између јединства и различитости. Зато се последњих година врши „интензивно трагање за новим европским федерализмом“, односно, отворена је дебата о будућности Европске Уније. У прилог убрзања процеса европских интеграција (проширења Уније), иду бројни чиниоци. Такође, потребно је да ***мултилатерална*** политичка акција, која се ослања на дијалог и сарадњу, замени ***унилатералну*** политику САД-а, која почива на њеној економској и војној бази (сили). Зато, федерализам представља одговарајућу противтежу глобализацији и најподеснији облик друштвене организације. Као такав, он би окупио Европљане у Унији, у којој би им биле гарантоване националне, регионалне и локалне особености. Такође, морала би да постоји и неопходна међузависност, као и афирмација европског идентитета.

Због тога је актуелан повратак федерализма, тј. у европској дебати се акценат ставља на неодложност потребе за федеративним језгром и за Европским уставом. Валери Жискар д’ Естен, бивши француски председник и Хелмут Шмит, бивши немачки канцелар, својевремено су предложили федералистички европски приступ, а пре њих, то су учинили Жак Делор и Јоханес Рау. Они су дали идеју федерације националних држава, односно, предложили су доношење Европског федералног устава. Овај европски пројекат треба да отвори пут ка Европској федерацији, а

повратак федерализма се поклопио са избором европске девизе „ЈЕДИНСТВО У РАЗНОЛИКОСТИ“ [8].

За федерални модел и стварање чврстог језгра Европе, залагали су се раније Ђулијано Амато, а сада и Романо Проди. Федерализам је, од самог почетка европске интеграције, играо водећу улогу. Основне идеје федерализма се позивају на дела Имануела Канта и на америчке „Федералистичке списе“, према којима је, првобитно, требало да један уставни скок доведе до оснивања једне „европске савезне државе“. Основна идеја, при томе, јесте очување разноликости уз истовремено очување јединства. Овде је, дакле, циљ – спутавање централистичких тенденција утврђивањем заједничких основних права и вредности, вертикална и хоризонтална подела власти између демократских институција.

Због тога је јачање федерализације Европске Уније неопходно, али садашњи теоретичари федерализма предлажи, уместо једнократног уставног скока, који се у међувремену није догодио, постепену федерализацију Европске Уније. Неколико основних питања везаних за европске интеграције, односно за федерализам, су:

1. ***Мотиви*** (Зашто?);
2. ***Процес*** (Како?);
3. ***Актери*** (Ко?);
4. ***Циљеви*** (Куда?);

На ова питања се могу дати следећи одговори:

1. Основни мотиви европских интеграција и стварање Европске федерације, јесу – мир, демократија и идеализам;
2. Процес федерализације се може извршити на два начина – једнократним уставним скоком и постепеном федерализацијом;
3. Актери су сви политички нивои и друштвене групе;
4. Циљеви су стварање савезне државе, односно Сједињених Држава Европе, уз поштовање принципа супсидијарности.

Перспектива Европске Уније се појављује као централна тачка целокупног процеса стабилизације и развоја региона, пружајући и народима Балкана и међународној заједници реалну перспективу ка стабилности, сарадњи и просперитету, насупрот поделама и конфликтима прошлости. Зато се Европска Унија налази на преломној тачки. Током наредних неколико година, један од изазова биће обезбеђивање да се грађани више не осећају само као пасивни актери, него као протагонисти Европе. Отуда ће политичко јединство и изградња идентитета бити веома сложен и деликатан процес.

---

[8] Ову девизу су предложили студенти земаља чланица и она не представља ништа друго до симбол федерализма.

У више етапа је растао број чланова од 6 на 15, а од 2004. године на 25 држава. Наиме, 2004. године у Европску Унију су примљене и Мађарска, Пољска, Чешка, Словачка, Словенија, Летонија, Естонија, Литванија, Малта и Кипар. Политичке и научне дискусије ће се наредних година бавити питањем граница Европске Уније. То значи европеизацију политике.

Европско уједињење је почело у привредној области, али од самог почетка је, ипак, пројект интеграције Европе био политички мотивисан. Основни задаци и циљеви стварања Европске Заједнице (Европске Уније) били су тројаки:

Повећање животног стандарда у државама чланицама Заједнице;

Реализација политике пуне запослености и

Проширење привредне сарадње (првенствено у оквиру Заједнице).

Током времена је настала таква Европска Унија, која свој рад заснива, како на кооперацији између Влада држава чланица (intergovernmental), тако и на властито оформљеним органима и на заједничким методама одлучивања (supranational). Интеграциони токови Европске Уније, остварили су неколико основних тржишних слобода, а то су:

Слободан проток људи;

Слободан проток услуга;

Слободан проток роба и

Слободан проток капитала.

Посебна динамика је последњих година полазила од усавршавања унутрашњег тржишта, привредне и монетарне Уније, укључујући увођење нове заједничке монете (ЕУРО) и историјског пресека у Средњој и Источној Европи. Са падом Берлинског зида 1989. године и отварањем Источне Европе за демократију, правну државу и тржишно–привредне структуре, коначно се завршило послератно време у Европи. На завршетку овог дугачког процеса, стоји одлука шефова држава и влада од децембра 2002. године, да се до 01. маја 2004. године, у Европску Унију прими 10 нових држава .

Свака промена структуре и политике значи и прекретницу у самој организацији Европске Уније. Државе чланице се боре око усмеравања ових реформи ка једној, пре супранационалној или јаче међудржавној структури. Од 1989. године, ово се догађало на три Владине конференције: у Мастрихту, 1992, Амстердаму, 1996/97, Ници, 2000. године и у оквиру Конвента за будућност Европске Уније.

Паралелно са тим би Европска Унија морала да дâ подршку потенцијалним новим чланицама при њиховим процесима трансформације, да заједно са кандидатима за приступање уздигне *status quo*, да структуира процес преговарања и да разради прелазна правила. Дакле, то значи да два комплексна процеса, тј. продубљење и проширење, морају паралелно да се развијају.

Због пријема нових држава чланица, Европска Унија је у 2004. години, знатно променила своје лице у поређењу са 1989. годином: она, сада, има 25 чланица, чијих 452 милиона грађана образује велико заједничко тржиште. Њена спољашња граница се померила далеко према Истоку, што значи нови изазов у области безбедности граница, као и унутрашње и правне политике [9].

Због свега тога, Европска Унија је предузела велику реформу своје унутрашње структуре: Конвент за будућност Европске Уније је заседао од фебруара 2002. године, са једним јединим циљем – да изради Устав Европске Уније. На почетку 21. века у затегнутом односу продубљивања и проширења се Унији постављају најмање четири начелна питања у вези:

- финалитета Европе;
- идентитета Европе;
- способности деловања Европе и
- стабилног политичког оквира за валуту Европске Уније.

У Европској Унији има пуно динамике, а ипак се почетак деведесетих година карактерише губитком поверења грађана у европску интеграцију. Зато Европска Унија мора да се више, него национални политички системи, бори у корист грађана. Генерална сагласност за европско уједињење није више усамљена. Информација о изградњи и даљем раду Европске Уније је, зато, централни задатак свих институција Уније. Један од реформских задатака Конвента за будућност Европе је успостављање јавности законодавних аката на европској равни.

Будућност Европске Уније је непредвидива, јер, она, опет стоји пред великом неопходношћу промена. Европска Унија, данас, нуди велике шансе, јер она већ скоро 50 година испробава заједнички живот у миру и за то је направила механизме и правила [10].

3. Мотиви европске интеграције

Многобројни мотиви су говорили и говоре у корист европског уједињења. Ближа анализа, такође, показује да очекивања у погледу Европске Уније и, с тим повезани, мотиви за уједињење, варирају од земље до земље, као и од времена до времена. У једној анкети спроведеној у октобру/новембру 2001. године, по налогу Европске комисије, анкетирани у Француској, Италији, Луксембургу, Холандији, Финској и Великој Британији, као најважнији задатак ЕУ, су навели «мир и безбедност», док су у Немачкој, Грчкој, Аустрији, Шпанији и Португалу

[9] Piepenschneider, Melanie: Union zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Informationen zur politischen Bildung, bpb (Hrsg.), 2. Quartal 2003, Nr. 279.

[10] Према, Piepenschneider, Melanie: Union zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Informationen zur politischen Bildung, bpb (Hrsg.), 2. Quartal 2003, Nr. 279, 3-5.

навели «борбу против незапослености», у Белгији, Ирској и Шведској «борбу против злочина и дроге», а у Данској је на првом месту стајала «заштита човекове околине».

У погледу мотива за европско уједињење треба навести 6 најважнијих, а то су:

обезбеђење мира;

припадност једној вредносној заједници;

раст економског стандарда;

више утицаја у спољној политици и политици безбедности;

изгледи на већи успех при решавању проблема који превазилазе границе (на пример, при заштити човекове околине), као и

јачање пријатељства међу народима [11].

Обезбеђење мира је увек био значајан аргумент за пријем држава у Заједницу, чак и када су, економски разлози, говорили против приступања. Европа је, међутим, имала закашњење од 50 година. Наиме, идеја да се супротности националних држава учине безопасним, кроз наднационално размишљање и управљање, одушевљавала је давно пре националсоцијалистичког терора протагонисте различитих опредељења.

Историчари су израчунали, да је пре 1940. године, поднето до 200 скица, планова и нацрта за европско уједињење. Чак су, и политичари у егзилу, као и протерани интелектуалци из Источне Европе и током самог Другог светског рата, упркос његовом несигурном исходу, развијали мудре планове за мирни уједињени континент. То, што после завршетка овог рата, није одмах приступљено реализацији ове идеје, било је у искључивој одговорности совјетског диктатора Стаљина. Он је хтео да држи отворену опцију директне контроле Совјетске Савеза преко пограничних држава. Стаљиново "њет" политичкој интеграцији Европе, зауставило је послератно уједињавање европског континента и било је основни разлог што још 1950. године, није дошло до стварања јединствене Европе [12].

3.1. Спољно-политичке и безбедоносно-политичке неопходности

Већ од почетка седамдесетих година било је покушаја за успостављање «Европске политичке сарадње» (ЕПС). Међутим, различити спољнополитички интереси и ниво спољне политике, то нису омогућавали.

---

[11] Све према: Schmuck, Otto: Motive, Leitbilder und Etappen der Integration, Informationen zur politischen Bildung, bpb, 2. Quartal 2003, Nr. 279, S. 5-6.

[12] Juncker, Jean – Claude: "Der Weife Weg in die Zukuft", in: Der Spiegel 10/2003.

Међутим, промењена политичка ситуација у свету, после завршетка хладног рата и, са тим повезана, очекивања других држава у погледу појачаног ангажмана Европљана, повећавају, ипак, притисак на преузимање много веће светско-политичке одговорности Европске Уније.

3.2. Јачање суседских односа

Коначно, у мотиве европског уједињења се убраја још и настојање да се имају добри међусуседски односи у Европи. Региони, градови и удружења склапају партнерства; ученици, студенти, млади, запослени и остали заинтересовани грађани узимају учешће у програмима размена, да би тиме градили «Европу одоздо». Овакви контакти се олакшавају отвореним границама и одговарајућим знањем језика, која се стичу у школама, на универзитетима, народним универзитетима, специјално у «Erasmus» програму размене, као и студирањем неколико семестара у иностранству. За школе постоји «Comenius» програм. Помоћу «Lingua» програма се потпомаже комуникација.

ЕУ потпомаже и подржава овакве активности мноштвом програма [13]. Студенти, могу на пример, да на «Erasmus» програму размене, наведу много разлога за унапређење европског пута ка јединству. У различитим школама земаља Европске Уније, данас има око 60 милиона младих и 10 милиона студената. Младима се од стране Европске Уније нуде бројне прилике за упознавање других земаља током школовања или студирања. За подржавање образовања предвиђена су два програма, и то: «Leonardo da Vinci» и «Socrates». Програм «Leonardo da Vinci» је предвиђен за покривање свих размена и програма усавршавања и обуке, док је програм «Socrates» намењен школском и универзитетском образовању.

Програм «Erasmus» функционише у оквиру «Socrates-a» и представља акциони програм Европске Уније за размену студената. «Erasmus» омогућава професорима и студентима већу слободу приликом избора места студирања и програма студија. Овде се, такође, инсистира на унификацији европског високог школства и узајамном признавању студија.

Програм «Tempus» је намењен земљама Западног Балкана, укључујући овде и Србију. Овај програм намењен, пре свега, за спровођење реформи у оквиру система високог образовања. Од децембра 2002. године, наша земља учествује у «Tempus» програму, као делу општег програма помоћи Европске Уније друштвеном и привредном

[13]Schmuck, Otto: Motive, Leitbilder und Etappen der Integration, Informationen zur politischen Bildung, bpb, 2. Quartal 2003, Nr. 279, S. 8.

реформисању земаља Западног Балкана, тј. њиховом друштвеном реструктурирању.

Програм «Copernicus» је, такође, веома интересантан за нашу земљу, која учествује и у њему, јер овај програм представља оквирни програм Европске Уније за научна истраживања и технолошки развој. О уређењу уједињене Европе било је, и има, различитих представа, које су бивале све видљивије у пређеним етапама уједињења.

4. Модели европске интеграције

Федерализам је упућен на демократске и транспарентне методе, као и демократску легитимацију, тј. озакоњење његових институција и актера. Федерализација Европске Уније је могућа само онда када њени грађани признају организационо уређење Европске Уније (ту спадају институције, актери, методе, расподела задатака) као легитимно.

Немачки Савезни канцелар је 06. маја 1993. године, јасно рекао да се Уговорима из Мастрихта није имало у виду оснивање «Сједињених Европских Држава» које би оснивање могло да се пореди са настанком Сједињених Америчких Држава. Европска Унија, дакле, постоји и постојаће, све док државе чланице то буду желеле. Свако размишљање, по коме у једној федерацији, као сложеној држави (на пример, у Европској Унији), доминира географски већа јединица у односу на мању, по коме, дакле, државе чланице губе свој сопствени суверенитет (у Европској Унији), спречава разумевање и прихватање европске интеграције. Европска Унија почива, правно и политички, у њеним државама чланицама и њиховој спремности да наставе чланство и примене право Европске Уније.

У дискусији о будућем развоју Европе често су супротстављене јасно дефинисане позиције, које могу да се сврстају у 4 основна правца :

1) ***Модел "Европске Савезне Државе"*** се базира на јасном одређивању задатака и на пословно способним и демократско легитимисаним институцијама европске равни. Основа је писани Устав са наведеним заједничким основним вредностима. Овај концепт је, пре свега, подржаван, а и сада се подржава, од стране политичара из Немачке, Француске, Белгије, Италије, Холандије и Луксембурга. Аустрија се, такође, залаже за овај концепт, и то од свог приступања 1995. године. «Европска Савезна Држава» се карактерише јасним разграничењем компетенција и демократски легитимисаним владама на различитим политичким равнима.

2) Код ***конкурентског модела "Европски Савез Држава"***, владе држава чланица задржавају право на доношење крајње одлуке за решење заједничких проблема. Парламенти у овом моделу играју подређену улогу.

То су подржавали, а и данас подржавају, представници Велике Британије и Скандинавије.

Овакав концепт налази подршку, и у Француској, и у Шпанији. Савез држава почива на сарадњи влада суверених држава. Представници влада одлучују о свим важним материјама (по правилу једногласно) у Савету Министара или у Европском Савету шефова држава и шефова влада.

Европска Унија је, данас, очигледно, прерасла модел Савеза Држава. Већинска гласања су, на пример, правило код доношења одлука о унутрашњем тржишту. Европско право је испред националног права.

3) ***Модел "Европа региона"***, заснива се на постојању јаких региона који, уједно, делују као трећа раван у проналажењу одлука. За предност овог модела се сматра његова блискост са грађанима, тј. приближавање грађанину. Овај модел подржавају представници регионалног нивоа, а уздржани су представници влада из држава са федералном структуром (Белгија, Немачка, Аустрија).

Европски региони су се од средине осамдесетих година, у дискусији о будућности Европе, појачано јављале за реч и захтевале даљи развој Европске Уније у «Европу трију равни». Европеизација и регионализација су, из овог угла посматрања, биле у веома уској вези, изгледале су као две стране једне медаље. Снажнија регионализација Европске Уније је могла да образује контратег за тенденције централизације од стране органа Европске Уније, а представници региона у томе виде средство да зауставе губитак утицаја у односу на државну и европску раван.

4) ***Модел «Диференциране интеграције»*** се карактерише са више, делимично или потпуно, постигнутим јединством, различито изражених чврстина интеграција. Притом, у центру стоји федерално језгро, око којег се групишу аранжмани различитих сарадњи. У политичкој пракси се ови модели до сада нису јављали у чистом облику [14].

5. Европска будућност у време глобализације

Са Еуром почиње права дискусија и истински дијалог. Основне одлуке у Европској привредној и монетарној Унији сада с правом усмеравају дебату – ако овај корак успе, он ће бити од епохалног значаја. Као "велики интегратор", заједничка валута може да преузме ону улогу, коју је деценијама имао хладни рат.

Најпре су имали право они који су упозоравали на то, да се заједничка валута привредно, финансијски и социјално-политички, такорећи, "остави да стоји на киши". Постављало се и питање, како би Европа могла да реши проблеме политичке структуре њених демократских институција, обезбеђења грађанских слобода и ново одређивање основних принципа

[14] Исто, С. 9-11.

солидарности и супсидијаритета. Ове тачке ће, заједно са проширењем Уније на Исток, одређивати политички дневни ред наредних година.

6. На путу ка већој Унији

Завршетак конфликта између Истока и Запада, такође, обележава прекретницу у историји европске интеграције. Са сломом комунизма у Европи и завршетком совјетске хегемоније над земљама Средње и Источне Европе, први пут је настала таква светско–политичка констелација, тј. такав однос политичких снага, у коме је било могуће проширење Европске Заједнице према Истоку. Шансама за политичко и економско уједињење Европе су супротстављени ризици географске, политичке, социјалне и финансијске прекомерне експанзије и превеликих захтева Уније.

У току либерализације и демократизације које су, у Средњој и Источној Европи, извршене осамдесетих година прошлог века, Европска Заједница је постала кључни партнер трансформације и модернизације [15].

Уједињење је често било могуће само кроз компромис између представника различитих идеја. Тако је постигнуто јачање структура Заједнице уз првенство европског права пред националним правом, директних избора у Европском парламенту, већинског гласања у Савету. Ова правила су, најпре, важила за одлуке у вези унутрашњег тржишта, а затим, и за нова политичка поља, увођење заједничке валуте и израду Повеље основних права у Европској Унији.

7. Федерално јединство Европске Уније

Федерално јединство Европске Уније се може довести у везу са три основна начела:

Јединство правног поретка,

Јединство институционалних структура, као и

Солидарност држава чланица.

Дејство досадашње интеграције на федерално јединство Европске Уније, треба да се расветли на основу ових начела.

7.1. Јединство правног поретка

Европска Унија је, од самог почетка, била конципирана као правна заједница. Право јесте, и остаје, значајан инструмент за остварење циљева интеграционог процеса. Јединство тумачења и примене права Заједнице

[15] Lippert, Barbara: Auf dem Weg in eine größere Union, Informationen zur politischen Bildung, bpb, 2. Quartal 2003, Nr. 279, S. 42.

игра увек централну улогу. Ово јединство се, бар посредно, због диференциране интеграције доводи у питање.

7.2. Јединство институционалне структуре

Јединство правног поретка у Европској Унији је од великог значаја из више разлога. Оно стоји у важном узајамном односу са институционалним јединством Уније. Јединствена институционална структура Уније се оправдава њеном улогом у стварању и извршењу јединственог европског правног поретка. Овај значај је уочен на основу процењивања радне способности органа. Једва да се може замислити да би могли да заседају Савет министара, Комисија, Парламент и Суд у стално променљивим саставима, зависно од тога о којој се материји управо расправља. Не може, међутим, да се пре свега, без јединствене структуре образује јединствена политичка јавност. Без такве европске политичке јавности не може да постоји ни трајна федерална европска заједница.

8. Проширење Европске Уније

Проширење Европске Уније (ЕУ) је израз који се користи за процес примања нових држава чланица у пуноправно чланство велике европске породице. Европска Унија је, од свог настанка до данас, доживела пет таласа проширења. Од свих ових проширења, ово последње, пето, које је извршено маја 2004. године, је највеће. Наиме, овај талас је обухватио земље Централне и Источне Европе, као и балтичке земље. Поред њих, пуноправне чланице Европске Уније, постали су и Кипар и Малта. Значи, брзо ширење Европске Уније прави дубоке промене европске политичке мапе. С правом се очекује да ће ове корените промене чинити оквир будуће стабилности и безбедности, али и да ће, исто тако, поспешивати владавину права, поштовање људских права и социоекономски просперитет у Европи.

На почетку новог миленијума, Европска Унија је преговарала са дванаест држава из Средње и Јужне Европе о њиховом пријему у Унију. Потенцијални кандидати за приступање су биле: Пољска, Румунија, Чешка, Мађарска, Бугарска, Словачка, Литванија, Летонија, Словенија, Естонија (МОЕ), као и Кипар и Малта. Осим тога, и Турска, од завршетка 1999. године, важи као званични кандидат за приступање, са којом, додуше, још нису вођени преговори, због недовољног испуњења критеријума за пријем. Истовремено, проширење представља велику шансу за Унију, да се постигне нови квалитет у међународним односима.

Од наведених 12 чланица, у Европску Унију нису примљене Бугарска и Румунија. Ово проширење Уније је догађај од изузетног значаја за европску безбедност. Наиме, на Самиту Европског савета у Копенхагену

13.12.2002. године, усвојена је оцена да је десет земаља испунило услове за пријем. Њима је за период 2004-2006. одобрена додатна финансијска помоћ у износу од око 41 милијарде Евра, која ће, углавном, бити утрошена за побољшање инфраструктуре, изградњу институција и за модернизацију пољопривреде.

8.1. ЕУ-проширење као изазов

Остварено проширење Европске Уније, као и предстојеће проширење, које се очекује у блиској будућности, за европску сигурност ће бити догађај од великог значаја. Ипак, границе Европске Уније, су стварне линије раздвајања у области трговине (као и царине), онемогућавања слободног кретања људи и услуга, робе и капитала. Европска Унија је, данас, са 25 земаља чланица, најзначајнија светска економско-политичка интеграција.

Проф. др Роман Херзог је, својевремено, као Савезни председник, на следећи начин описао велике задатке, који се постављају пред Европском Унијом у будућности: „Ако желимо да се ефикасно суочимо са проблемима глобалне промене, потребна нам је европска визија. Европа је више него монетарна Унија. Истинско повезивање у политичку Унију је, за Европу, изазов XXI века. Мастрихт је само једна етапа на том путу“.

8.2. Критеријуми за улазак у Европску Унију

Кандидати за чланство у ЕУ морају да испуне три групе критеријума из Копенхагена, на основу којих се оцењује њихова политичка, економска и административна зрелост. Тек су многобројни захтеви за прикључење некадашњих комунистичких земаља навели ЕУ да 1993. у Копенхагену нешто подробније дефинише критеријуме за пријем. Они су обухватили и подељени Кипар и неодлучну Малту, која је неколико пута постављала и повлачила захтев за пријем.

Европски савет је, децембра 1989. године, из Стразбура упутио позив бившим комунистичким државама Источне Европе за прикључивање Европској Унији. Први корак је био учињен потписивањем уговора о трговини и сарадњи неколико, тада још социјалистичких земаља (међу њима и СФРЈ) са Европском економском заједницом. Ови уговори су, почев од 1991. године, стално проширивани додатним одредбама, постајући тако уговори о придруживању и сарадњи. Словенија је 1996. године, од када је назив «Европска Заједница», замењен називом «Европска Унија», закључила прву серију потписивања тих уговора.

На Самиту Европског Савета, одржаном јуна 1993. године, у Копенхагену, усвојен је документ који садржи, као што смо напред навели, три групе критеријума који су потребни за улазак у Европску

Унију. На основу ових критеријума оцењује се зрелост земље која жели да постане чланица Европске Уније. То значи, да свака европска држава, која поштује начела демократије и слободе, људских права и владавине права, може да затражи пријем у пуноправно чланство Уније. У ове критеријуме, који су познати под називом «Критеријуми из Копенхагена» спадају:

а) Политички критеријум

Ово је први услов да би се, уопште, приступило преговарању. Наравно, претходно је потребно потписати и ратификовати уговор о придруживању и извршити формално подношење кандидатуре. Аспирант за пријем у чланство Европске Уније мора, пре свега, у потпуности да испуни групу политичких услова, тј. потребна је стабилност институција државе кандидата које осигуравају правну државу, демократију и поштовање људских права и мањина. То, најпре, значи да се ради о демократском политичком режиму, чија је стабилност осигурана ефикасним функционисањем државних институција и у коме је организација власти извршена на основу принципа поделе власти. Због тога се посебно анализира деловање све три гране власти, и то:

Улога, овлашћења и законитост рада националног парламента, као и његових одбора; поштовање одлука тог парламента и могућност деловања опозиције у њему, итд.

Стабилност владе и анализа планираног и испуњеног у претходној години; програм рада владе за наредну годину; развој управног апарата и локалне самоуправе, итд.

Независност и финансирање, ефикасност и јачање судства (пре свега, кроз обучавање и ширење капацитета). Све ће то помоћи да правосуђе одигра своју улогу у спровођењу правних одредби Европске Уније, али и да осигура стабилнији развој привреде и испуњење економске групе услова.

б) Економски критеријум

Овај критеријум захтева постојање тржишне привреде која може да функционише и која може да се одупре притиску конкуренције на унутрашњем тржишту, тј. на тржишту Европске Уније. Овде је, свакако, најважнија примена прописа из области стварања унутрашњег тржишта, које је након 1993. постало кичма ЕУ. За стварање унутрашњег тржишта неопходно је осигурати "четири слободе" (кретања робе, услуга, капитала и људи). Да би се омогућило несметано функционисање унутрашњег тржишта, неопходно је, уз то, обезбедити доследно спровођење политике слободне конкуренције, која обухвата борбу против картела и злоупотребе

монополског положаја, регулисање државне помоћи привреди и спајању предузећа.

Значи, овде имамо два захтева, од којих је први лакше (јер је за то потребна либерализација цена и спољне трговине), а други теже испунити (потребна је стабилност макро-економских показатеља, тј. раст друштвеног бруто-производа, инфлација, стопа незапослености, платни биланс са иностранством). За остварење првог захтева потребно је, значи, снижавање и укидање царина, постојање ефикасног правног система, транспарентност контроле система опорезивања, као и рашчишћавање имовинских односа, тј. денационализација.

За остварење другог захтева, потребно је постојање стабилног привредног окружења у коме привредници могу доносити одлуке под условима који се могу предвидети. Потребно је да држава преструктуира предузећа која су у њеном власништву и да их прилагоди условима тржишног пословања, уз неопходно стално инвестирање ради подизања продуктивности.

Значи, потребно је постојање делотворне тржишне привреде у држави која истиче кандидатуру за пријем у чланство Европске Уније, као и да држава кандидат има способност да издржи тржишну конкуренцију у Унији.

в) Административни критеријум

Овај критеријум се односи се на способност земље чланице да преузме целокупно примарно и секундарно законодавство Уније - *acquis communitaire* и да осигура његово једнообразно тумачење, примену и ефикасно санкционисање у случају неспровођења. Овај, основни критеријум, се састоји у усвајању и примени прописа Европске Уније, односно правних тековина Заједнице. Несумњиво, главни терет спровођења овог задатка пада на државну управу и судство. Држава мора да изради стратегију модернизације државне управе, чиме ће повећати њену транспарентност, ефикасност и контролу над њеним деловањем.

Држава кандидат мора да има способност преузимања обавеза које произилазе из чланства. То укључује и спровођење циљева политичке, економске и монетарне уније. Све то, наравно, треба учинити не само на националном, већ и на регионалном и локалном нивоу.

Међутим, и поред испуњавања наведених услова, тј. задовољавања постављених критеријума, процедура за пријем у пуноправно чланство Европске Уније је веома сложена. То значи да је пут у чланство веома трновит, јер је потребно да држава кандидат прво поднесе молбу за чланство Савету Европске Уније. Ову молбу за чланство прати захтев за

оценом усклађености са напред наведеним Критеријумима из Копенхагена [16].

Као припремна фаза, овој молби за пуноправно чланство, најчешће, претходе склапање и спровођење уговора о придруживању. После тога, Савет Европске Уније тражи мишљење Европске комисије о молби за чланство. Ово мишљење може бити позитивно или негативно, али оно није обавезујуће. Уколико је мишљење Европске комисије позитивно, она даје предлог Савету Европе да са конкретном државом започне преговоре о пуноправном чланству. Овде је веома значајно напоменути да држава кандидат и Европска комисија заједно спроводе поступак, унутар законодавства земље кандидата, којим се утврђују области које треба прилагодити законодавству Уније, тј. утврђује се, до које је мере потребно ово прилагођавање. Такав поступак, тзв. «screening», спроводи се пре започињања преговора између земље која је кандидат за пријем у чланство Европске Уније и саме Европска Унија.

Међувладина конференција, тј. конференција влада земаља чланица Уније, се одржава сваке четврте године и на њој се разматрају најважнија стратешка питања везана за Унију. Наравно, у та питања спада и питање њеног проширења. У случају да Међувладина конференција донесе позитиван закључак, тј. да је одређена земља, која је поднела молбу, испунила услове да јој се призна статус кандидата за чланство, преговори о приступању се покрећу у року од шест месеци од завршетка Међувладине конференције. Ове преговоре води Председништво Европске Уније, у сарадњи са Европском комисијом. По завршетку преговора, долази до израде Нацрта уговора о приступању, између Европске Уније и државе кандидата. Овај Уговор мора бити одобрен од стране Савета Европске Уније и Европског парламента, после чега следи потписивање Уговора. Међутим, да би овај Уговор ступио на снагу, потребна је његова ратификација од стране држава чланица Европске Уније и саме земље која је кандидат за пријем у пуноправно чланство. После овог процеса ратификације Уговора о приступању, држава кандидат добија статус пуноправне чланице Европске Уније.

9. Авантуристичко проширење

Овај задатак је дубоко историјски. Заиста је неизвесно када ће он бити савладан, када ће бити затворен први круг проширења на исток. Због компликоване материје преговора „*acquis communitaire*“ постоји преко 200.000 страна текста са 14.000 правних аката. Наочиглед великог привредног пада и огромне разлике у висини животног стандарда између

[16] То значи, да се врши оцена усклађености те државе са политичким, привредним и правним критеријумима Европске Уније.

Истока и Запада, постоји енормна потреба прилагођавања, на пример, за надпропорционално велики и неједнако мање продуктивни аграрни сектор у појединим земљама [17]. Међутим, поставља се питање шта ће се догодити, ако би једног дана Украјина или чак Русија изразиле озбиљну жељу за чланством у Европској Унији? Заједница би, зато, пре или касније, морала да разјасни, да ли „европску перспективу“ имају и оне државе, чији је геополитички периферни положај важан, али ипак веома шкакљив, чија је унутрашња ситуација оптерећена бројним проблемима, пуна неспоразума за опстанак заједничких основних убеђења и чија би величина и број становника тешко могли да поднесу интеграцију.

Другим речима, Европска Унија којој би припадала Турска, Украјина или, чак Русија, не би имала баш ничег заједничког са Клубом Шесторице из 1957. године. Она би била «колос», који би био притиснут властитом величином и прекомерном развученошћу. Због овога, Заједница петнаест земаља је осећала оптерећење, а то оптерећење ће бити вишеструко умножено, сада, у Савезу 25 земаља [18].

10. Принцип супсидијаритета и његов значај за уставни развој Европске Уније

Принцип супсидијаритета је у формулацији Уговора из Мастрихта преузет, у неизмењеном облику, из Уговора из Амстердама и тиме није потврдио стандард образложења компетенција, већ стандард извршења компетенција [19]. Карактеристично за Европску Унију је неопходност заједничког дејства више равни. Други заговарају «федералну трансформацију» досадашње испреплетености компетенција Европске Уније и предлажу трансформацију, која се оријентише ка принципу супсидијаритета [20].

Удео држава чланица, регија и општина у европском одлучивању је, ипак, само један аспект федералног уређења. Искуства са «кооперативним федерализмом» у Немачкој, показују да удео у одлучивању на савезној равни може да буде «сладак отров». Садејство у доношењу одлука Савеза је, тако, све више потискивало самосталне могућности формирања

---

[17] Frankenberger, Klaus – Dieter, Wo endet Europa? – Zur politischen und geographischen Identität der Union, in Europa hat Zukunft – Der Weg ins 21. Jahrhundert, Verlag für internationale politik GMBH, Bonn, 1998, S. 116 – 117.

[18] Исто, S, 119-120

[19] Hrbek, Rudolf: Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Bedeutung und Wirkung nach dem Vertrag von Amsterdam, Jahrbuch des Föderalismus 2002, EZFF (Hg), Tübingen, S. 530.

[20] Упореди Fischer Thomas/Schley, Nicole 1999: Europa föderal organisieren. Ein neues Kompetenz- und Vertragsgefüge für die Europäische Union, Bonn, S. 141. Студије оба аутора садрже један веома пажљиво израђен заједнички концепт на основу једне веома диференциране аргументације.

немачких држава чланица. Ова грешка није више смела да се понови на европској равни. Неопходан је, с тога, каталог компетенција у којем би биле утврђене надлежности Европске Уније. Ово мора да буде допуњено кроз други каталог, у којем су наведене надлежности, у које, ни у ком случају, не сме да задире Европска Унија, а које мора да остану поверене државама чланицама и, у складу са њиховим уставним уређењем, регионима и општинама.

Из тог разлога је за Европску Унију важна једна одредба, према којој ће бити постављени програми унапређења само на основу изричите надлежности. Оријентир за расподелу компетенција мора да буде принцип супсидијаритета. Овакав каталог компетенција би као оквир уређења за европске органе истовремено омогућио ефективност.

Наведена правила у Европској повељи, треба да буду сажета у једном европском уставном уговору. Ради се о политичкој вољи да се створи уређење, да се повеже јачина делања Европске Уније са респектом националног и регионалног идентитета. На овом путу треба да истрајемо и да стално напредујемо, како бисмо обезбедили, толико жељено «европско уређење».

Супсидијаритет је за многе људе «растегљив» концепт, који се може различито тумачити. Овај принцип, још никада, није био лајтмотив Комисије и Европског Парламента, што је, такође, било разумљиво у ранијим стадијумима европског развоја, када је у њеном интересу лежало то да се докаже да Европа остварује добар учинак и да европска интеграција има позитивну и практичну сврху [21].

При сваком даљем интеграционом кораку треба, пре свега, водити рачуна о очувању националног идентитета, што је у једној «Европи јединства у мноштву» - системски логично. Инструменти за ово су принципи ограничених појединачних овлашћења, сразмерност и нарочито супсидијарност.

Унија треба да се, начелно, сконцентрише на овакве задатке који не могу у довољној мери да се испуне на равни појединачних држава. Она мора да добије неопходна овлашћења за области задатака, за које она може да понуди вишу европску вредност.

Принцип супсидијаритета не гарантује само блискост грађанима при извршењу компетенција које не припадају искључиво Европској Унији. Он има начелни значај као структурни принцип Европске Уније, који је меродаван за пренос даљих компетенција.

---

[21] Mandelson, Peter: Subsidiarität Leben – Europäische Integration und nationale Souveränität, in Europa hat Zukunft – Der Weg ins 21. Jahrhundert, Verlag für internationale Politik GMBH, Bonn, 1998, S. 44.

11. Страх од губитка суверенитета

Европско уједињење се често дефинише негативно као «губитак суверенитета» појединачних националних држава. Идеја Европе захтева делове тог суверенитета за себе. Шта чини Европа са њим? У чему се састоји европски, дакле наднационални и транснационални суверенитет? Зар се неће преношењем суверенитета на Европу управо направити нездрави затегнути лук, који би дискредитовао идеју Европе?

Негативних примера има много. Ту треба да се посматра само «непробојно шипражје» европског уређења субвенција, аграра или трговине. Ови су, као сунђер, у себе упили национална права на суверенитет и, у сваком случају, активирали протест, када суверене одлуке из Брисела гурају у страну националне жеље. Становништву не може да се саопшти, да Европа треба да одлучи о томе, које површине треба да се умртве и да се помоћу четкице офарбају у плаво.

12. Европски устав као допринос образовању европског идентитета

Против конституционалних реформи се изриче аргумент, да нема колективног европског идентитета, па зато не може ни да има устава. «Без народа нема устава» - гласи девиза. Овај аргумент почива на погрешној премиси, да национални и европски идентитети морају да буде једнако структуирани. Али, то није тако, и не треба тако ни да буде. За једну европску уставну државу, грађани, ни у ком случају, не морају да предају њихов национални идентитет. Они су, пре свега, грађани држава чланица, а тек затим грађани Уније. Они мора да стекну додатни европски идентитет. Управо тако, то види скоро половина грађана у Европској Унији, већ годинама. Као «национално и европски» и као «европски и национално» се осећало 55% испитаника у 1992. години и 48% у 1999. години.

Сваки држављанин земље чланице, постаће држављанин Уније. Треба напоменути и објаснити читаоцима, да **европско држављанство (или право грађанства Уније)** представља, у ствари, допуну националног држављанства, односно подразумева додатна права, као што су:

право на слободно кретање и живот на територији Уније;

право гласа на изборима за Европски парламент и локалне изборе;

дипломатску и конзуларну заштиту у трећим земљама;

право на жалбу Европском парламенту;

право на пријаву Европском омбудсману [22].

Евроскептици се прибојавају губитка прерогатива својих државности. Наиме, када су у питању противници Европског устава, различите политичке струје имају своју логику. Тако, крајња десница и суверенисти, сматрају да ће, овим, највишим правним актом Европске Уније, само изгубити у погледу своје државности. Комунисти су, такође, против, али је њихов разлог различит од претходних (они сматрају да ће се радници, за своја социјална права, теже изборити на европском, него на националном нивоу) [23]. По земљама, поред Француза и Чеха, евроскептични су, и Пољаци, и Британци.

Сумња у Устав, код неких, долази и из чињенице о новоустановљеној «двострукој већини», где одлуке доноси 55% чланица заједнице, које представљају 65% укупне популације. Због тога се «мали» плаше да их не прогутају «велики». Овај страх постоји, мада је по овом питању већ пронађен консензус од Споразума у Ници до потписа у Риму. Насупрот томе, присталице већег уједињења виде шансу за координирани напредак и развој европског континента. Они у новом Уставу Европе не виде опасност за губитак државности или социјалних права радника.

Значи, европско држављанство не замењује национално држављанство, тј. право грађанства Европске Уније (држављанство Уније) није држављанство у оном смислу, у коме класична теорија државе и права схвата ову значајну институцију. Уједињеној Европи сада предстоји да кроз националне кампање стигне од економске, до политичке заједнице.

Dr Dragan Bataveljic
an associate professor

SERBIA ON ITS WAY TOWARDS THE EUROPEAN UNION

When we talk about the future vision of Europe, we should firstly point out that it relates to the aspect of safety and defence, in the true sense of the word. It means strengthening of the European Union, primarily on principles of democracy and mutual trust, i.e. on the political aspect of safety. Now it is possible to imagine political guarantee of safety on different levels.

---

[22] Омбудсман је реч шведског порекла, постоји у преко 100 земаља света, а другачије се још назива «народни адвокат» или «народни заступник». Он прима жалбе грађана у случајевима када су им поједине институције повредиле или угрозиле одређена права.

[23] У Француској је основан и покрет против Устава Европе.

The realization of this classic scenario, however, would depend on certain conditions, including, on the first place, the following facts:

There are no more negotiations on joining the European Union, before reforms, which make a constituent part of the negotiations, enter into force.

Countries which present themselves as candidates for joining, should already have a market economy which functions regularly.

The European Union as such, could only expand through closely formed new division of institutions, and it would function as a federation.

It means a distinct military option, which would be realized through progressive definition of "common" foreign and defence policy, which would develop in the direction of "unique" policy. Basically, safety would be ensured by political means, but finally, by abilities of military defence as well.

This vision of a "Total Community" could be realized by the end of the first decade of the 21st century. The aim of its institutions would be full protection of national and regional individuality, but also creating powerful central government with a president, directly chosen by all Europeans.

Мр Зоран Јовановић,
асистент-приправник

UDK: 35.07(497.11)

ПОСЛОВИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И УПОРЕДНО-ПРАВНИ ПРЕГЛЕД СТРУКТУРА УПРАВЕ

Уводне напомене

Претходни Закон о државној управи усвојен је 1992. године, недуго после усвајања Устава Републике Србије од 1990. године. Услед тога, имао је низ мањкавости које су битно утицале на рад државне управе.

При одређивању послова државне управе, претходни Закон махом је имао у виду оне послове који се своде на ауторитативно извршавање Закона путем доношења управних аката (као појединачних аката власти) и управних радњи (као радњи принуде). Заговарао је концепт управе у коме доминира вршење државне власти.

Савремени модели управе, насупрот томе, углавном произлазе из концепта социјалне функције управе. Заснивају се на поставци да се управне делатности државе не могу свести само на вршење државне власти. Вршење управних делатности, пре свега, подразумева јавне услуге, којима се стварају и омогућују услови за свакодневни живот и рад грађана и доприноси развоју друштва као целине. Управа остварује своју функцију тако што првенствено постаје регулатор друштвених процеса, а мање инструмент власти.

Многе европске земље своде основну улогу министарстава на подршку влади у креирању стратешких политичких одлука у области из делокруга министарства и припрему аката за владу. Оперативни, рутински послови, којима се извршавају закони, измештају се у надлежност органа изван министарстава, а министарства за своје поступање одговарају влади.

1. Послови државне управе у Републици Србији

Према Уставу, послове државне управе врше министарства.1 Министарства примењују законе и друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе, као и опште акте председника Републике, решавају у управним стварима, врше управни надзор и друге управне послове утврђене Законом.2 За обављање одређених послова државне управе

---

[1] Члан 94. став 1. Устава Републике Србије.
[2] Члан 94. став 2.

образују се органи управе у саставу министарства, а за вршење стручних послова посебне организације.[3] Организација и надлежност министарстава, органа управе у њиховом саставу и посебних организација уређују се законом.[4] Влада утврђује начела за унутрашњу организацију министарстава и других органа управе и посебних организација, поставља и разрешава функционере у министарствима и посебним организацијама, усмерава и усклађује рад министарстава и посебних организација и надзире њихов рад.[5]

Новоусвојени Закон о државној управи дефинише државну управу као део извршне власти која врши управне послове у оквиру права и дужности Републике Србије.[6] Државну управу чине министарства, органи управе у саставу министарстава и посебне организације.[7] Државна управа, у основним одредбама закона, одређује се као систем органа чији је задатак вршење посебних, специфичних послова. Органи државне управе образују се и њихов се делокруг одређује законом.[8] Законско прописивање уређења (организације) државне управе и њених надлежности произлази из Устава, премда, у основи, представља одступање од начела о подели власти, јер спречава Владу да сама уреди организацију државне управе према својим потребама и за то одговара пред Народном скупштином.

1.1.Учествовање у обликовању политике Владе

Послови државне управе конципирани су битно друкчије него у претходном Закону о државној управи.[9] Управа треба што више да постане сервис грађана, што не значи да је класичним управним делатностима придат мањи значај, већ да се потенцирају и други послови, који нису израз вршења власти.

Посебно је истакнута улога органа државне управе (претежно министарстава) у обликовању (креирању, стварању) политике Владе. Органи државне управе учествују у обликовању политике Владе тако што припремају нацрте закона, друге прописе и опште акте за Владу и предлажу Влади на усвајање стратегије развоја и друге мере којима се обликује политика Владе.10 Циљ и сврха израде стратегије развоја јесте да се, у писменом облику, системски планира и усмерава развој неке области. Стратегијом се

---

[3] Члан 94. став 4.
[4] Члан 94. став 5.
[5] Члан 90. тач. 5, 6. и 7.
[6] Види: Закон о државној управи, члан 1. став 1., "Службени гласник Републуке Србије", бр. 79/05.
[7] Члан 1. став 2.
[8] Члан 2.
[9] Види: Закон о државној управи, "Службении гласник Републике Србије", бр. 20/92,48/93, 48/94 и 49/99.
[10] Члан 12.

интегришу природни, социјални и људски потенцијали и стварају претпоставке да се они тако искористе да се развој неке области усмери у жељеном смеру за дуже време. Тиме се постиже и доступност планираног развоја јавности и јавном мњењу. Дугорочна, добро осмишљена и конзистентна стратегија, елиминише импровизацију, тиме и могуће пратеће проблеме (незадовољство у јавности, нерационално располагање новчаним средствима, понављање истих грешака и слично). Орган управе у саставу министарства учествује у обликовању политике Владе преко министарства у чијем је саставу.11 Учешће у обликовању политике Владе представља, на неки начин, збирни појам за све послове државне управе који су стратешке, нерутинске и неоперативне природе.

1.2. Праћење стања

Са учествовањем у обликовању политике Владе непосредно је повезано и праћење стања у некој области, што представља следећи посао државне управе. Органи државне управе прате стање у областима из свог делокруга, утврђују га, проучавају какве последице стање има на живот грађана и правних лица (на друштво уопште) и после свега предузимају мере за које су овлашћени или предлажу Влади доношење прописа и других мера за које је Влада овлашћена.[12] Међузависност је очигледна: из праћења стања може изникнути, не само доношење подзаконског прописа Владе (најчешће уредбе, ако за то постоји правни основ), већ и промена законодавног стања на предлог Владе, по претходном нацрту, који сачини орган државне управе (што је већ посао државне управе који улази у обликовање политике Владе).

1.3. Извршавање закона, других прописа и општих аката

Као извршни послови органа државне управе дефинисани су доношење подзаконских општих аката, решавање у управним стварима, вођење евиденција, издавање уверења и предузимање управних радњи.[13] Прописе могу доносити само министарства и посебне организације, не и органи управе у саставу министарства.[14] Прописи министарстава и посебних организација јесу општи правни акти који имају екстерно важење и могу да се доносе једино ради извршавања закона или неког другог општег акта Народне скупштине или Владе. За разлику од Владе, која може доносити и тзв. спонтане или генералне уредбе (у оквиру закона

[11] Члан 12. став 2.
[12] Исто: Члан 13.
[13] Члан 14. став 1.
[14] Члан 14. став 2.

и за извршавање закона, али без изричитог основа у некој одредби закона), министарство и посебна организација могу донети пропис само ако су на то изричито овлашћени законом или прописом Владе.[15] По среди је правило вишеструког значаја: њиме се најпре штите људска права од узурпације од стране управе, чува се јединство извршне функције власти и потврђује начело поделе власти, према коме право на изворно уређивање друштвених односа припада искључиво Народној скупштини. Прописи, које доносе министарства и посебне организације, јесу правилници, наредбе и упутства и доступни су свима, јер се објављују у „Службеном гласнику Републике Србије".[16] У извршне послове улази и право органа државне управе да решавају у управним стварима и доносе управне акте.[17] У том домену је и инстанциони надзор – решавање о жалбама на управне акте органа државне управе и ималаца јавних овлашћења и решавање о ванредним правним средствима.[18]

1.4. Инспекцијски надзор

Управни надзор је уређен на битно друкчији начин него у претходном Закону о државној управи. Претходни Закон о државној управи предвиђао је три облика управног надзора: надзор над законитошћу аката, надзор над законитошћу рада и инспекцијски надзор. Надзор над законитошћу аката није ништа друго до инстанциони надзор над управним актима. С друге стране, правила претходног Закона о надзору над законитошћу рада изазвала су велике недоумице у пракси. Наиме, према претходном Закону, надзирани субјекти су предузећа, установе и друге организације. Али се ближе не одређује о којим предузећима, установама или другим организацијама је реч. Овлашћења органа државне управе у надзору над законитошћу рада јесу неауторитативна, чиме је надзор лишен основног атрибута управног надзора – ауторитативности, која се огледа у примени управних овлашћења ради обезбеђења законитости рада надзираних субјеката.

Због свега тога, новоусвојеним Законом је, у оквиру послова државне управе, предвиђен једино инспекцијски надзор као облик управног надзора. Инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона, других прописа и општих аката непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и потом предузимају

[15] Члан 16. став 1.
[16] Члан 15.
[17] Члан 17. став 1.
[18] Члан 17. став 2.

мере за које су овлашћени.[19] Инспекцијски надзор као, уосталом, и управна инспекција, уређује се посебним законом.[20]

1.5. Старање о јавним службама

Органи државне управе обезбеђују вршење јавних служби. Старају се о томе да се рад јавних служби (код нас су то јавна предузећа, установе и друге организације одређене законом) одвија према Закону.[21] Овлашћења органа државне управе овде су шира од вршења неких од оснивачких права државе и протежу се и на надзор над стручним радом установа, а одређују се законом.[22] Овде је улога органа државне управе примерена савременим схватањима социјалне улоге државе и државне управе, према којима вршење управних делатности подразумева и вршење јавних услуга чији је циљ да обезбеде услове неопходне за развој и напредак друштва у образовању, социјалној политици, здравственој заштити, научним истраживањима, привредном развоју итд.

1.6. Развојни и остали стручни послови

Наглашава се и значај послова државне управе којима се усмерава развој у појединим областима друштвеног живота, при чему су органи државне управе везани политиком Владе, која је једина овлашћена да утврди стратегију развоја.23 На крају су „остали стручни послови" државне управе. Они су циљно одређени према мерилу развоја области из делокруга органа државне управе,24 а названи су „осталим", „преосталим", да би се нагласило да се различити стручни послови одвијају и унутар обликовања политике Владе, праћења стања, доношења прописа, развојних послова итд.

Немају све врсте органа државне управе иста овлашћења. Орган управе у саставу министарства не може доносити прописе.[25] Прописе, па и у питањима из делокруга органа у саставу, доноси само министар.[26] Стога се у овом Закону појам „органи државне управе" користи само у оним случајевима када се поједина одредба (овлашћење) односи на све органе државне управе: и министарства и посебне организације и органе управе у саставу министарстава. Кад то није случај, посебно се издвајају и

[19] Члан 18. став 1.
[20] Члан 18. став 2.
[21] Члан 19. став 1.
[22] Члан 19. став 2.
[23] Члан 20.
[24] Члан 21.
[25] Члан 14. став 2.
[26] Члан 32. став 2.

означавају министарства и посебне организације (рецимо, код подношења извештаја о раду Влади и сачињавања годишњег програма рада,[27] припреме општих аката,[28] односа са Народном скупштином и председником Републике[29] итд.). Метод није последица искључиво правнотехничких захтева, већ потребе да се, унутар концепта државне управе, јасно раздвоје рутински (пре свега извршни) послови од креативно-политичких (што се на примеру односа министарства и органа управе у саставу министарства најбоље види). С друге стране, у овом Закону постоје и случајеви кад се из композиције органа државне управе издвајају само министарства. Искључиво министарство је надлежно за надзор над прописима ималаца јавних овлашћења,[30] над прописима аутономних покрајина донесеним у њиховом делокругу[31] и над извршењем општих аката аутономних покрајина донесених у њиховом делокругу,[32] итд. Разлог је у томе што надзор над законитошћу прописа залази у креативно-политички простор надзираних субјеката па мора да почива на високом степену политичке легитимности.

2. Упоредно-правни преглед структура управе

Преглед структура управе у неким државама Европе показује два тренда.[33] Први тренд је ***централизација управе***, која настаје услед потребе за рационализацијом и већом ефективношћу рада управе. Други тренд је ***децентрализација управе***, која је последица напора за приближавањем управе корисницима услуга и за менаџерским приступом управљању.

И централизација и децентрализација теку упоредо, у исто време и на различитим управним нивоима. Додатно начело, на коме се заснивају промене у управи, јесте образовање уже државне управе као професионалне, неполитичке структуре. Уређење и делокруг државне управе, углавном, уређује Влада својим прописима (уредбама и др.). Јавноправне организације, с правним субјективитетом, обично оснива парламент.

Према мерилу организационе, финансијске и буџетске аутономије, у европским системима управа се дели на:

---

[27] Члан 63.
[28] Члан 65.
[29] Члан 68. став 1.
[30] Члан 57.
[31] Члан 71.
[32] Члан 72.
[33] За преглед стуктуре управе коришћене су одговарајуће web странице.

непосредну управу, која је под директним хијерархијским надзором Владе и састављена је од министарстава и њима потчињених управних органа и територијалних огранака;

посредну управу, која обухвата и организације са самосталним правним субјективитетом (јавне агенције, корпорације, public establishment/Anstalt, фондације, јавна предузећа и слично). Ти организациони облици образују се законом или подзаконским актом донесеним на основу закона. Средствима и кадровима управљају независно, финансирају се самостално, али се надзире законитост њиховог рада.

Француска

Министарства се образују декретима. Министарство има кабинет, уз који се образују и инспекцијске службе, централна управа са канцеларима, јединице и даље разрађени унутрашњи организациони облици и територијални огранци. Влада је спровела децентрализацију управе. Територијалну структуру државе одређује парламент.

Немачка

Постоји мали број министарстава са уским надлежностима, будући да се рутински послови измештају ван министарстава и преносе на самосталне јединице, које су директно или индиректно подређене министарствима. Неке јединице подређене су непосредно министарствима (нпр. Статистичка канцеларија и Полицијска управа подређене су Министарству унутрашњих послова). Изван структуре министарстава делују јавноправне организације, са својством правног лица или без њега, са заједничким називом „посредна државна управа" у коју улазе корпорације (нпр. Корпорација за социјално осигурање), школе и здравствене установе, национални архив, фондације и др.

Аустрија

Министарства имају унутрашње организационе облике (јединице, сектори). Број министарстава и њихове надлежности одређени су посебним законом. На локалном нивоу управне ствари решавају се у општим областима, а у неким подручјима рада на нивоу огранака министарстава (нпр. порези).

Велика Британија

Од године 1988. године, као део непосредне државне управе оснивају се специјалне агенције (Next Step Executive Agency), чији су руководиоци директно одговорни ресорном министру (преко 130 агенција, које запошљавају око 75% јавних службеника). Агенције воде аутономну финансијску, платну и кадровску политику. Министарства су, у неким

подручјима, пренела део надлежности на покрајинске управе (нпр. у пољопривреди, риболову, здрављу, и др.).

Чешка

Постоје области које имају опште надлежности и образоване су 1990. године као вид деконцентрације државне управе. Образовање, укидање, односно измена области у надлежности је Владе. Упоредо с областима, ресорна министарства образују своје територијалне огранке (Министарство финансија, Министарство за рад и социјалне послове, Министарство за школство, итд.).

Данска

Структура министарстава је хијерархијска: свако министарство има јединице и канцеларије. Канцеларије су подређене министарствима. На челу су им директори са сталним мандатом (нпр. Статистичка канцеларија, Пореска канцеларија, Царинска канцеларија, Канцеларија за породицу, Канцеларија за затворе, итд.).

Финска

Део послова управе пренесен је на јавна предузећа и друге организације, које имају релативну финансијску и управљачку аутономију (нпр. цивилно ваздухопловство). Министарства су организована у јединице (од 4 до7), а јединице даље у секторе. Централне агенције формално су, по ресорима, подређене министарствима (око 120 агенција: нпр. за ресор финансија Државни трезор, Агенција за порезе, Агенција за царину, Агенција за јавно грађевинарство, Државна надзорна канцеларија; а за ресор школства и културу нпр. Агенција за школство и Национални архив Финске).

Холандија

Извршну функцију управе врше претежно агенције, које се од 1991. године образују у појединим областима рада државне управе и врше извршне, инспекцијске, стручне па чак и квазисудске послове. Холандија има скоро 600 агенција, а тренд је да се неке агенције трансформишу у независна јавна тела, за шта је потребна парламентарна одлука. Та тела образују се ради смањивања владиних ресора и непосредне министарске одговорности. Неке агенције су део државне управе али нису хијерархијски подређене министру. Таквих је било у 2001. години 23, и њихов број расте. Деконцентрисане јединице државне управе постављене су линијски. Министар сам одлучује о организацији министарства. Министарства су релативно аутономна у финансијским, информационим, кадровским и питањима управљања. Влада начелно примењује политику удруживања постојећих јединица управе. Поред уже државне управе и

агенција, Холандија има и независне јавне организације различитих статусних облика (нпр. јавна предузећа).

Шведска

Државна управа је малобројна, са већим бројем међуресорских комисија и одбора. Државна управа на локалном нивоу има специјализоване јединице, нпр. за подручје пореза и осигурања. Уређење управе одређује Влада. Карактеристика Шведске је широк систем централних агенција са окружним огранцима, који врше извршне послове.

У неким страним управним системима постоје организациони облици са одређеним степеном самосталности, који су инкорпорисани у министарства. Пример су британске „next-step executive agencies", холандске „agencies", шпанске „organismos autonomos", француске „centres de responsabilite". За њих је карактеристично да немају самостални правни субјективитет и да су део непосредне управе (део државне управе схваћене у ужем смислу). Имају одређену, пре свега, управљачку аутономију унутар министарства. Најчешће се управљачка аутономија заснива на уговору министра и директора агенције. Искуства показују да се тако ефикасније управља средствима и управне услуге приближавају корисницима. Директори агенција нису политички функционери, него се именују на јавном конкурсу на одређено време и имају положај службеника (управни менаџери), који пре времена на које су именовани могу бити разрешени само због извршеног кривичног дела или због непостизања очекиваних резултата.

У претежном броју европских држава изведена је јасна подела између политичких функција и управних положаја у министарствима. Политички део министарства чине министар и „млађи министри" или државни секретари. Управним радом, на појединим подручјима односно у основним организационим јединицама, руководе директори односно генерални директори (управни менаџери). У неким системима управна пирамида завршава се на месту генералног секретара (као највишег управног менаџера). Немачка има две врсте државних секретара: у министарству постоји такозвани парламентарни секретар, који је политички функционер; поред њега постоји и стручни државни секретар, који има положај државног службеника.

Закључак

Нови Закон о државној управи представља један од најважнијих сегмената у процесу реформисања државне управе у Србији. Принципи организације и функционисања државне управе у земљама чланицама Европске уније представљали су главну полазну основу и крајњи циљ који се жели достићи планираном реформом. Крајњи циљ реформе државне

управе је да се обезбеди висок квалитет услуга грађанима и стварање такве државне управе која ће значајно доприносити економској стабилности и квалитету животног стандарда, што је од пресудног значаја за квалитет и ефикасност економских и социјалних реформи.

Закон је сачињен по узору на развијена европска законодавства, али аутоматско преузимање било ког страног модела, не водећи рачуна о сопственим специфичностима, довело би до стварања једног, можда, идеалног, али ипак само теоријског модела, који не би имао великих изгледа на успех. Мудро коришћење туђих искустава може бити од помоћи да се избегну грешке и убрза реализација планираних реформских задатака.

Mr Zoran Jovanovic,
an assistant-beginner

THE ACTIVITIES OF THE REPUBLIC OF SERBIA STATE ADMINISTRATION AND COMPARATIVE LEGAL REVIEW OF ADMINISTRATION STRUCTURE

The new law on state administration represents one of major segments in the process of reforming the state administration. The principles of the organization and functioning of state administration in EU member states were taken as the guidelines for achieving a desired reform. The target objective of this reform is to ensure a high quality citizens' service and to create the state administration that will contribute to overall economic stability and raise the quality of living standard. All these aspects are crucial for increasing the quality and efficiency of economic and social reforms.

The law was drafted in line with contemporary European legislations, yet a pure, automatic adoption of foreign models was avoided since such a practice could have led to creating, maybe a perfect, but only a theoretical model, that could not be successfully realized in our practice which has its specificities. A wise and selective application of other countries' experiences can help in avoiding the mistakes and accelerating the realization of planned reform activities

Дејан Матић,
асистент-приправник

UDK: 34.1:929 Matić D.

ПРАВНА МИСАО СЛОБОДЕ ДИМИТРИЈА МАТИЋА

Деветнаести век се може, без много недоумице, сматрати златним веком српске модерне историје. У њему су Срби повратили слободу и државу након вишевековног ропства, створили две монархије и постали једно од најдинамичнијих, најразвијенијих и релативно узев, најдемократизованијих друштава у овом делу Европе. У том веку Србија изнедрава читав низ значајних државника и мислилаца, попут Карађорђа, Доситеја Обрадовића, Вука Караџића, Јована Ристића, Николе Пашића и многих других. Слободно се може устврдити да је то било време када су великани ходали земљом Србијом. Политичка, културна и економска збивања и достигнућа овог периода српске историје, наше друштвене науке, а посебно историјска наука, у великој су мери осветлиле и детаљно анализирале. Ово, чини се, у потпуности не важи када се ради о теоријскоправној мисли у Србији у овом периоду. Након њених скромних почетака крајем осамнаестог века, теоријскоправна мисао доживљава пуни полет и развој од почетка деветнаестог века, упоредо са стварањем модерне српске националне државе и зачетака грађанског друштва. Прве идеје просветитељског рационализма, остварене у француској револуцији, у Србију доносе Доситеј Обрадовић, Лазар Војиновић и Симеон Петровић и развијају их у Великој школи у Београду која је радила од 1808. до 1813. године. Отварањем Лицеја 1838. године у Крагујевцу, а посебно његовог правословног одељења 1840. године, стварају се неопходни услови и ваљано окружење за бржи развој, како науке уопште, тако и теорије права.

Услед непостојања основних услова за стварање оригиналних теоријскоправних радова, превасходно због честих политичких сукоба и других бурних превирања у младој српској држави, правна мисао у Србији углавном користи достигнућа развијене западноевропске теоријскоправне науке тог периода, посебно немачке. Тако, већ крајем тридесетих година деветнаестог века, у Србији се, упркос чињеници да једва да има писаних закона, појављује први систем филозофије права објављивањем *Философије права* Јована Филиповића 1839. године, прожете снажним утицајем Кантове филозофије права. Попут њега и Јован Стерија Поповић, наш угледни књижевник, културни посленик, али и први професор Природног права на Лицеју у Крагујевцу и Београду, заступа теорију природног права инспирисан Кантовим схватањем права. Пратећи актуелна кретања тадашње европске теоријскоправне науке, српска правна мисао постепено напушта кантовско одређење права, све више се

окрећући утицају Хегелове филозофије права. Сматрамо да у плејади српских правних мислилаца овог периода у развоју наше теоријскоправне науке, посебно место припада истакнутом правнику, политичару и државнику Димитрију Матићу.

Матић је рођен у Руми, у Срему, 18. августа 1821. године. Као дечак прелази у Србију где довршава школовање на филозофско – правном одсеку Лицеја у Крагујевцу 1841. године. Убрзо, након кратке чиновничке каријере, као државни питомац одлази у Немачку на студије филозофије и права, где 1847. године и докторира филозофију.[1] Избијањем бурних догађаја 1848. године Матић узима активну улогу и на Мајској скупштини бива чак и изабран за члана Народног Одбора.[2] Убрзо прелази у Србију и те исте 1848. године бива постављен за професора Грађанског и Државног права. Његова професорска каријера ће, нажалост, трајати врло кратко, само три године јер ће 1851. године због својих слободоумних идеја бити удаљен са Лицеја, заједно са Костом Цукићем и Ђорђем Д. Ценићем. Након овога, Димитрије Матић наставља каријеру обављајући многе истакнуте јавне и државне функције. Био је секретар Апелационог суда и књажевске канцеларије, а септембра 1859. године постаје и министар просвете и на том месту остаје све до марта идуће године. Матић је био и угледни члан Друштва српске словесности и Српског ученог друштва, па је и као његов председник држао свечану беседу поводом хиљадугодишњице словенских апостола Ћирила и Методија 11. маја 1883. године. У септембру 1868. године Матић поново постаје министар просвете и заступник министра спољних послова. Ову функцију Матић ће обављати наредне четири године. У том периоду посебне заслуге припадају управо Матићу на оснивању прве учитељске школе у Србији.[3] По окончању министарске функције постаје члан Државног савета у коме остаје до краја живота. По окончању српско – турског рата 1876. године Матић је један од српских посланика задужених да у Цариграду уговоре мир између зараћених страна. Само две године касније, 1878. године Матић председава Народном скупштином у Крагујевцу која је прогласила независност Србије. Димитрије Матић умире 17. октобра 1884. године.

---

[1] Постоје извесне недоумице о томе када је и где Димитрије Матић стекао докторат из филозофије. Тако Божидар С. Марковић тврди да је Матић докторирао 1847. године у Лајпцигу (Видети Божидар С. Марковић, *Предговор у књизи, Димитрије Матић, Начела умног државног права; Кратки преглед историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана*, Београд, 1995, стр. 7.), док Милијан Поповић сматра да је докторирао годину дана касније, 1848. године у Берлину (Видети Милијан Поповић, *Опште државно-правне идеје Димитрија Матића, О филозофији права код Срба*, Београд, 2000, стр. 82)

[2] Видети Андра Гавриловић, *Знаменити Срби 19. века*, Година I, друго фототипско издање, Београд, 1997, стр. 52.

[3] Видети исто, стр. 53.

Научно дело Димитрија Матића изузетно је богато. Он је аутор више књига и то из разних области. Поред права, Матић пише дела из филозофије, педагогије а бави се и преводилачким радом.[4] Са становишта правне науке, посебан значај имају *Кратки преглед историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана* из 1851. године, затим *Начела умног државног права* из исте године и *Објашњење Грађанског законика за Књажество Србско* у четири књиге из 1850. и 1851. године. У њима Матић износи своје главне погледе на државу и право, те стога сматрамо да им треба поклонити знатнију пажњу. Матић своје погледе на право и филозофију права излаже у свим својим делима која се баве правним питањима, али се чини да то најпотпуније чини управо у свом *Кратком прегледу историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана*.[5] Основна идеја водиља Матићевог схватања права, полазна тачка свих његових разматрања о праву је слобода. Готово да нико ни пре ни после Матића у толикој мери не истиче идеју слободе и слободарства. У његовом Ђачком дневнику слобода је најчешће помињана реч.[6] Према Матићевом схватању, право припада духу, а не природи, његов карактер је духовни.[7] Основна разлика између духа и природе је та што се у природи све догађа по нужди у вечним природним законима. Због тога је тежа основно својство природе. Супротно овоме, у духу лежи слобода. Како право њему, а не природи припада, следи да је „право дух, дух је слобода, а ова је опет право“.[8] На тај начин слобода постаје главно и основно својство права. Матић сматра да је у слободи свест јединства. За њега, бити слободан значи „преодолети оно туђе што ми насупрот стоји“.[9] Суштину слободе Матић одређује сасвим хегеловски, тврдећи да је слобода то „што сам и онда, кад сам код другога, при себи, што сам слободан и у нечем другом“.[10] Она произилази из супротности субјективног и објективног и када субјективно постоји, слобода је у објективном.[11] Матић разликује два вида слободе, теоретску и практичну слободу. Прву одређује као познање, слободу уопште. Практична слобода се састоји у томе да се наше

---

[4] Видети Милијан Поповић, *Нав. дело*.
[5] Видети Данило Н. Баста *Преображаји идеје права – Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841 – 1941)*, Хрестоматија, Београд, 1991, стр. 9-10.
[6] Видети Божидар С. Марковић, Нав. дело, стр. 8.
[7] Видети Димитрије Матић, *Начела умног државног права; Кратки преглед историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана*, Београд, 1995, стр. 144.
[8] Исто
[9] Исто, стр. 145.
[10] Исто
[11] Видети Исто

мисли и наша схватања остварују.[12] Како дух ствара право њему припада сфера делатне, практичне слободе. Ова слобода, овако одређена, према мишљењу Матића, спада у домен воље.[13] Држећи се Хегелове филозофије права, Матић разликује три вида воље и то њену општост, затим њену посебност и нешто појединo у вољи. Општост воље је први саставни део слободе, јер је она по својој суштини неодређена, без икаквог садржаја, потпуно одвојена од свега, ништа друго до мисао по себи. Посебност, односно, особеност воље, стоји управо насупрот претходној општости и неодређености. Она се огледа у хтењу и успостављању посебне садржине. Борба између ове одређености и неодређености, за Матића, јесте слобода.[14] Ове супротности се разрешавају тек у трећем виду воље, у појединачном њеном виду, односно делу. Ту одређеност има свој извор управо у неодређености и представља заправо само одређеност која обједињава општост и посебност воље као такве. Сходно томе, следи да је воља дух који самог себе одређује.[15] Но, поред воље човек поседује и нагоне. Матић разликује три врсте нагона и то: 1) самољубље, својељубље, 2) дружевност, дружељубље и 3) нагон за знањем. Када човека воде нагони он није слободан и његова воља је самим тим ограничена. Наравно, човек је способан да нагоне заузда и да вољно изабере начин на који ће задовољити своје нагоне. У овом самоопредељењу човека лежи слобода. Но, оваква слобода, према Матићевом мишљењу, није права, већ произвољна услед воље ограничене нагонима. Начин поступања је можда слободан али не и његова садржина. Да би се радило о правој, умној вољи, она мора да у хетерономији која се огледа у различитости нагона задржи своју аутономију (самоодређеност). Другим речима умност и права слобода постоје само онда када „човек, задовољавајући нагон, неће нагон, него оно опште, ум“.[16] Оно заједничко што ум захтева, састоји се у томе да слобода сваког буде у сагласности са слободом свих других. Свако треба да хоће слободну вољу која хоће и слободу свих других. Правом се стога не ограничава слобода, која је за њега нужна, већ произвољност. Управо овим ограничавањем појединачне произвољности, постаје могуће постојање права које је слобода. Зато Матић и сматра да је „право дакле слобода и обратно: слобода је право“.[17] Матић се овде такође бави и односом умног и позитивног права. Филозофско право је за Матића умно, док је позитивно оно право које је написано за поједине народе. И једно и друго имају као основно, главно опредељење, постизање међусобне

[12] Видети исто
[13] Видети исто
[14] Видети исто, стр. 146-147.
[15] Видети исто
[16] Исто, стр. 150.
[17] Исто

истоветности. Ову истоветност мора, према мишљењу Матића, да оствари светска историја, која није ништа друго до развитак умних идеја, односно постепено уздизање позитивног права на ниво умности.[18] Ова права имају истоветни садржај али различите форме. Позитивно право важи одлуком законодавца док умно произилази из ума и идеје права. Матић сматра да ће стварна једнакост између умног и позитивног права бити остварена када се постигне циљ светске историје. До тада основни задатак филозофије права и позитивног законодавства је да све супротности међу њима изглади.[19]

Теорију државе Матић је у потпуности изложио у свом уџбенику *Начела умноī државноī īрава*. Појам државе Матић одређује у складу са Хегеловим схватањем. Држава настаје када се више породица настани на некој територији као народ у органском јединству управљан неком, највишом влашћу, имајући свој стални и одређени однос према другим земљама и народима. За Матића „држава је по уму нужна заједница људи на извесном простору. У држави живи дух једног народа“.[20] Разлог за бројне различите дефиниције државе он види у томе што бројни теоретичари у одређење државе укључују и њен циљ о коме постоје бројна различита схватања. Држава се, према мишљењу Матића, може посматрати двојако и то историјски (конкретно) и филозофски (апсолутно). Историјска држава је заправо постојећа држава, док је држава у филозофском смислу у ствари државна идеја. Она се темељи на „умној свести о бићу и по тому о моралној и природној нужности државе.“[21] Историјска држава је практично остварена идеја државе. Но то не значи, како Матић тврди, да државна идеја временски претходи појави историјске државе. Због саме своје идејне природе она, по себи, постоји ван времена. Она до свести обично долази онда кад настане природна потреба за државом, па се због тога њено биће не може раздвојити од свести о њој. Управо због тога је формирање државе засновано како на природним, тако и на духовним потребама и нужностима. Матић разликује елементе државе у субјективном, објективном и у формалном смислу. Тако, држава се у субјективном смислу састоји из владара државе и грађана (народа). У објективном смислу државу чини државни простор (територија), а у формалном смислу устав (организација).[22] Димитрије Матић државно, односно, позитивно право, дели на јавно право, које се односи на опште интересе и јавно правне односе које је држава основала, и приватно право које се бави појединцима и њиховим интересима. Како

[18] Видети исто, стр. 142.
[19] Видети исто, стр. 142-143.
[20] Исто, стр. 23.
[21] Исто, стр. 24.
[22] Видети исто, стр. 27.

јавноправни односи могу да постоје према другим државама и да постоје унутар саме државе међу њеним чиниоцима, јавно право се последично дели на међународно право као спољно и на државно право као унутрашње јавно право.[23] Ово државно унутрашње јавно право, може се, према мишљењу Матића, назвати и јавним правом у ужем смислу. Он га дефинише као „збир права и дужности која су за државног владара и за грађане заједно, а исто тако и за грађане међу собом, основана државним стањем“.[24] Овако одређено државно право, Матић дели по два основа и то по својим изворима и по форми. По изворима, ово се право дели на опште (филозофско или умно) државно право, које се може звати и природним, јер представља збир свих могућих логичких развитака и појма државе, и позитивно право појединих држава. По форми, државно право Матић дели на уставно право, које обухвата сва начела која се односе на начин владавине и управљања у једној држави и административно право, које обухвата она правила која се односе на начин вршења државне власти омеђен уставним правом.[25] Разматрајући питање могућности примене општег (природног) државног права у пракси, у случају да не постоји позитивно право, Матић заузима став да је оно израз људског разума, засновано на моралној природи човека, те је стога, у филозофском смислу, исто тако позитивно право па се из тог разлога може применити у пракси кад год се позитивно право још није формирало. [26]

Циљ државе Матић одређује као „умну идеју која се државом остварује и која се, због тога што је она морална суштина државе, за чланове државе показује као захтев практичног ума“.[27] Он сматра да је основни задатак државе да се њоме и у њој оствари умност. Матић ово своје схватање назива теоријом свестраног потпомагања. Држава треба да је гаранција слободе појединца. То се постиже свестраним помагањем, ради свестраног развитка и напретка, што је у потпуном складу са умном идејом. Разна схватања о циљу државе Матић дели у две велике теорије. Прва је теорија која сматра да је циљ државе исти као и циљ људи, а друга је теорија која сматра да је једини циљ државе заштита и безбедност. Иако се критички односи према овим приступима, Матић их у потпуности не одбацује, допуњујући и превазилазећи их.[28] Но, без обзира како схватали циљ државе, за Матића је неоспорно да државу сам ум захтева, те је она због тога свеопшта и вечита. Обична је стога заблуда схватање да је држава пролазна форма која мора нестати са развојем људског рода.

[23] Видети исто, стр. 28.
[24] Исто, стр. 29.
[25] Видети исто, стр. 30.
[26] Видети исто, стр. 30-34.
[27] Исто, стр. 36.
[28] Видети исто, стр. 36-42.

Матић сматра да се држава по себи показује као највиши лик свог савршенства, те је људском роду, што се више развија, она све потребнија.[29]

Разне теорије о правном основу и настанку државе Матић дели у две велике групе, у зависности од тога да ли државу правдају што она историјски постоји или по њеној умној идеји. У прву групу спадају историјске, а у другу групу идеалне (рационалне) теорије. У историјске теорије Матић убраја природно историјске теорије, теорију надмоћи (силе), патријархалну теорију, патримонијалну теорију и теорију религије (теократска теорија). У рационалне теорије Матић убраја идеалну теорију и теорију уговора. У свим овим теоријским приступима он налази несумњиво тачне елементе, али истовремено примећује да се ниједна од њих не може прихватити уколико се жели одредити правни основ и настанак државе који ће важити за све случајеве. Матићев став је компромисан, јер тврди да је метафизички основ зашто државна власт важи тај што је она на уму основана, а историјски основ што она важи је тај што је она моћ и власт.[30]

Државну власт по својој идеји Матић одређује као умну вољу која има да оствари циљ државе, те је због тога, како би имала ауторитет, снабдевена спољном снагом. Матић истиче да на овај начин државну власт схватају и Хегел и Захарија.[31] Он разликује државну власт у објективном и субјективном смислу. У објективном смислу, она представља збир свих суверених права у једној држави, док у субјективном смислу (као прилог неког субјекта), она представља својину над тим сувереним правима на некој одређеној државној територији, односно, представља право лица које влада. У овом последњем значењу, државна власт се често назива суверенитет, иако се овим термином по себи означава и државна власт уопште. Како је државну власт одредио као збир свих суверених права у једној држави, последично следи да у држави не може бити никакве више власти од државне, па стога она ни не може зависити од ма које друге власти. Управо због тога што је једина, Матић сматра, да је по свом појму, као највиша, државна власт недељива. Из овога не произилази њена неограниченост, јер је њен обим ограничен самим њеним појмом правичне и законите власти. Циљ државе одређује природне границе државне власти. Из тих разлога Матић примећује да тамо где престаје државна власт, почињу народна права.[32] Суверен (владалац државе) оличава државу, односно, како то Матић каже, у њему државна власт добија своју личност. Владар је представник опште и умне воље усмерене на

[29] Видети исто, стр. 44.
[30] Видети исто, стр. 46-57.
[31] Видети исто, стр. 59.
[32] Видети исто, стр. 63.

остваривање државног циља. Матић сматра да су појам државног владара (суверена) и државе међусобно зависни један од другог, јер тек одређивањем физичког или правног лица за суверена, држава прелази из идеје у стварност.[33] Упркос ове међузависности, Матићево мишљење је да се суверен и држава не могу поистоветити.

Матић разликује монархијски, аристократски и демократски начин владавине. За њега је најбољи, природни а и првобитни облик владавине управо аристократски. Он представља владавину моћних људи чврсте воље над немоћним гомилама. Временом она полако прелази или у демократију, која за Матића није ништа више до власт гомиле, или у монархију, односно, власт појединца. Он сматра да демократија настаје онда када народ почне себе да сматра највећом умном моћи и изјављује општу вољу уздижући себе на тај начин „над оно мало аристократа“.[34] Заправо, како то Матић тврди, аристократски начин владавине је толико природан, да су и демократија и монархија ништа друго до само различити облици испољавања аристократског начина владања. Наиме, и у демократији и у монархији политичке партије теже да се првенствено уважавају њихови ставови, а то значи да желе да буду аристократија. Према Матићевом мишљењу, о предности аристократске државе најбоље говори то што се демократија распада и претвара у безвлашће уколико у њој не владају праве аристократе. Такође, ни монархија није могућа без аристократије. Због свих ових разлога Матић сматра да ниједна држава не треба да буде ништа друго до аристократија јер је на уму засновано да треба да владају најчеститији и најспособнији, а то значи аристократи.[35]

Матић усваја дихотомну поделу власти. Сматра да постоје само две власти и то законодавна и извршна власт. Оштро се супротставља установљењу надзорне власти као посебне, сматрајући да надзор могу да врше и већ врше, како законодавна, тако и извршна власт. Иако примећује да скоро сви сматрају да је нужно да постоји одвојена посебна судска власт, Матић сматра да послови судске власти спадају у делокруг извршне власти.[36]

Од посебног је значаја Матићево разматрање уставне државе. Под њом Матић подразумева „такав начин управљања код кога се народна права признају и врше путем народног представништва“.[37] Она се заснива на ставу да су државне власти и неке дужности нераскидиво повезане са правом. Због тога је основна тежња и циљ уставне државе да ова морална дужност власти, постане правна дужност. Она ово постиже ограничавајући

[33] Видети исто, стр. 64.
[34] Исто, стр. 65.
[35] Видети исто, стр. 66.
[36] Видети исто, стр. 72-74.
[37] Исто, стр. 89.

државну власт на њене природне границе, обезбеђујући једнакост грађана пред законом и последично томе независност судова, обезбеђујући свима унапређивање њихових користи у складу са законом. Као и у свакој другој држави и у уставној држави постоји опозиција, но у њој она се креће и дела у законом одређеним границама. Захваљујући томе, држава лакше сазнаје потребе народа, те их може потпуније задовољити и тако боље постићи свој циљ. Уставна држава се због своје природе ослања на јавно мнење и тежи да постане приступачна народу. На крају, али не и по важности, Матић истиче да једино у уставној држави циљ државе уједно представља и циљ власти.[38] Уставна држава, по правилу има и представничко тело, чије се одлуке сматрају изразом народне воље. Матић представништво народа у духу уставне државе дефинише као „уставом признато политичко тело које се саставља избором народа, чији су чланови опуномоћени да за одређено време врше народна права према влади“.[39]

Димитрије Матић није дао систематску теорију тумачења права, али се тумачењем права бавио у свом најобимнијем делу, *Објаснењу Грађанскої законика за Књажевство Србско*, које представља први и једини коментар српског Грађанског законика у току његовог стогодишњег важења. Српски Грађански законик из 1844. године у делу под називом „О грађанским законима уопште“ садржи одредбе које се односе на тумачење закона и попуњавање правних празнина. Основна упутства за тумачење закона и средства помоћу којих тумачење треба вршити даје параграф 8 и њему Матић посвећује посебну пажњу. Овај параграф упућује тумача на речи закона, друге подобне законе и намеру законодавца као средства помоћу којих се може утврдити воља законодавца, али такође помиње и основе здравог разума и природне правице као средства тумачења. Овим одредбама, српски Грађански законик напушта концепт субјективног тумачења и схватања права као затвореног система, чиме пружа могућност развијања објективне теорије тумачења права. Димитрије Матић овај део параграфа 8 заобилази, уопште се не изјашњавајући о њему. Он под тумачењем подразумева делатност која се састоји у развијању законских правила из датог закона, што према његовом мишљењу представља основ целог знања права.[40] Тумачење дели на званично (аутентично), и научно (доктринарно) тумачење. Званично тумачење врши законодавац и оно може бити двојако, законо и обичајно. Ово тумачење има обавезну снагу закона, па и већу, јер се, како то Матић сматра, односи и на прошлост, уколико се ради о несвршеним

[38] Видети исто, 90-91.
[39] Исто, стр. 92.
[40] Видети Димитрије Матић, Објашњење Грађанског законика за Књажество Србско, Београд, 1850, стр. 22-23.

случајевима, односно, има ретроактивно дејство које закон нема.[41] Ово тумачење треба строго разликовати од преиначења, које, будући да преиначење врши такође законодавац, такође има обавезну снагу, али не и повратно дејство. Матић под научним (доктринарним) тумачењем, подразумева судско тумачење. Он одређује тумачење у ужем смислу као оно које има за циљ да утврди праву вољу законодавца. У ово тумачење спадају граматичко и логичко тумачење. Граматичко тумачење се састоји у утврђивању смисла закона на основу његових речи, а логичко тумачење се у утврђивању праве воље законодавца служи бројним средствима укључујући и историјску и системску везу закона.[42] Матић сматра да воља и речи законодавца ни у ком случају не смеју једни другима да буду противуречни јер, „управо воља и реч законодавца јесу једине саставне части закона и закон није ништа друго, него воља и реч законодавца“.[43]

Матић поред овог тумачења говори и о изналажењу смисла закона по његовом духу. Изгледа да се ово може применити код попуњавања правних празнина, којима се иначе бави параграф 10, мада то Матић нигде изричито не тврди. Законодавац у параграфу 10 прописује да уколико не постоји законски пропис за неки случај који би се појавио на суду, судија мора да користи аналогију, законску и правну, као и обичај да би овај случај решио. Матић констатује у свом коментару да у сваком законодавству постоје празнине и да се оне попуњавају аналогијом. Он се аналогијом више не бави и окрећући се појму обичаја, пропушта да објасни начин на који се њиме правна празнина попуњава. Чини се да Матић не уочава одступање из концепције органског јединства права увођењем обичаја као једног од средстава за попуњавање правних празнина. Дајући свој коментар на параграф 11, Матић истиче да судске пресуде имају обавезни карактер захваљујући својој заснованости на закону и то искључиво у парничном предмету за који су донете, те да суд нема власт да доноси законе. Он сматра да постојано судско тумачење може имати значаја као истоветно поступање судова у одговарајућим случајевима, но суд може и да одступи од постојеће судске праксе, уколико процени да је боље схватио дух и вољу закона од ње.[44]

Одређена недоследност и непотпуност несумњиво карактеришу Матићев коментар параграфа 8–11 српског Грађанског законика. Ови недостаци у његовим коментарима се у највећој мери могу објаснити, како брзином којом их је он, да би задовољио школске потребе, морао писати, тако и сувише кратким временским периодом од доношења закона до његовог коментара (свега шест година), што је за последицу имало и

[41] Видети исто, стр. 25.
[42] Видети исто, стр. 23-27
[43] Исто, стр. 28.
[44] Видети исто, стр. 31-32.

недостатак ваљане судске праксе и домаћих теоријских радова, из простог разлога што се питања којима се Матић у својим коментарима бавио пре њега нису ни постављала.

Дело Димитрија Матића је сво прожето духом тадашње немачке филозофије и правне теорије. Иако је његова основна оријентација хегеловска, Матић је био спреман да у своја схватања укључи и достигнућа других филозофа и школа која су имала значајну вредност. Нема сумње да је његов највећи допринос правној мисли у нас постављање филозофско правне основе слободи и преношење тековина најразвијеније европске филозофије права у нашу средину. Иако је Хегеловац, Матић шири либералне идеје са запада, противи се полицијској држави и залаже за уставну државу истичући предности постојања народног представничког тела. Мада његово дело није оригинално, Матић не само да одлично познаје токове правне науке свога времена већ и равноправно стоји на њеном нивоу. Оно је одиграло значајну улогу у постављању камена темељца будуће српске науке о држави и праву. Због свега тога нема нимало сумње да је Димитрије Матић обезбедио трајно место међу класицима српске правне мисли.

Dejan Matic,
an asssitant-beginner

LEGAL THOUGHT OF DIMITRIJE MATIĆ

The nineteenth century can be considered a golden age of Serbian modern history. It was the time when the Serbs regained freedom and the state after ages of slavery, created two monarchies and became one of the most dynamic, developed and, in relative terms, the most democratized society in this part of Europe. Theoretical legal thought in Serbia fires up and develops from the beginning of the nineteenth century, along with creation of modern Serbian national state and origination of civil society. Since basic conditions for creation of original theoretical legal works did not exist, mainly because of frequent political clashes and other excessive turmoil in the young Serbian country, legal thought in Serbia mainly uses accomplishments of the developed West European theoretical legal science of the period, especially German. Thus, in the late thirties of the nineteenth century, the first system of philosophy of law in Serbia appears with publishing of *Philosophy of Law* by Jovan Filipović, strongly influenced by Kant's philosophy of law. In a similar way, Jovan Sterija Popović, our reputable writer, cultural worker, and the first professor of natural law in Licej (boarding school) of Kragujevac and Belgrade, advocates the

theory of natural law inspired by Kant's vision of law. Following the current development of European theoretical legal science, Serbian legal thought gradually abandons Kant's determination of law, and slowly turns to Hegel's philosophy of law. We believe that in the pleiad of Serbian legal thinkers of the period, Dimitrije Matić, a distinguished jurist, politician and statesman, deserves a special place. As one of the most distinguished representatives of Hegel's philosophy of law in our theoretical legal thought of the 19th century, he infers law from the idea of freedom. He distinguishes law from nature, according to him, law is the product of the spiritl, and, since freedom is the basic feature of law, therefore that law is in fact spiritual, spirit is freedom and the necessity, freedom is law. Although his basic orientation was in Hegel's manner, Matić was willing to include accomplishments of other valuable philosophers and schools into his views. His greatest contribution to our legal thought is setting freedom as a philosophical legal basis and conveying the achievements of the most developed European philosophy in our country. Although he was a Hegel's follower, Matić spreads liberal ideas from the West, opposes to police state and supports constitutional state, pointing out the advantages of the existance of people's representative body. With such views on law and state, Dimitrije Matić is doubtlessly distinguished as one of our greatest theoreticians of law and freedom in the nineteenth century, who has deserved a permanent place among classics of Serbian legal thought.

Одељак III

Кривично право

Др Бора Чејовић,
редовни професор

UDK: 343.2/.7(094.5)"1860"
343.2/.7(094.5)"2006"

КРИВИЧНИ ЗАКОНИЦИ СРБИЈЕ: ОНАЈ ИЗ 1860. И ОВАЈ ИЗ 2006. ГОДИНЕ

Све је то случајно

После много времена, после много догађаја од којих су неки имали неочекивано тешке последице, Србија је добила свој Кривични законик.

Упркос свим разликама, упркос толиким годинама, рекло би се поново.

То је с разлога што је први законик, онај за Књажество Србију, донет 1860. године.[1]

1. Кривични законик Кнежевине Србије, и у садржинском и у правно-техничком смислу, јесте класични законик који ни у чему битном не заостаје за ондашњим европским кривичним законицима. Његову основу чини Пројект из 1857. године који је настао делом по угледу на стране узоре, делом преузимањем важећих кривичноправних норми Кнежевине Србије, а у најмањој мери уграђивањем у њега појединачних оригиналних решења домаћих редактора. Читава његова композиција, као и бројна појединачна решења, преузети су из пруског Кривичног законика, па се тамо где су у наш законик уношени скоро дословно преводи читавих делова пруског Кривичног законика, основано може говорити не само о угледању на пруско кривично право, већ, напросто, о његовој рецепцији.[2]

Комисија која је израдила Пројекат законика се, по сопственим речима "трудила да Пројекат удеси сходно потребама и интересима Књажевства Србије и духу народа Србског, без да се при том удаљи од најновијих научних начела казни који у другим Европејским државама постоје".[3] С обзиром на актуелне догађаје, овде треба рећи да је Кривични законик за Краљевину Црну Гору донет 23. фебруара 1906. године. Никако

---

[1] Онај из 1860. године, донет је 29. марта 1860. године, а ступио на снагу шест недеља пошто га је Кнез потписао. Вид. Т. Живановић, Кривични (Казнени) законик и Законик о поступку судском и кривичном Краљевине Југославије, Београд, 1913. године.
Овај из 2006. године, донет је 6. октобра 2005. године, ступио на снагу 1. јануара 2006. године. Вид. Кривични законик са образложењем за доношење Кривичног законика, Правно-истраживачки центар, Београд, 2006. године.
[2] Д. Николић, Кривични законик Кнежевине Србије, Градина, 1991. године, стр. 185. и 186.
[3] Ibid.

не сме да промакне податак да је овај законик рецепција Кривичног законика Књажевства Србије. У члану 2. овог законика је, при томе, речено "да се за Краљевину Црну Гору усвоји Криминални (казнителни) законик братске нам Краљевине Србије, с измјенама и допунама према нашим приликама и правним обичајима и да се штампа у нарочитом издању."[4]

2. У расправама које су претходиле доношењу Кривичног законика Србије из 2006. године, нарочито, приликом израде Предлога кривичног законика, коришћен је упоредно-правни метод. Узета је у обзир већина кривичних законика европских земаља. Решења из страног законодавства, истакнуто је, нису некритички преузимана, већ су прилагођена потребама, приликама и друштвеној стварности у Србији. Упоређивање са решењима у страном законодавству, у неким случајевима, је водило закључку да су боља решења из нашег права, те да их због тога треба задржати. И иначе, једна од карактеристика Предлога кривичног законика јесте да су у њему задржана она решења из нашег досадашњег кривичног законодавства која су се показала добрим. Иако су нека од њих можда могла бити још боља, она нису мењана због краткоће времена у коме је требало изградити овај законски пројекат, као и због става судске праксе која нерадо гледа на промене оних решења која у пракси нису стварала проблеме.[5]

3. Дакле, и један и други Кривични законик Србије донети су по узору на кривичне законике других земаља.

И то је разумљиво.

Донекле.

И оправдано, донекле.

Наиме, са данашње временске дистанце посматрано, узимање пруског Кривичног законика за образац при изради српског Кривичног законика показује се не само као потез нужан и оправдан са гледишта практичних потреба домаће законодавне власти, већ и као потез који ће се са гледишта развитка кривичноправне науке у Србији показати као веома користан, оправдан - зато што је таквим законодавним поступком Србија свој Кривични законик добила за неупоредиво краће време него да је законик рађен "*ab ovo*", или да се чекало да се целокупна кривичноправна материја регулише партикуларним законодавством које би се потом кодификовало; користан - зато што је делимична рецепција готових решења из неупоредиво развијенијег немачког кривичног права допринела да домаћа кривичноправна наука, ослањајући се на већ достигнути завидан ниво тамошње кривичноправне мисли и имајући прилично уходане стазе, није

---

[4] С. Мариновић, Р. Вукотић, М. Дакић, Црногорско судство кроз историју, Цетиње, 1998. године, стр. 482.

[5] З. Стојановић, Основне карактеристике Предлога кривичног законика Србије, Саветовање "Ново кривично законодавство Србије", Српско удружење за кривично право, Копаоник, 2005. године, Материјали Саветовања, стр. 8.

морала да тек прокрчује непроходне путеве, па је и сама морала за релативно кратко време од својих почетака да да значајна остварења.[6]

Изгледа да се тим истим путем ишло и код доношења Кривичног законика Србије.

Опет је "краткоћа времена" у коме је требало израдити законски пројекат овог законика - била један од одлучујућих фактора.

Иста ситуација код доношења и једног и другог кривичног законика.

Па, да видимо до чега се то дошло.

Разлози за доношење законика

1. Иницијатива за доношење Кривичног законика из 1860. године потекла је од Кнеза Александра Карађорђевића. Он је 1. јуна 1855. године предложио Савету да се донесе кривични законик, пошто низ специјалних кривичних закона "не одговара циљу, ни потреби", а неки од њих "дају повода страном, образованом свету да наше законе уопште сматрају као варварске и противне духу столећа у коме живимо."[7]

Савет, као законодавни орган, одговорио је негативно на Кнежеву иницијативу. Он није увиђао потребу за доношењем кривичног законика пошто је народ "још у патријархалном стању...још у непоквареној природи својој и зато су његова злочинства, колико ретка, толико и проста". Савет је сматрао да не би било добро, "хитати са подмирењем потребе која не постоји... Закон, као производ нужде за предупређење зла, пише се само за оне који су рђави, а подобан је лекарији коју не узима здрав човек, већ болестан човек. У овом је погледу наш народ толико добар и толико здрав, колико можда ниједан у Европи: не требају му, дакле, ни лекарија, ни многе поправке; него га, напротив, треба заклонити од многих закона, из којих би се тек могао да учи многим радовима злочинства".[8]

У данашњем жаргону, ово што је речено могло да звучи у смислу да "небеском народу" - не треба Кривични законик!

2. У образложењу за доношење Кривичног законика из 2006. године, полазећи од тога да "значајне промене друштава у свим областима захтевају и промене у кривичноправној реакцији" и да "појава нових форми криминалитета захтева нове одговоре на плану кривичног права", поред осталог, истакнуто је још нешто, сасвим другачије. Наиме, да, "полазећи од потписаних међународних уговора, као и потребе за усаглашавањем текста законика са европским правним стандардима,

---

[6] Д. Николић, op. cit., стр. 191.
[7] М. Павловић, Српска правна историја, Крагујевац, 2005. године, стр. 333.
[8] Д. Николић, op. cit., стр. 185. и 186.

оцењено је неопходним да се и у том правцу приступи допуни важећег кривичног законодавства."[9]

Хтели или не, испада да смо 1860. године били међу најбољим и најздравијим народима у Европи, па нам није било потребно никакво усаглашавање са њом.

Испало би, опет, да је било много боље Европи да се усагласи са нама!

Основне карактеристике законика

1. Кривични законик из 1860. године, има тристадеведесет и седам параграфа, подељених у четрдесет и пет глава. Састоји се од Увода и три дела. Увод садржи дефиницију три врсте кривичних дела: злочочинства, преступа и иступа, које се разликују према тежини казне која је предвиђена. Злочин је оно дело коме прети смртна казна, робија или заточење. Кривични преступ повлачи казну затвора, лишења звања, телесне или новчане казне. Иступ се кажњава затвором до месец дана, новчаном казном до тридесет талира или телесном до тридесет удараца.[10]

Овим закоником је први пут уведен најважнији принцип кривичног права - начело легалитета кривичног дела и казне.

Посебно је значајно што Законик уводи систем олакшавајућих и отежавајућих околности. Тиме се у кривично законодавство уводи систем релативно одређених казни чиме се, у великој мери омогућава прилагођавање казне карактеристикама учињеног кривичног дела, односно његовог учиниоца. Другим речима, уводи се принцип индивидуализације која се, уз принцип законитости, сматра једним од најважнијих принципа целокупног кривичног права.

Кад је реч о учиниоцима кривичног дела, мора се, ипак, напоменути да својом бројношћу и казуистичком исцрпношћу, одредбе Законика о кривичним делима и казнама потпуно засењује оне малобројне одредбе о учиниоцима. То је сасвим у духу времена у коме је Законик донет и потпуно очекивано, с обзиром на узоре према којима је израђен; доба је владавине тзв. Класичне школе у кривичном праву, а ова је, видећи у казненој репресији једино средство борбе против криминалитета, своју пажњу усмеравала превасходно на њу и на кривично дело; на кривично дело се - без његовог довођења у било какву везу са стварним друштвеним околностима - гледало као на искључиво правну, па и апстрактно - логичку категорију која је са учиниоцем повезана само утолико што је резултат, односно последица његове слободне воље.[11]

---

[9] Вид. кривични законик са образложењем за доношење кривичног законика, стр. 165, 166.
[10] Љ. Крклуш, Правна историја српског народа, Нови Сад, 2002. године, стр. 254.
[11] Д. Николић, op. cit., стр. 187.

И још једна напомена која се тиче учинилаца кривичних дела. Реч је о малолетницима. Наиме, законодавац је полазио од тога да деца, с обзиром на степен биопсихичког развитка, нису у стању да управљају својим поступцима и за схватање његове последице, односно да немају злочиначку вољу. Законик је као критеријум за процену малолетничког психичког стања увео нови критеријум - разборитост.

Најзад, значајно је напоменути да је Законик предвиђао да се основ казне налази у правди, и да правда захтева враћање зла и испаштање, дакле одмазду.[12] Што се тиче система казни, Законик је предвиђао једанаест казни, с тим што је, допуном из 1863. године, уведена и дванаеста - полицијски надзор.

2. Наравно да је много теже говорити о основним карактеристикама Кривичног законика из 2006. године. Иако он није баш сасвим нов, ипак, он уводи много нових решења, па је доста тешко рећи колико су она прихватљива. Можда је боље рећи колико су она остварљива у нашој судској пракси.

Но, одређена искуства ипак постоје.

На првом месту, имајући у виду број кривичних дела и њихове облике, може се констатовати да су границе кривичноправне заштите текстом Кривичног законика постављене довољно широко. Иако је у теорији општеприхваћено схватање да је кривично право *ultima ratio*, тј. последње средство, савремено кривично законодавство је у сталној експанзији. И поред тога што се имало у виду да одређене проблеме треба решавати на други начин и другим средствима, ипак је број новоуведених инкриминација знатно премашио број оних које су, као анахроне, укинуте. Стално ширење граница кривичноправне заштите које намећу нови облици криминалитета, преузете обавезе из међународних уговора, као и непостојање или неразвијеност других средстава којима се боље од кривичног права може сузбијати неко друштвено опасно понашање, у себи носи опасност да кривично право, у још већој мери, оптерети ограничене капацитете правосуђа и да буде још мање ефикасно. У изради текста Кривичног законика посебно се водило рачуна да се, са једне стране, не претера у ширењу кривичноправне заштите (што има и низ других негативних последица) али да се, с друге стране, нека важна добра не оставе незаштићена, или недовољно заштићена.[13]

У вези са претходним, једна од битних карактеристика јесу и новине на плану кривичних санкција. Осим што су у Општем делу уведене нове кривичне санкције, у Посебном делу су на другачији начин прописане казне за поједина кривична дела, тј. извршена је јаснија диференцијације појединих кривичних дела према њиховој тежини. У односу на досадашња

---

[12] Ђ. Ценић, Објашњења казнелителног законика, Београд, 1866. године, стр. 526.
[13] Кривични законик са образложењем за доношење Кривичног законика, стр. 167.

решења, код неких кривичних дела прописана је блажа казна (нехатна кривична дела, нека имовинска кривична дела), док је код других прописана строжа казна (најтежа кривична дела, затим облици неких кривичних дела који имају елементе организованог криминалитета и др.). Посебно се водило рачуна о потреби да се путем законских решења утиче на судску праксу тако што ће се смањити проценат изрицања условних осуда, а повећати проценат новчане казне, па су предвиђена одређена решења у том смислу. Иако се не може из више разлога очекивати да у Србији новчана казна постане доминантна санкција, као што је то случај у већини европских земаља, Кривични законик ће сигурно утицати да се она изриче у значајном броју случајева.[14]

А што се тиче система казни, могу се уочити значајне новине у односу на постојећа решења. Као најтежа казна задржано је постојеће решење (затвор у трајању од четрдесет година), мада постоје разлози и за доживотни затвор (ту казну предвиђају бројна и значајна кривична законодавства у Европи као замену за смртну казну, као што су, на пример кривична законодавства Немачке, Француске, Италије, Аустрије итд.). Максимум казне затвора је предвиђен у трајању од двадесет година, што је строже решење у односу на оно које смо дуго времена имали, тј. кад се казна затвора у трајању од двадесет година предвиђала као изузетак и представљала је алтернативу смртној казни. Међутим, сада је могуће прописивати и изрицати и казну у распону између петнаест и двадесет година, што ће и законодавцу и суду дати шире могућности у погледу степеновања тежине кривичног дела, како *in abstracto*, тако и *in conctreto*.[15]

У области одмеравања казне, предвиђен је већи број новина које, међутим, ипак не значе значајније промене. Као можда најважнију новину треба истаћи одредбу која даје појам продуженог кривичног дела. Реч је о конструкцији, тј. једном од случајева привидног реалног стицаја, који је наша судска пракса широко примењивала, у чему је наилазила и на подршку теорије, а да при томе није било основа у закону. Осим што ће отклонити приговор да крши начело законитости, одредба о продуженом кривичном делу даће основа судској пракси да успешније реши низ спорних питања на која се у примени овог института наилази.[16]

3. То су, уопштено изнете, само основне карактеристике наведена два кривична законика.

Када се мало више упусти у детаљније разматрање појединих решења, доћи ће се до сазнања да оба ова законика имају низ заједничких карактеристика (од којих су неке већ изнете).

То је једно.

---

[14] Ibid.
[15] Ibid, стр. 170.
[16] Ibid.

Видеће се такође да између њих постоје и значајне разлике.

То је сасвим разумљиво.

Међутим, оно што је важно при томе јесте то што се уочене разлике, и кад су значајне, не могу објашњавати, увек и само, временском дистанцом између њих.

Та дистанца је, свакако, непремостива, али није увек разлог за оправдање другачијег става.

Најзад, упоредном анализом појединих решења, доћи ће се и до неких закључака.

Реч је само о неким решењима која би се могла сматрати најважнијим.

I Општи део кривичних законика

Некако уобичајено, проблематика Општег дела кривичног законодавства одувек се сматрала важнијом.

Ваљда због тога што се, по природи ствари, налази на првом месту.

Може да звучи чудно да, после толико година постојања и развоја, у кривичном законодавству, односно кривичном праву уопште, постоји још низ проблема у чијем се решењу стоји још увек - на почетку.

Да почнемо од једног таквог.

1. Појам кривичног дела

1. Кривични законик из 1860. године није предвиђао одредбу која би регулисала појам кривичног дела.

И то је зачуђујуће.

Наиме, у параграфу 1. било је предвиђено да "сва казнима дела или су злочинства или преступлења или иступлења."

Уобичајена тродеобна подела кажњивих дела. По некима, по тежини самог дела, по другима - по тежини предвиђене казне.

По параграфу 1. - по тежини казне.

А зачуђујуће је то што је у параграфу 26. Кривичног законика било предвиђено да је "кривично дело неправо, угрожено казном од стране државе. А неправо је, тицало се кривичног неправа, тј. кривичног дела, или особно правног преступа, вино противправно делање."

Како је посебно истакнуто, овде је у питању само позитивно-правни појам, али не социолошки појам.[17]

2. Кривични законик Србије даје појам кривичног дела чија је основна карактеристика да се разликује од тог појма који је предвиђало претходно законодавство.

---

[17] Ф. фон Лист, Немачко кривично право, Београд, 1902. године, стр. 126.

Да подсетимо, по члану 14. Кривичног законика Србије, "кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено".

Овде би се могла ставити и једна примедба језичке природе. Наиме, чини се да је ова дефиниција могла бити и боље дата, а не да се у њој појам "дело" наводи чак три пута.

Иако је то примедба која није суштинског карактера, она нас неодољиво подсећа на то да се овакве грешке стално понављају.

Најпре, код једне од претходних измена и допуна Кривичног закона Србије, у тексту тих измена, у Службеном гласнику Србије објављене су и неке одредбе које су укинуте.[18]

Најсвежији пример, после објављивања службеног текста Кривичног законика Србије, установљене су (опет) неке грешке које су морале бити хитно исправљене.[19]

Опет је у питању "краткоћа времена".

Или се ради већ о маниру који нам је одавно својствен. Наиме, у Предговору на Кривични (Казнени) законик, још 1913. године, Т. Живановић је посебно напоменуо:

"У овом издању су, пре свега, исправљене разне, не малобројне, грешке у тексту новијих државних издања законика, где су, поред осталог, задржане неке одредбе које више не важе."

Као што је познато, овде је, у односу на ранију дефиницију изостављено својство друштвене опасности кривичног дела, са образложењем да је "друштвена опасност користан криминално политички критеријум за законодавца кад одлучује о томе да ли ће неко понашање предвидети као кривично дело или не, али се она не сме наћи у позитивно-правној норми коју треба да примењују судови".[20]

Дакле, социолошка страна појма кривичног дела није заступљена у Кривичном законику Србије.

Интересантно је међутим да Кривични законик Црне Горе, у члану 5. предвиђа:

"Кривично дјело је друштвено опасно дјело које је законом предвиђено као кривично дјело, које је противправно и које је скривљено."

У вези са тим, истиче се да је општи материјални елемент кривичног дела да је то друштвено опасно дело човека којим се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. То су значи, само људска понашања која су опасна за друштво у целини или за појединце, јер се њима повређују или угрожавају одређене друштвене или индивидуалне вредности. Ова материјална супстанца треба да послужи

---

[18] Вид. Службени гласник СР Србије, број 28/77

[19] [19] Вид. Службени гласник Републике Србије, број 88/2005 и 101/2005

[20] З. Стојановић, Основне карактеристике ..., стр. 10.

законодавцу и за разграничење кривичних дела од осталих облика противправних па и кажњивих понашања.[21]

Може се закључити да се и један и други став подударају кад је у питању значај друштвене опасности уопште, али се разилазе код питања да ли то обележје треба унети (задржати) у законском појму кривичног дела.

Оваквим ставом друштвена опасност, као обележје кривичног дела није изгубила свој теоријски и криминално-политички значај у кривичном законодавству Србије, како би се, можда, могло помислити на основу тога што више није присутна у појму кривичног дела који даје Кривични законик.

Оно што је битно и са чиме бисмо се сложили, јесте то што је друштвена опасност она криминална количина која једном људском понашању даје карактер кривичног дела. Друштвена опасност као општи елемент дела је један динамичан појам. Друштвену опасност треба утврђивати увек са становишта конкретних друштвено економских и политичких прилика, те у конкретном времену. Честа је, наиме, појава да је једно понашање друштвено опасно за једну друштвену заједницу, док за другу то исто понашање не представља универзалну друштвену опасност. Има, међутим, таквих понашања која представљају универзалну друштвену опасност и као таква су предмет кривичног гоњења без обзира на разлике у системима међу државама.[22]

И још нешто.

Мора се одати признање објективности претходно изнетог мишљења које је за укидање друштвене опасности, кад упркос таквом ставу каже да "с друге стране, треба бити научно доследан и истаћи једну предност старог решења: ако се употребљава без зле намере, и уз поштовање ранијих тумачења садржаја овог појма, онда, баш супротно, постојећи материјални елементи у општем појму кривичног дела може допринети правној сигурности.[23]

На крају, и ако би смо се сложили да друштвена опасност као обележје појма кривичног дела представља реликт који треба одбацити, поставља се питање треба ли одбацити и оно исто што је Ф. фон Лист рекао говорећи о неправу и кривичном делу. Према овоме, кривично дело је дело, по гледишту законодавчевом, у датом правном поретку: особито

---

[21] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 32.

[22] М. Перовић, Кривично право СФРЈ, Никшић, 1990. године, стр. 91.

[23] Б. Ристивојевић, Најзначајније измене Општег дела кривичног закона Савезне Републике Југославије, Саветовање Српског удружења за кривично право: "Кривично законодавство Државне заједнице Србија и Црна Гора", Копаоник, материјали Саветовања, стр. 59.

опасни напад на правно заштићене интересе. И да се кривично дело од других деликата разликује само својом опасношћу.[24]

Или одбацити и слично, савремено мишљење по коме ако је законодавцу сметао израз "друштвена опасност" могао га је заменити неким другим појмом, као, на пример, да је кривично дело "понашање човека којим се повређују или заштићују правно заштићена добра."

Овако, на постављено питање, законодавац - није одговорио.

Изгледа да је тако најлакше.

И још нешто.

Из наведеног образложења оваквог става, могло би се закључити да се овај задњи кривични законик везује (бар у Образложењу) друштвену опасност за одређеност дела у закону, односно за принцип законитости.

Па, да размотримо нешто ближе и тај проблем.

2. Принцип законитости

1. Већ је напоменуто да Кривични законик из 1860. године, по први пут, уводи у српско кривично законодавство принцип законитости.

У члану 2. Законика, било је предвиђено:

"За које дело није у закону, пре него што је учињено, казано да ће се и како ће се казнити онај који га учини, за оно се не може нико осудити."

За доба у коме је важио, овај принцип је био од пресудног значаја. Наиме, до доношења Законик, важио је принцип суђења "по здравом разуму, природном поњатију о правди и савести" који је установљен чланом 21. устројства окружних судова из 1840. године, овај пропис отварао је широко поље злоупотребама власти, остављао грађане без довољне заштите. Насупрот томе, према начелу легалитета, могли су се кажњавати "само она дела која је закон као казнима огласио".[25]

У вези са принципом законитости, треба посебно истаћи да је кривични законик предвиђао и једну веома значајну одредбу, предвиђену у параграфу 11.

У њему је речено:

"Ако се какво казнено дело учини под једним казнелителним законом, а суди се у време кад се тај закон промени и настане други, онда ће се свагда пресудити и казнити по оном од та два закона који за кривца буде блажији".

Овде је, наравно, реч о правилу које регулише тзв. повратно, или ретроактивно важење кривичног закона.

---

[24] Ф. фон Лист, ibid.

[25] Ђ. Ценић, op. cit., стр. 526.

Но, да би се ова одредба потпуније разумела, а у циљу њене правилне примене, треба претходно имати у виду, одредбе из параграфа 5. и, нарочито, 8. Закона којим се уводи у живот казнени законик.

Наиме, у параграфу 5. пише:

"Дела која су се до сада као казнима сматрала и казнила, но за која није и казна определена била, пресудиће се по казнелителном законику, ако не буду коначно већ пресуђена, кад овај законик почне важити."

А у параграфу 8. стоји:

"Уколико казнелителни законик у смотрењу застарелости или других околности буде блажији за кривца, имају се по њему пресудити сва она дела која не буду извршителном пресудом окончана, кад казнелителни законик у живот ступи."

Ех да се данашњи законодавац мало осврнуо у своју прошлост, а не само што се освртао око себе!

То је било 1860. године.

2. У последње време, поново се нашло на удару начело легалитета које, поред осталог, подразумева забрану ретроактивне примене кривичних закона, како у погледу оних одредаба којима се установљавају кривична дела, тако и у погледу одредаба које се односе на казне. И међународни правни прописи и домаћи устави (види члан 20. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама) предвиђају да се нико не може сматрати кривим и казнити за дело које, пре него што је извршено, није било предвиђено законом као кажњиво дело и да се казне одређују према закону који је важио у време извршења дела, осим ако је каснији закон повољнији за учиниоца. Треба имати у виду да према одредбама члана 6. став 9. Повеље од ове забране никаква одступања нису дозвољена, ни у ратном, ни у ванредном стању. Ово класично општеприхваћено начело кривичног права често смета извршеној власти приликом реализације њених прагматичних задатака., па су се са најодговорнијих места (Министарство правде и Врховни суд Србије) у последње време чула размишљања да би од овог начела требало предвидети извесна одступања, нарочито у кривичним стварима ратних злочина (командна одговорност), организованог криминалитета (конфискација имовине) и свим другим стварима у којима кривичноправна репресија показује своју неефикасност (тероризам, корупција).[26]

А Кривични законик Србије, у вези овог питања садржи две одредбе.

По првој "на учиниоца кривичног дела примењује се закон који је важио у време извршења кривичног дела" (став 1. члана 5).

---

[26] М. Грубач, Могући правци развоја казненог законодавства после доношења уставне повеље Србије и Црне Горе, Саветовање Удружења за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Златибор, 2003. године, материјали Саветовања, стр. 12. и 13.

По другој "ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, примениће се закон који је најблажи за учиниоца" (став 2. члана 5).

Иако се ове одредбе, саме по себи веома јасне, оне стварају веома велике проблеме судској пракси, нарочито када је у питању замена смртне казне - да ли казном од четрдесет година затвора или казном од двадесет или чак петнаест година?

Искуство показује да су судије принуђене да у решењу овог питања прибегавају комбинованој примени и закона који је важио у време извршења кривичног дела и закону који данас важи.

А то је недопустиво.

Као што је недопустиво уопште размишљати о горе истакнутој потреби одступања од примене начела забране ретроактивног важења кривичног закона, без обзира о којим се кривичним делима ради.

Чини се да би законодавац у многоме олакшао судској пракси решење овог проблема да је имао у виду наведени параграф 8. закона којим се уводи у живот казнени законик.

3. О кривици

1. Кривични законик из 1860. о кривици (и кривцима) говори, најпре у параграфу 39. надовезујући се на принцип законитости.

Тај параграф гласи:

"Никаквога кривца није слободно осудити на друго што, осим оних казни, које су овим законом прописане (параграф 12). Исто тако, има се свака казна тачно по закону према величини кривице определити, а никад строжије ни блажије, нити је слободно једну казну другом замењивати, осим случаја где закон то изреком допушта, па и онда не друкчије, него како закон каже."

А даље, о кривици, Законик говори у параграфу 40:

"Кад је у закону за какво дело опредељена само најмања и највећа мера казне, на коју ће суд кривца осудити, суд ће у простору између једне и друге мере осудити кривца на онолико колико нађе да он према величини кривице заслужује.

Кад је за какво у закону дело казана само највећа мера оне казне на којој ће се кривац осудити, суд ће у простору између те највеће мере и оне које нема мање по закону у том роду казни, кривца осудити на онолико колико нађе да он према величини кривице заслужује.

А кад је у закону за какво дело одређена само најмања мера казни, за коју се кривац осудити има, суд ће од те најмање мере, па навише до оне која је по закону највећа, за исто дело, осудити кривца на онолико колико нађе да он, према величини кривице, заслужује."

Дакле увек према "величини кривице"

И све је то лепо и јасно речено да не ствара никакве тешкоће.

Иначе Законик не даје изричито појам кривице.

2. Е, то чини Кривични законик из 2006. године.

Наиме, у члану 22. под насловом "Кривица", стоји:

"Кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено (став 1);

Кривично дело је учињено са кривицом ако је учинилац поступао из нехата, уколико закон то изричито предвиђа (став 2)."

Ово је нова одредба.

Годинама се у нашем кривичном праву говорило и расправљало о појму виности, односно кривичне одговорности, па је, ваљада као и свему, и томе дошао крај.

Колико је таква промена оправдана - остаје да се види.

Проблеми ће се, изгледа, неминовно појавити.

Најпре, формулација "кривично дело је извршено са кривицом је, најблаже речено, чудна.

Кривично дело се може извршити са ножем или са секиром.

Али са кривицом!?

Кривица није средство за извршење кривичног дела.

Али, добро. То се да исправити.

Даљим, граматичким и логичким тумачењем одредаба из члана 22. произилази да нема кривичног дела ако га је учинило неурачунљиво лице или урачунљиво лице које није поступало са умишљајем или из нехата (виност). Овакво решење отвара неколико дилема од теоретског и практичног значаја. На пример, каква је ситуација када остала обележја кривичног дела оствари лице које није урачунљиво. Произилази да нема кривичног дела јер је искључена скривљеност. Ако се пође од тога да је општеприхваћено становиште да је кривично дело претпоставка за примену сваке кривичне санкције, шта је онда основ за примену одговарајућих мера безбедности према неурачунљивим лицима.[27]

Или, због чега законодавац остаје недоследан па у наслову члана 38. говори о "одговорности" (кривичној) а у ставу 3. истог члана о искључењу "кривице"?

Или, због чега се у члану 23. ("Неурачунљивост"), говори о непостојању кривичног дела, а у члану 24. ("Скривљена неурачунљивост") - о постојању кривице?

И тако даље.

[27] Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног законика Србије, Београд, 2005. године, стр. XXIII.

На крају због чега смо тако лако и нагло одрекли појмова "виност" и кривична одговорност.[28]

Ако смо виност одбацили јер потиче из древно руског, односно старословенског језика, због чега смо се одрекли кривичне одговорности која је итекако присутна у данашњем кривичном законодавству европских држава.[29]

На пример, параграф 20. Кривичног законика Савезне Републике Немачке.

4. Основи искључења постојања противправности и основи искључења кривице

Нови појам кривичног дела, у Кривичном законику од 2006. године, схваћен у објективном и субјективном смислу, довео је и до одређених промена у кривичноправном значењу и домашају појединих института у Општем делу, а посебно код неких института који се појављују као општи основи искључења постојања кривичног дела. Полазећи од одредбе члана 14. став 2. где је одређено да нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, може се закључити да одсуство противправности или кривице искључује постојање кривичног дела.

Да видимо нешто ближе неки од ових основа.[30]

Наравно, најпре у Кривичном законику из 1860. године.

1) О извињујућим и казну умањујућим околностима

Под овим архаичним и (бар за аутора ових редова) надасве лепим насловом, Кривични законик у Глави IV, садржи, најпре веома индикативну одредбу:

"Ни злочинства, ни преступленија нема онде, ако је онај, који је какаво дело учинио, у време, кад га је учинио, био луд или је иначе слободна воља код њега искључена била."

То је био параграф 53. и односи се на оно што се данас у кривичном праву зове неурачунљивост.

---

[28] Кад је већ реч о виности, интересантно је да је Кривични законик из 1860. године, у параграфу 158, став 2. предвиђао тзв. професионални нехат; "ако је кривац по свом знању, занату или занимању дужан био да буде предострожан, то му се поред затвора и самосталног угрожавања оног заната или занимања за неко време или за свагда, забранити".

[29] Вид. Р. Илић, Кривица у Кривичном законику Србије, Саветовање Српског удружења за кривично право "Примена новог кривичног законодавства Србије", Копаоник, 2006. материјали Саветовања, стр. 36.

[30] Н. Пековић, Општи основи искључења постојања кривичног дела у Кривичном законику Србије, Саветовање Српског удружења за кривично право "Примена новог кривичног законодавства Србије", Копаоник, 2006. материјали Саветовања, стр. 27.

Настављајући у овом правцу, Законик даље говори о нужној одбрани (параграф 54) и, ономе што нас овде посебно интересује - о заблуди.[31]

"Ако казнимост дела зависи или од особитих својстава оног лица које је дело учинило или од особитих својстава оног спрам кога је дело учињено или од особитих својстава под којима је учињено: то се онда такво дело не може ономе у кривицу урачунати, коме та својства или опсојателства нису позната била у време кад је дело учињено.

Ако би се по тим особитим, учинитељу бившим одношенењима или опстојателствима казнимост дела увећавала, онда те околности неће се при изрицању казне учинитељу као отежавајуће урачунати".

То је параграф 53 а.

Очигледно, реч је о стварној заблуди.

Међутим оно што је много индикативније од свега претходно изнетог је параграф 3. у коме је речено:

"Незнање закона никог не оправдава."

Дакле, за разлику од стварне, правна заблуда није била од значаја.

2) Општи основ искључења противправности и кривице

По одредбама Кривичног законика из 2006. године:

1. У опште основе искључења противправности спадају:

1. дело малог значаја;
2. нужна одбрана и
3. крајња нужда.

2. У опште основе искључења кривице спадају:

1. сила и претња;
2. неурачунљивост;
3. стварна заблуда и
4. правна заблуда.

Оно што је овде важно (и ново) јесу тачке 1. и 4.

У тачки 1. ради се о сили и претњи.

Наиме, у члану 21. став 1. предвиђено је:

"Није кривично дело оно дело које је учињено под дејством неодољиве силе (став 1);

[31] Евидентно је да Кривични законик није предвиђао крајњу нужду, већ се она подводила под општи основ "непостојања слободне воље учиниоца. Крајња нужда "долази случајним каквим догађајем у ком човек угрожаван самом опасношћу живота какво злочинство учини: на пример, лађа се на води разбије, когод од људи не лађи шчепа какву даску и пусти се на воду како би се спасти могао, у томе притрчи и други од путујућих да се за ону даску увати и спасти се покуша, но онај први, видећи да ће се и сам на даски тешко спасти моћи, одгурне овог другога и овај утопи се". Вид.: Ђ. Ценић op. cit., стр. 173-174.

Ако је кривично дело учињено под дејством силе која није неодољива или претње, учиниоцу се казна може ублажити (став 2);

У случају из става 1. овог члана, као извршилац кривичног дела сматраће се лице које је применило неодољиву силу (став 3)."

А тачка 4. односи се на правну заблуду.

То је одредба из члана 29. која гласи:

"Није кривично дело оно дело које је учињено у неотклоњивој правној заблуди (став 1);

Правна заблуда је неотклоњива ако учинилац није био дужан и није могао да зна да је његово дело забрањено (став 2):

Учиниоцу који није знао да је дело забрањено, али је то био дужан и могао да зна, казна се може ублажити (став 3)."

Изнете одредбе заслужују похвалу.

Она из тачке 1. због тога што попуњава једну правну празнину из ранијег кривичног законодавства (став 1. и 2) и што јасно уводи у позитивно кривично законодавство један важан случај посредног извршилаштва (став 3). Наиме, кад неко изврши кривично дело под утицајем неодољиве силе, учиниоцем кривичног дела не сматра се то лице, већ оно које га је силом принудило на извршење кривичног дела. Извршилац је дакле онај који не предузима радњу извршења нити остварује друга обележја кривичног дела. Реч је о једној законској фикцији која треба да обезбеди кажњивост и оног лица које није учествовало у извршењу дела нити се може сматрати саучесником, али је његова делатност имала за последицу извршење кривичног дела.[32]

А што се тиче одредбе о правној заблуди, она коначно отклања дилему око њеног значаја - она дефинитивно искључује постојање кривичног дела.

5. Казне

1. Како је речено у уводним излагањима, Кривични законик је предвиђао једанаест казни, а дванаеста, као споредна казна - полицијски надзор уведен је допуном законика од 20. марта 1863. година.

Од ових дванаест казни, пет њих су, у ствари, биле мере безбедности (губитак грађанске части, одузимање ствари, забрана обављања одређене делатности, протеривање и полицијски надзор). Казне, у правом смислу биле су дате овим редом: 1. на смрт, 2. на робију, 3. на заточење, 4. на затвор, 5. на лишење звања (које више спада у претходну групу санкција), 6. на новчану казну и 7. на бој (што је значило батинање).[33]

---

[32] Љ. Лазаревић, op. cit., стр. 66.

[33] М. Грубач, Телесна казна у Србији 1804-1873, Београд, 2004. године, стр. 118.

Посебну пажњу полицијски надзор, па о овој казни треба рећи нешто више.

Наиме, у параграфу 37а, било је предвиђено:

а. "Надзор полицајни не може трајати дуже од пет ни краће од једне године, како коме суд досуди. Он се састоји у следећем:

а. који је на ту казну осуђен, за одређено у пресуди време не сме се удалити никуда изван атара села, или вароши у којој живи, без знања и одобрења надлежне полицајне власти. Само у случајевима преке потребе, која одлагања не трпи, може му надлежни кмет на своју одговорност дозволити да може у оближње општине отићи, и то само онда кад у месту нема полицајне власти.

б. он мора бити од извесног до извесног времена, које му полицајна власт одреди, у свом обиталишту, или мора онде на преноћиште долазити, где му она одреди.

в. њему се може у свако време, по наредби месног кмета или полицајне власти, претресати кућа и његова притежања."

А у параграфу 37б, било је предвиђено: "полицајни надзор осуђиваће се сваки пут кад се ко осуђује због крађе, разбојништва, хајдуковања, прикривања или јатаковања и паљевине хотичне."[34]

Најзад, у параграфу 37в, писало је "одређено време полицајног надзора почиње тећи од времена издржане или опроштене казне."

Следе два закључка:

Казна полицијског надзора била је установљена као једно од средстава против имовинских злочинаца који су представљали пошаст за Србију. Осуђени на ову казну није смео да се дању удаљава "изван атара села или вароши у којој живи без одобрења надлежне полицајне власти". Ноћ је морао да проведе у својој кући или у одређеном преноћишту. Полицијским надзором одређивано му је, на пример, да на преноћишту буде у времену "од једног сата после заласка сунца, па до једног сата пре изласка сунца. У ситуацији појачане имовинске и личне несигурности када "лоповлуку и друга подобна дела учестају" полицијска власт могла је наредити да сви осуђени на полицијски надзор ноћивају у једној среској или општинској соби.[35]

И други закључак: кад се подробно размотре наведене одредбе без размишљања би се могло рећи да је овакав надзор, било као казна, било као мера безбедности, било као полицијска или, можда боље судски надзор - и данас веома, веома актуелан.

Нарочито с обзиром на последње догађаје који у Србији трају, опет веома, дуго.

---

[34] Ibid.

[35] М. Павловић, op. cit., стр. 340.

2. Кривични законик из 2006. у погледу казни, заслужује посебну пажњу јер уводи две нове казне: рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе (члан 43. тачка 3. и 4).

1) Рад у јавном интересу је производ настојања да се пронађу и нова решења која би користила као алтернатива казни затвора, нарочито оној која би се изрицала у кратком трајању.[36]

Због тога, ова идеја је веома привлачна као могућност елиминисања казне затвора у случајевима када она није неопходна, као и кад су у питању учиниоци који, иако су учинили неко кривично дело, нису такви да их треба ставити у затвор. Отуда, рад у јавном интересу има значајне предности у односу на краткотрајну казну затвора, јер пружа једну нову, јефтинију могућност, са веома израженом функцијом и "поправљање штете" коју је нанео друштву.[37]

Увођењем ове казне у Законик законодавац је завршио први део посла.

Како ће се завршити онај важнији део - њена практична примена - остаје да се види.

Изгледа да ће ту бити много тешкоћа.[38]

2) Одузимање возачке дозволе може се изећи учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило. Може се изећи и као главна и као споредна казна (члан 53).

И овде ће, изгледа, бити много тешкоћа.

Наиме, примена ове казне може се сматрати оправданом када су у питању кривична дела против безбедности јавног саобраћаја, али се за ова дела већ може изећи одговарајућа мера безбедности и то у дужем трајању од максимума ове казне. Међутим, из услова за њено изрицање види се да се нешто друго имало у виду што није довољно јасно, а и нема довољно смисла. Ова казна би требало да се изриче кад је учинилац користио моторно возило да би отишао до места извршења кривичног дела или да је моторним возилом ишао да купи средство за извршење кривичног дела или да би се договорио са саучесницима. Не виде се разлози због којих би у оваквом случају требало одузети возачку дозволу.[39]

---

[36] Ј. Лазаревић, Кривичне санкције и њихово извршење, Саветовање Српског удружења за кривично право "Примена новог кривичног законодавства Србије", Копаоник, 2006. године, материјали Саветовања, стр. 121.

[37] Ђ. Ђорђевић, Саветовање Српског удружења за кривично право "Ново кривично законодавство Србије", Копаоник, 2005. године, материјали Саветовања, стр. 56.

[38] Ibid.

[39] М. Ђорђевић, Казнени оквир у Предлогу новог кривичног законика, саветовање Удружења за кривично прав и криминологију Србије и Црне Горе "Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство", Златибор, 2005. године, материјали Саветовања, стр. 137.

6. Одмеравање казне

1. У Глави V, под насловом "О олакшавајућим и отежавајућим околностима" Кривични законик из 1860. године, наводи које све околности суд узима у обзир код одмеравања казне.

Најпре, у параграфу 59, говори се о олакшавајућим околностима.

За олакшавајуће околности сматраће се:

"1. Ако кривац није разумевао колико зло може изаћи из његова дела, и какво ће велико зло њега самога за то постићи.

2. Ако је кривац тешком невољом, или чијим наговором, или преваром, или заповешћу или претњом на зло дело наведен.

3. Ако је зло дело учинио обузет чувством човечности или раздражен увредом или другим поступцима онога према коме је зло дело учинио.

4. Ако се кривац, пре учињеног злог дела свагда добро владао, или је из поступања његовог при самом том делу или после овога види да није сасвим покварен и неваљао човек; а особито

5. ако је чинећи зло дело имао прилику учинити много већу штету, па је сам од своје воље није учинио; или

6. ако се сам од своје воље трудио да из његова дела не изађу и друга дела, која би могла изаћи, или да поправи учињену штету.

7. Ако се суду сам пријави и своју кривицу призна, а могао је лако утећи или се сакрити, или ако призна своју кривицу пошто се почне ислеђивати, али пре него се дело његово докаже другим чим."

А према параграфу 65, за отежавајуће околности, и по њима да је злочинство или преступленије утолико веће, сматраће се:

"1. ако је кривац зрелије размишљао и што се већма спремао за зло дело.

2. што је већа штета злим делом учињена.

3. што је већа опасност за злим делом скопчана, и што се мање могло посматрати, да се злочинство или преступленије не учини.

4. што је више дужности злочинством или преступлењем погажено.

За особито отежавајуће околности сматраће се:

5. ако је кривац за друго злочинство или преступлење већ био кажњен.

6. ако је друге на злочинство или преступлење навео, или ако је у делу, које је од више лица учињено, био коловођа или подбадач."

2. Кривични законик из 2006. године, ако што је познато, садржи општа правила о одмеравању казне, у члану 54. који гласи:

"Суд ће учиниоцу кривичног дела одмерити казну у границама које су законом прописане за то дело, имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа (олакшавајуће и отежавајуће околности), а нарочито: степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот

учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела, а нарочито однос према жртви кривичног дела, као и друге околности које се односе на личност учиниоца (став 1).

При одмеравању новчане казне у одређеном износу (члан 50), суд ће посебно узети у обзир и имовно стање учиниоца (став 2).

Околност која је обележје кривичног дела, не може се узети у обзир и као отежавајућа, односно олакшавајућа околност изузев ако прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела, или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег, односно лакшег облика кривичног дела."

3. Питање које се, само по себи, намеће је: за који се систем определити?

И из којих разлога?

Пре свега, једна опаска: давши списак олакшавајућих и отежавајућих околности, Србијин законодавац је одступио од пруског узора, у коме се судији остављено да сам сагледа околности конкретног случаја и по свом убеђењу одмери казну. Србијин законодавац се угледао на баденски систем набрајања околности, као примеренији превеликом броју неправника и полуправника међу судијама у ондашњој Србији.[40]

Овај аргумент је, свакако, тачан и оправдава законодавца.

Оног доба.

Одатле је, наравно, погрешно извући закључак да наведени систем енумерације олакшавајућих и отежавајућих околности треба одбацити.

Напротив, и он итекако има своје позитивне стране.

7. Продужено кривично дело

Продужено кривично дело има чудну историју.

1. У параграфу 70. Кривичног законика из 1860. године, било је предвиђено:

"Ко се реши да чини једног истог вида злочинства или преступлења, па потом учини више једног истог вида злочинства или преступлења која се скупа појављују само као извршење оне исте напред учињене решености; исто тако, кад ко вишеструко преступи један исти пропис закона, делима која се скупа имају сматрати као последица једног истог из нехата (набрежења) учињеног дела: то се такова дела као саставне части и по томе као једно (продужено) злочинство или преступлење казнити имају, при чему продужење и број дела узеће се за отежавајућу околност."

Затим, продужено кривично дело годинама није било предвиђено у кривичном законодавству.

---

[40] М. Павловић, op. cit., стр. 337.

Њиме се, углавном, бавила судска пракса.

А старија теорија кривичног права сматрала је да је продужено кривично дело кад је у ствари извршено неколико кривичних дела, али постоји низ момената због којих и наука и законодавство сматрају да су та дела тесно зближена и уједињена и да ће се схватити као једно кривично дело.

2. Коначно, Кривични законик из 2006. године, у члану 61. предвиђа:

"Продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности, од стране истог учиниоца, која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења или једноставног умишљаја учиниоца (став 1);

Кривична дела управљена против личности могу чинити продужено кривично дело само ако су учињена према истом лицу (став 2);

Не могу чинити продужено кривично дело она дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело (став 3);

Ако продужено кривично дело обухвата лакше и теже облике истог дела, сматраће се да је продуженим кривичним делом учињен најтежи облик од учињених дела (став 4).

Ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима, уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца (став 5);

Кривично дело које није обухваћено продуженим кривичним делом у правноснажној судској пресуди, већ буде откривено накнадно, представља посебно кривично дело, односно улази у састав посебно продуженог кривичног дела (став 6)."

Овакво законско конципирање продуженог кривичног дела доводи у питање потпуност његове норме, односно њену јасност и прецизност. Нужност ових елемената не искључује сумњу да ни ова кривичноправна норма може издржати строге критеријуме за оцену њене законитости, односно сегмент јасности и предвиђености исте. Ако сумњамо, онда норма није јасна, није одређена или уопште је није требало уносити у Законик.[41]

Значи ли то да је формулација из 1860. године била прецизнија?

8. Кривична одговорност малолетника

1. Према параграфу 55. Законика из 1860. године:

[41] Д. Николић, Продужено кривично дело, Саветовање Српског удружења за кривично право "Примена новог кривичног законодавства Србије", Копаоник, 2006. године, материјали Саветовања, стр. 103, 111.

"Деца која немају пуних дванаест година, неће се осуђивати за злочинства и преступлења која би учинила, него ће се дати родитељима или туторима, да их они казне."

А по параграфу 56:

"По параграфу 55. поступиће се и са недораслима, који би имали пуних дванаест година, али још не би навршили шеснаесту годину, а доказало би се да су без разбора учинили злочинство или преступлење. Ако ми они без разбора, али из рђаве навике учине злочинство или преступлење, да се поправљају, и на том поправљају могу остати највише до осамнаесте своје године."

Параграф 57. предвиђао је:

"Који би имали пуних дванаест година, али још не би навршили шеснаесту годину, па би се доказало да су учинили злочинство или преступлење са разбором, да се казне."[42]

Најзад, по параграфу 58:

"Ако би кривац имао пуних шеснаест година, а још не би навршио двадесет прву годину, моћи ће се осудити највише на две трећине оне казне коју закон доноси за дело учињено, а кад би закон доносио за учињено дело смрт, он ће се осудити на робију или заточење од десет до двадесет година."

2. Кривични законик из 2006. године, осим неких општих одредби, регулисање положаја малолетних учинилаца кривичних дела препушта посебном Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

Овај закон доноси доста промена у односу на претходно кривично законодавство.

Оно што је најважније, јесте да малолетници и даље улазе у кривично право са навршених четрнаест година, и да се и даље деле на млађе и старије малолетнике.

Посебне категорије су млађа пунолетна лица.

По члану 9. наведеног закона "малолетницима за учињена кривична дела могу се изрећи васпитне мере, казна малолетничког затвора и мере безбедности предвиђене чланом 79. Кривичног законика, осим забране вршења позива, делатности или дужности."

II Посебни део Кривичног законика

Рекло би се да је временско раздобље од доношења првог кривичног законика Србије до доношења овог данас важећег у много већој мери од утицаја на проблематику Посебног дела кривичног законодавства.

---

[42] "Разбор је могућност схватања значаја свога дела, саставни део виности, дакле", Т. Живановић, Казнени законик..., стр. 29.

Хтело се рећи да је Посебни део много више подложан променама.

Ако је то тачно, онда потребу да се упореде решења о неким кривичним делима која су била предвиђена у Законику из 1860. године чини поприлично - сувишним.

Но, не и сасвим искљученом.

С тог разлога, овде ће се указати само на неке, најкарактеристичније случајеве.

1. Пре свега, "непријатељска пропаганда"

У параграфу 90. Кривичног законика из 1860. године, било је предвиђено:

"Ко јавно, речма, печатеним или непечатеним писменим саставом, позива на дела, која се по последњој тачки параграфа 87. као издајничко предузеће казнити имају, ако је то без средстава остало, да се казни робијом до десет година."[43]

Овде је реч о кривичном делу које је у нашем кривичном законодавству било познато као "непријатељска пропаганда" и које је годинама било трн у оку свима онима који су себе сматрали прогресивним снагама.[44]

Најзад је то кривично дело избрисано.

И то је увек са образложењем да је то вербални деликт као "продукт комунистичке пропаганде".

2. Кривични законик из 2006. наравно, не предвиђа ово кривично дело.

Оно се овде не би ни спомињало да се после помињања параграфа 57б, само по себи, не намеће питање: треба ли да се примени Кривични законик на некога ко позива на то да се "област српска или неки део споји са страном државом, или један део од целога отргне"?

Ко то упорно, свакодневно, чини.

2. Мало о европском Суду за људска права

1. Параграф 91. Кривичног законика из 1860. године, предвиђао је:

"Србин који тужи Србина туђинској власти, обилазећи своју власт, а зна да му је ова надлежна, да се казни у новцу до 300 талира. А Србина

---

[43] А као издајничко, сматрало се предузеће које иде на то:
а. да се законски ред наследства или Устав земаљски насилно промени, или владалац спречи да врши уставна права;
б. да се област српска или неки део споји са страном државом, или један део од целога отргне;
да се кривац као издајник, казни робијом од петнаест до двадесет година. (параграф 87а).

[44] То је био и чувени члан 133. Кривичног законика од 1951. године.

који противу своје земаљске власти или закона или пресуда земаљским судовима изречених тражи у туђини заштиту или помоћ да се због самог овог дела казни у новцу од триста до хиљаду талира или затвором од једне до пет година."

2. Добро је што Кривични законик из 2006. не садржи овакву одредбу.

А и да је хтео - не би смео!

Јер, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, који је и наша држава коначно ратификовала, предвиђа успостављање Европског суда за људска права који ће радити као стални орган.

А у члану 34. Конвенције, предвиђено је:

"Суд може да прими представке од сваког лица, невладине организације или групе лица која тврде да су жртве повреде права установљених Конвенцијом или протоколом уз њу, учињене од стране неке високе стране уговорнице. Високе стране уговорнице обавезују се да ни на који начин не ометају стварно вршење овог права."[45]

Број оваквих лица је само до 1. јула 2004. године већ био прешао две стотине.

Данас их је већ много више.

3. Шта је са злоупотребом права на штрајк?

1. Параграф 96. Кривичног законика из 1860. године предвиђао је:

"Ако се при грађењу путова или у опште при отправљању каквих државних или општинских послова више њих узрујају и слошки од рада престану, па било да оду кући или да онде остану, али неће да раде никако, или неће да раде онако и онуда, како и куда им власт каже, па су у тој својој непослушности остали и онда пошто су од своје власти опоменути, да се казне коловође затвором од три до шест месеци, а остала од једног до три месеца."

2. Кривични законик из 2006. године, предвиђа нешто, рекло би се, сасвим супротно.

У члану 176, који говори о злоупотребама права на штрајк, речено је:

"Ко организује или води штрајк супротно закону или другим прописима и тиме доведе у опасност живот или здравље људи или имовину већег обима, или ако су услед тога наступиле теже последице, уколико тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела, казниће се затвором од три године.

---

[45] А по члану 35. став 1. Конвенције "Суд може узети предмет у поступак тек кад се исцрпе сви унутрашњи правни лекови, у складу са општепризнатим начелима међународног права, и у року од шест месеци од дана када је поводом њега донета правноснажна одлука."

4. А шта је са онима који критикују законе?

Чудног ли питања.

1. Па. можда и није баш тако, ако се има у виду параграф 103. став 2. Кривичног законика из 1860, у коме је речено:

"Јавно, усмено или писмено излагање недостатака и погрешака каквог закона, уредбе или наредне, или пресуде или решења судејских, као и научно претресање и критизирање ових, не подлеже казни, у колико се не би из форме изражаја врђајућа намера обелодањивала."

Ово је речено у оквиру групе кривичних дела "о злочинима и преступљенима противу закона, власти и јавног поретка" (Глава X Кривичног законика).

А у параграфу 214. је речено:

"Од увреда треба искључити научне критике и критике художника и уметника, као и опомене, карактеризирања и укоре претпостављених лица, у колико се не би из форме изражаја, или из опстојателства, под којима би се то учинило, врђајуће намерање извести могло."

Ово је начело у оквиру групе кривичних дела "о лажном оптужењу, опадању и повреди части" (Глава XXII Кривичног законика).

Заиста изванредно

Чак и за данашње време.

А не треба заборавити да је, на пример, Српска (краљевска) академија наука и уметности основана 1866. године.[46]

2. Кривични законик из 2006. године, у оквиру групе кривичних дела против части и угледа, предвиђа да се за кривично дело увреде неће казнити учинилац, ако је излагање дато у оквиру озбиљне критике у научном, књижевном или уметничком делу, у вршењу службене дужности, новинарског позива, политичке делатности, у одбрани неког права или заштити оправданих интереса, ако се из начина изражавања, или из других околности види да то није учињено у намери омаловажавања (члан 170. став 2).

А у члану 176. Законик предвиђа некажњавање и за кривична дела из чланова 173-175, ако то такође није, у већ наведеним случајевима из члана 170, став 2, учињено у намери омаловажавања, али и у случају ако учинилац докаже истинитост свог тврђења или да је имао основаног разлога да поверује у истинитост онога што је износио или проносио."47

---

[46] Друштво српске словесности основано 1842. године, а Српско учено друштво, које је прерасло у Академију 1864. године.

[47] У питању су следећа кривична дела: повреда угледа СЦГ и државе чланице (члан 173), повреда угледа народа, националних и етничких група СЦГ (члан 174) и повреда угледа стране државе или међународне организације (члан 175).

5. Одговорност судија

Одговорност судија, односно носилаца правосудних функција, како се то сада каже, одувек је представљала предмет великог интересовања свих оних који се баве кривичним правом.

Данас, можда највише.

И, свакако, да то има своје разлоге.

1. Кривични законик из 1860. године је том проблему посвећивао велику пажњу.

1) Најпре, у параграфу 107. било је предвиђено:

"Судија, који при суђењу каквог кривичног дела или каквог грађанског спора и у опште при решавању каквог, било спорног или неспорног питања грађанске природе, на корист или штету ма које стране, подмити, да се казни заточењем од две до десет година.

Овако ће се казнити и изабрани судија, судија из реда трговачког, поротник и вештак, ако би то каквој ствари, у којој врше ову своју дужност, били подмићени на корист или штету које стране."

2) У параграфу 1098, стајало је:

"Судија кад по части суђења, а по препоруци чијој, па ма и веће своје власти, противно закону, реши и пресуди какво дело, да се казни заточењем од две до пет година."

3) Параграф 120:

"Судија или чиновник који има власт да суди, ако ма под каквим изговором, па макар и што је закон нејасан, или што у случају правила нема, ни на опомену своје претпостављене власти неће, кад је дужан, да суди страни која то захтева, моћи ће се казнити новчано до сто талира, а по важности предмета и упорства лишењем звања."

4) Најзад, параграф 127:

"Судија и у опште чиновник који се при саслушању или решавању кривичних, грађанских или трговачких предмета, намерно учини повиним какве неправде, било то на ползу или штету које стране, да се казни затвором најмање две године поред губитка грађанске части. Но ако би се он горње неправде из нехата повиним учинио, поред накнаде коју би можда за причињену штету дати имао, да се казни у новцу до сто талира, а по својству нехата или величини злих средстава, лишењем звања.

Иста казна да постигне и изабране судије, судије трговачког реда и поротнике, кад они у том својству навалично учине подобну неправду у предметима који се њиховом ислеђивању и суђењу повере."

2. Кривични законик из 2006. године, у односу на ово питање, изричито садржи само члан 360. у коме се говори о кршењу закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика.

У том члану је речено:

"Судија или судија поротник, јавни тужилац или његов заменик који у судском поступку, у намери да другом прибави какву корист или да му нанесе какву штету, донесе незаконит акт или на други начин прекрши закон, казниће се затвором од шест месеци до пет година."

3. Не улазећи детаљно у став једног или другог законодавца и не коментаришући наведене одредбе, јер оне довољно говоре, саме за себе, ипак смо остављени у дилеми: да ли су судије у оно доба биле "поквареније" него данас, или је свет онда био поштенији него данас?

Или је све то, ипак, једно те исто?

Ништа није случајно

Постоји заиста још низ питања која су, и по једном и по другом кривичном законику, заслуживала пажњу.

Но, негде се морало стати.

Некакав закључак би се морало дати.

1. О Кривичном законику из 1860

По једном мишљењу, у поређењу са тадашњим, некодификованим, тешко ухватљивим, често противречним и непотпуним кривичноправним прописима, Законик је, и поред свега што му се може приметити, заиста представљао "савршенство" како се једно време после његовог доношења говорило у Србији.[48]

У исто време, изнето је и овакво мишљење:

"Наш је Казнени законик препун нелогичних и нејасних одредаба, грубих погрешака у редакцији и систему и у општем и посебном делу. Општи појмови кривичноправни нису довољно утврђени, а са гледишта савремене науке, већином погрешни су. Појмови кривичних дела такође, а сем тог обично су или сувише казуистички или сувише опште схваћени."[49]

2. О Кривичном законику из 2006. године

И овде се разликују два мишљења.

По првоме: "реч је о релативно модерном законику који представља корак напред у реформи кривичног законодавства, јер доноси већи број нових и бољих решења у односу на раније кривично законодавство. Кривични законик Србије, у целини гледајући, представља озбиљну кодификацију која се заснива на модерним, али провереним концепцијама."

---

[48] М. Грубач, op. cit., стр. 118.

[49] Т. Живановић, Основи кривичног права, Општи део, Београд, 1910. године, стр. 26.

Уз једну резерву, по овом истом мишљењу: "међутим, он није ни сувише модеран, ни сувише либералан."[50]

А по другом мишљењу: "судска пракса и теорија кривичног права у више махова су указивале на потребу да се приступи темељнијој реформи ове законодавне материје и на њено усклађивање са савременим концепцијама борбе против криминалитета. Доношење овог законика представљало је шансу да се ови захтеви реализују. Наш је, међутим, утисак да се у томе само делимично успело."[51]

Шта рећи, после свега?

Све је случајно. Или, ништа није случајно.

Или, ипак је то - све једно.

Dr Bora Cejovic,
a full-time professor

CRIMINAL CODES OF SERBIA: THE ONE FROM 1860 AND THIS ONE FROM 2006

After many years, after many events, some of which having unexpectedly dire consequences, Serbia got its Criminal Code again.

Namely, in 1860, Serbia (the Princedom) proclaimed its Criminal Code.

In the year of 2006, on 1 January, the (new) Criminal Code entered into force.

These facts themselves were sufficient reason for the Author to make the analysis of the particular, most important solutions from both Codes: starting with the term criminal offence and the meaning of the principle of lawfulness, to the term guilt, which is formulated in a different way in the Code of 2006 than in previous criminal legislature, punishments and their dealing out, to the criminal responsibility of the adolescents, which is regulated by a separate law in the new criminal legislature.

The Author concludes that the legislator, in the new Criminal Code, tended to provide some new solutions in accordance with modern European criminal legislature - which he succeeded, but only partially.

The point is that some solutions from the Criminal Code of 1860 were more acceptable.

---

[50] З. Стојановић, Основне карактеристике новог Кривичног законика Србије, Саветовање Српског удружења за кривично право "Примена новог кривичног законодавства Србије, Копаоник, 2006. године, материјали Саветовања, стр. 24.

[51] Љ. Лазаревић, Коментар..., стр. XXI

Др Станко Бејатовић,
редовни професор

UDK: 343.132:351.74/.75

ТУЖИЛАЧКО-ПОЛИЦИЈСКИ КОПНЦЕПТ ИСТРАГЕ И ОПШТЕПРИХВАЋЕНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ

I . Опште напомене о истрази, њеним системима и значају за кривични поступак уопште

Истрага као фаза кривичног поступка тачније његовог претходног стадијума, представља изузетно значајан, а уједно и веома деликатан део кривичног поступка. У прилог томе говори чињеница да заснивање и исход главног кривичног поступка највећим делом зависи управо од резултата истраге. Поред тога, истрага има посебан значај и за заштиту људских слобода и права, будући да у овој фази кривичног поступка постоји куд и камо већа могућност њихове повреде него што је то случај у главном кривичном поступку. Имајући све ово у виду, не треба да чуди ни чињеница да данас многи теоретичари кривичног процесног права сматрају стратегију кривичне истраге новим пољем научног истраживања које се бави "планирањем и применом комплексних мера у истраживању, као и контролом и превенцијом криминала". [1] Поједини аутори, чини се не без основа, иду и даље и залажу се да стратегија кривичне истраге треба да буде још комплексније поље истраживања и као такво да представља и независну научну дисциплину.[2] С обзиром на све ово, истрага, као посебна фаза кривичног поступка, већ дуже времена, како у пракси тако и у теорији, изазива бројне дилеме, несугласице и тешкоће. Отворена су бројна питања. Међу њима посебан значај имају она која се тичу :органа који треба да спроводе истрагу; овлашћења активних субјеката истраге,односно у ком обиму иста треба дати појединим субјектима истраге? Затим, ту је и питање : Да ли су судски органи који спроводе истрагу довољно стручни из области криминалистике чије знање у овом

---

[1] Види: Lowe-Rosenberg, Die Strafprocessordnung und das Gerihtsverfasunggesetz, Groskomentar, 23.Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988., par.160-169.; Prof.dr Claus Roxin, Strafverfahrensrecth, 22.Auflage, Munchen, 2002.

[2] Види**:** Adelmo Manna, Enrico Infante, Criminal Justice Systems in Europe and North America - Italy; Heuni - Helsinki – Finland, 2000. ;Rolando V. del Carmen, Criminal Procedure - law and practuce - (4th edition), San Houston State University, 1998.;
Joseph G. Cook, Paul Marens, Criminal Procedure (5th edition), Lexis Publishing, New York, 2001. ; D. G. Cracknell's Statutes English Legal System (Police and criminal evidence act 1984), London, 1992.; Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год., стр. 99-144.

поступку највише долази до изражаја? Потом, како и на који начин заштити слободе и права окривљеног лица у току истраге? Или, који систем, модел истраге је најприкладнији посматрано са аспекта како њене ефикасности тако и ефикасности кривичног поступка као целине? и др. У оквиру ових , и не само ових , питања питање ефикасности истраге је једно од њених актуелнијих питања уопште из разлога што је добро познато и још више неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка као целине.[3]

Имајући у виду предње изнесени значај истраге као целине задатак је свих оних који се на било који начин баве овом проблематиком, а у оквиру овог круга субјеката посебно оних који раде на теоретској и нормативној разради исте, да дају свој допринос односно да предложе таква решења која ће бити у функцији ефикасности не само истраге већ и кривичног поступка као целине посматрано са аспекта његове две компоненте. (и времена њеног трајања и законитости предузимања како појединих истражних радњу тако и истраге као целине). Један од битних предуслова за остварење овако формулисаног задатка , а тиме и битних предуслова за успешно деловање субјеката истраге уопште јесте и адекватна нормативна основа за њихово поступање. Добра нормативна регулатива, уз остале услове као што су стручност, мотивисаност, техничка опремљеност и томе сл., гаранција је професионалног и ефикасног рада у овој фази кривичног поступка, а тиме и гаранција његове законитости као целине. Због овога истој се мора посветити посебна пажња. Без адекватне нормативне основе нема ни могућности спровођења ефикасне истраге, а тиме нема ни ефикасног кривичног поступка као целине. С обзиром на ово, један од задатака овог рада јесте покушај његовог аутора да да свој допринос квалитету нормативног регулисања проблематике истраге у кривичном процесном законодавству Србије.

На крају ових кратких уводних напомена додајмо и то да посматрано са аспекта система истраге уопште присутна су два односно три њена система - концепта. Њихова основна разлика се огледа у врсти субјеката предузимања истражних радњи. Односно, да ли се у својству ових субјеката јавља судски орган или пак орган извршно - управне власти. Сходно овоме критеријуму то су : судски концепт истраге, тужилачки и тужилачко - полицијски концепт истраге. Прво наведени тј. судски концепт истраге као раније у континенталном правном систему владајући све више губи на својој присутности , односно све више уступа место

[3] Види: Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 155-215.

тужилачком, тужилкачко – полицијском концепту истраге. 4Сходно овоме, тужилачки ,тужилачко -полицијски концепт истраге губи свој англосаксонски као изворни карактер и све више добија карактер универзалности.5

II. Разлози оправдања тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге

Као што је то већ истакнуто у времену чији смо савременици једно од најактуелнијих питања истраге као целине, посматрано на само у оквирима једне државе већ уопште јесте питање њеног концепта , односно система. Ово из разлога што управо у не малом степену од начина решавања овог питања зависи и питање ефикасности не само истраге већи кривичног поступка као целине. Због овог, један од захтева који треба да буде остварен приликом било које интервенције у једном кривичнопроцесном законодавству јесте да се тим интервенцијама ствара нормативна основа за даљње повећање ефикасности кривичног поступка с тим што то не сме да иде на уштрб међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка уопште. Сходно овако датом општем правилу сасвим је исправно што се и у раду на изради новог Законика о кривичном поступку Републике Србије 6 водило рачуна и о овом питању. Односно, сасвим је исправно што је био и ово један од циљева који је требало остварити доношењем овог законског текста. Неопходност узимања у обзир и овог питања у раду на изради новог ЗКП[7] јавила се пре свега из разлога што , и поред тога што је доношењем Законика о кривичном поступку из 2001.[8] године учињен велики корак напред у стварању нормативне основе за повећање ефикасности нашег кривичног поступка[9] ипак решењима која

---

[4] Види:Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год., стр. 103-195.

[5] О овоме види: Проф. др Момчило Грубач, Критика Предлога новог Законика о кривичном поступку, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год., стр. 339; Др Горан Илић, Појам, задатак, субјекти и радње претходног кривичног поступка, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год., стр. 99-141.

[6] ``Сл. гласник РС``, бр. 46/2006.

[7] Под ЗКП подразумева се Законик о кривичном поступку РС (``Сл. гласник РС` ` бр. 46/2006).

[8] ``Сл. лист СРЈ``, бр. 70/01 и 68/02, ``Сл. гласник РС``, бр. 58/04, 85/05 и 115/05).

[9] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић - Проф. др Драго Радуловић, Законик о кривичном поступку СР Југославије ,Култура, 2002. год.; Основне карактеристике Предлога Законика о кривичном поступку СР Југославије, зборник: ``Основне

су дата у истом нису биле исцрпљене све могућности за ефикаснији кривични поступак посматрано са аспекта законске норме. Решења у компаративном кривичнопроцесном законодавству по овом питању која су дуги низ година показала добре резултате као и досадашња искуства у судској пракси уопште говорила су а чине са да и дање говоре да у нашем кривичнопроцесном законодавству (позитивном и у будућем) постоји још увек одређени број питања која би у најмању руку морала да буду узета у обзир у раду на што потпунијој реализацији предње означеног циља везаног за нормативну основу ефикасности кривичног поступка.[10] Међу овим питањима посебну пажњу заузимало је а чини се да оно и будуће треба да заузима питање концепта истраге који је у нашем позитивном кривичнопроцесном законодавству искључиво судски. [11] Неопходност промене овако датог концепта истраге , и то са циљем преласка са судског на тужилачки или тужилачко -полицијски јавља се из више разлога , а међу њима посебан значај имају следећи :

Прво, стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак. И поред тога што у нашој земљи није већ дуги низ година спроведено једно дубље научно истраживање везано за ефикасност овог концепта истраге ипак се морамо сложити са чињеницом да судски концепт истраге не доприноси жељеној ефикасности кривичног поступка као целине[12], а добро је познато и још више неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од веома битних фактора ефикасности кривичног поступка уопште.[13] У недостатку научних истраживања ове проблематике на простору наше државе корисно је послужити се резултатима до којих се дошло у компаративном кривичнопроцерсниом законодавству у вези са овом проблематиком. Илустрације ради наводимо само два примера. Први се тиче Немачке која је доношењем Првог закона о реформи кривичнопроцесног права од 9. децембра 1974. године у циљу стварања нормативе основе за убрзање кривичног поступка који у то време према јединственом ставу и теорије и праксе није био на жељеном нивоу донео најзначајнију новину а то је укидање судске истраге као фазе

карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства``, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год. ,стр. 101-193.

[10] Види: Проф. др Станко Бејатовић,Основне карактеристике кривичнопроцесног законодавства Србије и пожељни правци његовог будућег развоја, Правни информатор, Београд, бр. 7-8/2005., стр, 50-67.

[11] Види: Образложење Предлога Законика о кривичном поступку; Савезно министарство правде, Београд, 2001. год.

[12] Тако нпр. према званичним статистичким подацима код нас истрага у преко 15% случајева траје дуже од једне године (Види: Билтен Републичког завода за статистику Србије за 2005. год).

[13] Види: Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 155-215.

кривичног поступка и њено изузимање из надлежности истражног судије. . Доношењем овог Закона функција истражног судије задржана је само за одређивање мера процесне принуде и законом предвиђено ограничавање људских слобода и права (одузимање предмета и притвор). Истрага као припремни стадијум кривичног поступка стављена је у надлежност државног тужиоцаI ($ 160.StPO) који тако преузима двоструку функцију (постаје орган и кривичног гоњења и истраге). Овоме додајмо и то да државбни тужилац може предузимање истражних радњи , сходно $ 161.StPO , препустити полицији, што у пракси често и чини . Ценећи према појединим емпиријским истраживањима припремни поступак у области средњег и ситног криминала из руку државног тужиоца прешао је у највећем степену у руке полиције, док је једино у области тешких кривичних дела државни тужилац задржао руководећу улогу у припремном поступкуи. Најнважнији разлог зуа овакво једно радикално решење било је схватање немачких процесуалиста да је судска истрага чест узрок одуговлачења кривичног посдтупкса. Ценећи према радовима публикованим у немачкој кривичноправној литератури овај циљ је постигнут, и данас је немогуће у истој наићи на захтеве за укидање овог концепта истрага односно за поновно враћање на судски концепт истраге. Други случај се тиче кривичнопроцесног законодавства БиХ које је на простору бивше Југославије прво прихватило овај концепт истраге и резултати његове примене, после веома кратког времена прилагођавања , су више него задовољавајући. [14]

Друго, пасивност јавног тужиоца. У судском концепту истраге тужилац је поприлично пасиван и ослања се углавном на оно што органи унутрашњих послова и истражни судија прикупе и доставе му, а што мора се признати није у складу са његовом основном функцијом кривичног гоњења учинилаца кривичних дела. Исто тако , овакав његов однос према истрази који је последица пре свега оваквог њеног концепта није у функцији ефикасности кривичног поступка. Уз то, питање је колико је овакав концепт истраге у сагласности и са начелом легалитета кривичног гоњења које обавезује јавног тужиоца на покретање и вођење кривичног поступка када су испуњени законски услови за то, као и у складу са његовом обавезом пружања доказа којима доказује основаност свог оптужног акта.

Треће, Неадекватан начин регулисања одговорности за неефикасност истраге. Једна од карактеристика судског концепта истраге, и то посебно конципиране на начин присутан у нашем позитивном кривцичнопроцесном законодавству јесте, чини се такође

[14] Види: Проф. др Миодраг Симовић, О неким искуствима у функционисању новог кривичног процесног законодавства Босне и Херцеговине, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005. год., стр. 611-639.

неспорна чињеница , да се у истом одговорност за њену (не) ефикасност може без икаквих проблема , безмало без било каквих последица, да се пребацује са јавног тужиоца на истражног судију и органе унутрашњих послова и супротно, а што итекако може да утиче на практичну реализацију њеног циља. Услед овог , и ово је један од низа аргумената који иде у прилог основаности критике овог концепта истраге.

Четврто, усаглашавање нашег кривичнопроцесног законодавства са савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством и међународним кривичним правом. Једна од битних одлика истраге, односно претходног или припремног кривичног поступка уопште у савременом компаративном кривичнопроцесном законодавству јесте све веће повећање улоге јавног тужиоца и полиције, односно ангажовања полиције уз надзор и руковођење јавног тужиоца и све веће опадање значаја судије као субјекта предузимања истражних радњи. Чак шта више и земље које се сматрају колевком судског концепта истраге исти све више напуштају. Случај нпр. са Француском као колевком установе истражног судије где су овлашћења истражног судије значајно смањена увођењем судије за слободе и притвор који се налази хијерархијски посматрано изнад истражног судије и надлежан је за одлучивање о задржавању, притвору, претресању, улажењу у стан и одузимању предмета, као и о неким питањима изван кривичног поступка.[15] Једном речју тужилачки , односно тужилачко - полицијски концепт истраге је доминантан у савременом кривичном процесном праву, и то како у компаративним националним кривилнопроцесним законодавствима тако и пред међународним кривичним судовима.16 Односно, слободно се може констатовати да он као такав представља светски тренд. Чак шта више и онај мали број земаља који још увек није прешао на овај концепт истраге озбиљно ради на претходном стварању практичних предуслова за прелазак на исти. Реч је пре свега о квалификационо -техничкој опремљености тужилаштва и полиције за практичну реализацију овог концепта истраге као јединог преосталог предуслова за прелазак на исти и у овим кривичнопроцесним законодавствима. Сходно овоме, може се даље констатовати да је само питање времена када ће и ове земље (мисли се пре свега на Словенију и Хрватску) прећи на овај тужилачки, жилачко-полицијски концепт истраге. Наравно, у вези са овим аргументом истиче се и чињеница да то што је то светски тренд нас то не обавезује. 17

---

[15] Др Горан Илић, Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у француском кривичном процесном праву, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.

[16] Види : Проф. др Милан Шкулић, Међународни кривични суд, Досије, Београд, 2005. год.

[17] Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага – Дилеме и проблеми, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год., стр, 350.

Посматрано формалноправно то је тачно. Али са друге стране исто тако је тачна и чињеница да се приликом било каквог рада на кривичнопроцесном законодавству једне земље треба водити рачуна и о усаглашености тога законодавства са решењима присутним у савременом компаративном кривичнопроцесном законодавству, под условом да она нису у супротности са њеним правним системом и општеприхваћеним правилима функционисања конкретне земље а што засигурније није случај када је реч о тужилачком , тужилачко- полицијском концепту истраге. Овоме додајмо и то да се од стране појединих аутора 18, у вези са овим аргументом истиче и чињеница да не постоји ниједан међународни правни акт који би обавезивао нашу земљу да уведе одређени тип истраге у наше законодавство. Ово је такође у целости тачно, као што је тачна и констатација да је питање система истраге препуштено свакој земљи да га решава по сопственом нахођењу и у складу са својим потребама и могућностима. Међутим, исто тако је тачна и чињеница да међународно кривично право ,посматрано уопште, као што је то већ истакнуто, стоји на становишту тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге. Ова чињеница иако није обавезујућа , као и предње изнесена чињеница која се тиче стања савременог компаративног кривичнопроцесног законодавства по овом питању, из предње наведених разлога, у најмању руку, мора да буде узета у обзир и у разматрању овог питања. У прилог исправности оваквог једног става говоре још две чињенице. Прва се тиче све већег значаја и улоге међународног кривичног права, па чак шта више у не малом броју случајева и његовог примата над националним законодавством. Друга, се односи на све већу усаглашеност националних кривичнопроцесних законодавстава, односно на присуство све мање разлике између појединих националних законодавстава без обзира да ли она припадају континенталном или англосаксонском правном систему. Услед овог, истицање приговора против тужилачког ,тужилачко - полицијског концепта истраге који се базира на томе да је то решење законодавстава англосаксонског правног система[19] нема никаквог оправдања.

Пето, Постигнути резултати код тужилачког концепта истраге. Резултати који су постигнути у земљама које су у циљу повећања ефикасности истраге а тиме и ефикасности кривичног поступка као целине управо прибегле интервенцијама ове врсте у свом кривичнопроцесном законодавству у потпуности говоре у прилог оправданости оваквих интервенција.[20] Илустрације ради наводимо само

---

[18] Види:Др Ђорђе Лазин, Судска истрага.....,стр. 350.
[19] Др Ђорђе Лазин, Судска истрага.....,стр., 360.
[20] Случај нпр. са немачким кривичнопроцесним законодавством (Види: Lowe-Rosenberg, Die Strafprocessordnung und das Gerihtsverfasunggesetz, Groskomentar, 23.Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988., par. 160-169.

два примера. Први се тиче Немачке која је као што је то већ истакнут доношењем Првог закона о реформи кривичнопроцесног права од 9. децембра 1974. године у циљу стварања нормативе основе за убрзање кривичног поступка који у то време, према јединственом ставу и теорије и праксе , није био на жељеном нивоу донео најзначајнију новину а то је укидање судске истраге као фазе кривичног поступка и њено изузимање из надлежности истражног судије . Односно, стављање исте у надлежност државног тужиоца и полиције. Ценећи према радовима публикованим у немачкој кривичноправној литератури овај циљ је постигнут. Данас је скоро немогуће у истој наићи на захтеве за укидање овог концепта истрага односно за поновно враћање на судски концепт истраге. И управо, захваљујући овоме може се слободно констатовати да је касније не мали број других кривичнопроцесних законодсавстава пришао интервенцијама сличне врсте. Други случај се тиче кривичнопроцесног законодавства БиХ које је на простору бивше Југославије прво прихватило овај концепт истраге и резултати његове примене, после веома кратког времена прилагођавања , су више него задоволљавајући.[21]

Шесто, Кабинетски карактер рада истражног судије. Један од следећих аргумената који говоре против судског концепта истраге јесте да је тако конципирана истрага углавном кабинетска . У истој је истражни судија као њен главни активни субјекат превасходно ангажован на прикупљању личних доказа, док остали доказни материјал потиче из претходне активности органа унутрашњих послова. Сходно овоме може се даље закључити да и у судском концепту истраге полиција игра значајну улогу. Истражни судија у овом концепту истраге у не малом броју случајева прихвата доказе прилкуљене од стране органа унутрашњих послова у преткривичном поступку.. Исто тако , у не малом броју случајева поверава им ,у смислу чл. 246.ст.3. важећег ЗКП, и предузимање одређених истражних радњи (претресање стана или лица и привремено одузимање предмета). Као разлог неоправданости узимања у обзир и овакве једне чињенице у прилог тужилачког, односно тужилачко-полицијског концепта истраге износи се `` да није исто имати важну улогу у нечему и одлучивати о нечему. Све док полиција не одлучује самостално о томе који ће се докази исзвести у истрази ,већ то одлучује истражни судија, објективност истраге је сачувана и потпуно је свеједно и нема никаквиог значаја што истражни судија најчешће прихвата све доказе које му сервира полиција.Битно је да то не мора да учини``.[22] Овакав један противаргуменат нема свог опрадања. Ово из разлога што ни у тужилачком, односно тужилачко - полицијском концепту истраге

[21] Види: Проф. др Миодраг Симовић, О неким искуствима у функционисању новог кривичног процесног законодавства Босне и Херцеговине..., стр. 611- 639.
[22] Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага..., стр. 356.

полиција није искључиви и једини активни субјекат предузимања истражних радњи. Насупрот, то је пре свега јавни тужилац. Друго, посматрано са аспекта предузимања истражних радњи њихова основна особеност мора да буде законитост и ефикасност њиховог предузимања, а она се обезбеђује предвиђањем инструмената за тако нешто. Треће имајући у виду задатак истраге, сигурно је да је јавни тужилац као њен главни носилац активности најкопетентнији за одлучивање о томе које истражне радње треба предузети у циљу остварења задатка истраге. Сходно овоме, под предопставком да се испоштују ови предуслови објективност истраге спроведене од стране јавног тужиоца и полиције неће се моћи ставити под знак питања. Ово тим пре ако се на адекватан начин реши и питање контроле оптужног акта који се подиже након овако спроведене истраге.

Седмо, Непотребно понављање доказа. У тужилачком концепту истраге избегава се непотребно понављање извођења доказа које нпр. сада карактерише наш кривични поступак. Тако нпр. до саслушања претпостављеног учиниоца кривичног дела (осумњиченог и окривљеног), посматрано са аспекта позитивног Законика о кривичном поступку , може да дође чак и три пута (у преткривичном поступку од стране органа унутрашњих послова, у истрази и на главном претресу). Аргументи који се истичу контра овог, а на тај начин и у прилог судског концепта истраге нису од значаја за решавање овог питања као целине. Наиме истицање да ``поновно саслушање окривљеног од стране суда није штетно за самог окривљеног``[23] је потпуно небитно. У разматрању разлога за један или други концепт истраге одлучујуће, посматрано са овога аспекта, треба да буде питање да ли је овакво једно вишеструко понављање извођења доказа потребно или не, а на да ли је оно за окривљеног штетно или не.

Осмо, Правна природа истраге. По својој правној природи истрага није судска већ тужилачко полицијска делатност. Оваква њена правна природа у сагласности је и са њеним циљем, а то је прикупљање материјала потребног за подизање оптужног акта од стране јавног тужиоца, што у складу са предње изнесеним начелима треба да ради он и (или) полиција.[24]

Девето, Допринос потпунијој реализацији основних начела кривичног процесног права. Поред предње изнесеног у прилог тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге говори још један аргуменат. Он је садржан у чињеници да овај концепт истраге доприноси потпунијој реализацији неких од основних начела кривичног процесног права. Реч је пре свега о начелу непосредности .Ово из разлога што се

[23] Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага..., стр. 357.

[24] С. Бркић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај , стр. 25. под 51.

код овог концепта истраге на главном претресу морају по правили извести скори сви докази. Могућност читања доказа из тужилачке истраге на главном претресу је више него изузетна ,што није случај код судског концепта истраге. Наиме, код судског концепта истраге у одређеним случајевима могу се на главном претресу прочитати искази које су сведоци и вештаци дали у истрази.[25] Имајући у виду значај овог начела за утврђивање материјалне истине у кривичном поступку уопште нема сумње да се и о овом аргументу мора водити рачуна у доношењу одлуке за један или други концепт истраге.[26]

Поред предње изнесеног, у одлучивању о промени концепта истраге треба водити рачуна и о две следеће групе околности. Прва група се тиче разлога који говоре против а друга начела на којима мора да се заснива тај тужилачки , тужилачко -полицијски концепт истраге.

Што се тиче аргумената који говоре против тужилачког (тужилачко - полицијског) концепта истраге они такође морају бити узети у обзир из разлога што одлука о овом питању мора да буде заснована не на простим жељама и утисцима већ на аргументима а до њих се може доћи само истовременом анализом разлога и за и против овог концепта истраге. Када је реч о разлозима против тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истрага наше је мишљење да они само на први поглед могу ставити под знак питања оправданост овакве једне идеје. Међу аргументима који се истичу против тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге пажњу заслужују следећи:

Прво, Атак на међународним актима и националним законодовством загарантованих слобода и права грађана. (Опасност од злоуптреба овлашћења). Према схватању појединих аутора један од кључних аргумената против тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге тј. концепта у којем се у својству њеног активног субјекта јавља и полиција је то што тако нешто значи ``атак на међународним актима и

---

[25] Види: Р. Драгичевич-Дичић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај , стр.45. под 146.

[26] О другим аргументима у прилог тужилачког концепта истраге види: Проф. др Станко Бејатовић, Општеприхваћени правни стандарди и Предлог Законика о кривичном поступку, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања , Београд, 2006. год., стр, 304-309; Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага – Дилеме и проблеми, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год., стр. 349-360; С. Бркић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај, 2004.; Р. Драгичевић-Дичић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај , 2004.

домаћим законодавством загарантоване слободе и права грађана озакоњењем органа унутрашњих послова као активног субјекта истраге, односно да се на тај начин даје још једна основа за повећање репресивности полиције``. У прилог исправности оваквог једног аргумента, од стране његових заступника , узимају се примери из акције ``Сабља`` за време ванредног стања које је било проглашено у нашој земљи 12. марта 2003. године. Уз ово, истиче се и чињеница да је у ``нестабилним земљама ,као што су земље у транзицији, увек опасно истрагу поверити јавном тужиоцу и полицији, јер је њихова објективност недовољна а ваза са извршном влашћу превелика``. [27] Овакав један приговор не стоји из више разлога. Прво, у тужилачком, тужилачко-полицијском концепту истраге о питањима везаним за слободе и права одлучује суд а не ни јавни тужилац ни полиција. Уз то, инструменте за ефикасну нормативну заштиту загарантованих слобода и права окривљеног и других субјеката у оваквом концепту истраге налазимо у позитивним решењима не малог броја компаративних кривичнопроцесних закона у којима је присутан овакав концепт истраге. Случај нпр. са немачким StPO28 где је истрага као припремни стадијум кривичног поступка стављена у надлежност државног тужиоца који може предузимање појединих а некада и свих истражних радњи препустити полицији, што у пракси обично и чини, с тим што ни један ни други орган немају право одлучивања о питањима везаним за људске слободе и права. Одређивање мера процесне принуде и дозвољавање ограничавања људских слобода и права (нпр. одузимање предмета, притвор и др.) у искључивој је надлежности суда. Слична решења по овом питању су и у другим кривичноприоцесним законодавствима са оваквим и не само са оваквим концептом истраге.29 Друго, у контексту овог приговора пажњу заслужује и чињеница да су данас људска права у таквом степену интернационализована да ни од једног државног органа не прети неотклоњива а још мање неконтролисана опасност њиховог евентуалног кршења. Данас када одлуке органа једне државе могу да буду подложне контроли Европског суда за људска права засигурно је да ће се њени надлежни органи одлучујући о људским правима и слободама са много више пажње и озбиљности односити према истим него да могућности те контроле нема. У складу са овим посебан значај има и чин наше ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и

[27] Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага...,стр. 358.
[28] BGBL.S. 253 и BGBL IS 475.
[29] Види: Др Горан Илић, Појам, задатак, субјекти и радње претходног кривичног поступка, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.

основних слобода.30 Овом ратификацијом држава је пристала да одлуке њених органа подлежу контроли Европског суда за људска права, што опасност по индивидуална права грађана у претходном кривичном поступку не доводи у искључиву зависност од врсте државног органа који одлучује о истим. У ``условима екстерне (међународне) контроле сви домаћи државни органи власти морају да буду приближно подједнако обазриви и пажљиви према грађанину и његовим људским правима`` . 31 Треће, уз осуду свих злоупотреба а посебно злоупотреба у време акције `Сабља`` ваља истаћи да злоупотребе овлашћења од стране одређених органа не могу бити аргуменат против нечега што ће нема сумње допринети ефикасности кривичног поступка. Наравно, о злоупотребама се мора водити рачуна, и то пре свега путем стварања инструмената за њихово спречавање, а њих није мали број. Слично овоме, безаргументовано приписивање необјективности рада јавног тужилаштва и његове превелике везе са извршном влашћу такође нема оправдања. Приликом одлучивања о спровођењу истраге тужилац у процени да ли постоји кривично дело и да ли треба водити кривични поступак може да погреши скоро исто толико као и код подизања неких од оптужних аката (нпр. непосредне оптужнице без сагласности суда) а у таквим случајевима се, сасвим нормално, унапред не поставља питање његове необјективности. Питање објективности може се поставити код било којег органа . Али, задатак друштва је да предвиди инструменте за њихово што објективније поступање, и у случају да се то оствари онда нема ниједног оправданог разлога да се унапред априори сумња у објективност рада било којег органа а тиме ни у објективност рада јавног тужилаштва.

Друго, Концетрација виша функција у рукама тужиоца. Један од приговора тужилачком концепту истраге јесте и да концетрација функција јавног тужиоца (функције кривичног гоњења и функције истраживања) утиче на његову објективност. Приговор који на први поглед може да стоји отклања се на два начина већ предвиђена у законодавствима која познају овај концепт истраге. Прво, јачањем окривљениковог права на одабрану. Тако нпр. у немачком StPO с овим циљем уведено је право браниоца да присуствује испитивању окривљеног од стране државног тужиоца (пар. 163а ст. 3. у вези са пар. 168ст. 1 StPO). Или, записници о саслушању сведока и вештака од стране државног тужиоца и полиције без присуства браниоца, због начела непосредности, не смеју се читати на главном претресу (пар. 251. ст. 1 и 2. StPO). Друго, у спровођењу истраге државни тужилац, а тиме и

---

[30] Ратификована од стране наше земље 2003. год. (``Сл. лист СЦГ – Међународни уговори``, бр. 9/2003.).

[31] Проф. др Момчило Грубач, Критика Предлога ``Новог`` Законика о кривичном поступку, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год., стр. 340.

полиција , је дужан да се стара како о оптерећујућим тако и о ослобађајућим околностима као и обезбеђењу доказа за које постоји опасност да буду изгубљени.

Треће, Кадровски и технички потенцијал полиције и јавног тужилаштва. Један од озбиљних и чини се у овоме моменту , сасвим оправдано , кључних приговора против тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге код нас јесте непостојање кадровског потенцијала пре свега у редовима полиције и неадекватна материјално техничка опремљеност како овог органа тако и јавног тужилаштва за успешну реализацији таквог концепта истраге. Приговор заиста стоји. Поједина истраживања у вези са овим питањем, на жалост , у великом степену потврђују оправданост овог приговора.[32] Међутим , приговор није нерешив. Решење проблема који заиста постоји треба тражити у предвиђању једног дужег рока (од 3 -5 година) од дана ступања на снагу до дана почетка примене одредаба о новом концепту истраге , а у томе међувремену прибећи мерама за испуњавање и ова два веома битна - кључна предуслова за успешну реализацију оваквог једног концепта истраге.

Четврто, Неспремност праксе. Један од приговора против тужилачког концепта истрага, посматрано са аспекта наше државе, јесте и да је наша пракса (тужилачка, полицијска а и судска) неспремна за овако једну крупну новину. Као аргументи неспремности праксе за успешну реализацију оваквог једног концепта истраге узимају се пре свега неодговарајућа институционална организација јавног тужилаштва и полиције и непостојање одговарајућих инструмената који обезбеђују потребну независност рада јавног тужилаштва , а што се пре свега односи на начин и услове избора и разрешења јавних тужилаца и њихових заменика. [33]Приговор заиста стоји али он није неотклоњив. Решење и ових проблема треба тражити у предвиђању једног дужег рока (од 3-5 година) од дана ступања на снагу до дана почетка примене одредаба о новом концепту истраге , а у томе међувремену прибећи мерама за испуњавање и ова два веома битна - кључна предуслова за успешну реализацију оваквог концепта истраге.

Што се тиче начела на којима мора да се заснива тужилачки, тужилачко - полицијски концепт истраге да би био у функцији како ефикасности кривичног поступка као целине тако и у функцији што потпунијег поштовања загарантованих слобода и права њених учесника она мора да буде заснована на таквим начелима који ће обезбедити реализацију ове две њене компоненте. Међу начелима таквог карактера

---

[32] Види:Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, Виша школа унутрашњих послова, Београд, 2005. год., стр. 206-237.

[33] Проф. др Ђорђе Лазин, Судска истрага..., стр. 351-352.

посебан значај имају начела која се тичу : Прво, јасног разграничења овлашћења и надлежности активних субјеката истраге и на тај начин искључења могућности самовоље и арбитрерности неког од њих ; Друго, нормативне основе за ефикаснији кривични поступак јер само под тим условом промена концепта истраге има оправдања . Треће, пуног поштовања међународним актима и националним законодавством загарантованих слобода и права окривљеног и других субјеката истраге.

III. Истрага и нови Законик о кривичном поступку Републике Србије

Полазећи од предње изнесених разлога који несумњиво говоре у прилог тужилачког, тужилачко - полицијског концепта истраге као и залагања у нашој стручној јавности у последњих неколико година [34] нови Законик о кривичном поступку Републике Србије је прихватио овај концепт истраге. И управо, имајући у виду све оно што карактерише овај новоусвојени концепт истраге као и друга нова решења у овом законском тексту може се, без имало резерве, констатовати да ја прелазак са судског на тужилачки концепт истраге најважнија новина овог законског текста.

Новоусвојени модел истраге према новом Законику о кривичном поступку , посматрано са аспекта његове архитектонике, састоји се из две међусобно повезане фазе. То су : претходна истрага и истрага. Посматрано појединачно по овим фазама њихове основне карактеристике се огледају у следећем:

---

[34] О томе види: Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 155-215.; С. Бркић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај , 2004.; Р. Драгичевић-Дичић, Предлози изменама и допунама ЗКП, у материјалу ``Анализа Законика о кривичном поступку у Србији: усклађеност са одредбама Европске конвенције о људским правима и препоруке``, Савет Европе, HRCAD (2004)1, мај, 2004.; Др Горан Илић, Појам, задатак, субјекти и радње претходног кривичног поступка, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.; Проф. др Момчило Грубач, Критика Предлога ``Новог`` Законика о кривичном поступку, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год.; Грубач - Бељански, Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку СРЈ, ``Сл. гласник``, Београд, 2002. год.; Проф. др Станко Бејатовић, Неопходност интервенција у Законику о кривичном поступку Републике Србије, Српско удружење за кривично право; Београд, 2004. год.; Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Правни информатор, бр. 11/2005.; Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.

А. Претходна истрага као прва фаза истражног поступка

Основне карактеристике ове фазе истражног поступка као целине према новом Законику о кривичном поступку су:

1. Претходна истрага као прва фаза истражног поступка као целине се води у случају када постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности и траје све док је учинилац тог дела непознат.

2. Што се тиче радњи које се предузимају у истој тежиште је, сасвим оправдано, на криминалистичким, оперативно-тактичким радњама и исте се предузимају од стране полиције. Као такве углавном одговарају радњама органа унутрашњих послова из преткривичног поступка у још увек важећем Законику о кривичном поступку. [35] Међутим, поред ових радњи у овој истражној фази предузимају се и радње које имају доказну снагу у даљњем кривичном поступку, тј. и одређене процесне радње и на њиховом резултатима може се заснивати судска одлука (Случај нпр. да саслушањем сведока - чл. 258 и 267 и саслушањем осумњичених лица -чл. 260 ,263 и 264. ЗКП). Сходно оваквом њиховом карактеру ,односно, процесној вредности оне се предузимају по одредбама ЗКП, и то по правилу од стране јавног тужиоца.

3. Од предње изнесеног правила по којем доказне радње у овој фази истражног поступка предузима јавни тужилац постоје изузеци. Према истим, предузимање појединих доказних радњи у претходној истрази јавни тужилац може поверити полицији. Односно, поједине доказне радње полиција у претходној истрази обавља самостално. Случај нпр. са привременим одузимањем предмета и претресањем стана из чл. 255. ст. 8. Или, случај са увиђајем и одређивањем вештачења које не трпе одлагање које полиција такође може реализовати самостално под одређеним условима , и то неовисно о каквим кривичним делима (посматрано са аспекта њихове тежине) се ради (чл. 255. ст. 10 ЗКП).

4. О свим предузетим радњама полиција одмах, а најкасније у законом прописаним роковима чија дужина је зависна од тежине конкретног кривичног дела обавештава јавног тужиоца. Уз обавештење доставља му и записнике, службене белешке и оригинале или копије свих других доказних материјала (чл .256 ст. 1-3. ЗКП).

5. У случају када полиција утврди постојање основане сумње да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности, она о томе , без одлагања, подноси обавештење надлежном јавном тужиоцу , и уз исто му (у оригиналу или копији) доставља сав доказни материјал (256. ст. 4. ЗКП).

---

[35] Види чл. 255. Законика

6. Једна од специфичности предузимања предње наведених радњи у овој истражној фази јесте и њихово бележење уређајем за звучно и видео снимање. Тако нпр. цео ток саслушања сведока обављеног од стране полиције , којем није присуствовао јавни тужилац, се бележи уређајем за звучно и видео снимање, и тај снимак се прилаже записнику о саслушању (чл. 258. ст. 5). Или, цео ток саслушања осумњиченог обављеног од стране полиције, којем није присуствовао јавни тужилац , бележи се такође уређајем за звучно и видео снимање (чл. 260. ст. 7. ЗКП).

7. У претходној истрази осумњичени може од стране полиције да буде саслушан уз коришћење уређаја за регистровање физиолошких реакција. О исказу датом током саслушања на овакав начин не сачињава се записник већ је он саставни део налаза стручног лица за саслушање коришћењем овог уређаја .Као такав не може се користити као доказ у кривичном поступку. Има само значај одговарајућег основа подозрења у односу на могућу везу осумњиченог ,односно лица од којег се прикупљају обавештења са кривичним делом које је предмет претходне истраге (чл. 261. ст. 1-9. ЗКП).

8. У претходној истрази осумњичени може да буде привремено задржан од стране јавног тужиоца или полиције, и то најдуже 48 часова од часа лишења слободе ,односно одазивања на позив, под претпоставком да су испуњени одређени законом прописани услови. Поред других законом прописаних права такав осумњичени мора имати и браниоца чим јавни тужилац или полиција донесе решење о задржавању (264. ст. 1-8-ЗКП).

9. У случају када је јавни тужилац донео решење о задржавању он без одлагања доноси решење о спровођењу истраге, које с купа са предлогом да се окривљеном одреди притвор доставља истражном судији као субјекту надлежном за одређивање притвора у овом поступку .Но, ако је решење о задржавању донела полиција, она о томе обавештава јавног тужиоца који може да поступи на предње наведени начин. У случају да јавни тужилац у року од 48 часова не предложи одређивање притвора ,осумњичени се без одлагања пушта на слободу (чл. 265 ст. 1-3-ЗКП).

Б. Истрага као друга фаза истражног поступка

Основне карактеристике истраге као друге фазе истражног поступка као једне целине огледају се у следећем :

1. Истрага се спроводи против одређеног лица када постоји основана сумња да је оно учинило конкретно кривично дело, и њен циљ је прикупљање доказа и података који су потребни овлашћеном тужиоцу за доношење одлуке о подизању оптужнице или одустанку од кривичног гоњења (чл. 270. ст. 1. ЗКП). Сходно овоме, јавни тужилац доноси решење о спровођењу истраге када оцени да постоји основана сумња да је

осумњичени учинио кривично дело за које се терети у кривичној пријави или обавештењу полиције (чл. 273. ст. 3. ЗКП).

2. Начелно посматрано истрагу спроводи надлежни јавни тужилац самостално, с тим што се у својству њеног активног субјекта могу да појаве и полиција и истражни судија. Наиме, сходно чл. 270. ст. 2. одређене доказне радње у истрази може на захтев јавног и не само јавног тужиоца спровести истражни судија. Односно , сходно чл. 284. ст. 2. до активирања истражног судије у овом својству може да дође и на захтев оштећеног као тужиоца.

3. Поред предње изнесеног, истражни судија и кроз низ других овлашћења има изузетно значајну улогу у истрази. Тако нпр. издаје наредбу о претресању стана, других просторија или лица, привременом одузимању ствари (коју под одређеним условима у смислу чл. 271. ст. 3. Законика може и сам да изврши). Затим, издаје наредбу за обдукцију и есхумацију , доноси решење о одређивању притвора, одлучује о жалби против решења о спровођењу истраге. Или, на предлог јавног тужиоца изриче дисциплинске казне појединим учесницима истраге (чл. 277. ст. 3. Законика) и сл.

4. У истрази се , сходно чл. 278. Законика предузимају доказне радње (саслушање окривљеног , увиђај, саслушање вештака, претресања стана, саслушање сведока) и оне имају доказну снагу у даљњем поступку.

5. Обавеза је јавног тужиоца да у току истраге прикупља како доказе који терете окривљеног, тако и доказе који окривљеном иду у прилог (чл. 270. ст. 4.) . Уз то, окривљени, бранилац , оштећени и његов пуномоћник не само да у току истраге могу да стављају тужиоцу предлоге за предузимање одређених доказних радњи већ имају и обавезу предлагања њиховог извођења под условом да су сазнали за исте о чему их упозорава јавни тужилац, и за неизвршење те обавезе могу бити и кажњени од стране истражног судије (чл. 277. ст. 3. ЗКП).

6. Закоником је прописано која лица морају а која могу да присуствују извођењу одређених доказних радњи. Тако нпр. сходно чл. 278. ст. 1. јавни тужилац мора присуствовати свакој доказној радњи коју у истрази према његовом захтеву спроводи истражни судија, а обавеза је истражног судије да благовремено обавести јавног тужиоца о времену и месту извршења радње (чл. 278. ст. 7). Међутим, истовремено у ст. 8. овог истог члана је прописано да ``Ако лице коме је упућено обавештење о доказној радњи, а то значи и јавни тужилац **(примедба аутора)** није присутно, радња се може предузети и у његовом одсуству``.

7. Јавни тужилац завршава истрагу када нађе да је стање ствари у истрази довољно разјашњено, што потврђује службеном белешком (чл. 287. ст. 1). Даљње поступање јавног тужиоца је зависно од постигнутих резултата до којих се дошло у спроведеној истрази. Сходно овоме, ако јавни тужилац након спроведене истраге нађе да не постоје докази из

којих произилази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело, доноси решење о повлачењу решења о спровођењу истраге (чл. 287. ст. 3), односно донеће решење о обустави истраге ако, између осталог, нађе да дело које се ставља на терет окривљеном није кривично дело, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење (чл. 287. ст. 2 и 4..тач. 1 и 3. ЗКП).

IV. Критика решења о истрази у новом Законику о кривичном поступку Републике Србије

Имајући у виду предње изнесено за поздравити је став законодавца да се и у нашем кривичнопроцесном законодавству пређе са судског на тужилачки концепт истраге. Овакав његов став је у складу и са ставовима који, као што је то већ истакнуто, су последњих година углавном заступани како у нашој теорији тако и у пракси.[36] Међутим, у вези са усвојеним решењима мора се поставити питање: Да ли су решења дата у новоусвојеном Законику у сагласности са предње изнесеним циљевима и начелима овог концепта истраге , а тиме и у сагласности са општеприхваћеним правним стандардима у овој области? Наш је утисак да не и да дата решења имају не мали број недостатака и суштинске и правнотехничке природе. Међу њима посебан значај имају следећи недостаци :

Прво, једна од основних карактеристика тужилачког концепта истраге јесте да мора тачно и прецизно да се пропише када , под којим условима и код којих доказних радњи као активни субјекат њиховог предузимања може да се појави истражни судија и полиција. У тужилачком концепту истраге основна - главна функција истражног судије мора да буде одлучивање о питањима везаним за слободе и права окривљеног и других субјеката истраге. Предузимање појединих истражних радњи од стране суда треба да буде само изузетна могућност, само онда када се оправдано претпоставља да се та радња неће моћи поновити на главном претресу или да би њено извођење било скопчано са великом тешкоћама, а уз то неопходно ја да је она и веома битна за правилно решење конкретне кривичне ствари схваћене у смислу доношења судске одлуке о истој. [37] Прописивање могућности ангажовања истражног судије за предузимање било које радње доказивања , укључујући и претресање стана и лица и привремено одузимање предмета (чл. 271. 3. Законика) , као и давање могућности истражном судији и да самоиницијативо предузима поједине радње доказивања (случај нпр. са

[36] О овоме види напомене уз ф.н. 33.

[37] Види нпр. решења у немачком StPO; Проф. др Станко Бејатовић, Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у немачком кривичном процесном законодавству, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.,стр., 265-290.

радњом из чл. 271. ст. 3. Законика) не само да није у складу са оваквим концептом истраге већ није ни у функцији ефикасности кривичног поступка посматрано уопште. У овом концепту истраге предузимање радњи доказивања од стране суда за потребе доношења одређене одлуке (подизања одговарајућег оптужног акта) од стране јавног тужиоца не би смело да дође у обзир. Једном речју , радње доказивања које се предузимају од стране суда у овом поступку не би смеле да буду у функцији остваривања задатка истраге. Ако се овоме дода и чињеница да до ангажовања истражног судије може да дође не само по захтеву јавног тужиоца већ и по захтеву оштећеног који може да захтева од истражног судије да спроведе одређене (значи било које) доказне радње , укључујући ту и комплетни истрагу (чл. 270. ст. 2. и чл. 284. ст. 2. Законика) и поред тога што он није активни субјекат истраге, онда целокупан проблем, посматрано са овога аспекта, добија још више на својој актуелности. Овакве одредбе Законика које дозвољавају истражном судији да и даље предузима један број, и то неодређен, доказних радњи озбиљно стављају под знак питања и саму идеју новог концепта истраге. Односно озбиљно негирају њен тужилачки концепт. У вези са овим може се поставити и питање да ли ће се оваква једна широко остављена могућност у пракси претворити у правило. Односно да ли ћемо формалноправно посматрано имати тужилачки а практично и даље судски , или у најблаже речено претежно судски концепт истраге. Чини се да ће тако бити. Ако се овоме дода и чињеница да истражни судија добија још једну, у најмању руку дискутабилну, функцију у овако конципираној истрази , а то је да у појединим случајевима буде и орган изрицања дисциплинских казни [38] онда целокупан проблем постаје још актуелнији.

Друго, поред предње изнесеног и из других разлога овако конципирана истрага није у функцији ефикасности кривичног поступка, а што је био један од основних разлога промене још увек важећег концепта истраге. У истрази треба да се предузимају само оне радње које су у функцији остваривања њеног задатка а не и друге. Сходно овоме нема никаквог оправдања за нпр. предвиђање могућности саслушања сведока и осумњиченог у претходној истрази од стране органа унутрашњих послова и истражног судије, нити пак ангажовања ванрасправног већа у циљу практичне реализације такве једне радње (чл. 258. Законика). Давање тако формалног карактера претходној истрази нема оправдања и није у функцији њене ефикасности. Радње претходне истраге треба да, суштински посматрано, буду неформално полицијске, због чега и назив ове фазе поступка није адекватан. Исто тако полазећи од овога оне као такве не би

[38] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић, Општеприхваћени правни стандарди и Предлог Законика о кривичном поступку, Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006. год., стр. 304.; Проф. др Момчило Грубач, Критика ``Новог`` Законика о кривичном поступку, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006., стр. 31.

требало ни да буду регулисане овим Закоником. Ово из два разлога. Прво, по својој природи није им место ту већ у Закону о полицији. Друго, као такве већ су, сасвим исправно, уређене Законом о полицији.[39] Или, прописивање обавезе јавног тужиоца да присуствује свакој доказној радњи коју према његовом захтеву спроводи истражни судија такође није у функцији остваривања овог циља (чл. 278. ст. 1. Законика). Међутим, са друге стране прописивање да радње у овој фази поступка полиција предузима по службеној дужности (чл. 255. ст. 1) а не и по захтеву јавног тужиоца није у складу са функцијом јавног тужиоца у овом поступку уопште. Ово из разлога што су управо оне неопходне за реализацију његове дужности уопште. [40] Ако се овоме дода и неспорна непрецизност и контарадикторност у практичној реализацији овакве обавезе јавног тужиоца онда проблем постаје још већи. Нпр. лице чије је присуство обавезно, а што значи и јавни тужилац, се позива а не само обавештава о времену и месту предузимања одређене радње (чл. 278. ст. 7. Законика). Међутим, насупрот свему овоме, у ставу 8. овог истог члана се каже ако лице коме је упућено обавештење о доказној радњи (а то значи и јавни тужилац) није присутно, радња се може предузети и у његовом одсуству, и поред тога што је у ставу 1. овог члана предвиђено другачије. Даље, у чл. 258. ст. 1. Законика прописано је да се сведок у претходној истрази саслушава на начин предвиђен у чл. 109 . али нигде није прописано шта је са другим одредбама (а њих није мали број и уз то су веома битне) које се односе на сведоке. Да ли се и оне примењују или не у случају саслушања сведока у претходној истрази? Или, потпуно је нејасно каква је разлика између прикупљања обавештења од грађана и саслушања сведока у претходној истрази (чл. 257. и 258. Законика). Ако с овоме дода и неоспоран низ правнотехничких недостатака у нормирању ове проблематике онда проблем постаје још већи.[41]

Треће, архитектоника предвиђеног истражног поступка као и кривичног поступка уопште је конфузна и нејасна. Нпр. посматрано са аспекта појединих одредаба и претходна истрага чини саставни део кривичног поступка, док према неким другим одредбама ни истрага није део судског поступка (види нпр. чл. 22. тач. 1,2 и 10. Законика). Односно, није јасно шта се подразумева под појмом кривичног поступка и када он почиње, а што само по себи може да има не мале последице за међународним актима и националним законодавством загарантоване слободе и права осумњиченог, односно окривљеног лица. Затим, карактер претходне истраге зависан је од начина посматрања, што нема никаквог оправдања. Наиме, ако се цени формалноправно она не би требала да има

[39] ``Сл. гласник РС``, бр. 101/05.
[40] Проф. др Момчило Грубач, Критика ``Новог`` Законика о кривичном поступку...,стр. 34.
[41] Види нпр. чл. 273. Законика.

процесни карактер. Међутим, суштински посматрано радње претходне истраге требало би да имају у суштини неформални ,оперативно-криминалистички карактер. Но, и поред овог са друге стране тј. суштински посматрано њен процесни карактер је много израженији него што је то случај са садашњим преткривичним поступком. Чак шта више и докази прибављени у овој фази поступка могу послужити као докази у будућем кривичном поступку, и то кроз такође неоправдано широко одступање од начела непосредности. [42] У оваквом концепту истраге оправдање има за читање записника из претходног поступка на главном претресу само у случају ако се они односе на исказе који су дати пред судијом а не и читање записника о саслушању које је обавио јавни тужилац и полиција. С овим у вези изузетно је дискутабилна одредба чл. 376. ст. 1. Законика којом је предвиђено да суд заснива пресуду како на доказима који су непосредно изведени на главном претресу тако и на оним који су ``садржани у записницима, односно другим материјалима, који су у складу са закоником, на главном претресу прочитани, односно на одговарајући начин изнесени``. Ако се овоме дода такође неспорна чињеница да Законик предвиђа и на не малом броју других места и на не мали број других начина одступање од начела непосредности онда овај проблем постаје још актуелнији.[43]

Четврто, мора се поставити и питање оправданости садржаја појединих одредаба Законика са процесним положајем неких од субјеката истраге. Случај нпр. са ст. 2. чл. 277. Законика где је прописана обавеза браниоца, оштећеног и његовог пуномоћника да предлажу прибављање одређених доказа чим сазнају за њихово постојање, као и могућност њиховог кажњавања у случају кршења те дужности. У вези са овом одредбом морају се поставити три питања. Прво, Да ли неко може да се казни за нешто што може да буде само његово право а не и његова обавеза ? Друго, Да ли је и како могуће доказати уопште да је неко од ових субјеката знао за постојање одређеног доказа па и поред тога није предложио његово прибављање ? Треће, да ли истражни судија може да буде орган изрицања дисциплинских казни за одређена чињења или нечињења у радњама које сам не предузима а које уз то нису ни кривичнопроцесне ?

Пето, поред предње изнесених под знак питања се могу ставити и неке друге одредбе Законика везана за претходну истрагу и истрагу. Случај нпр. са неопходношћу прављења разлике између сталног и привременог душевног обољења и душевне поремећености и њиховог утицаја на статус покренуте истраге што није случај са Закоником (види нпр. чл. 283. ст. 1. Законика). Или, ако постоји ,сасвим оправдана, могућност прибављања и оних доказа у истрази за које се оправдано претпоставља да неће моћи бити поновљени

[42] У вези са оваквим начином регулисања ове проблематике оправдано се може поставити и питање њене сагласности са појединим одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (види нпр. чл 6. ст. 3. тач. д. Конвенције).
[43] Види нпр. чл. 355. ст. 6. Законика.

на главном претресу или би њихово извођење на главном претресу било немогуће, односно знатно отежано (чл. 270. ст. 2. Законика) поставља се питање да ли је с обзиром на то адекватно прописана сврха истраге (чл. 270. ст. 1. Законика). Затим, у ст. 5. чл. 275. прописано је , између осталог , да ће истражни судија донети решење о укидању притвора када донесе решење о одбацивању решења јавног тужиоца о спровођењу истраге због тога што је нашао да нема доказа из којих произилази основана сумња да је окривљени учинио кривично дело. Питање ја како је могло доћи до одређивања притвора уопште ако није било таквих доказа? Даље, неправљење разлике између кривичних дела за које се гони по службеној дужности и кривичних дела за која се гони по приватној тужби код доношења одлуке по жалби на решење о спровођењу истраге (чл. 275. ст. 3. тач. 1. Законика). Потом, каква је улога суда код наставка истраге која је прекинута по његовом решењу ? Или, чему служи службена белешка јавног тужиоца по окончању истраге (чл. 287. ст. 1)? Затим , чему решење о повлачењу решења о спровођењу истраге (чл. 287. ст. 3. Законика)? Ту је и питање :На основу којих критеријума јавни тужилац процењује који је адвокат способан да пружи одговарајућу правну помоћ окривљеном у кривичној ствари која је предмет поступка (чл. 264. ст. 7. у вези са чл. 71. ст. 5. Законика).Односно да ли овакво једно решење истовремено значи и негацију поверења у адвокатску комору уопште и сл.[44]

На крају у вези са предложеним концептом истраге може се ,чини се са сигурношћу закључити, да прихватање решења у којем се као активни субјекти предузимања истражних радњи јављају и јавни тужилац и истражни судија и полиција, и то без стриктног прописивања када и под којим условима долази до ангажовања истражног судије и полиције нема оправдања. Исто тако прихватање тзв. ``концепта блаже форме тужилачке истраге`` како се она назива у образложењу Предлога Законика , а то суштински значи истраге која као таква није ни тужилачка ни судска не само да није у складу са решењима присутним у компаративном кривичном процесном законодавству већ нема ни оправдања, а није ни у функцији стварања нормативе основе за повећање ефикасности кривичног поступка. Разлог који се узима као аргуменат у прилог неопходности прихватања оваквог једног концепта истраге такође нема оправдања . Чињеница `` да се у периоду неминовног прилагођавања јавног тужиоца на своју нову функцију, када се, без обзира на очекивани нешто дужи vocatio legis за нови Законик о кривичном поступку , може очекивати да ће јавни тужилац чешће ангажовати истражног судију у истрази, односно захтевати његов ангажман``не може да буде оправдан аргуменат за овакав један концепт истраге , што се иначе наводи у образложењу Предлога Законика. У вези са

[44] О другим спорним питањима у овако нормираној истрази види: Проф. др Момчило Грубач, Критика ``Новог`` Законика о кривичном поступку.... ,стр. 29-34.; Проф. др Странко Бејатовић, Предлог Законика о кривичном поступку и општеприхваћени правни стандарди, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006., стр. 51-59.

овим аргументом посебну пажњу заслужује чињеница да је један од озбиљних и у овоме моменту сасвим оправданих , кључних приговора против тужилачког концепта истраге управо непостојање кадровских потенцијала како у редовима тужилаштва тако и у редовима полиције и њихова неадекватна материјално - техничка опремљеност .[45] Међутим, овај неспоран проблем се не решава на предње изнесени начин. Насупрот, решење треба тражити у предвиђању чистог тужилачког концепта истраге и истовременом предвиђању једног дужег временског периода (периода од 3 - 5. година) од дана ступања на снагу до дана почетка примене одредаба о новом концепту истраге, а у том међувремену прибећи мерама испуњавања ова два кључна предуслова за успешну реализацију таквог једног концепта истраге.

***

Полазећи од предње изнесених разлога који говоре у прилог тужилачког, тужилачко - полицијског концепта истраге за поздравити је одлука законодавца да и у кривичнопроцесно законодавство Републике Србије уведе тужилачки концепт истраге , односна да пређе са судског на овај концепт истраге. Оваквим једним решењем наше кривичнопроцесно законодавство се , начелно посматрано, изједначава са највећим бројем европских, и не само европских , кривичнопроцесних законодавстава и по овом питању и у складу је са општеприхваћеним правним стандардима из ове области. Међутим, са друге стране на основу детаљне, стручно - критичке анализе одредба новог Законика о кривичном поступку које регулишу ову проблематику мора се констатовати да исте тешко могу да добију задовољавајућу оцену. Као такве имају не мали број недостатака и то како суштинске тако правнотехничке природе. Са таквим својим недостацима оне нису ни у функцији жељеног степена нормативне основе за ефикаснији кривични поступак а нису ни у сагласности са начелима на којима овај концепт истраге мора да почива. Реч је пре свега о начелу стриктног и јасног разграничења овлашћења и надлежности активних субјеката истраге и на тај начин искључења могућности самовоље и арбитрерности неког од њих, али и не само са овим начелом. Даље, поред не малог броја нормативних недостатака у нормирању ове проблематике није се у потребном степену водило рачуна ни о другим претпоставкама успешног функционисања оваквог једног концепта истраге. Оне се тичу организационе, кадровске и техничке спремности јавног тужилаштва и полиције за преузимање оваквог једног концепта истраге. Односно, било је неопходно стручно - критички преиспитати да ли су наше тужилаштво и полиција организационо, кадровски и технички спремни да у

[45] О овоме види: Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Београд, 2005. год.

предвиђеном временском интервалу од годину дана преузму такав један посао. Наше је мишљења да нема сумње, да наше тужилаштво а ни полиција нису ни организационо, ни кадровски а ни технички још увек припремљени за прелазак на нови модел истраге. С обзиром на ово, мора се поставити питање да ли ови предуслови могу бити испуњени у времену предвиђеном у чл. 555. Законика, тј. до 1. јуна 2007. године. Мишљења смо да не. Односно, мишљења смо да је потребан знатно дужи временски период (од 3-5. година) за стварање ових предуслова успешног деловања новог концепта истраге у складу са жељеним очекивањима. Сходно овоме, чини се да би било више него неопходно још једном , пре почетка примене новог Законика о кривичном поступку , размотрити предње изнесено и нови концепт истраге усагласити са предње изнесеним начелима, а тиме и са решењима присутним у савременом кривичнопроцесном законодавству, а на тај начин и са опште прихваћеним правним стандардима у овој области . У оквиру овога посебно треба преиспитати предвиђени vacatio legis у чл. 555. Законика. Уклико би се ово учинило, тј. уколико би се извршиле предње предложене као и неке друге, заиста нужне, интервенције у нормирању овог поступка и оставио потребан период времена за стварање других предуслова успешне реализација тужилачког концепта истраге (период од 3-5. година) таква истрага би, нема сумње, била како у функцији повећања ефикасности кривичног поступка тако и у сагласности са решењима која су у складу и са најновијим тенденцијама у савременој науци кривичног процесног права, а тиме и са решењима присутним у савременом компаративном кривичном процесном праву. У противном, биће доста проблема у практичном функционисању новоусвојеног концепта истраге.

Dr Stanko Bejatovic,
a full-time professor

INVESTIGATION CONCEPT OF THE PROSECUTION AND POLICE AND UNIVERSALLY ACCEPTED LEGAL STANDARDS

This work analyses the problem of investigation concept of the prosecution and police and the level of coordination of certain solutions with universally accepted legal standards related to this issue. In a professional and critical analysis of this problem, a special attention was paid to four groups of issues. The first group of issues relates to general remarks on investigation, its systems

and importance for criminal proceedings in general. The second group of issues relates to professional and critical analysis of the reasons to justify concepts of prosecution and/or investigation concepts of the prosecution and police as a concept dominant in contemporary criminal process legislature. Further, based on the fact that the issue of investigation concept must be solved according to arguments, not mere wishes, the work also analyses the reasons which could be taken as arguments against such a concept of investigation, compared to the above named group of reasons in favour of such a concept of investigation.

A separate part of the work is dedicated to the analysis of the new concept of investigation in the recently adopted Criminal Code of the Republic of Serbia. The essential conclusion of such an analysis is its acceptability and justifiability in principle, and at the same time, inadequate normative elaboration.

Др Бранислав Симоновић,
редовни професор

UDK: 343.98

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗА ПРЕВЕНЦИЈУ КРИМИНАЛИТЕТА У ГРАДСКОЈ СРЕДИНИ

Увод

У последњих десетак година процес глобализације и стандардизације захватио је и област превенције криминалитета. Полазна претпоставка је да превенција криминалитета има вишеструке предности у односу на пост-деликтно деловање заједнице (репресију), зато што је *вишеструко јефтинија од репресије, спречава и умањује штете (губитке) које се извршењем кривичног дела ни на који начин не могу надокнадити* (нпр. људски животи, патње, умањење квалитета живота), *унапређује хумане односе у заједници* итд. Превенција криминалитета се у оквиру савремених концепата схвата као практични задатак од кога се траже мерљиви коначни ефекти. Према томе, превенција криминалитета није реторичко, теоретско питање, без скоро икакве практичне примењивости као што је схватана у највећем периоду 20. века. Практичан и прагматичан Запад релативно успешно формира нове приступе превенцији криминалитета који из основе мењају ранија схватања у тој области.

У раду се основна пажња посвећује питањима стандардизације и покушајима међународне регулативе превенције криминалитета, као и њиховој имплементацији у оквиру појединих држава.

Стандардизација у области превенције криминалитета подразумева имплементацију у пракси појединих стратегија, метода и поступака који имају утицај на спречавање криминалитета до којих се дошло у развоју криминологије, community policing и других друштвених и техничких наука. Полази се од тога да савремена друштва треба да усвоје и практично имплементирају неке принципе и поступке у области превенције криминалитета који се представљају као цивилизацијски минимум. Као такви они представљају услов за улазак конкретне државе у заједницу цивилизованих народа, између осталих и у Европску унију.

Стандарди у области превенције криминалитета могу да буду изграђени на нивоу међународне заједнице и на нивоу националне државе. Имплементација усвојених стандарда по правилу се остварује на националном и нивоу локалне заједнице.

У раду је акценат стављен на опште стандарде превенције криминалитета који се формирају на међународном нивоу за потребе

имплементације на нивоу локалних заједница држава које су их усвојиле, тзв. стандарди превенције урбаног криминалитета. У раду нису приказани међународни стандарди који се тичу превенције посебних форми криминалитета (превенција финансијског, организованог криминалитета, корупције) с обзиром да представљају посебан предмет изучавања.

Формирању међународних стандарда у области превенције урбаног криминалитета дале су свој допринос Уједињене нације и Савет Европе доносећи препоруке (инструкције) државама чланицама које би требало правно да их нормирају и имплементирају у пракси.

Међународни стандарди у области превенције урбаног криминалитета предложени у оквиру Уједињених нација.

Економски и социјални савет Уједињених нација (United Nationc Denartment of Economic and Social Affairc (DESA), донео је 1994. године препоруке за сарадњу и технички подршку у оквиру локалне заједнице у циљу унапређење превенције криминалитета који угрожава локалну заједницу.[1]

У Резолуцији се полази од тога да тзв. урбани криминалитет има универзални карактер. Због тога је неопходно препознати потребу акције на превенцији криминалитета тако што ће се унапредити кооперација и техничка подршка у оквиру заједнице утемељена на локалним потенцијалима и прилагођена локалним условима и потребама. То подразумева удруживање научних и других потенцијала на међународном нивоу и у оквиру држава чланица, размену искустава, израду пројеката, сачињавање брошура, финансијску подршку и друго, како би се дефинисале препоруке (тј. стандарди) који би унапредили превенцију криминалитета у локалној заједници. Наведеном резолуцијом су позвана и друга тела Уједињених нација да дају свој допринос и асистенцију у развоју програма превенције урбаног криминалитета.

Документ препоручује да превенција криминалитета у градској средини треба да се темељи на следећим принципима: 1. локални приступ проблемима, 2. урбани криминалитет карактеришу вишеструки фактори и форме, и 3. мултиагенцијски приступ и координисани одговори на локалном нивоу који се заснивају на интегрисаном акционом плану превенције криминалитета.

---

[1] Препоруке је сачинила Комисија за превенцију криминала чији је оригинални назив (Comission on Crime Prevention and Crime Justice). Усвојене су на 43. пленарној седници Економског и социјалног савета Уједињених нација одржаној у јулу 1994. године. Пун назив документа је: PROPOSED GUIDELINES FOR COOPERATION AND TECHNICAL ASSISTANCE IN THE FIELD OF URBAN CRIME PREVENTION. Објављен је у Резолуцији број 1994/20. Извор: httп://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-20.htm

1. Акциони план превенције криминалитета треба да укључи:

а) Истраживање услова и узрока феномена криминалитета у локалној заједници, карактеристике, факторе који га продукују, форме у којима се испољава, обим;

б) Идентификацију свих релевантних учесника који могу да узму учешће у дијагностиковању фактора који доприносе настанку криминалитета, као и његовом сузбијању (на пример, јавне институције на националном и локалном нивоу), приватни и невладин сектор, представници заједнице итд.

в) Установљавање консултативних механизама којима ће се промовисати чвршће везе, размена информација и заједнички рад у дизајнирању кохерентне стратегије;

г) Елаборацију могућих начина решење проблема у оквиру локалне заједнице.

2. Доношење интегрисаног акционог плана превенције криминалитета.

Да би акциони план био савремен и ефикасан треба да дефинише:

- природу и типове проблема криминалитета на које треба да се делује (као на пример крађе, разбојништва, провале, криминалитет у вези са дрогама, малолетничку делинквенцију, илегално поседовање оружја).
- циљеве које треба постићи и временске оквире.
- списак локалних и националних ресурса које треба мобилисати (на пример, социјалне институције, едукационе, здравствене, полицију, судове, јавне тужиоце, невладине организације, удружења родитеља и слично, економски сектор, банке, пословне субјекте, јавни транспорт, медије).

3. Након сачињавања потребно је размотрити релевантност акционог плана у односу на следеће факторе:

- релације везане за породице, запосленост, (генерацијски односи, социјалне карактеристике);
- едукацију, религију, моралне и грађанске вредности, културу;
- запосленост, мере за решавање питања незапослености и сиромаштва;
- урбанизацију и решавање стамбених питања;
- здравствена питања, наркоманију и алкохолизам;
- решавање положаја најугроженијих чланова друштва;
- супротстављање субкултури насиља и нетолеранције;
- разматрање могућности спровођења акције на разним нивоима.

4. У документу се потенцира спровођење примарне превенције, што укључује: промоцију институционих криминално превентивних мера, деловање на све форме социјалне депривације, промовисање позитивних вредности и респектовања фундаменталних људских права, промовисање грађанске одговорности, унапређење радних метода полиције и судова.

Поред тога се потенцира и на елементе ситуационе превенције као што је на пример отежавање приступа објекту напада, умањењу прилика за извршење кривичног дела, итд.

5. Документ препоручује посебну пажњу превенцији рецидивизма што се може остварити:

-унапређењем и прилагођавањем метода полицијских интервенција (брзе интервенције, интервенције полиције у оквиру локалне заједнице, итд.),

- унапређењем и прилагођавањем рада судова озбиљности кривичних дела у заједници и увођењем алтернативних метода (алтернативне методе надгледања, медијација, итд.), систематским истраживањем могућности реинтеграције извршилаца у заједницу путем имплементације нетрадиционалних мера, социјално - едукативна подршка осуђених како у затвору, тако и након издржавања затворске казне, преузимањем активне улоге заједнице у рехабилитацији извршилаца (едукација, социјална подршка, подршка породице, јачање свести о правима и њиховом поштовању, поновном успостављању нарушених права, увођењем система подршке жртвама кривичних дела).

6. Имплементација акционог плана подразумева координисање националне политике и стратегија у складу са локалним могућностима и потребама, обезбеђење подршке националних и локалних институција, организовање консултација и кооперационих механизама између разних нивоа управних органа, подстицање и организовање обуке и информативне подршке учесницима у пројектима превенције криминалитета, компарирање различитих искустава и организовање састанака са циљем размене информација и искустава позитивне праксе, обезбеђивање процеса евалуације пројеката како би се имао реалан увид у имплементациону стратегију са циљем њеног унапређења.

Међународни стандарди у области превенције урбаног криминалитета предложени у оквиру Савета Европе.

Два основна документа који регулишу ову материју су Европска урбана повеља из 1992. године коју је донео Еропски савет у Стразбуру (European Urban Charter (1992). Councul of Europe: Strasburg) и документ под називом: Урбана превенција – Водич за локалне власти који је донео Савет Европе у Стразбуру (Urban Crime Prevention – A Guide for Local Authorities (2002) Strazburg).[2]

У документима се предвиђа да државе чланице Европске уније, између осталог, треба озбиљно да се посвете питању безбедности у градовима. У оквиру поглавља Урбане повеље означеног са 4.6. које носи

[2] Видети: http://www.urban.nl/download%20files/URBAN_CHARTER_EN.pdf

назив „Урбана сигурност и превенција криминалитета“, истиче се да се превенција тиче свакога. Права грађана не могу у потпуности да се остваре без сигурности грађана и умањења страха од криминалитета. Локалне власти су обавезне на делују на корене (услове и узроке) делинквенције развијајући такву социјалну политику која ће свакоме дати једнаке шансе кроз развој социјалних веза, подршку заједнице и изградњу акционих програма заснованих на партнерству. Локалне власти треба да предузму мере којима ће се постићи што је већа могућа сигурност од криминалитета и агресија свих врста. Посебно се потенцира предузимање мера на превенцији криминалитета и злоупотреба дога.

Наводе се следећи основни принципи на којима треба да се заснива безбедносна политика у локалној заједници:

1. Криминалитет у градовима има бројне услове и узроке. Због тога је на нивоу локалне заједнице неопходна кохерентна и координисана безбедносна политика којом се путем превенције, репресивне делатности и заједничком акцијом свих субјеката делује на широку лепезу криминалитета. То подразумева изградњу партнерских односа у које ће бити укључени сви битни субјекти локалне заједнице (изборни представници локалне заједнице, овлашћена лица, полиција, управа, социјални радници, и други) како би анализирали узроке криминалитета у конкретној заједници и на основу тога предвидели акционе планове за будуће деловање. То укључује и програме санкција и надзора извршилаца како би се осигурала њихова интеграција у заједницу као и обезбеђење репарације права жртава.

2. Локална (урбана) безбедносна политика мора бити заснована на савременим и актуелним статистикама и информацијама. То подразумева установљавање детаљних статистика о криминалитету (место и време извршења, порекло извршиоца, итд), истраживање жртава итд. Ови подаци треба да буду база за рад локалних безбедносних тела заснованих на партнерству као и за активности локалног тела задуженог за надгледање криминалитета.

3. Превенција криминалитета треба да укључи све чланове заједнице. Један од основних узрока криминалитета је социјална алијенација и тешкоће кроз које пролазе млади. Због тога и локална безбедносна политика треба да се темељи на програмима помоћи младима у области здравља, рекреације, едукацији, запошљавању. Посебна пажња треба да се посвети популацијама које имају проблеме како би им се помогло у економској интеграцији у заједницу.

4. Ефективна урбана безбедносна политика зависи од чврсте кооперације између полиције и локалне заједнице. Како би се осигурала таква безбедносна политика полиција треба да негује дијалог са грађанима и њиховим представницима са циљем координисања акције. То укључује процедуре надгледања стања безбедности у локалној заједници засноване

на партнерству, узимању учешћа у едукацији младих, сарадњи са правосудним органима, саветовању институција, удружења грађана и грађана у вези са умањењем прилика за крађе, техничким могућностима обезбеђивања имовине, имплементирањем шема за надгледање суседства, укључивањем у процес алтернативних чинилаца безбедности (приватна безбедност), као и социјалних институција, итд.

5. Мора бити дефинисана и имплементирана локална политика на сузбијању злоупотреба дрога с обзиром да наркоманија представља генератор разних врсти криминалитета како у области илегалног транспорта и трговине, тако и у зони вршења кривичних дела ради доласка до средстава којима ће се набавити дрога. Полиција, тужилаштво, судови, заједница, треба да буду укључени у активности којима ће се смањити тражња за наркотицима. Неопходно је успоставити партнерство и са здравственим и социјалним институцијама ради развоја информативних програма усмерених ка младима у оквиру школа и изван њих. То укључује и програме обуке наставног особља, социјалних радника и других активиста у заједници. Потребно је и сачинити програме контроле супстанција које су замена за дроге.

6. Од суштинске су важности и програми превенције поврата међу делинквентима као и програми ресоцијализације у затворским установама. Потребно је развити алтернативне програме који ће гарантовати систематичан и брзи одговор заједнице на свако извршено кривично дело или прекршај са циљем реинтегрисања извршиоца у заједницу и ради превенције будућег извршења прекршаја и кривичних дела. Алтернативе казнама затвора могу да подразумевају укључивање осуђених у рад градских служби и рад изван затвора. Потребно је повезати систем условног кажњавања и судског надгледања осуђених са надокнадом штете начињене оштећеном, побољшањем везе између града и затворских институција, укључивањем едукативних и културних програма у затворима и помоћи осуђенима на интеграцији у друштво након ослобађања.

7. Подршка жртвама представља кључну компоненту локалне безбедносне политике. Програми помоћи жртвама представљају моралну обавезу заједнице и морају бити спровођени паралелно са напорима интегрисања извршилаца. Сличне мере укључују оснивање асоцијација за подршку и помоћ жртвама.

8. Превенција криминалитета мора да буде препозната као приоритет при финансирању акција које се предузимају у заједници. У документу се истиче да и поред тога што је висок ниво криминалитета и других видова делинквенције, препознат као проблем у многим градовима Европе, локалне власти не поседују довољно финансијских средстава за његово решавање. Због тога је потребно размотрити могућности преусмеравања новчаних средстава за превенцију криминалитета, побољшање

методологије финансирања, прилагођавање рада полиције, дефинисање политике сузбијање наркоманије, програме превенције поврата, помоћи жртвама и увођење алтернативних казни.

Поред приказаних докумената, у оквиру раније нормативне делатности Савета Европе донете су и друге резолуције и препоруке које се такође баве питањем безбедности у урбаним срединама. Пре свега треба поменути: резолуцију број 180 из 1986. о урбаном насиљу и небезбедности: улога локалне политике, и резолуцију број 205 из 1989. године о редукцији урбане небезбедности у Европи.3,4

Међународне конференције и изградња стандарда за превенцију криминалитета у градовима Европе.

Савет Европе скоро сваке године организује или спонзорише међународне конференције[5] посвећене размени искустава, ширењу позитивне праксе и дефинисању стандарда за унапређење безбедности у европским градовима. Конференције се завршавају усвајањем закључака и препорука у којима се врши даља разрада принципа и стандарда за превенцију урбаног криминалитета који су усвојени у раду Савета Европе.

Формирање стандарда у области превенције криминалитета у САД и Канади

У радовима који приказују *community policing* у САД помиње се „изјава о мисији“ (*mission statements*) која се доноси на нивоу министарства. У овом документу детаљно су објашњени организациони циљеви *community policing-а*, визија, мисија, основни стратешки

---

[3] Детаљније видети: http://www.urban.nl/download%20files/URBAN_CHARTER_EN.pdf

[4] О приказаним документима Савета Европе видети и: Горазд Мешко, Локални савети за безбедност у Словенији – неформално у функцији формалног, у: Бранислав Симоновић, Сузбијање криминалитета, деценија росле смрти професора Водинелића, Зборник радова, Крагујевац 2004, стр. 521-534.

[5] „Конференција о урбаном насиљу и небезбедности - улога локалне полиције“, Стразбург, 15-16, септембар 1986.; „Конференција о локалним стратегијама за редукцију урбане небезбедности у Европи“, Барселона, 17-20 Новембар 1987.; „Криминал и урбана небезбедност у Европи: улога и одговорност локалних и регионалних власти,“ 1997, одржана у Ерфурту у Немачкој; „Конференција о деловању на криминал и урбану небезбедност у Евопи кроз кооперацију између локалних власти и полиције“ одржана 1998. у Њукастлу (Newcactle) у Енглеској; „Конференција о улози локалних власти у сузбијању криминалитета, одржана 1999. у Петрозаводску (Русија); „Конференција о међусобној условљености физичких (урбанистичких и других) карактеристика града, редукције и превенције криминалитета.“, одржана у Шћећину (Пољска), 2000, итд. За шире информације у вези са конференцијом у Пољској видети сајт: http://www.edoca.net/Resources/Conference%20Papers/Szczecin/Council_of_Europe_Eng.pdf

постулати. На основу тог документа полицијске службе у САД доносе своје документе о реализацији и конкретизацији пројекта у оквиру своје локалне заједнице. У њима се регулишу односи између полиције и заједнице. На пример, чикашки документ ове врсте је на око 35 страна текста корак по корак описао већину компоненти пилот програма који се имплементирао у Чикагу.[6] Поред овога, у свим локалним заједницама доносе се одлуке на нивоу локалне (општинске) власти у којима се регулишу права и обавезе између појединих институција и субјеката локалне заједнице у развоју пројекта и сарадњи. Пошто је већина пројеката ове врсте финансирана од стране владиних институција и фондова намењених за развој и имплементацију пројеката *community policing*, права и обавезе субјеката регулишу се класичним уговорима. На основу испуњења уговорених обавеза и реализације пројекта кроз поједине фазе, добијају се и новчана средства, чиме се остварује и правно програмирање и контрола реализације пројеката. Да би локалне полицијске институције и органи власти локалне заједнице могли да приступе фондовима којима држава финансира развој *community policing-a*, потребно је да испуне тачно дефинисане услове и прођу поступак стандардизације и верификације од стране посебних државних комисија.

Поводом решавања појединих безбедносних питања у локалним заједницама САД која улазе у оквире *community policing-a*, доносе се закони на савезном или нивоима држава којима се регулишу специјална питања и обавезе између појединих субјеката који су надлежни за њихово решавање. На пример у федералном Закону о заштити деце из 2003. године (Comprehensive Child Protection Act of 2003) реализује се национална стратегија о заштити деце од свих врста злостављања, злоупотреба и угњетавања. Закон прописује хитно реаговање полиције, тужилаштва, социјалних институција у локалној заједници у свим случајевима када постоји сумња за злостављање деце. Локалним заједницама налаже се да формирају мешовити тим за хитне интервенције који делује у свим случајевима у којима постоји сумња за злоупотребу деце, као и обавеза да имплементирају националну стратегију поступања у тим ситуацијама. На основу одредаба овог закона родитељима се могу налагати поједине обавезе и начини поступања итд.7 Такође и Закон о контроли насилничког криминалитета и Закон о полицији (Amends the Violent Crime Control and Law Enforcement Act од 1994) прописују обавезе поступања које произилазе из модела community policing (формирање мешовитих радних група у локалним заједницама које синхронизовано делују, полицијска контрола итд). Иста је ситуација и са Законом о

[6] Skogan, Wecley, Community Policing in Chicago, у: Alpert Geoffrey - Piquero Alex, Community Policing Conterporary Readingc, Waveland Precc, 2000, стр. 159-174. стр. 160.
[7] http://capwiz.com/cpc/iccuec/billc/?bill=4013286; http://www.theorator.com/billc108/c644.html

спречавању насиља према женама (VIOLENCE AGAINST WOMEN ACT OF 2000)8. Текстови поменутих закона могу се копирати са сајтова који су наведени у фуснотама.

На основу анализе пројеката *community policing* у Канади могу се уочити слична решења. Тамо се такође држава и њени фондови појављују као финансијери развоја и имплементације пројеката превенције на нивоу локалних заједница. Закључењем уговора о финансирању између државе и фондова на једној страни и локалних заједница и локалних полицијских снага на другој страни, дефинишу се права и обавезе при имплементацији пројеката. Независне комисије које формирају фондови-финансијери проверавају реализацију испуњења услова из уговора. Потребно је напоменути да већина фондова у Канади не финансира 100 % трошкове пројеката већ се од корисника очекује да обезбеде додатна средства из других извора (донатори, општински фондови, комерцијални извори). Примера за комерцијалне изворе финансирања пројеката *community policing* има много с обзиром да повећана стопа криминалитета у једној локалној заједници има читав низ негативних ефеката на пословање привредних субјеката, смањује цену пословног и стамбеног простора, повећава издатке осигуравајућих друштава и повећава стопе осигурања. Због тога се као финансијери ових пројеката појављују управо привредни субјекти. Истиче се као пример да у локалним заједницама у којима се имплементира *community policing* долази до смањења стопе криминалитета па самим тим и расте цена станова и пословног простора. Због тога су агенције које се баве продајом пословног простора заинтересоване и спремне да финансирају ове пројекте. Истовремено су и грађани заинтересовани за увођење пројеката *community policing* у својим локалним заједницама јер поред повећане сигурности расте и цена њихових некретнина и пословног простора. Економске закономерности се појављују као битан фактор у развоју пројекта ове врсте чиме се правна принуда ставља у други план.

Полиција у Канади исто као и у САД мора да добије цертификат о акредитацији како би приступила фондовима којима се финансира имплементација пројекта у оквиру полицијских институција. Цертификат издаје Комисија за акредитацију полицијских институција (Commision on Accreditation for law Enforcement Agencies). Поред тога у Канади се помињу стандарди за community policing. Наглашава се да су многи концепти о community policing-у преточени у стандарде. На пример стандард 54.2.10 тражи од полицијске агенције да оствари контакт са заједницом како би полиција могла да уочи и остварује потребе (очекивања) заједнице. Стандард 45.2.3. налаже полицији да у школама спроводи програме превенције у вези са дрогама, да спроводи

[8] http://www.acadv.org/VAWAbillcummary.html

истраживања у локалној заједници по питањима сигурности, као и да спроводи програме превенције криминалитета. Тек испуњењем ових, и многих других стандарда који се тичу суочавања са проблемима и потребама локалне заједнице остварују се услови за акредитацију.[9] На тај начин се постепено формирају стандарди и имплементирају се у пракси локалне заједнице.

Имплементација међународних стандарда који се тичу превенције криминалитета у неким земљама Европске уније

Искуство Велике Британије. Велика Британија усвојила је препоруке Савета Европе. У Закону о криминалу и нередима из 1998. године (Crime&Disorder Act 1998) и у Закону о локалној управи из 2000. године (Local Government Act 2000) прописано је да кључне агенције (организације) морају да раде у партнерству. Јавне власти (Public authorities) морају да разматрају утицај својих одлука на криминал и нарушавање јавног реда и мира. Полиција и друге агенције морају да изграде партнерство у супротстављању криминалитету. Процесни закон о криминалу и нарушавању јавног реда и мира (The Crime&Disorder Act Process) такође прописује обавезу успостављања партнерства између полиције, локалних власти, здравствене службе, службе за пробацију и надзор над осуђеним лицима. У овом закону прописује се обавеза формирања партнерства, консултација и израда стратешког документа за имплементацију, мониторинг и евалуацију.[10]

Рад локалних савета за безбедност у Словенији (легислатива и пракса). Поменуте правне акте Европског савета, преузела је и имплементирала и Словенија у Закону о полицији из 1998. и Закону о локалној самоуправи из 2003. године.[11]

На пример члан 21. Закона о полицији Словеније из 1998. препоручује сарадњу локалних полицијских станица са локалном самоуправом у области превенције криминала и решавању безбедносних проблема. Полицијске станице и полицијске управе сарађују са чиниоцима локалне самоуправе (општинама, градском администрацијом) ради побољшања безбедности у локалним заједницама. У ту сврху полицијске станице и (или) полицијски секретаријати формирају консултативне савете, комисије или друге договорене облике сарадње

---

[9] Hanwikc, Carl: A Look at Community Policing in Edmonton, Alberta, Canada, у: Alpert Geoffrey - Piquero Alex, Community Policing Conterporary Readingc, Waveland Precc, 2000, стр. 296.

[10] Bernard Hogan-Howe, Community Policing in London, у: The 25th Conference of Chiefc of Police of the European Capitalc, Zagreb, 26-30 may 2003, Conference Proceedingc, стр. 138.

[11] Gorazd Meško, *Local cafety councilc in Slovenia – informal for the purpoce of formal*. Рад је публикован у Зборнику радова објављеном на десетогодишњицу смрти проф. др Владимира Водинелића, издавач: Правни факултет у Крагујевцу, 2004.

засноване на партнерству. Полицијске станице и полицијски секретаријати (управе) треба да сарађују и обезбеђују другим агенцијама, организацијама, институцијама и грађанима бољу безбедност у локалној заједници пружањем подршке и стручне помоћи. Члан 29 Закона о локалној самоуправи Словеније даје могућност председнику општине да оснује саветодавна тела ако се у локалној заједници појаве специфични проблеми. Безбедносни проблеми улазе у групу проблема за које председник општине може да оснује таква саветодавна тела. Према томе, у складу са словеначким правним могућностима, локалне савете за безбедност може да оснује или полиција или председник општине. У оба случаја ови савети немају извршну власт (не доносе правно обавезујуће одлуке) али се несумњиво појављују као консултативна тела (више политичка него консултативна).

Локани савети за безбедност уведени су у Стратегију полицијског рада у заједници у Словенији 2002. У складу са природом криминала и безбедносним проблемима, полицији се препоручује да сарађује и суштински учествује у разрешењу проблема криминала, нереда и безбедносних проблема у локалној заједници. Додатна је обавеза полиције да оснива, подржава и развија добре односе са локалном заједницом. Полицајцима се саветује да буду чланови тих савета. Препоручљив ранг (чин) полицијских службеника који су у савету зависи од величине града. На пример, у Љубљани члан општинског савета за безбедност је директор полицијског директората Љубљане. Вође сектора чланови су савета у суседствима. У другим градовима чланови тих савета су командири полицијских станица или полицијски официри нижег ранга (од командира до полицајаца који раде у локалним заједницама). Већина локалних савета за безбедност иницирани су од стране локалног полицијског руководиоца. У саветима за безбедност руководиоци су председници општина. Нема још правилника о саставу, задацима и одговорности ових савета. Покушај ширења мреже институција формалне контроле је очигледан, али су реални ефекти ових савета још под знаком питања. Неопходно је истраживати улогу ових савета у дужем временском периоду зато што је већина основана недавно. Проблем је укључити у локалне савете за безбедност квалификоване грађане и експерте за превенцију криминала. У већини истраживаних општина чланови су „професионални волонтери“ или „грађани са интересом или добром вољом“. Нема стриктних правила (само препоруке које могу бити игнорисане) о избору представника у локалне савете за безбедност. Неке од активности савета финансијски се подржавају од стране приватних безбедносних агенција или осигуравајућих друштава јер су заинтересоване за пословне активности и смањење ризика. Сарадња полиције са локалном заједницом и локалном влашћу још увек је ограничена неформалним комуникацијама без икакве обавезе и реалне сагласности у свакодневној пракси укључивања институција. Изгледа да такве активности утичу више на редукцију страха од криминала или осећај несигурности, него што редукују и елиминишу узроке криминала у појединим заједницама.

Требаће више времена за полицију и заједницу да науче како да сарађују и решавају проблеме заједно и ефикасно.12

Превенција криминалитета у градској средини - Србија и предлози de lege ferenda

Правни акти које су донеле међународне институције, пре свега Уједињене нације и Савет Европе у вези са превенцијом криминалитета у градској средини дају јасне показатеље у ком правцу би требало развијати стратегију превенције и у градовима у Србији. Нема сумње да проблему криминалитета треба приступити осмишљеном и синхронизованом активношћу свих чланова друштвене заједнице u оквиру партнерског деловања. Криминалитет у градским срединама исувише је сложена појава тако да се не може успешно третирати изолованим пост деликтним акцијама полиције и суда или превентивним независним акцијама појединих субјеката друштвене заједнице. Имајући то у виду, данас је у свету најприхватљивији концепт превенције криминалитета community policing који покушава да интегрише деловање и понашање свих субјеката локалне заједнице. Приказани документи указују на значај проактивног поступања друштвене заједнице, тј. предузимање мера усмерених на уочавање ризика и предузимање друштвене акције пре него што дође до кривичног дела.

Изградња стандарда у области превенције криминалитета подразумева и формирање националних стратегија за превенцију појединих врста кривичних дела као и формирање консултативних и оперативних тела која ће националну стратегију имплементирати у локалним заједницама заједно са телима формираним у оквиру локалне самоуправе и локалном полицијом. Посматрано са нивоа безбедносног менаџмента, потребно је увести стратешко планирање превенције криминалитета на националном нивоу и нивоу локалне заједнице.[13]

Имплементирање међународних стандарда превенције криминалитета у урбаној средини садржи *активности на нивоу безбедносног менаџмента* (оснивање тела, сачињавање акционих и имплементационих планова, увођење нових облика рада и сарадње) и *активности на доношењу нових прописа* којима ће се отворити могућности за имплементирање нове праксе.

---

[12] Горазд Мешко, Локални савети за безбедност у Словенији – неформално у функцији формалног, у: Бранислав Симоновић, Сузбијање криминалитета, деценија после смрти професора Водинелића, Зборник радова, Крагујевац 2004, стр. 521-534.

[13] О овом питању више: Бранислав Симоновић, Рад полиције у заједници (community policing), Бања Лука, 2006, стр. 183-206. (ћирилична верзија)

Имајући у виду препоруке Савета Европе и наше услове, обавезу сарадње полиције и заједнице требало би регулисати пре свега Законом о полицији и Законом о локалној самоуправи. Сличне одредбе којима се прописује сарадња са полицијом и локалном самоуправом требало би прописати и у Закону о школству или Законом о заштити деце и омладине.

Вероватно је потребно размислити и о променама у другим законима у којима ће се прописати обавеза интегрисаног приступа унутар заједнице на проактивном поступању ради спречавања ескалације појединих проблема, као на пример заштита жртава породичног насиља.

Потребно је присетити се да је у периоду до распада бивше Југославије (1991), тј. у време важења тзв. концепта друштвене самозаштите, превенција криминалитета била уздигнута на ниво уставног начела. Устави Југославије од 1963. и 1974. године обавезивали су редовне судове да прате и проучавају друштвене односе и појаве од интереса за остварење њихових функција и дају предлоге за спречавање друштвено опасних и штетних појава. Судови су били обавезни да обавештавају скупштине друштвенополитичких заједница о проблемима у вези са применом закона, као и о чињеницама које представљају услове и узроке криминалних појава. Ова уставна обавеза судова била је прописана и Законом о судовима. Закон о судовима је тада имао одредбу о обавези судова да у оквиру своје редовне судијске делатности утврђују услове и узроке који доводе до кривичних дела која пресуђују и обавезу да обавештавају надлежне органе како би се предузеле мере за њихово отклањање. Ова одлична законска решења нису се усталила у пракси зато што тадашњи Закон о судовима није прописивао *обавезу* поступања органа у складу са препорукама судова (одредба је била само у виду препоруке) и није прописао санкцију за нечињење надлежних лица у органима. Данас такве одредбе не постоје у нашем правном систему, али би их требало увести и обезбедити њихову примену у пракси.

У Закону о локалној самоуправи требало би прописати обавезу сарадње и партнерства између институција локалне заједнице о питањима безбедности. Потребно је Законом прописати да су локалне заједнице обавезне да оснују општинске савете за безбедност у које би били укључени представници свих релевантних институција и организација. Законом о локалној самоуправи требало би прописати да општински савети за безбедност имају овлашћење да доносе одлуке које ће бити обавезујуће за локалну самоуправу, председнике општина, градоначелнике и остале субјекте локалне заједнице. Делатност локалних савета за безбедност требало би детаљније прецизирати у општинским правилницима и другим подзаконским актима.

Искуство из рада савета за безбедност Словеније, које је приказано у овом раду, јасно показује да није довољна само пракса, већ је треба подупрети и правним нормама које ће бити на нивоу закона и општинских

правилника. На пример, рад Савета за безбедност града Крагујевца (у коме се спроводи пројекат „Рад полиције у заједници и безбедна заједница“ је у недостатку законских решења, регулисан правилником који је донела општинска скупштина. Међутим, проблем недостатка законских решења, осећа се у раду тог тела.

Требало би Законом о локалној самоуправи прописати да је на нивоу локалне заједнице потребно увести ставку у годишњем буџету за финансирање пројеката превенције. Сличну одредбу би требало да предвиђа и државни буџет.

У Закону о полицији, подзаконским актима, правилницима који регулишу рад полиције на терену, награђивања и напредовања у полицији, требало би увести промене и прилагођавања које би омогућиле лакше имплеметирање рада полицајца у суседству, обавезу сарадње полиције и полицајца у сектору са локалним институцијама, увести нове критеријуме за оцену вредновања, награђивања и напредовања у служби полицајаца у заједници. Идеја је да полицајац у суседству буде мотивисан и награђен за рад у заједници.

Dr Branislav Simonovic
a full-time professor

INTERNATIONAL STANDARDS IN PREVENTION OF CRIME IN URBAN ENVIRONMENT

This work presents the documents passed by The United Nations and The Council of Europe by which they try to implement standards and some new principles regarding prevention of crime commited in urban environments. The second part of the work presents legislative activity in some countries aimed at creating legal conditions for implementation of international standards in prevention of urban crime. The third part of the work gives suggestions *de lege ferenda* for implementation of international standards regarding prevention of crime in urban environment in Serbia.

Др Снежана Соковић,
редовни професор

UDK: 343.2/.8(497.11)

АПСОЛУТНА ЗАБРАНА ТОРТУРЕ У НОВОМ КАЗНЕНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Савремено цивилизована друштва заснивају се на идеји да сва људска бића заврђују поштовање, због чега забрана мучења, нехуманих и понижавајућих поступања и кажњавања представља базично начело поштовања људских права. Будући да у суштини одређује минимум достојног људског живљења, ова забрана има универзалан карактер. И док многа друга права трпе изузетке, забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања јесте потпуна и безусловна.[1] Без обзира на конкретне околности и на понашање жртве, није дозвољено никакво ограничавање, ни опште ни специјално, нити стављање ван снаге ове забране.

I. Тортура некад и данас - Успостављању стандарда апсолутне забране тортуре претходио је дуг пут. Наиме, тортура постоји од памтивека. Тесно је повезана са процесима централизације државе и са јачањем политичких институција, тако да се све државе још од периода робовласништва ослањају на примену тортуре. У средњем веку мучење постаје општа пракса. "Света инквизиција" католичке цркве широко користи тортуру за прогањање јеретика и вештица од почетка тринаестог века и званично је укида тек шест векова касније, почетком деветнаестог века. Мучење је редовно претходило и јавним егзекуцијама. Казне, осим физичког мучења, најчешће садрже и јавну моралну деградацију и понижавање. Феудализам легализује тортуру, тако да мучење ради добијања признања или исказа постаје редован део судске процедуре.[2] Ова времена сведоче и о невероватној људској инвентивности (и изопачености[3]) у погледу смишљања начина[4] и инструмената мучења, а

---

[1] Европска конвенција о људским правима, поред забране мучења, апсолутни карактер даје још и праву на живот, забрани ропства и ропског положаја, забрани ретроактивног важења кривичног законодавства и поштовању начела ne bis in idem.

[2] Види: J. Langbein: Die Carolina; Die Carolina, hrsg. F. C. Schroeder; Darmstadt, 1986. стр. 248, 252; R. Wrede: Die Koerperstrafen, von der Uhrzeit bis zum 20. Jahrhundert, Wiesbaden, 2003 (nachdruck von 1908.) стр. 346. и даље.

[3] Израз "тортура" потиче од латинске речи "torqueo" која значи обртати, увртати, искривити, савијати, кињити. М. Дивковић: латинскохрватски речник, Загреб, 1900. стр. 1075.

део тога се може видети и у данашњим музејима тортуре у Немачкој и Холандији. Крајем осамнаестог века јачају хуманистичка стремљења, учвршћује се принцип законитости, долази до реорганизације система кажњавања, нови законици и формално укидају праксу мучења. Кажњавање губи свој непосредни физички карактер.

Но, званично формално-правно укидање тортуре није значило и стварни престанак њене употребе. Пракса мучења не нестаје. Тортура извесно одлази са јавне сцене, али опстаје и даље се развија и широко примењује као тајно оружје државне контроле.

По неким проценама, тортуру данас у већем или мањем обиму примењује две трећине држава. Познато је да тоталитарни режими свој опстанак обезбеђују тортуром и јавном репресијом, али врло често и "западне демократије" посежу за тортуром, злостављањем, нехуманим и понижавајућем поступању и кажњавањем, правдајући то разлозима националне безбедности и сигурности.[5] Терористичке организације и организовани криминалитет у примени тортуре, такође виде ефикасно средство за постизање својих циљева. Савремена тортура јесте посао тајних полиција, пракса полицијских и помоћних апарата, психијатријских завода и медицинских експерата, коју власт толерише или не чини много да је спречи. То су често и активности "недржавних" група и организација, којима ауторитарни режими препуштају најсуровије обрачуне са својим противницима, и које делују "из убеђења" и као добровољни браниоци политичког система, тако да за њихове поступке држава не сноси одговорност. Савремени методи мучења и злостављања подразумевају технолошка унапређења опробаних средњевековних метода, која имају за циљ што теже откривање нанетог психичког и физичког бола. Људска машта у измишљању мука на које ће стављати друге није заказала ни у савременим условима. Успешна тортура данас може да траје бескрајно дуго, а да не дође до усмрћивања, јер се бол изазива у деловима тела који су удаљени од мозга и других виталних органа. Тортура представља злоупотребу моћи и примењује се према

---

[4] Из тог периода потиче и идеја, актуелна и данас, о "пет ступњева тортуре": први, тортура претњом примене тортуре, други, тортура довођењем на место мучења, трећи, тортура припремањем, везивањем, за мучење, четврти, тортура постављањем на справу за мучење, и пети само мучење, односно покретање справе за мучење.

[5] Прелиминарни резултати истраге Европског парламента указују да је Америчка Централна Обавештајна Агенција организовала на територији Европе отмице осумњичених лица за тероризам и непријављеним летовима преко европске територије пребацивала их у земље у којима су могли да буду изложени тортури. Немачки држављанин кувајтског порекла Халид ел Масри децембра 2003. ухапшен је у Македонији, затим авионом пребачен у Авганистан и месецима држан у притвору и мучен, да би на крају без објашњења био пуштен у Албанији. У службеном саопштењу америчких званичника наводи се да је његово хапшење било грешка јер је замењен са неком другом особом. Политика, 28. 04. 2006.

лицима која се већ налазе под контролом. Садисти у служби власти поносни су на своје умеће мајстора тортуре и развијају посебан мучитељски жаргон. Осим батинања, сакаћења, ускраћивања сна, потпуне сензорне депривације, изазивања опекотина, дробљења прстију, чупања ноктију и косе, затварање без вишемесечне икакве везе са спољним светом, електрошокова, електро-конвулзивног програмирања, ослепљивања светлом, инсулинских шокова, фармаколошког третирања, итд, итд, примењују се и фаланга, телефон, папагајева шипка, застава, свиња, мост, купање, палестинско вешање, кинеска водена тортура, удица, бамбус тортура, подморница, Kentucky Chicken, сува подморница, техника 7-up, капуљача ...

Тортуру је врло тешко доказати, све теже са протеком времена између самог злостављања и медицинског прегледа. Смрт која наступи за време тортуре, аутопсијом се најчешће утврђује као природно узрокована срчаним ударом, гушењем или емболијом услед великог стреса. Последице тортуре трају дуго после самог злостављања, и испољавају се као повреде мозга, мишићно-скелетни проблеми, сексуално пренесене болести, пост-трауматска епилепсија, деменција, хронични синдром бола, пост-трауматски психолошки поремећај, депресија, анксиозност. Тортура разара основни осећај људског достојанства, разбија способност за основне релације са реалношћу, изазива отуђење, неспособност нормалне комуникације, осећање стида, безвредности, изразите несигурности и зависности.

Услед чињенице да човек тешко подноси бол и да чини све да стање неиздрживог бола прекине, признања и информације добијени злостављањем јесу крајње непоуздани. На то указује вековно искуство инквизиције, али и савремена социјална психологија.[6] Резултат тортуре су бесмислена признања, лажни искази, неистините оптужбе невиних људи. Тортура разара институције и озбиљно и трајно дехуманизује оне који је примењују.

На жалост, учитељи нису само негативци, за разлику од добрих који никада не би могли да буду злостављачи. Истраживања показују да под одговарајућим околностима уз подршку и охрабривање, многи од нас могу активно да учествује у сличним активностима. Добро познати Stanford prison experiment[7] и Милграмова студија деструктивног потчињавања

---

[6] Полицијска и судска процедура саме по себи, и без икаквих репресивних утицаја, представљају социјалнопсихолошки амбијент погодан за развијање односа некритичког саглашавања и потчињавања испитаника, што неретко, као последица збуњености испитаника и жеље да се да "прави" одговор, резултира лажним исказом и лажним признањима. О томе: R. A. Baron, D. Byrn: Social Psyhology, Boston, 2003. стр. 522, 523.

[7] Ради се о лабораторијском експерименту који је имао за циљ проучавање међуперсоналних односа у симулираном затвору. Истраживање полазне хипотезе о дехуманизацији затвореника и затворског особља у затворским условима дало је

ауторитетима[8] показали су да ће највећи број људи у официјалним условима следити наређења надређених особа и релативно слабог ауторитета, чак и када се од њих захтева да повређују невине непознате особе, упркос личној несигурности у погледу исправности захтеваног поступања. Овакво понашање је мотивисано страхом од губитка статуса и уважавања и жељом да се буде "добар сарадник". Охрабрење од стране сарадника у смислу прихватања тортуре као неопходне, прихватљиве и заслужене и виђења жртве као објекта радозналости и експериментисања где причињавање бола постаје само још један тест о томе какве ефекте бол има на жртву, брише почетну уздржаност и периферно учествовање, а узрокује моралну дезинхибиција и интерну прихватљивост тортуре. Оно што почиње као неопходни изузетак, постаје трајна пракса и врло брзо се фактички институционализује, упркос законској и моралној неприхватљивости. Сазнање и нагађање грађана о примени мучења и злостављања застрашује, а прокламоване демократске режиме претвара у фактичку страховладу. Заправо, двадесети век, дочекан са великим оптимизмом и вером да носи бољи и цивилизованији живот за све, остао је обележен, упркос несумњивим научним и технолошким достигнућима, и враћањем на суровост, понижавање, нечовештво и неслободу. Други светски рат, стаљинизам, концентрациони логори Хитлеровог режима, тоталитарни режими југоисточне Азије, јужноамеричке војне диктатуре и бројни други репресивни системи владања представљају систематску дехуманизацију свих људских односа. Милиони људи постајали су жртве организовано, ефикасно, рафинирано и систематски примењиване најгрубље физичке и психичке принуде.

II. Апсолутна забрана тортуре - релевантни правни документи и механизми спречавања Ова и слична искуства су показала су да је заштита основних људских права и људског достојанства на националном нивоу потпуно неадекватна, али се изван тих оквира, обзиром на сувереност држава, није могло поставити питање положаја домаћих

поражавајуће резултате. Код обе групе студената учесника експеримента, и "затвореника" и "затворских стражара", већ после седам дана дошло је до промене у понашању, а група психички нормалних и здравих студената у улози стражара почела је да ужива у поступцима дехуманизовања, вређања, малтретирања и понижавања својих колега који су у симулацији имали улогу затвореника. F. E. Hagan: Introduction to Criminology, Stamford, 2002. стр. 42.

[8] Укратко, у лабораторијском експерименту, учесницима експеримента је речено да учествују у студији о значају кажњавања за учење. Затим је симулирана ситуација у којој је неуспех у испуњавању одређених операција кажњаван јаким електрошковима, тако што је од учесника тражено да покрећу апарат који наводним електрошоковима повређује "кажњенике" који су били скривени параванима. Највећи број учесника је наставио да "задаје" електрошокове својим колегама чак и када су се иза параван чули јауци и запомагања. R. A. Baron, D. Byrn: Op. cit. 376 и даље.

држављана. У периоду после другог светског рата, из тих разлога се интензивно се ради на развоју правних доктрина, документа и институција усмерених на заштиту људских права на међународном нивоу. Питања људског достојанства, права и слобода из националне прелазе у међународну надлежност. Први корак у том правцу било је доношење Универзалне декларације УН о људским правима из 1948. године, након чега је следила серија докумената[9], како општег карактера тако и оних континентално или регионално специфичних. Институције за заштиту људских права су оправдале своје постојање и неке од њих временом развиле одређени степен аутономије у односу национални ниво својих оснивача, гарантујући остварење индивидуалних права на наднационалном нивоу. Забрана тортуре, нехуманих и понижавајућих поступања и кажњавања има посебно место, обзиром да је управо судбина лица лишених слободе за време другог светског рата била један од главних разлога за уверење да се дефинисање и остваривање основних људских права не може оставити без наднационалне супервизије.[10]

У следећем излагању биће укратко указано само на најважније правне документе међународног карактера који су од непосредног значаја и за развој и унапређивање домаћег законодавства у области забране и превенције тортуре.

Женевске конвенције[11] донете 1949. године у заједничком члану 3, као и сви каснији допунски протоколи[12], обавезују државе уговорнице да према заштићеним лицима (лица која не учествују непосредно у непријатељствима, под којима се подразумевају и припадници оружаних снага који су положили оружје, лица онеспособљена за борбу услед болести, лишења слободе или због било ког другог узрока) поступају човечно и без икакве дискриминације засноване на раси, полу, боји коже, вери или убеђењу. Забрањује се повреда личног достојанства, мучење, понижавајући и деградирајући третман, укључујући ту и биолошке

---

[9] Види: Универзални документи о људским правима, Београдски центар за људска права, Београд, 2001.

[10] Представке појединаца лишених слободе по било ком основу представљају већину случајева разматраних пред Европском комисијом за људска права и УН Комитетом за људска права, J. Fawcett: Applications to the European Convention on Human Rights, in Maguire, Vagg, Morgan: Accountability and Prisons: Opening up a Closed World, London, 1986, стр, 63; наведено према S. Livingstone, T. Owen: Prison Law, Text & Materials, Oxford, 1995. стр. 76.

[11] Конвенција о поступању са ратним заробљеницима; Конвенција о побољшању судбине рањеника и болесника у оружаним сукобима у рату; Конвенција о побољшању судбине рањеника, болесника и бродоломника оружаних поморских снага и Конвенција о заштити грађанских лица за време рата. Види: С. Аврамов, М. Крећа: Међународно јавно право, Београд, 1999. стр. 615.

[12] Допунски протоколи Женевске конвенције усвојени 1977. значајно проширују листу забрањених поступања. Мада не поседује легислативни карактер, значајна је и Декларација о заштити жена и деце у случају ванредног стања или ратних сукоба усвојена 1974. године.

експерименте. Ове радње се сматрају тешким повредама међународног хуманитарног права и предвиђа се успостављање универзалне јурисдикције за суђење починиоцима таквих злочина.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, усвојен од стране Генералне скупштине УН 1966, јесте посебно значајан у области заштите људских права и људског достојанства зато што установљава основна универзална права, која се ни у ком случају не могу ускратити, па чак ни "у случају када опстанак нације угрози ванредна јавна опасност" (чл. 4.), онда када се сва друга права могу привремено суспендовати. У ту групу људских права спада и забрана мучења и суровог и нехуманог и понижавајућег поступања и кажњавања. Пакт прописује (чл. 7) да нико не сме бити подвргнут мучењу или суровом, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, а посебно се истиче да нико не може бити подвргнут медицинским или научним експериментима без своје слободне воље. Према свим лицима лишеним слободе поступаће се човечно и са поштовањем, због урођеног достојанства људског бића (чл. 10.).

Другим речима, Пакт као цивилизацијску тековину изражава општу међународну сагласност о граници коју власт у односу на своје грађане не сме да прекорачи, односну границу испод које се појединац у друштву не сме наћи.

За практичну остваривост нормативно гарантованих права, значајно је да Пакт установљава Комитет за људска права, а државе потписнице се обавезују да овом Комитету подносе периодичне извештаје о мерама националне имплементације права гарантованих Пактом. На основу поднетог извештаја, који се разматра на нејавној седници за сваку државу чланицу посебно, али и на основу алтернативних извора релевантних података (обзиром на праксу држава да своје стање приказују само у најбољем светлу), Комитет сачињава свој извештај и доставља га држави чланици уз примедбе које сматра целисходним. Годишњи извештај о раду, који Комитет преко Савета за економска и социјална питања доставља Генералној скупштини УН, садржи генерални коментар релевантног стања без посебног разматрања стања у свакој држави чланици.[13]

Европска конвенција о људским правима, потписана од стране држава чланица Савета Европе 1950. у Риму, а ступила на снагу 1953. године, са касније усвојеним Протоколима[14], успоставља значајан и делотворан механизам заштите људских права на тлу Европе, обзиром на то да су све чланице СЕ и потписнице Европске конвенције о људским правима[15].

---

[13] Сматра се да општост годишњих извештаја и "рад иза затворених врата" по питању појединачних извештаја, који карактеришу досадашњу праксу Комитета, умањују потенцијално велики практични утицај овог тела на законодавство и праксу у области људских права, S. Livingston, T. Owen: Op. cit. стр. 99.

[14] Види: В. Тодоровић: Људске слободе и права, књига IV, том I, Београд, 2002. стр. 65.

[15] СЦГ је примљена у СЕ 2003. године.

Суштинска обележја Конвенције, значајна и за положај лица лишених слободе, јесу да Конвенција уводи до сада најпотпунији систем заштите људских права оличен у Европском суду за људска права. Заштита права и слобода подразумева обавезу државе да појединачна права нормирана Конвенцијом укључи у националне пописе и обезбеди њихову заштиту у националним оквирима. Други аспект заштите односи се на признавање надлежности Европског суда за људска права, при чему је посебно значајно то да Конвенција и грађанима појединцима дозвољава активну легитимацију пред судом, чиме се могућност обраћања суду, до тада резервисану искључиво за државе, проширује и на појединце. Могућност подношења индивидуалних представки Суду за људска права поводом повреде права гарантованих Конвенцијом које су учињене од стране државе уговорнице условљена је претходном употребом свих расположивих средстава заштите пред националним судовима и роком од шест месеци од дана доношења последње правноснажне одлуке у том смислу.[16]

Ратификацијом ове конвенције, релативно развијен систем нормативне заштите људских права у СЦГ добија и значајну процедуралну страну. Одлука Европског суда поводом појединачне представке је обавезујућа за државу потписницу. Прихватање обавезне надлежности Суда значи много више од формалног чина ратификације. Држава је у обавези да предвиди заштиту одређеног права и слободе и да адекватно примени то право обзиром на околности појединачног случаја. Евентуално констатовање од стране Суда да постоји повреда појединачног права гарантованог Конвенцијом значи за жалиоца и могућност накнаде штете, а тај терет по правилу пада на државу потписницу Конвенције.

Значајно је да, између осталог, Европска конвенција (чл. 3.) гарантује и слободу од тортуре и других нехуманих или понижавајућих поступака или кажњавања. Досадашња судска пракса примене Конвенције се бавила низом спорних питања у вези примене овог члана, чиме су уобличени одређени стандарди у тумачењу и примени ових одредби. [17] У великом броју пресуда Европски суд је потврдио универзални карактер забране тортуре. Чл. 3. Конвенције апсолутно забрањује мучење или нечовечно или понижавајуће поступање и кажњавање, без обзира на конкретну ситуацију и понашање жртве[18], па чак и у најтежим околностима, као што

[16] Види: P. van Dijk, Г. J. H. Hoof: Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима, Сарајево, 2001; Б. Emmerson, A. Ashworth: Human Rights and Criminal Justice, London, 2001.

[17] Види: М. Пауновић: Јуриспруденција Европског суда за људска права, Београд, 1993. стр. 55.

[18] *Labita v. Italy* (2000), ECHR, 26772. p. 119.

је борба против организованог криминалитета и тероризма[19], односно, не може бити укинута ни због националних интереса или у поступању са лицем осумњиченим за тероризам.[20]

Европски суд за људска права сматра да разлика између појма тортура и појмова нехумано и понижавајуће поступање представља пре свега разлику у степену суровости, јер битно обележје и појма тортура и појма нечовечног поступања и кажњавања јесте да представљају промишљен нехуман поступак који изазива веома озбиљну и тешку патњу[21]. Понижавајуће поступање подразумева злостављање усмерено на изазивање осећања страха, патње и подређености које могу да унизе жртву и сломе њен физички или морални отпор (на пример грубо вређање пред другима и присиљавање на деловање противно својој вољи и савести)[22]. Сва три појма темеље се примарно на чињењу, односно на неприхватљивом поступању органа власти. Под одређеним околностима и пропуштање затворске управе да реално процени утицај одређене мере или одређених услова на личност особе лишене слободе може да представља мучење, нечовечно или понижавајуће поступање.[23] Наиме, лице лишено слободе не треба да због начина спровођења казнене мере буде подвргнуто мукама или патњи интензитета који прекорачује неизбежан ниво тешкоћа које подразумева само лишење слободе, при чему се здравствено стање, пол, старост и физичка инвалидност посебно морају узимати у обзир сходно чл. 3 Конвенције.[24] Пракса Европског суда не оставља сумњу у погледу питања да ли се чл. 3 Конвенције односи само на физичке патње, односно да ли се забрана односи како на изазивање физичких тако и на изазивање менталних патњи. Изазивање менталне патње стварањем стања тескобе и стреса средствима која нису физички, телесни напад такође представља кршење чл. 3 Конвенције, а чак ни сам појам тортуре не подразумева обавезно "физички акт или стање".[25]

Стразбуршка судска пракса не оспорава националним судовима широк простор процене у односу на систем санкција и заузима став да

---

[19] *Aksoy v. Turkey*, (1996), ECHR, 21987/93; *Ireland v. UK* (1978), ECHR, 5310/71, *Soering v. UK* (1989) ECHR, 14038/88; Види: FHP: Документа, Право на живот и слободу, Београд, 1998. стр. 70. и даље.

[20] *Chahal v. UK (1996)ECHR, 22414/93*

[21] *Greek case* (1969); *Ireland v. UK* (1978), ECHR, 5310/71

[22] *Tyrer v. UK* (1978) ECHR 5856/72. види: FHP: Документа, Право на живот и слободу, Београд, 1998. стр. 258. и даље; P. van Dijk, G. J. H. Hoof: Op. cit. стр. 290.

[23] Европски суд за људска права истиче и то да су ови стандарди подложни мењању: "... извесни акти који су у прошлости квалификовани као "нечовечни или понижавајући поступак" насупрот "тортури" могу се у будућности квалификовати другачије... У области заштите људских права и основних слобода постављају се све виши стандарди што, неминовно захтева већу чврстину и одлучност у процени кршења основних вредности демократског друштва." *Selmouni v. France* (1999) ECHR 25803/94.

[24] *Ireland v. UK* (1978), ECHR, 5310/71, *Mouisel v. France* (2002) ECHR 67263/01.

[25] *Amekrane v. UK* (1973) ECHR 5961/72.

Конвенција не оправдава отварање питања трајања казне коју је изрекао надлежан суд, као и да доживотни затвор сам по себи не представља повреду чл. 3. Конвенције.[26]

Боравак осуђеника у самици јесте у принципу непожељан, али се мора ценити обзиром на конкретне услове. Уопште, дисциплинске мере се не сматрају нечовечним поступањем уколико су и извршење такве мере уграђени одговарајући међународни стандарди. Дисциплинска мера се претвара у нехуман третман ако није адекватна стању особе лишене слободе (на пример, за дисциплинску меру упућивања у самицу само девет дана пре истека казне изречену особи за коју је познато да има суицидне намере, основано се могло претпоставити да негативно утиче на осуђеника, тј. да може довести до суицида).[27]

Изузетно опасно понашање затвореника, способност манипулисања ситуацијом и подстицање других затвореника на недисциплину, сигурност подносиоца представке, коришћење ватреног оружја приликом хапшења, оправдавају примену појачаних мера сигурности унутар и изван затвора. У погледу степена изолације неспорно је да апсолутна чулна изолација праћена потпуном социјалном изолацијом представља нехуман третман који никакви захтеви безбедности не могу оправдати. Штетни ефекти појачаних мера сигурности доказују се медицинском документацијом, који треба да покаже да постоји директна веза између затворских услова и стања менталног и физичког здравља осуђеника, као и да су сами услови били такви да су могли да униште личност и изазову озбиљну менталну и физичку патњу подносиоца представке. Одсуство одговарајуће медицинске неге за време трајања казне затвора може да представља кршење чл. 3 Конвенције, док присиљавање затвореника да неколико сати остану у стресном положају, стављање вреће на главу затвореника за извесно време, излагање буци, ускраћивање сна, ускраћивање хране и воде, шибање као казна за кршење дисциплине, по схватању Суда недвосмислено представљају нехумано поступање.[28]

Значајно је и да објективни услови издржавања затворске казне или притвора могу да имају димензију понижавајућег поступања уколико су за осуђеника неподношљиви и сами по себи представљају врсту субказне и у директној су супротности са сврхом кажњавања. Недостатак приватности, претрпаност и непоштовање стандарда у погледу величине простора по затворенику (7 квадратних метара),[29] лоши хигијенски услови,

---

[26] P. van Dijk, Г. J. H. Hoof: Op. cit. стр. 296.
[27] Ibidem, стр. 298.
[28] P. van Dijk, Г. J. H. Hoof: Op. cit. стр. 288, 296.
[29] И Европски комитет против тортуре у својим извештајима наглашава да проблем претрпаних затвора представља "пошаст затворских система широм Европе" и истиче да само повећање капацитета затвора не решава проблем јер се упоредо са изградњом нових затвора повећава и затворска популација. Важан допринос одржању затворске популације

непостојање вентилације и прозора, неадекватна температура, и слични у којима осуђеник борави дужи период, представљају услове у којима се развија "осећање понижења и инфериорности које води паду менталне и физичке резистенције".[30]

УН Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака[31] (усвојена од стране Генералне скупштине УН 1984. а ступила на снагу 1987. године) обавезује све државе чланице да предузимају делотворне законске, административне, судске и друге мере ради спречавања мучења на читавој територији под њиховом надлежношћу. Конвенција посебно наглашава обавезу држава потписница да акте мучења нормирају као кривична дела у националном кривичном законодавству и да обезбеде да се ова кривична дела кажњавају казнама које узимају у обзир њихову озбиљну природу. То се односи и на саучесништво у таквим актима, њихово одобравање или подстицање на такве акте. Забрана тортуре је апсолутна, никакве ванредне околности и ситуације не оправдавају мучење. Наредба надређеног официра ли државног органа не може се навести као оправдање мучења. Службено лице или чиновник који у том својству нареди, подстакне или помогне примену тортуре, или директно почини дело тортуре, или ко, иако је у прилици да га спречи, то дело не спречи, мора сносити одговорност за кривично дело тортуре. Конвенцијом се успоставља "универзална надлежност" у погледу кривичног гоњења за ова кривична дела, без обзира на то у којој је држави тортура почињена, или на држављанство починиоца или жртве. Кривична дела тортуре аутоматски се подразумевају у свим уговорима о екстрадицији закљученим између држава потписница, односно, у случају непостојања уговора Конвенцију сматрају правним основом за екстрадицију. Са друге стране, Конвенција забрањује присилно враћање или екстрадицију неког лица другој земљи у којој је то лице у опасности да буде подвргнуто тортури. Државе потписнице дужне су да пружају једна другој најширу правну помоћ у релевантним кривичним

"на нивоу на коме се њом може управљати" представљало би пре свега постојање политике, пожељно је са стратегијом дефинисаном на европском нивоу, којом би се ограничио или модификовао број особа које се шаљу у затворе. Види: Општи извештај 7, CPT/Inf (97) 10. Европски комитет против тортуре, такође у вези са истим проблемом, препоручује замену спаваоница великог капацитета мањим просторијама, уз обезбеђивање бављења осуђеника одређеним активностима у току дана изван просторије у којој бораве. Општи извештај 11, CPT/Inf (2001) 16.

[30] *Kalashnikov v. Russia* (2002) ECHR 47095/99; *Peers v Greece* (1995); *Berzan v Croatia* (2002), *Karlevicius v Litvania* (2002, види: Људска права у Европи, Правни билтен, 32/2002, стр. 2, 10.

[31] Југославија је ратификовала ову Конвенцију јуна 1991. године са изјавом да признаје надлежност Комитета против тортуре и у погледу "интерног призива" (чл. 21. ст. 2. Конвенције) и у погледу саопштења појединаца, или саопштења у њихово име, који су под њеном јурисдикцијом и који тврде да су жртве кршења одредаба Конвенције од стране неке државе чланице (чл. 22. ст. 1. Конвенције).

поступцима, као и да инструкције и информације у вези са забраном мучења уврсте у саставни део обуке цивилног или војног особља задуженог за примену закона, или особља које је на било који други начин укључено у чување, испитивање или третман лица лишених слободе. Изјаве изнуђене под тортуром не могу да се користе као доказ у судском поступку, осим против лица оптуженог за тортуру као доказ је таква изјава дата. Жртве тортуре имају право да се поводом њихових пријава спроведе истрага, да им се пружи заштита од даљег застрашивања или злостављања, а гарантује им се и право на рехабилитацију и одговарајућу надокнаду. Државе се обавезују да активно истражују акте мучења и када нема формалне пријаве да је тортура почињена.

Да ове одредбе не би остале празно слово на папиру, Конвенција установљава и Комитет против тортуре као посебан орган за њено праћење и примену. Основни метод рада Комитета јесте разматрање извештаја држава потписница, иницијалног и периодичних сваке четврте године, у вези којих Комитет даје опште коментаре које сматра умесним и које саопштава држави потписници.[32] Као и Комитет за људска права, и Комитет против тортуре, осим официјелних извештаја у свом раду користи и низ алтернативних извора информација о релевантном стању, а овлашћен је и да прихвата и индивидуална саопштења појединаца који тврде да су жртве кршења одредаба ове Конвенције, као и саопштења у "интерном призиву", односно писмено саопштење државе потписнице да нека друга држава потписница не примењује одредбе Конвенције. Комитет подноси државама чланицама и Генералној скупштини ОУН годишњи извештај о активностима предузетим у циљу примене Конвенције. За разлику од годишњег извештаја Комитета за људска права, овај извештај има карактер јавног документа и често садржи врло оштре критичке опаске на рачун држава које не испуњавају обавезе наметнуте Конвенцијом.

Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака - За разлику од Европске конвенције о људским правима, која врло широко третира област људских права, Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака[33] (потписана 1987. а ступила на снагу 1989.), јесте у целости усмерена ка лицима која су лишена слободе у циљу

---

[32] Опционим протоколом на ову Конвенцију усвојеним 2002. године у оквиру Комитета против тортуре предвиђа се и оснивање посебног Подкомитета чије метод рада подразумева редовне периодичне посете државама потписницама протокола у циљу превенције тортуре. Види: Implementation of the Optional protocol to the UN Convention Against Torture. The Establishment and Designation of National Preventive Mehanisms, The Association for the Prevention of Torture, Geneva, 2003.

[33] Државна заједница СЦГ потписала је и ратификовала ову Конвенцију 3. марта 2004. и у складу са одредбама исте конвенције, она је ступила на снагу 1. јула 2004. године.

заштите њихових права.[34] Оснивањем Европског комитета за спречавање тортуре, ова Конвенција развија посебан механизам превенције мучења, нехуманих и понижавајућих поступања или кажњавања, вансудски систем превентивне природе заснован на посетама. Комитет нема судску улогу, не чине га искључиво правници, његове препоруке правно не обавезују конкретне државе уговорнице, нити изражава своје ставове о тумачењу правних термина. Комитет не "пресуђује" у погледу тога да ли је почињено кршење релевантних међународних стандарда и не даје тумачење ових стандарда ни глобално, ни у односу на конкретне чињенице.[35] Активност Комитета је искључиво превентивне природе и посете Комитета местима на којима се налазе лица лишена слободе имају за циљ установљавање чињеница у погледу њиховог положаја и чињење евентуалних препорука у намери остваривања потпуније и ефикасније заштите лица лишених слободе од мучења и нечовечних поступања и кажњавања.

У досадашњој пракси Комитет за превенцију тортуре је већ разрадио стандарде заштите затвореника од тортуре и нехуманог или понижавајућег поступања, који имају изузетно значајну фактичку важност, упркос томе што не поседују правну обавезност.[36] Стандарди Комитета се односе на права особа које је притворила полиција, на све услове под којим се лица лишена слободе налазе у затворима, на обуку особља надлежног за спровођење закона (полиције и затворског особља), на услове пружања услуга здравствене заштите у затворима, на положај страних држављана лишених слободе, на присилни смештај у психијатријским установама, као и на положај малолетника и жена лишених слободе. Постављени стандарди представљају смерницу за државе потписнице, они указују на уочене неправилности и истовремено подстичу државе да остварују постављене критеријуме.[37] Чланове Комитета бира Комитет министара савета Европе апсолутном већином гласова, а снага Комитета лежи у његовом саставу јер га чине професионалци, независни и непристрасни

---

[34] В. Тодоровић: Op. cit. стр. 107.

[35] Пракса Суда за људска права у погледу чл. 3. Европске конвенције о људским правима за Комитет за превенцију тортуре представља значајну смерницу у раду, али Комитет се не изјашњава о тумачењу и примени чл. 3. Конвенције. Са друге стране, стандарди које успоставља Комитет јесу прецизнији и захтевнији у односу на друге сродне конвенције (због чега имају већи практични значај него УН Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима или Европска затворска правила), па могу значајно да допринесу правном тумачењу специфичних ситуација везаних за забрану кршења чл. 3. Европске конвенције о људским правима и тако посредно утичу на праксу Европског суда за људска права. О значају стандарда за превенцију тортуре у домену поштовања и заштите људских права и односу са другим сродним актима, више: R. Morgan, M. Evans: Combating Torture in Europe, The Work and Standards of the European Committee for Prevantion of Torture (CPT), Strasbourg, 2001. стр. 159. и даље.

[36] Види: Стандарди CPT, CPT/Inf/E (2002)1-Rev. 2004

[37] О томе: R. Morgan, M. Evans: Op. cit. стр. 164.

експерти, из различитих области. Ради обезбеђивања мултидисциплинарног приступа доминирају чланови са правничким образовањем, мада у Комитету има и доста стручњака и из области медецине као и из других области којима се бави Конвенција. Своју делатност Комитет обавља путем посета, периодичних, али и посебних, ад хоц, када сматра да постоје околности које указују на такву потребу.[38]

Суштину Европске конвенције против мучења представља принцип сарадње између Комитета и надлежних државних власти. Конвенција обавезује земље потписнице да Комитету омогуће неограничен приступ свим местима у којима се налазе особе лишене слободе, укључујући и право на слободно кретање унутар тих места. Комитет има право да слободно разговара са особама лишеним слободе без присуства других лица, као и са свим другим особама за које верује да поседују релевантне информације. Након обавештења о намераваној посети, упућеног влади државе о којој се ради, Комитет има право да у свако доба посети било које место на коме се налазе особе лишене слободе. Право чланова Комитета на приступ информацијама остварује се у складу са националним законодавством одређене државе и у складу са професионалном етиком. Надлежни државни органи могу да поставе одређене услове за добијање тражених података, али не могу арбитрерно да забране приступ траженим информацијама, нити да Комитету поставе немогуће услове који би били једнаки одбијању. Након сваке посете Комитет саставља извештај о стању утврђеном приликом посета са одговарајућим препорукама, узимајући у обзир све примедбе које му може упутити држава која је у питању.

Информације прикупљене приликом посете, извештај Комитета и савети упућени страни уговорници третирају се као документ поверљиве природе, осим када конкретна држава не захтева њихово јавно објављивање. Међутим, од почетка 1993. године све државе у којима је Комитет организовао посете тражиле су да извештаји о томе публикују.[39] Никакви лични подаци се не објављују без изричитог пристанка особе о којој се ради. Уколико страна уговорница одбије да сарађује или да поступи сходно препорукама, Комитет може, одлуком двотрећинске већине својих чланова, дати изјаву за јавност која се односи на то питање. Једном годишње Комитет подноси општи извештај Комитету министара, који се објављује у јавности. Годишњи општи извештаји Комитета

---

[38] Делегација Европског комитета за превенцију тортуре посетила је СЦГ у периоду 16. 09. 2004. до 28.09.2004. и обишла преко двадесет релевантних установа (војни и цивилни затвори, полицијске станице, пријемни центар за странце и психијатријске болнице). Извештај о овој посети још увек није објављен.

[39] T. Livingstone, T. Owen: op. cit. стр. 95; На пример: Report to the Government BiH on the visit to BiH carried out by CPT, from 27 April to 9 May 2003, CPT/Inf (2004)40, Response of the Government of BiH on the visit to BiH carried out by CPT, CPT/Inf(2004)41.

потенцијално постају "водичи за праксу и стање у европским затворима", због чега и њихов утицај на одлуке Европског суда за људска права временом постаје све значајнији.[40]

Већина стандарда које успоставља Комитет јесте захтевнија и прецизнија у односу на друге сродне конвенције. Како се у раду Комитета појављују нове области које треба штитити од могућих злоупотреба, сет стандарда се надограђује стварањем нових препорука, чиме се од држава потписница посредно захтева да континуирано разматрају нове законодавне, административне и организационе реформе.[41] Циљ Европске конвенције за спречавање мучења јесте помоћ државама у унапређивању заштите права лица лишених слободе, а не осуда државе.

Остали међународни акти и механизми - Претходно разматрани акти представљају најзначајније документе легислативног карактера у области забране тортуре, свирепог поступања, нехуманог и понижавајућег поступања и кажњавања. Осим наведених, за дефинисање и остваривање међународних правних стандарда забране мучења, нехуманог поступања и кажњавања, мада не поседују формалноправно обавезујући карактер, значајан је и низ других докумената[42], међу којим посебно треба имати у виду:

- Кодекс понашања лица одговорних за примену закона (1979.),
- Принципи медицинске етике који се примењују на улогу здравственог особља, нарочито лекара, у заштити затвореника и лица у притвору од тортуре и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака (1982.),
- Декларација о основним начелима правде за жртве злочина и злоупотребе влати (1985.)
- Основна начела независности правосуђа (1985),
- Скуп минималних правила УН о малолетничком правосуђу (1985.),
- Скуп правила о заштити свих лица подвргнутих било ком облику притвора или затвора (1988.),
- Правила о заштити малолетника лишених слободе (1990.).
- Основна начела употребе силе и ватреног оружја од стране органа реда и мира (1990),
- Начела заштите ментално оболелих лица и побољшања психијатријске здравствене заштите (1991)
- Статут међународног кривичног суда (1998)

---

[40] T. Livingstone, T. Owen: op. cit. стр. 97.

[41] R. Morgan, M. Evans: Combating torture in Europe: The Work and Standards of European Committee for the Prevention of Torture (CPT), Strasbourg, 2001. стр. 55 и даље.

[42] Види: Monitoring Places of Detention, A Practical Guide, Asociation for the Prevention of Torture, Geneva, 2004. стр. 262-269.

- Начела ефикасног ислеђивања и документовања мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни (Истамбулски протокол, 1999.)[43]

Најзначајнија тела задужена та имплементацију људских слобода и права у области извршења кривичних санкција, као што се види из претходног излагања, јесу Европски суд за људска права и Европска комисија за људска права, као и Европски комитет за спречавање тортуре, који делују под окриљем Савета Европе, затим Комитет за људска права и Комитет против тортуре, који делују у оквиру УН.

Овоме треба додати и то да је Комитет за људска права 1985. установио и Специјалног известиоца за тортуру. Специјални известилац за тортуру има обавезу да реагује на све информације о актима тортуре предузетим било где у свету, тако што захтева хитан извештај ("поступак хитне акције") од државе о којој се ради, на основу кога влади те државе даје одговарајуће препоруке.[44] Релевантне информације[45], национални извештаји и учињене препоруке садржане су у Годишњем извештају специјалног известиоца, који се подноси Комисији УН за људска права[46] и Генералној скупштини УН[47]. У извештајима су садржани резимеи целокупне коресподенције известиоца о тортури са владама, са могућим општим опсервацијама у вези са проблемом тортуре у конкретним земљама, без закључака о тврдњама појединаца да су били изложени мучењу. Посебни догађаји и посебна питања која утичу на тортуру или доприносе постојању тортуре у свету са општим закључцима и препорукама, такође се могу укључити у извештај специјалног известиоца.

---

[43]Види: Manual on the Effective Investigation and Documentation of the Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Istambul Protokol, GE. 01-41146-June 2001; Geneva, 2001. У циљу што ефикаснијег документовања тортуре, овај приручник одређује минималне стандарде и принципе поступања надлежних државних органа. Дефинисање основних стандарда истраживања и документовања тортуре јесте резултат трогодишњег истраживања и анализе, спроведеног у Чилеу, Костарики, Данској, Француској, Немачкој, Индији, Израелу, Холандији, Јужној Африци, Сриланки, Швајцарској, Турској, Великој Британији, Сједињеним америчким државама и у Окупираним Палестинским територијама, од стране више од 75 стручњака за људска права, форензичара, психијатара, психолога, правника, који представљају 40 релевантних институција и организација из 15 земаља.

[44] Види: General Recomendations of the Special Rapporteur on torture, E/CN.4/2003/68, par. 26.

[45] Види: Monitoring Places of Detention, A Practical Guide, Asociation for the Prevention of Torture, Geneva, 2004.

[46] Види: Civil and Political Rights, including the Quesion of Torture and Detention, Report of the Special Rapporteur on the question of torture, Manfred Nowak, E/CN.4/2006/6, 23 December 2005.

[47] Види: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/60/316, 30 August 2005.

III. Стандардизација мера спречавања тортуре - Велики број докумената насталих протеклих деценија и богато искуство рада надлежних институција омогућава стандардизацију великог броја мера релевантних за стварање система заштите од мучења, нехуманих и понижавајућих поступања или кажњавања. Размотрићемо стандарде који се директно односе на нормативна решења казненог законодавства.[48]

Инкриминација тортуре - Потребна је да национално законодавство инкриминише све облике мучења[49], извршених или покушаних, затим све облике саучесништва у мучењу, при чему наредба претпостављеног не искључује противправност предузете радње. Инкриминација тортуре треба да обухвати мучење као ратни злочин, мучење као злочин против човечности и мучење као појединачно понашање.[50] Кривично одговорним се сматрају и сва лица на одговорним положајима у установи у којој се налази лице лишено слободе које је било изложено тортури, уколико су знали или је требало да знају да је дошло до тортуре или злостављања или ништа нису учинили да би то спречили. Кривична дела тортуре треба да буду обухваћена свим уговорима о екстрадицији, односно аутоматски подразумевају у свим уговорима о екстрадицији закљученим између држава потписница УН Конвенције против тортуре.

При томе је значајно нагласити да иста Конвенција мучење дефинише као "сваки чин којим се неком лицу намерно наноси јак бол или патња, били физичка или психичка, са циљем да се од њега или неког трећег лица добију обавештења или признања, да се казни за неко дело које је оно или неко треће лице починило, или се сумња да га је починило, да се уплаши или да се на њега изврши притисак, или да се неко треће лице уплаши и на

---

[48] То су пре свега потписане и ратификоване конвенције: УН Конвенција против тортуре, мучења и других облика нехуманих или понижавајућих поступања или кажњавања, Европска конвенција о људским правима и Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака.

[49] Види: С. Соковић: Инкриминација тортуре у новом казненом законодавству, кривичноправни и кривичнопроцесни аспект са освртом на међународне стандарде, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, 1-2/2000; стр. 65-77;

[50] Овај захтев значи да у инкриминисању мучења нема правних празнина, ни на међудржавном нивоу, ни на нивоу радњи предузетих од стране појединаца. Радње мучења дефинише УН Конвенција против мучења, с тим што мучење као ратни злочин подразумева да је мучење извршено према припадницима непријатељске стране, или према лицима под контролом или заштитом непријатељске стране и да је у вези са ратним сукобом. Мучење као злочин против човечности предвиђа да су радње мучења део распрострањене систематски примењиване праксе и да починилац зна да су његове радње део распрострањене праксе, при чему постоји нека врста пасивне умешаности власти (подржавање, не позивање на одговорност, некажњавање) а да није неопходно да у сам поступак мучења буде укључено неко службено лице. Мучење као посебно кривично дело подразумева појединачне акте мучења, независно од тога да ли су извршени у рату или миру. За све три инкриминације потребан је умишљај починиоца, осим у случају када се ради о одговорности надређеног. Више о томе: А. Касезе: Међународно кривично право, Београд, 2005. стр. 134 и даље.

њега врши притисак, или из било које друге побуде засноване на било каквом облику дискриминације, кад такав бол или такве патње наноси службено лице или неко друго лице које делује по службеној дужности или на основу изричитог налога или пристанка службеног лица. Овај израз се не односи на бол и патње које произилази искључиво из законитих казни, неодвојиви су од њих или њима изазвани."

Обавеза кривичног гоњења за кривична дела тортуре, нехумано и понижавајућег поступања или кажњавања - За кривична дела тортуре, нехуманог, понижавајућег поступања и кажњавања кривично гоњење се предузима по службеној дужности, а држава се сматра материјално и процесно надлежном према територијалном принципу, реалном и персоналном принципу, односно принципу универзалне надлежности. Држава је при томе дужна да обезбеди правично суђење.

Казна - кажњавање за кривична дела тортуре се врши на основу домаћег законодавства, с тим што казна запрећена за кривична дела тортуре треба да "одговара тешкој природи ових дела". Да би се обезбедила адекватна реакција, уколико у закону не постоји инкриминација тортуре, или уколико чињенице не могу да се уклопе у домицилну дефиницију која је ужа од међународне, поступак треба да се покрене и казна изрекне за прво следеће најтеже кривично дело.

Имунитет, амнестија и застаревање за кривична дела тортуре се сматрају инкомпатибилним са дужношћу и обавезом држава да поштују апсолутну забрану тортуре.[51]

Положај лица лишених слободе и заштита од мучења - основним стандардом заштите од мучења кад се ради о лицима лишеним слободе сматра се гарантовање следећих права од момента лишења слободе:[52] прва

---

[51] Статут Међународног кривичног суда предвиђа да кривична дела која спадају у надлежност тог суда (између осталог и мучење као злочин против човечности) не подлежу никаквом временском ограничењу важења (чл. 29.), а одредбе Статута се примењују једнако на све људе без икакве разлике која би проистицала из њиховог службеног својства (чл. 27.). Ни највиша службена својства, на основу домицилног или међународног права, не спречавају суд да спроведе своју надлежност над тим лицем, нити на други начин утичу на ток суђења и одмеравање и изрицање казне. Види: Љ. Тодоровић: Међународни уговори, књига 3, том III, Ратно право и безбедност, Београд, 2003. стр. 469. Такође треба додати да Комисије за истину и помирење делују упоредо са судовима у циљу утврђивања истине, олакшања рехабилитације и надокнаде жртвама, и никако не могу сматрати алтернативом судовима у случајевима мучења, нехуманог и понижавајућег поступања и кажњавања. A. Ashwort: Responsabilites, Rights and Restorative Justice, The British Journal of Criminology, V 42/3, 2000, стр. 580, 581.

[52] У свим релевантним документима се наглашава да у периоду непосредно након лишења слободе постоји највећа опасност мучења , злостављања, нехуманог и понижавајућег поступања, због чега је посебно важно управо тада обезбедити пре свега право лица да на свом језику буде обавештено о својим правима, право да се јави неком себи блиском, право на браниоца и право на приступ независном и стручном лекару. Општи извештаји CPT, CPT/Inf(92) 3; CPT/Inf(96)21; CPT/Inf(2002)15.

на обавештавање лица лишеног слободе о правима која му припадају на језику који разуме, право на браниоца и право на поверљив разговор са браниоцем, право на жалбу у вези са законитошћу притвора, право на приступ независном и стручном лекару и доступност лекарских налаза, употреба службено признатих места притвора и вођење уредне, благовремено ажуриране и прецизне евиденције о притвору, онемогућавање инкомуникандо притвора, односно у коме притвореник нема могућност комуникације са спољним светом, са породицом, браниоцима и лекарима, обезбеђивање заштитних мера за посебне категорије притвореника које могу да буду додатно угрожене, дискриминисане и злостављане, током притвора (жене, малолетна лица, страни држављани, старије особе, припадници етничких мањина, физички и ментално оболела лица, и други).

Мере заштите од тортуре приликом саслушања[53] подразумевају саслушавања само у службеним просторијама, право на присуство браниоца током свих саслушања, обавештавање лица које се саслушава о идентитету свих присутних лица и уношење у записник података о њиховом присуству, забрана стављања повеза или капуљаче током саслушања, упознавање лица које се саслушава о дозвољеном трајању саслушања, сачињавање стенограма саслушања и (или)снимка свих саслушања, заштитне мере за посебно угрожене категорије испитаника.

Хумани услови извршења притвора - Минимални стандарди за краткотрајни притвор налажу постојање чисте ћелије величине одговарајуће за број притвореника, адекватно проветрене и осветљене, са средством за одмор (фиксна столица или клупа), чист лежај и покривач, чисти и пристојни услови за обављање хигијенских потреба, неограничен приступ питкој води најмање један потпун оброк дневно, могућност физичког кретања и вежбања ван затворских просторија за лица притворена преко 24 часа. Дужи притвор подразумева наменске установе које треба да испуне посебне захтевније стандарде.

Неприхватљивост доказа прибављених мучењем - Није дозвољена употреба доказа прибављених мучењем или другим обликом злостављања у било ком поступку осим против лица оптуженог за мучење као доказ да је та изјава дата. Одредба у националном законодавству којом се предвиђа ова забрана треба адекватно да обухвати све облике физичког и психичког злостављања.

Заштита у случају протеривања - Није дозвољено протеривање, изручивање или враћање неког лица другој држави уколико постоји реална опасност да у тој држави лице буде изложено мучењу или другом облику злостављања. Потребно је на основу објективних чињеница

[53] Monitoring Places of Detention, A Practical Guide, The Asociation for the Prevention of Torture, Geneva, 2004. стр. 222-225.

утврдити реални ризик да таква опасност постоји у земљи депортације и погађа особу чије се депортовање захтева..[54]

Рехабилитација и обештећење жртве - Жртве мучења имају право на задовољење, на истину о томе шта се догодило, на остварљиво право на потпуну рехабилитацију и на обештећење. Рехабилитација и обештећење жртве подразумевају: реституцију која укључује повраћај свих законских права социјалног статуса, породичног живота, места становања, имовине и радног места; компензацију сваке економски процењиве штете, укључујући и физичку и менталну штету, емоционалне тегобе, изгубљене могућности за образовање и зараду, медицинске трошкове и трошкове правне помоћи; рехабилитацију која подразумева медицинску и психолошку негу и осигурање правне и социјалне заштите; и задовољење и гаранцију да се злостављање неће поновити у смислу обелодањивања истине о тортури, службеног декларисање одговорности и одговорних, јавно признање кршења права, покретање одговарајућег судског поступка и административних мера према одговорним лицима.[55] У случају смрти жртве издржавана лица жртве имају право на надокнаду.

Хумани услови извршења мере притвора и казне затвора[56] - Неопходна је дужност поштовања људског достојанства у свим сегментима извршења ових мера[57], као и обезбеђење адекватног смештаја и исхране, обезбеђене задовољења основних потреба и физичке рекреације. Средства принуде се могу користити само док је то неопходно и искључиво из разлога безбедности, а не као средство за кажњавање. У

---

[54] На пример ради се о држави у којој депортованом услед дискриминације прети нехумано и понижавајуће поступање, или где таква опасност произилази из ситуације у којој државни органи нису спремни или нису у стању да контролишу наоружане групе, устанике или криминалце, а то погађа лице о коме се одлучује. Непостојање одговарајућих здравствених објеката у земљи на коју се односи екстрадиција може да доведе до повреде чл. 3. ECHR. Међутим, чињеница да протерана особа ризикује кривично гоњење у земљи дестинације, чак и ако казна може да буде веома строга није довољна, осим ако нема довољно показатеља да су оптужбе засноване на лажним наводима. Такође, ни екстрадиција у земљу где лице које се екстрадира очекује смртна казна, само по себи не отвара питање повреде чл. 3 ECHR, мада под специфичним условима очекивано веома дуго одлагање извршења смртне казне ("феномен чекања у ходнику смрти"), услови боравка у затвору пре егзекуције, старост, ментално стање особе чија се депортација тражи могу да буду разлог да се депортација одбије. Van Dijk, G.J.H. van Hof: Op. cit. стр. 303, 304.

[55] Ове мере предвиђају тзв. *Ван Бовенова и Басијунијева начела*, односно Нацрт основних начела и смерница у вези са правом на репарацију надокнаду жртвама кршења међународно признатих људских права и хуманитарног права; UH Doc.E/CH.4/2000/62.

[56] О томе: R. Morgan, M. D. Evans: Protecting Prisoners, The standards of the Europeean Commitee for the Prevention of Torture in Contex, Oxford, 1999; Monitoring Places of Detention, Practical Guide, The Asociation for Prevention of Torture, Geneva 2004. стр. 93 и даље; Making Standards Work, on International Handbook on Good Prison Practise, Penal Reform International, London, 2001.

[57] A. Coyle: A Human Rights Approach to Prison Mangment, Handbook for Prison Staff, International Centre for Prison Studis, 2003.

том контекст сила се може користити само тамо где је претходна употреба ненасилних средстава остала без резултата. Употреба физичких средстава ограничења кретања је дозвољена само изузетно, уз стални и адекватни надзор и искључиво из разлога безбедности. Могућности употребе ватреног оружја су изузетне и врло рестриктивне, ограничене на

сасвим одређене ситуације. Обавезна је уредна евиденција о сваком случају примене средстава принуде и ватреног оружја. Искључује се дуготрајан боравак у самици као дисциплинска мера. Неопходно је предвидети и обезбедити ефикасно право жалбе затвореника на поступање затворске власти, као и судску заштиту гарантованих права. Посебне категорије затвореника, малолетници[58] и жене[59], захтевају посебне мере заштите.

Здравствене услуге у затворима[60] - Приликом пријема осуђених лица обавезан је здравствени преглед, а у току времена проведеног у затвору сваки осуђеник треба да има приступ лекару у било ком моменту, независно од режима издржавања казне затвора. Сваки затвореник треба да има сопствени здравствени досије. Неопходно је обезбедити једнакост неге за све затворенике, одговарајуће здравствено, болничко и техничко особље, потребне просторије, инсталације и опрему. Рад здравствене службе подлеже независном и стручном спољњем надзору. Слобода пристанка и поштовање поверљивости представљају основна права пацијента Пацијент је слободан да одбије лечење или здравствену интервенцију. Предузимање одређених здравствених мера без пристанка пацијента могуће је само изузетно, искључиво уколико прети смрт или озбиљно оштећење здравља осуђеника. Учествовање затвореника у медицинским истраживањима могуће је искључиво уз слободан пристанак дат на основу довољно потребних информација, односно на исти начин као и код опште популације. Ангажовање затвореника у наставним програмима за ученике и студенте такође захтева њихов пристанак. Општа обавеза поштовања лекарске тајне важи и у затворима, а здравствене прегледе треба обављати појединачно и без присуства затворских службеника. Затворска здравствена служба одговорна је и за одржавање потребних хигијенских услова, за превенцију заразних болести, суицида и насиља над затвореницима. Неопходно је да затворски здравствени радници поседују професионалну независност и високу професионалну стручност.

---

[58] Општи извештај CPT, CPT/Inf (99) 12.
[59] Општи извештај CPT, CPT/Inf (2000) 13.
[60] Општи CPT извештај, CPT/Inf (93) 12. О томе у нашим условима види: В. Стамболовић, Д. Вуковић, Ј. Маринковић, З. Терзић; М. Чантрић Милићевић: Затвори и здравље, Београд, 2005.

Смештај у психијатријске установе[61] захтева позитивно терапијско окружење (довољно животног простора по пацијенту, адекватно осветљење, грејање, проветравање, испуњавање хигијенских услова, пристојно одевање, адекватну исхрану и пристојне услове за конзумирање хране), индивидуализован приступ у лечењу, обезбеђивање одговарајућих рехабилитацијских и терапијских активности, поред психофармаколошке терапије, забрану немодификоване електрошок терапије (терапије без анестетика и миорелаксаната), адекватно особље у смислу броја, врсте, искуства и стручне оспособљености, јасно дефинисане ситуације и поступак за одузимање слободе кретања насилним и узнемиреним пацијентима. У вези са чињеницом присилног смештај у психијатријске установе неопходно је обезбедити гаранције законитости одлуке о смештању, делотворан жалбени поступак на такву одлуку, редовно преиспитивање трајање мере у одређеним интервалима, омогућавање одржавања контакта са спољним светом током трајања ове мере, редовне посете као мере надзора од стране независног компетентног стручног тела и њихов непосредни поверљив контакт са пацијентима.

IV. Питање тортуре у СЦГ

Озбиљно и одговорно бављење питањем адекватне примене релевантних стандарда забране тортуре у националном законодавству не значи да је рад надлежних државних органа значајно оптерећен применом мучења, нехуманих или понижавајућих поступања или кажњавања. Суштина примене стандарда забране мучења јесте пре свега у њиховој превентивној функцији. Стандардизацијом мера заштите од тортуре у свим сегментима вршења власти "пријемчивим" за чињење злостављања, понижавања или нехуманог поступања успоставља се функционисање система који сам по себи у највећој могућој мери онемогућава постојање тортуре. Као феномен који у различитим формама прати читаву људску историју, тортуру, није лако искоренити. Имплементација међународних стандарда "подиже систем" заштите који својом садржином онемогућава акте тортуре или бар највећи број чини у тој мери видљивим, да не могу остати без одговарајуће реакције. У систему међународних стандарда забране тортуре није најзначајнија претња санкцијом потенцијалним извршиоцима. Примарно је успостављање универзалног система поступања који онемогућава злостављање и нехумано поступање, а тек секундарни значај има адекватно и ефикасно санкционисање појединачних аката.

[61] Општи CPT извештај, CPT/Inf (98) 12.

Одлука УН Комитет против тортуре у случају Хајризи Џемаил и остали (Даниловград) 2002. и случају Ристић (Шабац) 2001,[62] случају Димитријевић (Крагујевац) 2004,[63] и случају Јовица Д. (Нови Сад) 2005, где је поступање полицијских органа представљало кршење одредби Конвенције против тортуре и других свирепих, нехуманих и понижавајућих казни или поступака, (малобројне) осуђујуће судске пресуде редовних и војних судова за изнуђивање исказа и противправно лишење слободе[64], званична оцена Одбора за одбрану и безбедност Скупштине Србије о тортури за време операције "Сабља" и други извештаји[65] чине питање тортуре и у СЦГ релевантним. Овоме треба додати и последњи прилично оштар Amnesty International извештај у коме се истиче да СЦГ, иако је ратификовала одговарајуће конвенције и даље не успева успостави ефикасан систем забране тортуре.[66] И даље постоје бројни случајеви полицијске тортуре, на које власти не реагују на одговарајући начин, надлежни судски органи не успевају да их ваљано истраже, да оптуже и санкционишу одговорне, обештете и рехабилитују жртве. По мишљењу Amnesty Internacional-а тиме се у СЦГ на свим нивоима власти ствара и учвршћује клима некажњивости полицијске тортуре и злостављања.[67]

Системски проблеми извршења кривичних санкција у смислу дуготрајног недостатка целовите стратегије потребне реформе, вишегодишње неинвестирање и застарело законодавство, суштинска неинтегрисаност овог система у укупан правни систем, пракса да се систем извршења кривичних санкција који формално чини део министарства правде, односно правосуђа, најчешће третира као део управе, за последицу имају неповољно стање у овој области и у погледу испуњавања међународних стандарда. Услед лоше инфраструктуре и капацитета, затим због скромних могућности за спровођење програма преваспитања, образовања и стручног оспособљавања, услови у којима

---

[62] Случај Даниловград, Одлука УН Комитета против мучења, 2002; Случај Ристић, Одлука УН Комитета против тортуре, 2004. Фонд за хуманитарно право, Едиција: Документа, Београд, 2004.

[63] Види: Људска права и колективни индентитет, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2005. стр. 152, 153.

[64] Види: С. Јанковић: Правни инструменти за сузбијање тортуре и њихово сузбијање у пракси, Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења, Београд, 2005. стр. 219.

[65] Невладине организације у својим извештајима повремено указују на постојање случајева тортуре у СЦГ и реагују подношењем кривичних пријава и тужби за накнаду штете, најчешће без очекиваног судског епилога тако изражене сумње. Види: Годишњи извештаји Београдског центра за људска права, 1998-2003; ЈУКОМ, Извештај о тортури, август 2003.

[66] Europe & Central Asia: Summary of Amnesty International"s Concerns in the Region, January-Jun 2005. стр. 41-47.

[67] Amnesty International"s concernes and Serbia and Montenegro"s commitments to the Council of Europe, January/Jun 2005.

бораве осуђена лица често нису у складу са релевантним међународним стандардима и стандардима људских права.[68]

V. Ново казнено законодавство и стандарди забране тортуре и нехуманог и понижавајућег поступања и кажњавања Криминално политички приступ реформе казненог законодавства[69] подразумева између осталог и испуњавање преузетих обавеза из међународних уговора, односно доследну заштиту Уставом и међународноправним актима гарантованих људских права и слобода, као и успостављење складног баланса између потребе за повећаном ефикасношћу кривичног законодавства и захтева за успостављањем стабилног система заштите људских права у свим сегментима контроле криминалитета.

Нови Кривични законик Републике Србије[70] значајно унапређује кривично-правне стандарде забране тортуре и нехуманог поступања. Поред противправног лишења слободе и изнуђивања исказа, Законик предвиђа и посебно ново кривично дело злостављања и мучења (чл. 137.). Извршилац овог кривичног дела јесте свако лице које злоставља неког другог или према њему поступа на начин који вређа људско достојанство, односно, свако ко применом силе, претње или на други недозвољен начин другоме нанесе велики бол или тешке патње са циљем да од њега добије признање, исказ или друго обавештење или да се он или неко треће лице застраши или незаконито казни, или то учини из друге побуде засноване на било ком облику дискриминације. Извршење овог кривичног дела од стране службеног лица у вршењу службе представља квалификовани облик запрећен казном од једне до осам година.[71] Осим тога Законик инкриминише мучење и нечовечно поступање као злочин против човечности (чл. 371.) као ратни злочин против цивилног становништва (чл. 372.), ратни злочин против рањеника и болесника (чл. 373.), ратни злочин против ратних заробљеника (чл. 374.). Значајна новина је да Законик предвиђа и командну одговорност за ова кривична дела, увођењем посебног кривичног дела неспречавања вршења кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 384), чији извршилац јесте војни заповедник или

---

[68] Види: М. Јелић, М. Киурски, Н. Новаковић, М. Обрадовић: Како до европских стандарда, затвори у Србији 2002-2003, Београд, 2003.; М. Јелић, И. Кузмановић, Н. Новаковић, М. Обрадовић: Затвори у Србији, април 2004- април 2005, Београд, 2004.; М. Јелић, И. Кузмановић, Г. Лукић-Самарџија, Н. Новаковић, М. Обрадовић: Затвори у Србији, април 2004- април 2005, Београд, 2005.

[69] Види: З. Стојановић: Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег материјалног кривичног законодавства, Зборник: нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Београд, 2005.

[70] Службени гласник РС, 85/2005.

[71] Кривични закон Републике Србије предвиђао је кривично дело злоставе у служби (чл. 66.) чији је извршилац службено лице које у вршењу службе другог злоставе, увреди или уопште према њему поступи на начин којим се вређа људско достојанство.

други претпостављени који не предузме одговарајуће мере за спречавање вршења одређених међународних кривичних дела од стране својих потчињених. Релевантна је и одредба која предвиђа тежи облик кривичног дела непријављивања кривичног дела и учиниоца које чини службено лице или одговорно лице које свесно пропусти да пријави кривично дело свог подређеног које је он учинио при вршењу своје службене, војне или радне обавезе, а за то дело се по закону може изрећи казна затвора од тридесет до четрдесет година (чл. 332. ст. 3.).

Законик о кривичном поступку[72] настоји да генерално, у свим сегментима кривичне процедуре, унапреди стандарде заштите од мучења, нехуманог и понижавајућег поступања. Посебно су значајне одредбе о правима лица лишеног слободе (чл. 7.), забрани насиља и изнуђивања исказа у кривичном поступку (чл. 9), о правима лица која су неоправдано осуђена или неосновано лишена слободе, и наглашавању обавезе хитног поступања надлежних државних органа ради остварења ових права (чл. 10.), обавези суђења у разумном року (чл. 12.), забрани коришћења доказа прибављених или изведених повредама људских права и основних слобода прописаних уставом или ратификованим међународним уговорима (чл. 15.), основним правилима о саслушању окривљеног (посебно чл. 95. ст. 2. т. 8. и т. 9.), затим одредбе о обавезном звучном или видео-звучном снимању исказа окривљеног, при чему снимак представља саставни део записника (чл. 99.), о немогућности заснивања судске одлуке на исказу сведока изнуђеном силом, претњом или другим сличним забрањеним средством (чл. 105.), одредбе о одређивању притвора и праву жалбе на решење о притвору (чл. 175.), о обавезном обавештавању о лишењу слободе (чл. 179.), одредбе о правима притвореника, забрани примене медицинских интервенција према осумњиченом, окривљеном или сведоку или давања средстава којима се утиче на свест и вољу (чл. 143. ст. 5.), затим одредбе о саслушању осумњиченог у претходној истрази (чл. 260.), лишавању слободе од стране полиције (чл. 262. ст. 2.), одредба о праву на одређивање лекарског прегледа приликом саслушања осумњиченог доведеног истражном судији (чл. 263. ст. 7.), о привременом задржавању осумњиченог од стране јавног тужиоца или полиције у претходној истрази (чл. 264.), одредба о грађанском хапшењу (чл. 266.), одредбе о одређивању притвора у истрази.

Нови Закон о извршењу кривичних санкција карактеришу одређене концептуалне новине и наглашавање релевантних међународних стандарда, али и истовремена недоследност и недореченост у истом правцу.[73] У погледу стандарда заштите од тортуре значајно је да се у

[72]Службени гласник РС 46/2006.

[73] Службени гласник Републике Србије, 85/05; Види: С. Соковић: Нова решења у Предлогу закона о извршењу кривичних санкција, Зборник: казнено законодавство: Прогресивна или регресивна решења, Београд, 2005. стр. 477-490.

основним одредбама о положају лица према коме се извршава санкција(чл. 6.- 9. ЗИКС) посебно наглашава да се санкције извршавају на начин којим се јамчи поштовање достојанства лица према коме се санкција извршава, при чему су забрањени сви поступци којима се лице према коме се извршава санкција подвргава било каквом облику мучења, злостављања, понижавању или експериментисања, или стављање у неравноправан положај због расе, боје коже, пола, језика, вере, политичких и других уверења, националног и социјалног порекла, имовног стања, образовања, друштвеног положаја или другог личног својства. Кажњива је свака принуда према лицу према коме се извршава санкција несразмерна потребама њеног извршења. Закон гарантује и право на заштиту основних права прописаних Уставом, ратификованим међународним уговорима и опште прихваћеним правилима међународног права. Посебно значајна новина јесте омогућавање судске заштите права осуђених лица предвиђањем могућности да осуђена лица покрену пред надлежним судом управни спор против коначне одлуке којом је током извршења казне затвора ограничени или повређено неко њихово право (чл. 165. ЗИКС), као и предвиђање скупштинске контроле извршења кривичних санкција.

VI. Закључак

Реформа казненог законодавства сасвим евидентно даје значајан допринос стварању делотворног система који редукује могућности да нормативна недореченост и неусклађеност буде искоришћена као простор за несанкционисану тортуру. Очигледно је и да у неком областима, посебно у сфери извршења кривичних санкција, тек предстоји велики део посла у погледу испуњавања међународним уговорима преузетих обавеза. Са друге стране, само анализа нормативног система мера којима се у казненом законодавству обезбеђује забрана тортуре и нехуманог и понижавајућег поступања или кажњавања и компарација са стандардима садржаним у релевантним међународним изворима није довољна за утврђивање правог стања. И најхармоничнији законска решења пракса некад претвара у нешто сасвим друго, а у простор између норме и реалности у деликатним областима као што је заштита од злостављања и нехуманог поступања, време и специфичне друштвене ситуације уносе врло велика и различита искушења. Успостављање и одржавање функционалног и ефикасног система спречавања тортуре није задатак који се може једнократно обавити, него процес који захтева стално критичко праћење стварног живота предвиђених нормативних решења.

Иначе, национална стратегија реформе правосуђа, дефинисана децембра 2005. године у оквиру реформског циља који се тиче система издржавања заводских санкција, предвиђа усвајање Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција за почетак 2007. године. Доступно на: www.mpravde.sr.gov.yu

Dr Snezana Sokovic,
a full-time professor

ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE IN NEW PENAL LEGISLATURE

The absolute prohibition of torture, tormenting, inhuman and humiliating treatment and punishment represents basic principle of the respect for human rights. Regardless of concrete circumstances and victim's behaviour, neither restriction, general or special, nor cancellation of this prohibition is allowed. With the abolition of feudalism, public and legalized torture was bound to leave the public stage, but it survives and it is still widely used and developed as a secret weapon of state control. Contemporary torture is the job of secret police, practice of police and support staff, psychiatric institutions and medical experts which is all tolerated or not prevented by the authorities. The results of torture are senseless confessions, false statements, false indictments against innocent people. Contemporary torture destroys institutions and seriously and permanently dehumanizes those who use it, it is hard to prove and its consequences are permanent and immeasurable. The author raises some relevant questions of obeying the prohibition of torture in domestic penal legislature practice, and, through the analysis of international documents of legislative character, which are important for the development and improvement of domestic penal legislature, she points to the existence of the developed system of concrete standards for torture prevention. The reform of penal legislature evidently gives a significant contribution to creating the efficient system which reduces the possibility that normative incompleteness and lack of coordination can be used as space for unsanctioned torture. It is also obvious that in some areas, especially in the sphere of execution of penal sanctions, the great deal of work is yet to be done regarding fulfillment of duties undertaken by international contracts. However, even the most harmonious legal solutions are sometimes in practice turned into something completely different, while in the delicate areas such as protection from torture and inhuman treatment, time and specific social situations bring great and various temptations into the space between the norm and reality. It is evident that the establishment and maintainance of functional and efficient system of torture prevention is not a task that can be completed as a single instance, but a process that requires constant critical observation of the real life of envisaged normative solutions.

Др Драгана Петровић,
ванредни професор

UDK: 323.285
343.326

ТЕРОРИЗАМ И ИДЕОЛОГИЈА

Увод

Да ли добро икада може да настане из зла?

Да ли једна неправда, заиста може да оправда чињење друге неправде?

До које мере се неко деловање може оправдати постизањем одговарајућег циља?

Уколико нека група тражи да спроведе своје право на самоопредељење, да ли јој то даје право да угрожава право других људи? Да ли,уопште,може да постоји тако нешто као оправдани терористички акт!?

Наравно, на овако комплексна питања се не може лако, једноставно одговорити. Управо супротно, потешкоће у давању одговора на гомилу питања која овде искрсавају су - непремостиве! Већина појединаца или група који тврде да је такав један акт оправдан, сматрају да он има своју сврху, да је «праведан» и да се за њега може наћи «разумно објашњење». Разлози за ову спремност терориста да употребе нечувена средства репресије су веома важни. Они у многим случајевима представљају оправдање за модерни тероризам. Увек је било могуће убити невине грађане. Зашто то више не представља «нечувену» опцију за револуционарне групе?

Ово је темељно питање. Централни проблем. Управо, у овом времену. И управо, са овог аспекта. Није дискутабилно да су државе кроз историју користиле терор над својим грађанима, над грађанима других нација и као инструмент рата. И библијски и историјски извори су пуни прича о поробљивачима који су масакрирали недужне мушкарце, жене и децу и који су их узимали као робље и над њима чинили ужасне злочине. Али они који су се бунили против такве тиранске суровости су избегавали да сами примене исто такву (упоредљиву) бруталност. Заиста, највећи заговарачи револуционарне теорије су били и жестоки критичари бруталности постојећег режима. Зашто су онда, током 20. века револуционарне групе биле спремне, односно примењивале исте такве насилне акте против исто тако невиних људи?

Репресија није ништа ново, као ни чињеница да увек постоји неколико очајника који су спремни да ризикују све како би се супротставили систему који мрзе. Оно што је ново је спремност ових «очајника» да примењују такву тактику и такве методе које су до недавно биле искључиво у рукама државе коју су осуђивали.

Ово је изгледа, суштина феномена модерног тероризма: да су они који се некада бунили против репресије државе и сами спремни да сада користе оружје терора против невиног становништва.[1]

Дакле, да би се одредило да ли је тероризам оправдан, морају се детаљно размотрити разлози,односно аргументи за прибегавање терористичким актима.

Зашто тероризам?

Зашто се ово догађа? А зашто не?

Страх и претња из којих се тероризам рађа, попут неког наркотичког средства изазива инхибиције да се поклекне и да најпримитивнији инстинкти човека избију на површину. У светлу злочина који су се дешавали у последњих пет година и конфликата који су следили, остаје питање - која је то претња која стимулише спирални циклус тероризма и насиља?

У природи људског живота постоје четири фактора који се, сами по себи, издвајају у циљу објашњења експанзије тероризма. 1) повећање популације 2) повећање разлике у богатству и привилегијама 3) ескалације религиозног екстремизма и 4) осавремењавање технологије и лак приступ истој. Прва три фактора се односе на перцепцију претње, а четврти на њену имплементацију.[2]

Широке категорије теорија и дијагноза о изворима терористичких напада су се распршиле у анализама напада од 11. септембра 2001. године. Ове теорије се крећу од простих до најсложенијих и често су и међусобно испреплетане. Тако, једна од њих заговара да су ови напади

---

[1] Cindy C. Combs: Terrorism in the Twenty - First Century/Cindy, New Jersey: Prerentice Hall, 2003. стр. 34-35

[2] Упркос аргументима да планета земља може да издржи чак и већу популацију, људима се чини да то није тачно, јер сматрају да се постојећи животни простор све више смањује. Логична, линеарна прогресија оваквог размишљања води до следећих објашњења: више људи - мање простора по особи, више интеракције - више прилика за конфликт, више конфликта - више припрема за конфликт. Роберт Фрост је једном приметио: "Добре ограде чине добре суседе". Али како популација све више расте, постало је немогуће направити толико ограда. Упадање у наше двориште све већег броја суседа који се такмиче за ограничене ресурсе производи забринутост која избија на површину, понекад и у облику терористичких акција. L. D. Howell: Is The New Global Terrorism a Clash of Civilizations? Evaluating Terrorism' Multiple Sources, The New Global Terrorism, Characteristics Causes, Controls, 2003, стр. 177-178.

били чин зла. Повезујући нападе са постојањем зла на земљи, ми сами себе дисквалификујемо, јер ово објашњење захтева позивање на религиозност, или на религиозне изворе за елиминисање извора проблема. Молитва представља примарно уточиште.

По другој теорији, терористи представљају нихилисте који ће уништити цело човечанство. Као код анархиста чија су дела сама себи циљ, на нихилизам се може одговорити само елиминисањем истинских верника, или убеђивањем једног по једног да промене свој систем веровања.

Трећи заговарају мишљење да напади представљају криминалитет. Појединци који су извели ове нападе су друштвено девијантни, мотивисани базичним инстинктима, ограничене интелигенције, неспособни да делују у оквиру друштвено утемељених правила. Уколико се терористичке акције сматрају криминалитетом, оне ће онда бити вечне и могу се само контролисати, али не и елиминисати. Оне ће заувек остати на маргини друштва, захтевајући сталну полицијску контролу и полицијску државу.

Многи су сматрали да су то дела примитиваца, дела која су предузели нецивилизовани против цивилизованих. Сам чин напада је био толико одвратан, каже један амерички званичник, да чак и неки из нецивилизованог света сада схватају да су на погрешној страни. Парадигма варварства има ту карактеристику да дели свет на "њих против нас". Он обезбеђује циљеве и оправдање за хитну акцију што служи сврси парадигме. Уколико је проблем у томе да тамо негде постоје нецивилизовани људи, решење је цивилизовати их, или, једном речју, елиминисати их хватањем, затварањем или убијањем да би се елиминисала претња од будућих катаклизми. Ово објашњење, међутим, не објашњава мотивацију за рат. Рат се не води против необразованих или примитивних. Не води се против хулигана, чак и оних изузетно успешних. Он се води против ентитета и непријатеља.[3]

Па, да ли је тероризам - нова форма рата!?

На почетку новог миленијума се суочавамо са постојањем новог света са много прекретница иза нас и наравно, страшним искушењима испред нас. Најкритичнија прекретница се односи на начин вођења рата. Тероризам, засигурно нови феномен, је добио примат. Традиционални системи ратовања и ратови звезда су изгубили на важности. Рат, ова јединствена и највећа грешка у људском карактеру, је започео са моткама и камењем, прерастао у рат експлозивима, ескалирао у ваздушни простор, затим свемир, да би се опет вратио на земљу у облику бомби на људским телима. Али док се рат моткама водио са најближим суседима, рат терориста се завлачи и у најудаљеније углове на овој нашој планети.

---

[3] Ibid.

Шта тероризам, заправо, значи? Тероризам је рат који се води изван контроле држава. Он је више од обичне деструкције, представља чин насиља чија је намера да постигне далеко шире резултате од обичних победа и пораза који за многе значе губитак живота, људских права и људске добробити. Обриси ових нових ратова су јасни у многим аспектима, јер опсег друштвених и политичких група који у њима учествују више не одговара шаблону класичних међудржавних ратова. Насиља коју сеју терористички агресори више не спроводе државни агенти (мада се дешава да их држава, или неки њени субјекти и даље подржавају). Насиље се усмерава према грађанима и политички циљеви се комбинују са ужасним злочинима и масовним кршењем људских права. Такав рат се обично не започиње због државних интереса, већ религиозног идентификовања, острашћености, фанатизма, итд. Циљ више није освајање територија, као у претходним ратовима, већ задобијање политичке моћи генерисањем страха и мржње. Сам рат постаје облик политичке мобилизације у коме се кроз насиље промовишу циљеви екстремиста.[4]

Уколико желимо да спасемо концепт тероризма од полемичара, као и да скренемо пажњу на забринутост оних који верују да је то празна реторичка категорија, ми морамо да идентификујемо оне карактеристике које разликују тероризам од других насилних тактика које се користе унутар, или између политичких заједница. Две карактеристике, обе настале на добро утврђеним правилима рата, изгледа да представљају довољан основ за њихово истинско разликовање. Најпознатији видови ограничавања понашања при вођењу рата се односе на одабирање циљева и средстава да се нападну ти циљеви. Да будемо прецизнији, циљеви насилног напада треба да буду војници, а оружје које се користи против ових циљева треба да буде крајње селективно.

Разматрање ове проблематике у светлу заштите људских права

Промена законодавства у области ратовања је ставила појединце, владе и невладине организације под окриље нових система правне

---

[4] Историчар Frederick H. Hartmann је приметио да се планирање рата и његово спровођење руководи трима основним постулацијама: финансије, стратегија и развој и тактика. Он, даље примећује да право и закони играју критичну улогу. У свом делу *Односи међу нацијама* (The Relations of Nations), он цитира одредбе о вођењу рата на копну САД-а из 1914. где се у Члану 10 каже да је циљ рата: да доведе до потпуне покорености непријатеља у што краћем року и путем дозвољеног насиља. Дозвољено насиље? Тешко је помислити да рат може да буде такав. Али ипак јесте. У ратовима су се нека оружја користила, а нека не. Цивили су се третирали другачије од војника. Војници су узимани као заробљеници и нису били убијани по сваку цену на лицу места. Ibid, стр. 176.

регулативе, регулативе која, у принципу, значајно (поново!?) ставља акценат на важност постојања државних граница. Режим "либералног међународног суверенитета" се заснива на овлашћењима и ограничењима, као и правима и дужностима који се темеље на међународном праву које, мада је коначно формулисано од стране појединих држава, ипак превазилази традиционални концепт и може доћи у конфликт са домаћим законодавством. У овом контексту, државе не могу да исцрпе своје захтеве за суверенитетом, а појединци да потроше своје право на заштиту суверенитета, уколико прекрше стандарде и вредности који су утемељени у либералном међународном поретку, (да таква кршења више нису само ствар моралитета). Она представљају кршење правних аката, забрањено понашање које тражи да се на њега одговори, да се казни учинилац и да се надокнади проузрокована штета. Овде је изграђен мост између моралности и закона, док је у ери класичног схватања суверенитета такав приступ представљао само одскочну даску. То су, дакле, значајне промене које мењају облик и садржај политике на националном, регионалном и глобалном нивоу. Оне указују на све већи обим и значај међународне регулативе и на све већу институционализацију међународноправних норми и праксе - на почетке универзалног правног поретка по којима држава не представља једини ниво правне компетенције на који су људи пренели јавна овлашћења.[5]

Укратко, границе између државних територија играју све мању улогу у погледу правних и моралних аспеката. Државе се више не сматрају изолованим (затвореним) политичким световима. Међународни стандарди прелазе државне границе на много начина. У оквиру Европе, Европска Унија и Европска конвенција за заштиту људских права креирају нове институције и правне и административне нивое који деле, ограничавају политичку моћ. Више не пролазе идеје да суверенитет представља недељив, неограничен, ексклузиван и вечан облик моћи утемељен у оквиру једне индивидуалне државе. У оквиру шире међународне заједнице, правила којима се рат води, оружани сукоби, тероризам, људска права и окружење, су само неке од области које су претрпеле одређене,мање или веће промене и ограничиле поредак држава, а националне политике су развиле нове облике и нивое одговорности у управљању (од посебно договорених режима, као што је Споразум о ограничавању нуклеарног оружја, до ширег обима регулативе постављене повељом УН). Према томе, границе између држава, нација и друштава све мање играју одређену (значајну) улогу са аспекта права и морала. Поједине заједнице могу да буду предмет осуде уколико не поштују опште, универзалне стандарде. То значи, да се над њима може вршити

[5] D. Held: Bringing International Law Bear on the Control of the New Terorism in the Global Age, The New Global Terrorism,...стр. 253-256

надзор, тј. пажљиво надгледати и оцењивати да ли задовољавају ове стандарде, који се, у принципу, примењују на сваку индивидуу која се сматра једнако вредном и поштованом. У исто време, заједничко чланство у политичкој заједници и просторна близина држава се не сматрају извором моралних привилегија.[6]

Политичке и правне трансформације које су се догодиле у последњих 50 година, су довеле до разуђивања и ограничавања политичке моћи на регионалном и глобалном нивоу. Па ипак, извесне тешкоће у вези остваривања либералног међународног режима суверенитета остају и стварају тензије, у самом центру. Више као илустрацију наводимо:озбиљни недостаци, који се могу и документовати, сусрећу се у спровођењу демократских и људских права и међународног права уопште. Без обзира на унапређење и консолидацију режима либералног међународног суверенитета, наставља се са растом неједнакости у погледу моћи и економског богатства. Све је већи јаз између богатих и сиромашних држава, као и између нација у глобалној економији. Поштовање људских права често представља само "празну причу". Формирање регионалних индустријских и инвестиционих блокова, посебно Triad-а (НАФТА, ЕУ и Јапан) се фокусирало на економске трансакције у оквиру региона. Triad обухвата 1/3 до 3/4 свих укупних економских активности. Међутим, посебно привлачи пажњу један други облик неједнакости: значајан део људске популације остаје на маргинама у односу на ове мреже.[7]

Да ли све већи раскорак у животним приликама и околностима међу светском популацијом ставља акценат на унутрашња ограничења либералног међународног поретка, или овај диспаритет треба да се припише неким другим феноменима - партикуларизацији држава-нација или неједнакостима у регионима који имају различите културне, религиозне и политичке проблеме? Управо, ова друга два феномена дају допринос драстичном разилажењу између универзалних захтева за остваривањем људских права и углавном - катастрофално лоших резултата у њиховој реализацији.8 Све интензивније коришћен модел

---

[6] Ibid.

[7] Ibid, стр. 257.

[8] Рецимо, прави узрок овог упадљивог раскорака лежи на другом месту - у тангентном утицају либералног међународног поретка на регулисање економске моћи и механизама тржишта. Либерално међународно тржиште се фокусира на ограничавање злоупотребе политичке, а не економске моћи. Оно има мало (или нимало) системских начина да се ухвати у коштац са изворима моћи (осим политичких). Његови концептуални ресурси и водеће идеје не дефинишу и не следе пут ка самоодређивању и аутономији у економском домену. Он не тражи потпору у демократским правима и обавезама изван политичке сфере. Отуда не изненађује што либерална демократија и све већа економска неједнакост иду једна уз другу " руку под руку". Тако комплексне и различите приче о глобализацији често указују на потпуну контрадикторност. С једне стране, у последње три деценије постоји

противзаконитог убијања (организована, срачуната и циљана убиства) са обе стране израелско-палестинског конфликта,који је обележио 2001. и 2002. годину, довео је до пораста забринутости због кршења закона, како на националном, тако и на међународном нивоу. Овај пут води само у једном правцу - правцу размишљања Thomasa Hobsa који је кроз једну метафору у 16. веку, изразио стање, или суштину природе у међународним односима, а која се може применити и на данашњу, веома комплексну ситуацију: рат свих против сваког и живота као: усамљене, јадне, неваљале, бруталне и краткотрајне појаве. Друго, потребно је уложити изузетне напоре да се креира нов облик глобалног политичког легитимитета, оног који може да се суочи са разлозима зашто се неке државе често виде као неко ко штити само своје интересе, ко је пристрастан, једностран и неосетљив. Он мора да изазове осуду свих врста кршења људских права без обзира где се она догађала, нове мировне покушаје на Блиском истоку, разговоре између Израела и Палестине и преиспитивање политике према Ираку, Ирану, Авганистану и другим државама. Ово се не може ускладити са повременим или појединачним покушајима да се креира нова клима за остварење мира,односно за оживотворење и заштиту људских права, већ мора да буде део дугорочног, континуираног стављања акцента на овакву међународну политику. Међународна заједница мора стварно бити заинтересована за безбедност и заштиту људских права у свим регионима света и такав њен став не сме да представља производ краткотрајних геополитичких или геоекономских интереса.[9]

И коначно, мора да постоји општеприхваћена сагласност да питања етике и правичности, која су настала поларизацијом света у погледу богатства, зараде и моћи и креирала огромну асиметрију у погледу пружања животних могућности и прилика, не могу да се препусте појединачно тржиштима да их она реше. Они који су најсиромашнији и најрањивији, заробљени геополитичким ситуацијама које су генерацијама

упадљива тенденција ка економској глобализацији у правцу који је трасирао један нерегуларан неолиберални модел праћен повећањем могућности избора које имају корпоративни и финансијски капитали у погледу коришћења глобалне радне снаге и пласмана у све већем броју држава, као и све бржем реаговању тржишта. Све је ово довело до појаве осећања политичке несигурности и ризика, уз јасно означену поларизацију глобалних економских неједнакости (као и озбиљне сумње - да ли уопште постоји било каква нада за најсиромашније становнике наше планете?). С дуге стране, постоји значајно утемељивање космополитских вредности које се односе на једнакост дигнититета и вредности свих људских бића, поновно повезивање међународног права и моралности, стварање регионалних и глобалних система управљања и растуће схватање да јавна добробит, без обзира да ли се види као финансијска стабилност, заштита животне средине, или глобални егалитаризам, захтева координирану мултилатералну акцију, ако желимо да се она постигне на дуже стазе. Ibid.

[9] Цит. према: Ibid, стр. 261-262.

занемаривале њихове економске и политичке захтеве, увек ће представљати плодно тло за регрутовање терориста. Пројекат економске глобализације се мора повезати како би манифестовао принципе социјалне правде. Ово ће довести и до реструктурирања активности на глобалном тржишту.[10]

Имануел Кант је био у праву када је рекао да се насилно поништавање закона и правде на једном месту као рикошет преноси на друго. Ми не можемо да прихватимо терет да исправљамо правду само у једној димензији живота - безбедности - а да у исто време не тражимо начин да је исправимо у некој другој димензији. Само такво поступање може да изврши снажан утицај ("ФИДБЕК") на оживотворење постављених циљева. Сасвим супротно, друштвено-економски поредак у коме одређене државе, неке нације трпе огромну штету независно од њихове воље и пристанка, неће наићи на широку подршку и добити легитимитет. Уколико су друштвена, политичка и економска димензија правде раздвојене на дуже време, каква је тенденција данас у глобалном поретку, будућност за мирно и цивилно друштво ће заиста бити мрачна.[11]

У сваком случају, важно је да се афирмише став да се никако не сме умањити (срозати) морални статус сваке јединке на свету и да се, при томе, одбаци гледиште моралних ситничара по коме се индивидуи, с обзиром да припада одређеној заједници, ограничава и одређује морална вредност и природа његове слободе. У централном делу оваквог начина размишљања је космополитско гледиште да се људска вредност не одређује географским и културним локацијама, нити да националне, етничке или дефинисане границе међу државама и народима одређују ограничења у поштовању људских права, или одговорности за задовољавање основних људских потреба, као и да сва људска бића заслужују исту пажњу и поштовање. Космополитизам се заснива на основним принципима једнакости у погледу дигнитета и поштовања приоритета у погледу задовољавања основних виталних потреба... Отуда, наша преокупација питањем - шта је то што се захтева за остваривање потпуне аутономије и развој свих људских бића?

Космополитски принципи нису начела неке утопијске заједнице, већ су утемељени у значајним документима који су усвојени након Другог светског рата: од Декларације УН о људским правима из 1948. па све до Статута Међународног кривичног суда из 1998. Многа од ових докумената су настала, тј. конципирана као одговор на ужасне претње човечанству,који је долазио, пре свега, од нацизама, фашизама и холокауста. Они који су стварали ова документа су, у ствари, оваквим приступом потврдили важност универзалних начела, поштовања људских

[10] Ibid.
[11] Цит. према: Ibid, стр. 262.

права и владавину закона, иако постоји латентна опасност, јака искушења да се једноставно од овога одустане, да се затворе очи и бране позиције појединачних земаља и појединих нација. Реаговање на нови облик тероризма, отелотворен у последњим догађањима би могло да следи, сада, већ трасиран пут поменутих достигнућа и да ојача наше мултилатералне и међународне правне институције, или ће нас још више удаљити од ових ионако крхких резултата и одвести у свет пун антагонизма и још жешћих подела. Нажалост, наговештаји нису добри, али још увек нису исцрпљене све могућности које се нуде - историја је још увек са нама и ми је можемо правити.

Да закључимо. Сваки грађанин у свакој земљи на свету има право на живот, слободу и безбедност. Ово је посебна обавеза у међународној глобалној заједници у којој живимо. Нације и државе не смеју да постану рај за терористе. Са њима се треба ухватити у коштац са демократским законским процесом. Националне и међународне обавезе морају да буду тако утемељене да не дозволе уцену терориста и њихово блокирање мировних процеса, као и да убрзају екстрадиционе поступке и да блокирају сваку финансијску подршку терористичким организацијама. Иницијативе које воде јачању антитерористичке политике захтевају међународну сагласност и разумевање такве политике и њену усклађеност са питањима заштите људских права. Управо, очекује се да се повећа број земаља које ће потписати Међународну Конвенцију против тероризма. Сви грађани земаља потписница морају да буду упознати са текстом, применом и имплеметанција ове политике, јер су они кључни актери (и даваоци и уживаоци) права и дигнитета.

Свака демократска држава треба да води рачуна да избалансира јаку безбедносну политику и поштовање грађанске слободе. Основна премиса међународног права о тероризму је да је то злочин против човечности и терористи су с тога "непријатељи човечанства". Међународни концепти правде и правичности морају да буду садржани у свакој националној антитерористичкој политици. Закони о екстрадицији морају да се ригорозно и примењују. 12

I. Тероризам као универзална опасност

1. Међународна правна регулатива

Имануел Кант је написао пре две стотине година да смо "ми неизбежно једни поред других". Насилни изазови правном поретку и правди на једном месту у свету, остављају последице на многа друга места, и осећају се свуда. Размишљајући о овим питањима и њиховим

[12] D. Held, op. cit., стр. 265.

импликацијама, Кант није могао ни да наслути колико ће његова забринутост постати реална и дубока.[13]

Нажалост, од Кантовог доба, уз глобалну повезаност и рањивост је убрзано расла. Ми више не живимо, ако смо уопште и живели, у свету изолованих (аутархичних) друштава. Напротив, ми живимо у свету националних заједница чије се судбине преклапају, а путање држава се значајно укрштају. У нашем свету, људе и границе не повезују само чинови насиља, већ и сама природа свакодневних проблема и процеса. Од кретања идеја и културних добара до фундаменталних питања које поставља генетски инжењеринг, од услова за постизање финансијске стабилности до деградације животне средине, судбине свих нас су међусобно испреплетане.

У том смислу, прича о тенденцији ка глобалном поретку - глобализацији - није једина. Глобализација није једнодимензионалан феномен. На пример, постоји експанзија глобалног тржишта која је променила политички терен повећавајући опције за пласман свих врста капитала и стављајући притисак на државне поретке широм света. Али прича о глобализацији није само економска, она се односи и на растуће тежње у односу на међународно право и правду. Од система Уједињених Нација па до Европске Уније, од промена правила ратовања до утемељивања људских права, од режима за ургентно остваривање заштите животне средине, до оснивања Међународног кривичног суда, прича се једна друга прича, прича у којој се траже нови оквири за људско деловање који ће бити утемељени на међународним законима, правима и одговорностима.

Напуштајући општа разматрања ове врсте, испитивање се усмерава на конкретно утврђивање, објашњавање овог тематског подручја. И само у том смислу, неопходно је указати на посебан значај међународног права које попут "великих ваљака" обликује сва савремена законодавства дајући им готово униформни спољашњи изглед, омогућавајући, истовремено, да ова ипак сачувају одређени степен своје самосталности и посебности.

Са становишта наше теме, важно је вратити се мало уназад и погледати којим путем се кретала међународна заједница, тј. међународно право у правцу сузбијања тероризма, односно међународног тероризма. Овај ниво објашњавања, управо, може да послужи као најопштији путоказ за конкретно истраживање, а никако као унапред познат, дефинитиван одговор који би подједнако важио за државе у свим временима и свим просторима.

Из овог указивања, најпре треба подсетити да почеци бављења овим феноменом потичу из 30-тих година прошлог века када је у Бриселу одржана III Међународна конференција за унификацију кривичног права.

[13] D. Held, op. cit., стр. 253-254.

Од тог момента, питање борбе против тероризма непрекидно се налази на дневном реду Генералне скупштине УН, њених многобројних комитета и комисија. Наравно, овде не можемо, а да не поменемо и значајне напоре на плану борбе против тероризма који су чињени у оквиру Друштва народа од кога је потекла иницијатива да се донесе и усвоји јединствена међународна конвенција која би обезбедила универзалну репресију терористичких аката.[14] Управо, у оквиру активности Друштва народа, 1937. године, у Женеви је одржана Међународна конференција, на којој је усвојена Конвенција о стварању Међународног суда за суђење учиниоцима терористичких аката. Ниједна од ове две конвенције није ступила на снагу због избијања Другог светског рата.[15]

Интензивније и систематичније ангажовање држава у борби против међународног тероризма обележава ране 70-те године прошлог века. У ствари, тек са оснивањем УН одлучније се приступа решавању овог проблема - усвајањем енергичнијих и ефикаснијих међународноправних мера у циљу превенције, спречавања и кажњавања међународних терористичких аката.

Указујући на неопходност борбе против међународног тероризма, Генерална скупштина је у том периоду усвојила више резолуција. [16] Потребно је овде приметити да су усвојене резолуције, у својој основној идеји, одражавале њихову вољу и тежњу да се та свест и жеља конкретизује и на плану усвајања неопходних правних мера у циљу спречавања и јачања тероризма, као и санкционисања терористичких аката у оквиру међународног права.[17]

И само на тој основи, занимљиво је да подсетимо и на читав низ докумената који су у том периоду, у значајној мери требали да допринесу ефикаснијој борби против међународног тероризма и појединих облика тероризма у оквиру међународне заједнице.

---

[14] Занимљиво је поменути да је на овој Конференцији тероризам дефинисан као злочин против међународног права, односно као "умишљена употреба средстава која могу произвести општу опасност". Цит. према: Ж. Кешетовић, М. Бајагић: Борба против међународног тероризма - правни аспект, Терор у савременим условима, Зборник радова, Бања Лука, 2002, стр. 27, 28.

[15] У Конвенцији о спречавању и кажњавању тероризма акти тероризма су дефинисани као "криминалне радње уперене против неке државе чији је циљ, или природа, да изазову страх код одређених личности, групе или јавности".

[16] Имају се у виду следеће резолуције: Резолуција 3034 (XVIII) од 18. 12. 1972. год; Резолуција 31/102 од 15. 12. 1976. год; Резолуција 32/147 од 16. 12. 1977. год; Резолуција 34/145 од 17. 12. 1979. год; Резолуција 36/109 од 10. 12. 1981. год; Резолуција 38/130 од 19. 12. 1983. год; Резолуција 40/61 од 9. 12. 1985. год; Резолуција 40/73 од 11. 12. 1986. год; Резолуција 46/51 од 9. 12. 1994. год; Резолуција 48/411 од 9. 12. 1993. год; Резолуција 50/53 од 11. 12. 1995. год; Резолуција 49/60 од 9. 12. 1994. год; Резолуција 51/210 од 16. 12. 1997. године и др.

[17] Цит. према: Ж. Кешетовић, М. Бајагић, op. cit., стр. 28-29.

1. Конвенција о сузбијању кривичних дела и неких других аката уперених против безбедности ваздушне пловидбе - Токијска Конвенција (Convention on offences and certain other acts committed on board aircraft, Tokyo, 14. 09. 1963);

2. Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова (Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, Hijacking Convention, The Hague, 16. 12. 1973);

3. Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства (Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Aircraft, Montreal, 23. 09. 1971);

4. Конвенција о спречавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући и дипломатске агенте (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, New York, 14. 12. 1973);

5. 1977. године у Стразбуру Европски савет усвојио је конвенцију о сузбијању тероризма.[18]

6. Међународна Конвенција против узимања талаца (Convention against the taking of Hostages, New York, 17. 12. 1979);

7. Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала (Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials, Vienna, 03. 03. 1980);

8. Конвенција о сузбијању противзаконитих аката уперених против безбедности поморске пловидбе (Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, Rome, 10. 03. 1988) и, у вези са њом, Протокол о сузбијању противзаконитих аката уперених против безбедности фиксних нафтних платформи лоцираних на морском дну (Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Shelf, Rome, 10. 03. 1988).

1994. године, на 84 пленарном заседању Генерална скупштина је усвојила "Декларацију о мерама за сузбијање међународног тероризма".[19]

---

[18] Политичка свест и воља да се на међународном плану предузму одлучније мере у правцу сузбијања тероризма посебно су дошли до изражаја у овој конвенцији. Међутим, иако су овде, по први пут афирмисани неки нови принципи међународног права, мора се приметити да они, пре свега, имају општи значај и да су се у њима препознала питања из претходно усвојених конвенција (на пр. Конвенција о сузбијању незаконитих отмица ваздухоплова потписана у Хагу 16. децембра 1970. године, односно Конвенција о сузбијању незаконитих радњи уперених против безбедности цивилне авијације, потписане у Монтреалу 23. септембра 1971. године). Конвенција је објављена у Сл. листу СРЈ . "Међународни уговори", бр. 10/2001. Ступила је на снагу осмог дана од дана објављивања.

[19] Суочене са нараслим тероризмом у периоду који је претходио, а следећи препоруке УН, државе чланице су се усвајањем ове Декларације обавезале на осуду свих аката, метода и праксе тероризма као криминалне и незаконите радње у свим његовим облицима и манифестацијама без обзира где су ти акти учињени и ко су њихови учиниоци, обухватајући тиме и све оне који нарушавају пријатељске односе између држава и народа и прете територијалном интегритету и безбедности држава. Такав ниво реаговања прецизиран је и њиховим појединачним обавезама - да све оне државе које нису испуниле

1997. године, Генерална скупштина је усвојила Резолуцију 51/210 (на основу извештаја Шестог комитета А/51/631) која предвиђа "Мере за сузбијање међународног тероризма".[20]

12. 01. 1998. године, У Њујорку је донета Међународне конвенција о спречавању терористичких бомбашких напада (UN Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, New York).[21]

Најзад, како смо у ранијем тексту већа наговестили, проблеми о којима је реч стоје пред светском заједницом, којој су свакако препуштени и најделикатнији делови настојања да се боље разуме феномен тероризма и да се укаже на мере које би се могле предузети, најпре као мере предупређења са реалним изгледима да се бар ограниче, ако не могу да се сузбију, негативни ефекти ове друштвено најопасније појаве.

Са тежњом да је вредност постављених садржаја одређена на најбољи могући начин у међународним и у националним оквирима, тј. да је овакав приступ једино ефикасан у елиминисању те врсте понашања, посебно потцртавамо значај Конвенције о спречавању финансирања тероризма (УН Convention for the Suppression of Financing Terrorism, New York, 09. 12. 1999). Тиме смо се, практично нашли пред последњом у низу конвенција о глобалном плану супротстављања међународном тероризму (поред већ оних, добро познатих конвенција о сузбијању кривичних дела уперених против безбедности ваздушне пловидбе, цивилног ваздухопловства, поморске пловидбе, против узимања талаца и др).

Минимум усклађености заједничких законодавстава, већа сарадња и шира размена информација, односно стварање једне заједничке платформе у доношењу и примењивању ефикасних и практичних мера за спречавање терористичких аката и за гоњење и кажњавање учиниоца, представљају основне циљеве свих држава у оквиру међународне заједнице. Међутим, констатујући на почетку да деловање, односно активности већине терористичких организација финансира одређена држава, политички покрет, одговарајућа финансијска установа националног или

потребне захтеве, морају хитно постати стране уговорнице међународних конвенција и протокола који се односе на све аспекте међународног тероризма који су наведени у преамбули ове Декларације.

[20] Ова Резолуција, као и Резолуција 49/60, представља израз опште политичке, али и правне свести држава о потреби и обавези предузимања одговарајућих мера на плану сузбијања кривичних дела која спадају у акте међународног тероризма. Вид. о томе: М. Бајагић, "Тероризам и међународно јавно право", Безбедност, Год. 42, бр. 5-6 (2000), стр. 617-642.

[21] Дубоко забринуте због ескалације терористичких аката у свету у свим њиховим манифестним облицима, констатујући такође да су терористички напади експлозивним средствима и другим смртоносним направама све више проширили, државе потписнице ове конвенције су се обавезале на појачану међународну сарадњу у доношењу и примењивању ефикасних и практичних мера за спречавање таквих аката тероризма и за гоњење и кажњавање учинилаца. Вид. о томе: В. Тодоровић, Међународни уговори, књига 3. том II - Ратно право и Безбедност 69 мултилатералних међународних конвенција и других аката, Београд, 1999, стр. 687.

међународног карактера, појединци и сл., у УН је покренута иницијатива на изради и усвајању баш овакве конвенције којом ће се санкционисати акти којима се обезбеђује значајна финансијска подршка деловања терористичких организација, а чија активност представља посебну претњу по међународни мир и безбедност.

У крајњој намери, остваривање чвршћег јединства међу земљама чланицама, унапређење система заштите људских права и ефикаснија борба против међународног тероризма - главни су циљеви истакнути на 114. заседању Комитета министара Савета Европе у Стразбуру. Истовремено је истакнуто да борба против тероризма мора бити спроведена у складу са међународним правом, укључујући поштовање људских права. Истовремено је наглашена снажна потреба да се сагледају корени који узрокују тероризам, и потврђена потреба за јачањем дијалога међу културама и религијама, као и важност улоге Савета Европе у изградњи узајамног поверења и разумевања унутар и ван европског континента. Због свега тога изражена је решеност да се користе сва расположива средства у оквиру сарадње у Савету Европе за што ефикаснију борбу против тероризма (при чему су посебно поздрављени резултати рада Комитета експерата за борбу против тероризма - CODEXTER).

Покушаћемо да из ових назначења извучемо синтетичке ставове.

Тероризам је гнусна врста тактике, посебно сада када неке екстремистичке групе наговештавају да су заинтересоване да ескалирају његову деструктивност. Свака политичка заједница поседује јак интерес да минимизира овај начин политичког изражавања. Остаје питање да ли је глобална заједница која је тек у повоју способна да то учини. Другим речима, међународна заједница тек треба да у потпуности схвати све импликације многих аспеката глобализације. Брзина и интензивност глобалне размене расте из године у годину. Динамика глобалне размене на пољу привреде, финансија, инвестиција и информација може да превазиђе способност сваке државе-нације да контролише своју економску судбину. Глобализација, такође, укључује глобалне популационе токове, загађеност и факторе обољења, криминална удружења, као и транснационалне терористичке организације. Ове размене, позитивне, неутралне и негативне, ограничавају способности постојећих националних, и међународних организација, од којих се многе заснивају на принципима националног суверенитета, да их регулишу или коригују.

Бењамин Барбер примећује да ми никада не бисмо толерисали такав дисбаланс у оквиру своје националне политичке заједнице. Као грађани својих држава ми схватамо, упркос разликама, да једна способна влада игра незаменљиву улогу у обезбеђивању сигурности и заједничке добробити, регулишући испаде на тржишту и штитећи најосетљивије

категорије свог становништва. Па ипак, када се суочимо са последицама релативне глобалне анархије, тешко нам је да прекорачимо државне оквире, чак и када глобалне силе продру и угрозе наш суверенитет. Ниједна држава, колико год била моћна, не може сама да ефикасно одговори на проблеме глобалног тероризма.[22]

Према мишљењу овог аутора, нико са сигурношћу не може да одговори на питање када и на који начин ће доћи до појављивања глобалног режима безбедности. С једне стране, конзервативци, као што је Едмунд Бурке, гледају на политички поредак органски, као нешто што се рађа из низа одлука које су донете као реаговање на непосредно суочавање са проблемима, од којих се свака заснива и надограђује на успеху претходног искуства. Насупрот томе, од Мојсија и Соломона па до доба Просветитељства шири се легенда о законодавцу, интелигентном креатору који "доноси политички поредак" у разорену заједницу.

Ове метафоре су нам потребне да би схватили изазове са којима се суочавамо, јер ћемо бити приморани да донесемо хиљаде одлука о проблемима на које свакодневно наилазимо, од којих многе иду у правцу ефикасније глобалне безбедности. Па ипак, овом процесу је потребно и време да се изгради и вера у његову оптималну корисност, а изгледа да ни времена ни вере нема у довољним количинама.[23]

2. Закони у борби против тероризма

Зато што се терористи, по дефиницији, трајно удружују да би извели акте насиља чиме крше основна људска права, њихове активности се сматрају најтежим злочинима у законодавствима свих земаља света. (Berwick, 1996)

Законски концепти правде, криминалитета, људских права и обавеза, представљају темеље постојања, базу функционисања сваког цивилизованог друштва. Све државе међународне заједнице имају обавезу да користе своје кривично правосуђе и овлашћења у спровођењу закона да би заштитили своје грађане и да би дали подршку закону у одбрани од оваквих претњи. Терористи ће учинити све да овај процес заустави, док државе морају да "дају све од себе" да би извршиле ову своју фундаменталну обавезу.[24]

Француска. Француска влада располаже широким опсегом јаких овлашћења у борби против тероризма. Француски Парламент може уредбом да добије овлашћење за ограничени временски период да може да врши специјалне активности (нпр. да прикупи информације о свакоме ко

[22] D. Held, op. cit., стр. 259-260.
[23] Ibid.
[24] O.J.R. Thackrah, op.cit.... стр. 47 - 50.

би могао да представља политичку претњу за безбедност државе). Проширена су и овлашћења у оквиру антитерористичких закона тако што су проширене дефиниције прекршаја обухватајући поседовање оружја и помагање нелегалног уласка у земљу.

Немачка. Немачка нема посебан антитерористички закон, али њен кривични закон покрива тероризам и активности екстремистичких групација. Посебна антитерористичка јединица поседује велику базу података и компјутеризовану обавештајну службу. Полицијска координација је јака при хватању екстремних десничара који су последњих година терорисали припаднике националних мањина.

Италија. Средином седамдесетих усвојена је мера којом су полицији дата већа овлашћења у погледу хапшења и претреса, али је ова мера, у приличној мери, ослабљена недостатком координације између различитих полицијских служби и других безбедносних агенција, као што је обавештајна служба. "Црвене бригаде" су поражене реаговањем јавности и политичких партија које су се окренуле против тероризма. Постојала је и унутрашња криза морала и солидарности, а осамдесетих година донет је закон који пружа могућност осуђеним терористима да оспоре државне доказе.

Шпанија. У циљу борбе против растуће сепаратистичке баскијске групације (ЕТА), у Шпанији је седамдесетих година донета уредба о антитерористичким мерама која је полицији дала већа овлашћења у области задржавања у притвору осумљеничених и убрзавању судских процеса у којима се суди терористима. Донет је и нови Кривични закон 1996. године, којим се повећава казна за оне који су проузроковали смрт или тешку повреду неке особе, или извршили акт киднаповања, или пружили помоћ у виду снабдевања оружјем или пружањем финансијске помоћи терористичким групама. Шпанија је, такође, донела Закон о спровођењу политичких реформи у циљу смањивања узрока тероризма насталих из конфликта са Баскијцима.

Велика Британија. Закон о превенцији тероризма (*The Prevention of Terrorizm Act)* је донет 1974. године, од стране Лабуристичке владе као одговор на бомбардовање једног паба у Бирмингему, у ком је погинула 21 особа, као и на повећање броја напада ИРА терориста на територији Енглеске.

У наредних десета година, полиција је добила знатно већа овлашћења у правцу хапшења и задржавања у притвору осумњичених за терористичке акте (а која су јој још више помогла да се бори са терористичким претњама ИРА-е). Дуже задржавање у притвору је било неопходно, јер терористи крију свој идентитет и обучени су да пружају отпор приликом испитивања. Такође, терористи немају право на жалбу и ова одлука је заснована на чисто безбедносним разлозима. Европски Суд за људска права је критиковао неке од мера у овом Закону, посебно ону која се

односи на продужење периода притвора за потребе испитивања осумњиченог. Јавност, с друге стране, сматра да је Закон о превенцији тероризма неопходан, али само уколико постоји реална претња од неког већег терористичког акта.

Главне одредбе овог закона су следеће: закон треба да се спроводи на целој територији Велике Британије, тероризам треба да се дефинише као "употреба озбиљног облика насиља против особа или имовине, или претње насиљем, у циљу застрашивања или присиљавања владе или јавности да би се промовисао неки политички, друштвени или идеолошки циљ", параграфи 6.11 и 6.13 предвиђају проширење забрана за чланство у терористичким организацијама, а забрана терористичких организација је проширена и на стране организације.

Хапшење због сумње да је извршен неки терористички акт је праћено овлашћењем да се одреди притвор у трајању од 48 сати у циљу испитивања осумњиченог. Овлашћења да се нека особа заустави, претреса и испитује морају претходно да добију сагласност Државног секретара, али је зато задржано овлашћење испитивања сумњивих путника при уласку у Велику Британију на аеродромима и у лукама.

Када неки терориста сведочи против другог терористе, он има право на смањење периода издржавање казне у износу од 1/3 до 2/3 казне.

Додатна евентуална овлашћења и мере у случајевима еминентне терористичке опасности спадају у оквир закона о ванредном стању, али неки сматрају да употреби ових мера у оквиру закона о ванредном стању треба да претходи јавна дискусија (Berwick, 1996.).

Једна од главних тешкоћа у формулисању неке антитерористичке политике лежи у контрадикторности између потребе за дугорочним приступом и потребе да се реагује на појединачне ситуације када до њих дође (long, 1995.) Антитерористичка политика у демократским земљама мора да укључује извесне принципе који покривају широк опсег проблема како би се задржао правац ове политике.

Законом о превенцији тероризма из 1999. је ажуриран закон који је био готово две деценије стар. Тероризам је дефинисан као употреба претње у циљу постизања неког политичког, религиозног или идеолошког циља, употребом озбиљног облика насиља које води угрожавању живота или узрокује ризик по здравље и безбедност грађана.

Овај закон представља инструмент заштите јавности и ставља тачку на поступке екстрадиције и убрзаног суђења (Whittaker, 2002.) Полицији је дато додатно овлашћење да може да заустави и претресе особу након добијања одобрења од Министра унутрашњих послова. Ово је олакшало поступак хапшења терориста. Током 2001. усвојен је Закон о безбедности усмерен против тероризма и злочина који је донео додатне антитерористичке одредбе, као нпр. замрзавање имовине, строжу контролу патогених и токсичних материјала, право на задржавање комуникационих

података итд. Идеја за доношење овог закона је била да се затворе рупе које су остале у претходним законима у циљу комплетнијег спречавања терористичких активности.[25]

САД. Недавни догађаји су показали да Американци нису имуни на велике терористичке нападе у оквиру својих граница. Раније није постојао федерални закон који се експлицитно борио против тероризма. Након бомбашког напада у Оклахоми 1995. предложено је да се ФБИ дају овлашћења да прати и да се инфилтрира међу екстремистичке групе. То је укључивало и њихово прислушкивање и праћење финансијских података. Такође су усвојени нови поступци за депортовање странаца и означавање одређених група као терористичких. Предложени Антитерористички закон је имао многе амандмане и из њега су избачена питања која се тичу оружја и експлозива. ФБИ има репутацију веома професионалне и ефективне организације у борби против тероризма када јој је дато одговарајуће овлашћење, али постоје одређена ограничења у прикупљању доказа о потенцијалним екстремистима.

Закон о злочину и безбедности из 2001. Овај закон је донет као директан одговор на догађаје од 11.09. Неки делови овог закона, нпр. Део 4 који се односи на задржавање у притвору без суђења, су контраверзни због чега се тако драконски антитерористички закони имају негативне последице на људска права. Неке одредбе су неоспориве: нпр, замрзавање или заплена имовине терориста, побољшање безбедности саобраћаја, и сл. Друге мере су дискутабилне, нпр. казне за сакривање информација од полиције које могу знатно да помогну терористима.

Уведен је и читав низ других мера које се нису ограничавале само на тероризам. Влада је тврдила да су овако опсежне мере биле неопходне да би се терористи лакше откривали. Ово је, на неки начин, одредило модел за поступање будућег кривичног законодавства и правосуђе усмерене против тероризма. Овај закон, донет као одговор на ужасне догађаје од 11.09, се не сматра демократски најидеалнијим, али је донет да би се "унапредиле технике ислеђивања и смирио страх народа".

Антитерористички закон (Crime And Security Act) из 2001. Полиција је у Великој Британији након 11.09. ухапсила преко 300 људи осумњичених за терористичко деловање, али само њих троје је осуђено по Антитерористичком закону из 2001. Свеукупно је само 40 особа било оптужено у складу са овим законом. Тек је након 2003. доказана повезаност исламских екстремних терориста са мрежом Ал Каиде. Већина оптужених су дошли са територије северне Африке.

Прво суђење припадницима Ал Каиде је завршено априла 2003. у Лејкестеру када су два алжирска илегална имигранта добила казне од по 11 година затвора због финансирања исламског тероризма. Они су осуђени

[25] O.J.R. Thackrah, op.cit,... стр. 51-52

за подизање стотина хиљада фунти са фалсификованих кредитних картица, ширење пропаганде Осаме Бин Ладена и регрутовање кандидата за глобални Џихад.

Антитерористичи закон из 2001. - критике. Антитерористички закон и Закон о злочину и безбедности из 2001. су претрпели знатне критике упркос свеопштој глобалној осуди догађаја од 11.09. који су иницирали њихово доношење.

Постојала је сумња да ли ће предложене мере бити ефективне. Многи су изразили висок степен забринутости што се такви закони, са далекосежним последицама, доносе у Парламенту по хитном поступку, без темељне расправе. Ове велике законске промене су у неку руку довеле и до кршења чврстих уставних принципа, а правне процедуре су, по мишљењу многих, одвеле и до кршења људских права и слобода. Велика већина сматра да су сви терористи могли да буду процесуирани истом оштрином и у складу са ранијим законима за које се сматрало да су били веома темељни.

Међународна сарадња. Основни предуслови терористичке кампање су: експлоатисање коначног циља, конфротирање са, по могућству, слабим противником, искоришћавање стратешке прилике када су политичке околности повољне и ослањање на спољашњу помоћ државних и недржавних актера. [26] Ал Каида стварно ужива легитимну подршку глобалне муслиманске заједнице и терористима је потребан мањи број фанатичких убица да постану смртоносна организација. Тенденција је јасна, што више жртава са што мањим бројем учесника у терористичкој акцији.

Како је то велики број посматрача приметио, посебно након 11.09. тероризам се не може искоренити, већ само ограничавати или спречавати. Тренутна фаза у борби против тероризма је рат Америке против терориста уз подршку савезника који играју споредне улоге у овом рату. Неки, сматрају да највећа претња, можда још од Другог светског рата, долази од милитантних исламских држава, или држава које су изопштене из међународне заједнице, а које поседују оружје за масовно уништење. Ове државе представљају мултиплицирајућу силу за терористичке групе, пружајући им новчану, оружану и моралну подршку.

Поједине обавештајне службе су међусобно неповерљиве и сумњичаве и међу њима влада ривалитет. Постоји општи отпор јавности, као и политички отпор увођењу јединственог система идентификационих картица у Европској Унији. Различити правни системи могу да проузрокују потешкоће у погледу екстрадиције. С друге стране, мегатероризам се развија уз све већу мрежу спонзора.

---

[26] Lee G.Williams: Terrorisam le Defeated, Keynote address at Tucetu(AC(UK) Annual Conference, Store Rochford, Crantham, England, 2002.

Позитивне тенденције би могле да обезбеде смернице за будућу акцију. Међународна сарадња у борби против тероризма је у порасту, али је још увек ограничена. У оквиру ЕУ је дошло до повећања нивоа сарадње, као и до технолошког напретка у овој области, укључујући и унапређење мера за повећање безбедности ваздушног саобраћаја.[27]

Од 11.09. је видљива тенденција повећања сарадње међу земљама - сада сарађују на нивоима влада и побољшана је сарадња и веза међу њиховим обавештајним службама. Појачане су и границе са Источноевропским земљама и земљама бившег Совјетског Савеза.

II. Међународни тероризам као деликт кривичног права

У интерпретацији ове теме, нашли смо се пред дилемом - да ли у објашњавању односног проблема поћи од појединачног набрајања и проблематског развијања сваког значајнијег питања, које би се овде отворило и чије би расветљавање на свој, посебан начин требало да допринесе ефикасном супротстављању те врсте криминалног деловања, или се, пак, кроз један селективан приступ одлучити за детаљније образлагање само неке од тих проблематичних тачака, искључиво руковођени одређеним критеријумима (што би, с обзиром да смо ограничени простором, а с обзиром и на чињеницу да је, конкретно, о овом аспекту већ расправљано - само овај аутор је то до сада чинио више пута, било сасвим рационално, да кажемо и довољно)? Међутим, постоји и трећи начин да се расправи ова тема - управо, због тога што се о овој појави, у последње време, толико говори и пише, ми се у овом делу реферата нећемо понављати, већ ћемо покушати да из једног новог угла прокоментаришемо кривично дело међународног тероризма - из угла Кривичног законика Републике Србије из септембра 2005. године.

Значи имајући у виду досадашње прегледе разматрања означеног феномена, решење смо нашли у овом трећем приступу, инсистирањем на чињеници да је тема "толико испричана", да се о њој толико расправљало, да су детаљно тумачени разни њени садржаји... Па ипак, чини нам се да, до сада, из ове оптике проблем није посматран. О томе само у општим цртама.

Из претходног указивања, можемо лако запазити да су више пута вршене детаљне анализе кривичног дела тероризма и међународног тероризма. Како смо већ наговестили, ми на овом месту то нећемо чинити, прецизније, нећемо се понављати, већ ћемо се упустити у коментарисање кривичног дела међународног тероризма у једном новом светлу, у светлу Кривичног законика Републике Србије.

---

[27] R. Latter: Terrorism in the 1990s, Wilton Rark Papers, no.44 (Avgust), London, HMSO.

Према члану 391. (Глава XXXIV - Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом) Кривичног законика Републике Србије, кривично дело међународног тероризма је прописано на следећи начин:

(1) Ко у намери да нашкоди страној држави или међународној организацији, изврши отмицу неког лица или неко друго насиље, изазове експлозију или пожар или предузме друге општеопасне радње или прети употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства, казниће се затвором од три до петнаест година.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт једног или више лица, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

(3) Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана учинилац неко лице са умишљајем лишио живота, казниће се затвором најмање десет година или затвором од тридесет до четрдесет година.

У Кривичном законику Црне Горе постоји, можемо слободно рећи, идентична одредба, уз ограду која се тиче висине казне - став 3. члан 447:

Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана, учинилац неко лице са умишљајем лишило живота, казниће се затвором најмање десет година или казном затвора од тридесет година.

Да се подсетимо. Кривично дело међународног тероризма по Основном кривичном закону (чл. 155а. - Глава XVI - Кривична дела против човечности и међународног права) било је прописано:

(1) Ко, у намери да нашкоди страној држави, ослободилачком покрету или међународној организацији изврши отмицу неког лица или неко друго насиље, проузрокује експлозију или пожар или каквом општеопасном радњом или општеопасним средствима изазове опасност за живот људи и имовину велике вредности, казниће се затвором најмање једну годину.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт једног или више лица,

учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.

(3) Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана учинилац неко лице са умишљајем лишио живота, казниће се затвором најмање десет година или затвором од четрдесет година.[28]

(4) Гоњење за кривично дело из овог члана предузима се по одобрењу савезног државног тужиоца.

Као што видимо, битна сличност између претходног решења (чл. 155а. Основног кривичног закона) и оног које даје Кривични законик РС је у томе што се садржинска раван у оба случаја налази, скоро, на истом нивоу. И управо, указивање на битне сличности истиче и, условно речено - (не)битне различитости између њих. Прва се тиче извесног проширења радње кривичног дела, таксативним навођењем, тј. набрајањем могућих

[28] Нацрт кривичног законика Републике Србије, Београд, 26. јуни 2004. године.

начина извршења као најчешћих и најуобичајеним-претња употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства. Друга различитост се тиче прве. И опет долазимо на почетак - паралелизам овог својеврсног међуодноса наведених одредби је изнијансирано праћен њиховим разликовањем само у једној тачки, будући да је радњом извршења кривичног дела тероризма, односно, међународног тероризма (Кривични законик Републике Србије) обухваћена и терористичка претња.29 Значи, кривично дело међународног тероризма се по својој сустини и смислу, тј. по свим својим конститутивним обележјима, не разликује од кривичног дела међународног тероризма како је било предвиђено у члану 155а. Основног закона, само у делу у коме оваква одредба, од сада, изричито инкриминише тероризам у облику терористичке претње. Сматрамо да је такво поступање нашег законодавца сасвим разумљиво, јер се овде ради о таквом и толиком степену друштвене опасности самог чина израженог у претњи терористичким актом, да се и он сам, као такав, мора инкриминисати и санкционисати. Заправо, без обзира што се овде ради о "вербалном акту", који још увек не ствара реалне последице у виду нечије смрти, повреде, штете и сл. претња употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства, у битном интензивира друштвену опасност при одређеним условима, у одређеним околностима и због тога мора бити предвиђено кажњавање и за саму терористичку претњу ове врсте. Наравно, са оваквим законским решењем, не само да је решена централна дилема - да ли употреба претње (психичке принуде) према појединцима или већем броју лица, тј. групама људи, може бити третирана као начин извршења кривичног дела,30 већ је то учињено на један посебан начин - као најефикаснији одговор на растућу потребу превенције и репресије тероризма у садашњем тренутку. Истовремено, са оваквим решењем, нас законодавац је поступио у складу са модерним тенденцијама које прожимају законодавства свих држава света.31

---

[29] Реч је, о посебној врсти претње, која, по правилу, није управљена према одређеном лицу, већ напротив-према неодређеном, већем броју људи или имовини и која ставља у изглед проузроковање веома озбиљне штете, тј. веома тешких и обимних последица које, бас из употребе средстава којим се прети могу да произађу. У том смислу, ова врста претњи је посебно и наведена (дакле,без обзира сто и друге врсте претњи могу улазити у састав терористичке делатности). М. Ђорђевић: Кривично-правни аспекти тероризма према Нацрту кривичног законика СРЈ, Тероризам и сродна кривична дела-теорија и пракса, Београд, 1998. стр. 23.

[30] У тумачењу оваквог поступања, подсетићемо се да кажњавање за било какав вербални акт може бити веома спорно, јер може узроковати многе злонамерности, манипулације, злоупотребе... На овом нивоу законодавног поступања, ситуација је знатно комплекснија, јер се овде ("политички обојен"), проблем вишеструко усложњава. И компликује. Међутим, ми се на овом месту нећемо упуштати у детаљније анализирање овог питања.

[31] Занимљиво је поменути да је овакво решење прихваћено и у законодавству државе Њујорк које прописује за кривично дело тероризма смртну казну, а за терористичку претњу

ЗАКЉУЧАК

Овај део текста завршићемо следећим коментаром у позадини овог феномена, тј испод његове "коре" и у супротности са њим крију се бурни друштвени и политички токови, драстични заокрети у њима, различите традиције, верски разлози, различите културе, ... Они који предузимају терористичке акте теже да обликују овај свет "по својој мери", да прекораче постојећи систем, они желе да промене "шифру историје". Они у примени насиља немају фиксиране границе. Изнад свега, они у убијању невиних људи немају лимита. Убијање недужних је битна димензија њиховог изопаченог битисања. За њих је то само један нормалан животни облик. Нажалост, узајамно подстичући неслућени технолошки развој и напредак цивилизације и истовремено, узајамно га потирући, у широком распону њених домета и падова, ова крајње девијантна форма људског понашања, са свим својим обележјима доживљава праву експлозију. Заиста, тешко је измерити праву димензију овог проблема.

Па ипак, овде се једна чињеница изнад свих других намеће као неизбежан закључак: тероризам је, као што смо већ више пута нагласили, феномен који погађа све земље Света. Због тога, оне морају да схвате да се и борба против тероризма сматра њиховим заједничким приоритетом. Процес стабилизације и координације може да порази ово највеће зло модерног доба. У ствари - развијање једне свеобухватне антитерористичке стратегије, уз максимално ангажовање на националним нивоима (подржавањем овог циља са законодавним оквирима који ће одговарати међународним стандардима), може да произведе мерљиве резултате. Уосталом, последњих година се међународна заједница и креће у том правцу.

Dr Dragana Petrovic,
an associate professor

TERRORISM AND IDEOLOGY

This part of the text will be finished with the following commentary: in the background of this phenomenon i.e. under its "surface" and in opposition to it,

---

предвиђа казну од седам година. У КЗ Руске федерације, чл. 205. терористичка претња се кажњава лишењем слободе од пет до десет година. И наши "најближи суседи", републике из састава бивше СФРЈ се налазе на трагу истих размишљања. На пр. Казнени законик Републике Словеније и Кривични законик Републике Српске.

are hidden stormy social and political currents, drastic turning points in them, different traditions, religious reasons, different cultures,...Those who undertake terrorist acts tend to shape the world in their own mold, to overstep the existing system, they want to change the "code of history". They do not have fixed limits in violence. Above all, they do not have limits in killing innocent people. Killing of the innocent is an important dimension of their distorted being. It is only a normal form of life for them. Unfortunatelly, by mutual stimulation of the unimagined technical development and progress of civilization, and by its mutual elimination at the same time, in a wide range of its rises and falls, this utterly deviant form of human behaviour, with all its features, undergoes a true explosion. Truly, it is hard to measure the real dimension of this problem.

However, one fact dominates all others as an inevitable conclusion: Terrorism is, as we have already pointed out, a phenomenon which affects all countries in the world. Because of that, they must realize that the fight against terrorism is their mutual priority. The process of stabilization and coordination can defeat the greatest evil of modern age. In fact, the development of an all-encompassing antiterrorist strategy, with maximum effort on national level (by supporting this objective by legislative framework in accordance with international standards) can produce tangible results. After all, in the last few years, the international community moves in that direction.

Др Ивана Симовић,
ванредни професор

UDK: 340.13:343.237

ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЈА ОДГОВОРНОСТИ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКИХ УДРУЖЕЊА КАО ОБЛИКА САУЧЕСНИШТВА У ПОЗИТИВНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И БЛАЖИ ЗАКОН

Увод

Обавеза примењивања блажег закона на учиниоца кривичног дела спада у основна начела савременог кривичног права, као важно средство остваривања **правичности**. Правичност нужно и неспорно подразумева поштовање вишег начела - **законитости**.

У формалном смислу ово правило функционише као изузетак у одређивању временског важења кривичног закона; насупрот општем правилу да се на учиниоца примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, овај општи изузетак дозвољава, односно обавезује да се на учиниоца примени закон који је донет након учињеног дела, уколико је блажи. Насупрот забрани ретроактивног дејства кривичног закона, ова норма предвиђа обавезу ретроактивног дејства новог, али блажег закона.

Основна питања су прецизирање који закон важи у које време, и шта значи блажи закон, односно који закон је блажи за учиниоца.

Одговор на прво питање начелно није споран. У литератури је неспорно да осим случајева темпоралних закона, самим доношењем и ступањем на снагу новог закона, стари престаје да важи.

Посебно питање је престанак важења сваког закона, па и кривичног, због несагласности са важећим Уставом. Или, да ли је закон који је супротан конститутивним нормама устава уопште постојећи у хипотези хијерархије правних прописа. Навешћемо пример смртне казне, о коме се у литератури спорадично говори. Наиме, познато је да важећи Устав Републике Србије користи универзалан и раније уобичајен термин о неприкосновености живота да би прокламовао основно људско право на живот. Немогуће је не поновити и упозорити да у том истом уставном тексту и даље опстаје смртна казна (чл. 14 ст. 2).

Уставне норме се у литератури ретко проблематизују. Међутим, требало би чешће указивати на следећу чињеницу. Мада термин неприкосновеност живота има јасно значење, није свеједно у ком временском, и у вези са тим ком вредносном контексту се он користи.

Ратификација Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода подразумева и адекватну употребу израза који су носиоци нових значења. Неприкосновеност живота ,,неприметно,, и даље остаје ,,релативизована,, постојањем уставом предвиђене смртне казне, независно од ратификоване Конвенције и пратећих протокола који је забрањују, али и реалног законодавства које је не познаје. Питање неуставности закона или незаконитости устава остаје и надаље егзотични пример стања нашег правног система.

Друго питање, питање шта је блажи закон се, пак увек актуелизује приликом почетка деловања новог закона, наиме у ситуацији када основи тумачења и примене нису стабилизовани. Ступање на правну снагу Кривичног законика Србије је управо тај осетљиви моменат.

У овом тексту ћемо анализирати однос начела о обавезној примени блажег закона на учиниоца кривичног дела и опортуности укидања облика саучесништва *суи ґенерис* – кажњавање организатора злочиначких удружења.

У литератури се помињу нека правила као општеприхваћена приликом одређивања који је закон блажи за учиниоца.

* Блажи је закон који не предвиђа као кривично дело понашање које је по претходном закону било инкриминисано.

* Блажи је закон који искључује кривичну одговорност (кривњу) учионица.

* Блажи закон је онај који уводи нове основе за искључење противправности или кажњивости.

* Декриминализација или предвиђање блажег кажњавања за поједине форме остварења, односно учешћа у реализацији кривичног дела (саучесништво и кажњиве фазе у извршењу кривичног дела) су такође општи облик блажег закона.

* Нови основ за ослобођење од казне или изрицања блаже врсте и мере казне такође чини закон блажим.

* Блажим законом се сматра онај који не предвиђа неке споредне казне или мере безбедности, који искључује кривично гоњење или га условљава подношењем приватне тужбе и који предвиђа шире основе за ублажавања казне и замене казне затвора алтернативним казнама.[1]

Основа поређења строгости конкурентних закона не би смело да буде апстрактно поређење текстова, већ оцена базирана на конкретном случају. То даље значи да је блажи закон онај који конкретног учиниоца конкретног кривичног дела ставља у повољнији положај у односу на претходни.

---

[1] В. Коментар кривичног закона СФРЈ, Београд, 1978., Срзентић Н., Општи поглед на развитак и основне принципе југословенског кривичног права, стр. 22.

Међутим, наведени примери конституисања модела блажег закона указују на супротно. Процена се увек и нужно мора преламати на конкретном случају, али су наведени елементи поређења од капиталног значаја за сам кривичноправни систем, и самим тим превазилазе конкретну процену.

Понављам да се технички питање увек конкретизује у односу на кажњивост одређеног кривичног дела и конкретног учиниоца (то дозвољава и да је теоријски посматрано могуће да објективно строжији закон буде блажи за конкретног учиниоца).

Међутим, уколико међу прихваћеним основима процене преовлађују случајеви општег ублажавања позиције учиниоца *in abstracto,* не може се апстрактно и неаргументовано стајати на становишту да се ради о конкретној процени строгости појединих одредби закона.

То је управо случај са променама садржаним у новом кривичном законику.

Изабран је пример брисања норме о кажњавању организатора злочиначког удружења као облика саучесништва. Разлог је сумња у опортуност овог решења у моменту интензивирања потребе адекватне реакције на организовани криминал и суђења за ратне злочине (посебно имајући у виду тзв. командну одговорност) у оквирима »излазне стратегије« Хашког трибунала.

За пуније разумевање питања легитимности укидања норме о кажњавању организатора злочиначких удружења у новом Кривичном законику Србије покушаћемо упоредити елементе овог облика саучесништва са елементима организованог криминала. Разлог овом поређењу је недовољна убедљивост аргумента за декриминализацију, који се своди на став о инкорпорисаној, а могућој државној злоупотреби права , или, чак мање прецизно о искључиво политичком циљу такве норме.

I Организовање злочиначких удружења

Корисно је стога подсетити се законског положаја овог института у новијој правној историји.

Након другог светског рата и формирања "нове" Југославије републиканског и социјалистичког уређења, направљен је дисконтинуитет са правом "старе" Југославије.

Рад на конструкцији новог кривичног законодавства је садржавао неколико етапа.

Прву етапу чини санкционисање најважнијих акутних проблема: сузбијање недопуштене шпекулације и привредне саботаже, заштита народне имовине, забрана изазивања националне, расне и верске мржње и кажњавање кривичних дела против народа и државе. У ту сврху су

доношени посебни закони. [2] Ова правна пракса недвосмислено указује да су препознати циљеви основне заштите новог поретка, и да је коришћен познати систем креирања револуционарног права, али и да је он такође препознат као привремен механизам.

Потреба систематске обраде општих начела и института кривичног права резултирала је доношењем Општег кривичног закона 1947. године. Тај закон је у основи одговарао тадашњим стандардима модерног кривичног кодекса. Међутим, како је рађен под знатним утицајем совјетске доктрине, основни извор суштинске незаконитости је била дозвољеност примене **законске аналогије**, која омогућава кажњавање и за оно кривично дело које није изричито предвиђено у закону ако по сличности својих обележја одговара неком кривичном делу изричито предвиђеним у закону. Такође је предвиђао кажњавање за припремање тешког кривичног дела,[3] што је у ситуацији када Посебни део није постојао, већ су појединачна кривична дела била регулисана посебним законима[4] , такође био озбиљан извор могуће арбитрерности.

Саучесништво је било регулисано чланом 24 овог законика, тако што је та норма обухватала и подстрекавање и помагање. Изричито је предвиђена одговорност подстрекача и помагача за припремне радње и покушај (члан 25).

У члану 27 је била регулисана кривична одговорност иницијатора, организатора и пропагатора злочиначких удружења. Према другом ставу овог члана кривична одговорност је поред организатора, обухватала и припаднике злочиначке организације.

Комплетна кодификација материјалног кривичног права извршена је доношењем Кривичног законика Федеративне Народне Републике Југославије, (у даљем тексту ФНРЈ) 1951. године.[5] У литератури се истиче да је овај законик израђен на принципима криминалне политике државе социјалистичког друштвеног уређења.[6]

У овом законику су биле раздвојене одредбе о подстрекавању и помагању у члановима 19 и 20. Члан 19 у другом ставу предвиђа кажњивост за неуспело подстрекавање. Овај законик не предвиђа кажњиве припремне радње, па се одговорност подстрекача и помагача везује искључиво за покушај (члан 21). Кажњавање организатора злочиначких удружења не укључује и одговорност припадника злочиначких удружења (члан 23).

---

[2] *Срзентић* ет ал.,у: Срзентић (едс.), Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, 1978, стр.17.

[3] Коментар Општег дела Кривичног законика, ед. Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1948. стр..29, 84, 106.

[4] *Бачић, Ф.*,Кривично право Опћи дио, Загреб 1978. стр. 84.

[5] "Службени лист ФНРЈ" бр. 13/1951.

[6] *Бачић Ф.*,,Кривично право Опћи дио, стр. 86-87.

Након доношења Устава СФРЈ 1974.[7] године настаје процес децентрализације кривичног законодавства. Како овај устав афирмише нов начин регулисања односа федерације и република (аутономних покрајина), то је директно утицало и на изглед кривичног законодавства. Материја саучесништва је у потпуности искључиво била регулисана Кривичним законом СФРЈ. Закон задржава норме о кажњавању подстрекача, помагача и организатора злочиначких удружења. Новина је једино у томе што закон поново предвиђа кажњавање припремања кривичног дела (члан 18), па се и постојање саучесништва проширује на припремање као кажњиву фазу.

Кривични закон Савезне Републике Југославије представља правни континуитет Кривичног закона СФРЈ. Последње измене и допуне Кривичног закона СФРЈ, пре њеног распада, донете су јуна 1990. године.[8]

Савезна Република Југославија је 1992. године донела Закон о изменама Кривичног закона СФРЈ.[9] Материја саучесништва је регулисана Кривичним законом СРЈ, на исти начин као у Кривичном закону СФРЈ.

Организовање злочиначких удружења је у свим наведеним законима технички било предвиђено као облик саучесништва.

Садржински оно представља посебан тип учесника у извршењу кривичног дела.

Смисао ове одредбе је да изван стандардне институције саучесништва, и изван општих правила о одговорности саучесника креира одговорност учесника *суи ґенерис*, установљавајући одговорност лица које ствара злочиначко удружење за кривична дела која изврши та организација.

Овај облик квази-саучесништва је био познат у већини комунистичких правних система. Позитивни прописи у Србији више не познају организовање као облик саучесништва.

У регулативи која претходи доношењу новог Кривичног законика ситуација организовања злочиначких удружења је инкриминисана по неколико основа.

а) Одговорност организатора по основу реализације посебног облика саучесништва. Она постоји у односу на извршење кривичних дела која су у оквиру плана удружења, независно од изостајања непосредног учешћа тог лица у реализацији конкретних дела. То значи да непосредну одговорност организатора производи чињеница његове конструкције криминалне организације, планирања и реализације планираних деликата у чијем учешћу он не мора непосредно учествовати. Битно је прецизирати да организатор одговара за дела која је његова организација стварно извршила, а не и за она која су само била обухваћена злочиначким планом.

---

[7] 21. фебруар 1974. године.
[8] "Службени лист СФРЈ" бр. 38/1990.
[9] "Службени лист СРЈ" бр. 35/1992.

На тој бази је створена фикција да је организатор главна фигура, и да има диригујућу улогу у криминалној делатности те организације (мада се ова одговорност не изједначава са англосаксонским појмом *conspiracy*).

Као конститутивни елементи конституисања овог облика саучесништва се могу издвојити следећи.

а) Стварање или искоришћавање организације, банде, завере, групе или другог облика удружења чији је циљ вршење кривичних дела из оквира плана тих удружења; концентрисање пажње законодавца на облике организације је егземпларне природе и класичног значења (банда, завера, група, организација или удружење).

Само формирање злочиначког удружења није неки формални чин, већ процес који води стварању једне злочиначке групе, на начин који одговара најбоље потребама илегалности, конспирације и сл. Без значаја је сама форма, назив, евентуално јавно декларисање садржаја делатности неког удружења. Одлучујућа је његова истинска намена.

Завера или комплот је својеврстан договор за извршење кривичног дела. У односу на опште кривично дело договора, завера је његов специјални облик. Сама завера је договор за извршење једног или више унапред одређених кривичних дела. Уобичајено се подразумева извршење тешких политичких кривичних дела. Да би се радило о завери треба да уз једног организатора постоје још бар две особе.

Банда је злочиначки колектив формиран ради извршења већег броја ближе неодређених кривичних дела, и има трајнији карактер. Карактерише је виши степен организованости, постојање одређених правила о организацији, чланови су индивидуално одређени, међу њима су успостављени извесни хијерархијски односи. За банду је потребно најмање три особе.

Као треће, обухваћено је стварање групе или неког другог удружења. Ту се ради о удруживању које одговара претходно наведеним општим минималним условима за постојање злочиначког удружења.

Понављамо да успостављање одговорности организатора за сва реализована дела из плана, значи да организација, односно чланови морају реално извршити та дела. Није довољно да су само била планирана.

б) Одговорност организатора је ограничена планом и начелно не укључује озбиљне ексцесе учинилаца основних дела; међутим, мора се приметити да је реална подударност планираних и реализованих дела више нормативна пројекција него апсолутни захтев, имајући у виду увек присутну релативизацију појма плана прихватањем постојања делатности које нужно произилазе из плана.

Како закон директно није регулисао ову материју, у доктрини су се искристалисала два става.

Први, да организатор одговара за сва кривична дела која су произашла из плана злочиначке организације, без обзира на то да ли он уопште зна за

та поједина дела. За његову кривицу, за његов умишљај, довољно је да се ради о делу за које се може рећи да је произашло из злочиначког плана, иако у самом плану обично нису конкретизована И индивидуализована дела која треба извршити, већ се садржај злочиначког плана одређује с обзиром на општу сврху удружења.

Полази се од тога да је основа организаторове кривице у томе што је створио злочиначку организацију. То је основ његове одговорности за свако појединачно дело које та организација изврши у оквиру свог злочиначког плана, и то без обзира на то је ли и у ком је својству директно учествовао у извршењу појединог од тих дела, без обзира на то да ли је знао за поједина извршена дела, као и без обзира на то да ли је знао ко су његови непосредни извршиоци.

Сматра се да је за кривицу нужан субјективни однос између организатора и сваког појединачног дела, који се састоји управо у томе да су она обухваћена у злочиначком плану организације коју је он створио и коју је усмерио у одређеном правцу. Није важно што тај однос није конкретан, што поједина дела нису конкретно обухваћена у свести учиниоца. Тај субјективни однос произилази из знања злочиначког плана у целини, а нису важни детаљи, тј. поједина дела. Тиме је обухваћено и свако поједино дело. Овај став ја преовладавао у нашој теорији.[10]

Други став,[11] је да организатор, који ни на који начин није непосредно учествовао у извршењу одређеног дела, може бити одговоран за то дело само ако је оно било конкретно одређено у злочиначком плану, односно ако је било договорено извршење тог дела, или, ако је он бар знао за то одређено дело. Само у том случају може се рећи да је поједино дело обухваћено умишљајем организатора.

Кривична одговорност организатора је према закону била искључиво умишљајна; проблем приликом утврђивања одговорности за дела која произилазе из плана је однос евентуалног умишљаја и осамостаљеног плана као објективизације одговорности.

Третирање плана као објективизације конкретног неучествовања у делу, као фикције учешћа је суштина овог облика саучесништва.

Одговорност организатора постоји у односу на све започете реализације кривичних дела из оквира плана, у којима није непосредни извршилац или класични саучесник. За постојање организовања као облика саучесништва конститутивно је предузимање прве кажњиве делатности неког кривичног дела из оквира плана од стране неког лица из организације.

Уколико организатор учествује у извршењу неког кривичног дела као (са)извршилац одговараће за то дело по правилима која важе за реални

---

[10] *Сшојановић*, З., Кривично право, Општи део, Београд, 2002. стр.277.
[11] *Бачић,Ф.,* Кривично право, Општи дио, стр.356-357.

стицај; помагачка или подстрекачка делатност је конзумирана организовањем.[12]

Организовање злочиначких удружења је као облик саучесништва изостављено у Кривичном законику Србије.

Као основни разлози укидања ове норме наводе се да овај облик саучесништва није у складу са принципом nulla poena sine culpa, као и историјски разлог -прихватање совјетског модела кривичног права, односно коришћење овог облика саучесништва у области политичког криминала.[13]

б. Организовање је предвиђено и у облику посебне инкриминације; ради се о удруживању као кажњивој припремној радњи.

У правним прописима који претходе новом Кривичном законику постојала је посебна норма којом се одређује садржина кажњивих припремних радњи. Навођење тих делатности изричито обухвата и планирање или организовање са другима извршење кривичног дела у чл. 18 ст. 3 Основног Кривичног закона (Србије). Технички се везује за ситуацију кад закон предвиђа кажњавање за припрему одређеног кривичног дела, али би по тумачењу inter legem било примењиво и на случај формирања посебног, кривичног дела суи генерис, чија садржина у суштини мора бити припремна.

Са друге стране, договарање, планирање или организовање са другим извршење кривичног дела је предвиђено и као посебно кривично дело. У оквирима процене криминално политичких потреба закон је задржао могућност прописивања посебних инкриминација, код којих биће кривичног дела чини припремање изабраних тешких дела. Ова кривична дела се у литератури објашњавају као *delit obstacle*. [14] Суштина је превентивно кажњавање неких делатности и пре реализације кривичних дела која се припремају. Инкриминализација овог типа је већ дуго времена спорна у литератури.[15]

Како Кривични законик Србије не предвиђа опште норме о припремању и организатору злочиначког удружења, улога посебних инкриминација нужно добија значајнију улогу. Да ли је то прогресивно решење које учвршћује законитост, у смислу тенденције прецизирања облика и обима инкриминација,[16] показаће будућност.

Организовање предвиђено као посебно кривично дело садржину нужно преузима из норме о саучесништву; у оквирима тог посебног

---

[12] *Бачић*,Ф., Кривично право, Опћи дио, стр.. 356-357.
[13] *Стојановић*,З., Кривично право, Општи део,стр.277-278.
[14] *Живановић,Т.*, Основи кривичног права, Посебни део, Београд, 1933. стр. 13.
[15] *De Vabres,D.*, La politique criminelle des etats autoritaires, (Le crise moderne du droit penal), 1937. pp. 99-100.
[16] *Pradel,J.*, Droit penal compare,Paris,1995. p.279.

кривичног дела организовање је радња извршења, што значи да учинилац одговара за само стварање злочиначког удружења.

Радња извршења је и припадништво групи.

Злочиначко удруживање или организовање групе за вршење одређених кривичних дела као посебно кривично дело се састоји у организовању групе или банде која има за циљ вршење кривичних дела за која се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, или припадништво у таквој групи.

Приступање групи је постајање чланом, што обухвата пристајање да се у њеном саставу врше кривична дела из оквира плана организације. Начин приступања може бити изричит или конклудентан, што подразумева фактичко понашање, из кога несумњиво произилази свест и воља учиниоца о припадности организацији.

Важно је подсетити се да је овакав облик саучесништва био предвиђен и у Општем делу кривичног законика из 1948. године (чл. 27 ст.), што значи као део општег института. Конституисање овакве одговорности припадника је кажњавање удруживања (учлањивања) у организацију, односно ,,да лице изврши и делом и понашањем радњу којом се оно укључује у број оних који сачињавају удруживање,,.[17] Формално посматрано овде се кажњавало трајно саучесништво на општи начин.

План се третира као осамостаљени појам, попут заједничке одлуке код саизвршилаштва. Теоријско питање је да ли је могуће реално реконструисање плана, или се садржина претпоставља према утврђеном циљу организације.

Злочиначко удруживање је самостално дело, и није конзумирано делима која произилазе из плана.

Посебни део Кривичног законика Србије предвиђа организовање као самостално кривично дело у неколико случајева: Удруживање ради противуставне (раније непријатељске чл. 136 ОКЗ) делатности[18], Организовање групе и подстицање на извршење геноцида и ратних злочина[19]; у члановима 345 и 346 (Глава 31 –Кривична дела против јавног реда и мира; у дерогираном Кривичном закону Србије то су била дела против јавног реда и правног саобраћаја) предвиђају се опште инкриминације у форми посебних дела договарања и злочиначког удруживања.

II Организовани криминалитет

---

[17] Коментар Општег дела кривичног законика, Под општом редакцијом Пијаде М., Београд, 1948. стр.107.

[18] Удруживање ради противуставне делатности предвиђено у чл. 319 Кривичног законика Србије.

[19] Ово кривично дело је предвиђено у чл. 375 Кривичног законика Србије.

Организовани криминалитет се сматра најопаснијом врстом криминалитета; нејасна граница легалног и илегалног, посебно у финансијском пословању, позиција моћи, насиље, конспиративност мреже учесника, а нарочито правих организатора, као и транснационални карактер злочина и мреже учесника чини овај проблем тешко решивим. Поред посебног кажњавања организатора *behind the scene*, и чланова злочиначке организације, специфични начин борбе против организованог криминалитета у ширем смислу је и третирање правних лица као учинилаца кривичних дела у појединим националним законодавствима.[20]

Један од основних проблема је дефинисање организованог криминалитета у кривичноправном, а не само у криминолошком смислу.

У домаћем законодавству конкретна кривична дела која се могу третирати као организовани криминал су увек кривична дела из кривичних закона, а не из посебне регулативе о организованом криминалу.

Неспорно је да *conditio sine qua non* представља постојање и деловање криминалне организације. Међутим, мада нужан, овај услов није довољан; потребно је утврдити још неке нужне индикаторе који омогућују разликовање криминалитета криминалне организације у класичном смислу и организованог криминалитета.

Сам приказ организационе структуре је у литератури најчешће феноменолошки и дескриптиван у намери функционалног објашњења те унутрашње структуре. Познате су класификације преко модела Crassey - *cosa nostra* структура, интегрисаност у групу и солидарност, и Chambliss - мрежа злочина са истицањем директног хијерархијског утицаја бизниса и власти.[21] Констатовање постојања мреже и врха организованог криминала је неспорно, али недовољно без утврђивања правних механизама утврђивања њихове одговорности.

На дескриптивном нивоу такође се наводе и нужни садржински елементи организованог криминалитета у које треба укључити циљ – стицање и максимизација профита, и начине остварења циља: употреба насиља ради очувања монопола и ширења базе профита, и финансирање политичких убистава ради спречавања доношења и реализације политичких одлука којима се омета њихово функционисање, или општије ради примене права, као и корупција појединаца или група из структуре моћи (извршна, судска и полицијска власт[22]).

Посебно законодавство које се доноси у циљу борбе против организованог криминалитета је начин којим се наведени организациони и садржински елементи правно дефинишу и тиме омогућава легална реакција. Наивно би било очекивати да у мрежи организованог

---

[20] *Desportes, F. / Le Gunehec, F.*,Le nouveau droit penal, Paris, 1994. pp. 59-60.
[21] *Ignjatović,Dj.*, Kriminologija, Beograd, 2005. pp. 276-277.
[22] *Fiandacai, G,* Criminalita e controllo penale,. L indice penale, 1991/1, pp. 5-34.

криминалитета, појединачни закон и акција дела државног апарата у криминализованом државном и правном систему може решити проблем.

Међутим, неспорно је да постојање адекватног система норми (општег и посебног кривичног законодавства) само по себи представља добар модел, који може бити активиран у позитивној политичкој клими. Проблем је што у негативној политичкој клими у односу на супротстављање организованом криминалитету, промену или дерогирање закона није тешко спровести.

Организовани криминалитет је у домаћем праву постао предметом законске регулативе 2002. године. Наше право спада у групу оних, које је упорно игнорисало проблем. Међутим, од када је проблем организованог криминалитета ушао у легислативу, у веома кратком периоду је доживео сувише честих, а фундаменталних промена, што указује на недовољну одлучност државе, или оштрије речено привидну борбу против организованог криминала.

Први текст који се односио на организовани криминалитет је био Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала.[23]

Закон је користио технику посредног инкриминисања, што значи да је повезао изабрана кривична дела из постојећих кривичних закона, са индикатором организованости који такође преузима из кривичних закона, преко саучесништва предвиђеног у облику посебне инкриминације.[24]

Посебно је значајно што се у овој верзији закона елемент организованости непосредно утврђује познатим категоријама саучесништва и припреме: удруживање или договор ради вршења кривичних дела одређених савезним законом и злочиначко удруживање из републичког закона.

Организовани криминал је у позитивном праву регулисан Законом о изменама и допунама Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала [25] којим је дерогиран претходни. У литератури преовлађује став да је дефиниција организованог криминала преузета из *Конвенције УН против транснационалног организованог криминала*.[26]

---

[23] Службени гласник Републике Србије, број 42/2002.

[24] Кривична дела укључена у јурисдикцију закона о сузбијању организованог криминала су: кривична дела против уставног уређења или безбедности СРЈ, против човечности и међународног права, фалсификовање и прање новца, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, недозвољена трговина оружјем, муницијом или експлозивним материјалом, трговина људима, разбојништво, разбојничка крађа, давање и примање мита, изнуда и отмица; набрајање није таксативног карактера пошто у формулацију укључује и друга кривична дела код којих је минимум запрећене казне пет година затвора.

[25] Службени гласник Републике Србије, број 67/2003.

[26] Службени лист СРЈ, међународни уговори, број 6/2001.

У члану 2. Закона дата је формална дефиниција која утврђује да у смислу тог закона организовани криминал представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе, односно друге организоване групе или њених припадника, за која је предвиђена казна затвора од 4 године или тежа казна.

Како је непотпуност ове дефиниције очигледна и законодавцу, он је покушао да у члану 3. детаљније постави индикаторе за препознавање овог облика криминалитета, тако што је прецизирао да у организационом смислу групу сачињава 3 или више лица, да група постоји одређено време, делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела запређених поменутим казненим оквиром, а крајњи циљ деловања је стицање, непосредно или посредно, финансијске или друге користи.

Посредно се тумачењем другог става овог члана може разумети значење претходних одредби, пошто он прецизирајући одговорност за организовани криминал проширује и релативизује првобитно значење обухватајући и групу која је у функцији организованог криминала, мада таква секундарна група није образована у циљу непосредног вршења кривичних дела, нити има развијену организациону структуру, дефинисане улоге и континуитет чланства.

Питања која отвара ова дефиниција се могу свести на неколико основних.

Прво би се могло издвојити питање траженог времена трајања групе. Један од услова за постојање организоване криминалне групе је да она постоји одређено време. Овај услов је неодређен, и то је фактичко питање које ће суд морати да решава у сваком конкретном случају. Међутим, спорна може бити ситуација ако група траје кратко, али код њених припадника постоји тежња да траје неограничено.

Затим, то би био број лица у групи. За постојање организоване криминалне групе закон тражи да постоји најмање три лица. Међутим, за постојање друге организоване групе (која није криминална) закон не наводи најмањи број лица који могу да је чине. Но,ако код криминалне групе мора да постоји најмање три лица, онда по логици ствари код групе која није криминална не може бити мањи број, јер би се иначе теже кажњавала некриминална него криминална група .

Основно је питање у чему се састоји криминална делатност друге организоване групе. Пошто друга организована група није створена ради вршења кривичних дела, по неким мишљењима није јасно у чему се конкретно састоји криминална делатност чланова овакве групе; није јасно која то кривична дела чине припадници те друге организоване групе. Закон упућује да је то било које кривично дело за које је предвиђена казна преко четири године затвора .

Негативно дефинисање неких услова за постојање организоване групе која није формирана у циљу непосредног вршења кривичних дела се може

различито тумачити. Тако се тражи да група нема тако развијену организациону структуру, нити тако дефинисане улоге и континуитет чланства, као што се претпоставља да је то случај код организоване криминалне групе. Ово отвара два питања.

Прво питање је да ли организована криминална група мора да испуњава ове услове иако се то у закону изричити не тражи. Постоје мишљења да не мора зато што то закон изричито не тражи.[27] Претпоставља се да се за групу која постоји неко време и делује споразумно, по логици ствари подразумева да постоји одређена организациона развијеност са дефинисаним улогама и континуитетом чланства. Номотехнички би била логична супротна ситуација. Међутим, правила тумачења норми дозвољавају да се закључи да закон заправо тражи те услове за постојање криминалне групе.

Друго питање је зашто се ови негативни услови (непостојање развијене организационе структуре и непостојање дефинисаних улога и континуитета чланства), траже само за постојање организоване групе која није криминална.

Најспорније питање код дефинисања друге организоване групе која није образована ради вршења кривичних дела је захтев да је она у функцији организованог криминала. Очигледно је да је у питању веома широка и неодређена формулација која носи велику опасност од злоупотреба (обрачун са политичким противницима[28]). При томе се поставља питање да ли би на основу овакве формулације било могуће санкционисати као организовани криминал било који контакт са организованим криминалом (као на пример пословну или другу легалну везу са припадником организованог криминала) само ако је она у функцији организованог криминала. Постоје два тумачења. По једном је у питању недовољно јасна формулација под коју се неоправдано може подвести читав низ, иначе легалних активности. [29]

По другом, ово није могуће пошто закон не тражи да у функцији организованог криминала буде дело које изврши члан групе, већ сама група и њен рад, уз услов да припадник ове групе (која није криминална) изврши било које кривично дело за које је запрећена казна од четири године затвора или тежа казна.[30] Произилази да према наведеној законској формулацији организоване групе није потребна свест чланова групе да је њена делатност у функцији организованог криминала, већ је довољно да та повезаност (функција) у било ком степену објективно постоји према процени органа гоњења. Последица таквог тумачења је арбитрерност, што

---

[27] *Lazin,Dj.,* In: Radovanović Dobrivoje (ed.), Pokretanje krivičnog postupka za dela organizovanog kriminala, 2004. p. 221.

[28] *Grubač, M.* Zakonik o krivičnom postupku i posebne odredbe o postupku za dela organizovanog kriminala , Beograd, 2002, p. 8.

[29] *Škulić, M.,* Organizovani kriminal-pojam i krivičnoprocesni aspekti, Beograd, 2003., pp.205-206.

[30] *Lazin* et al., in Radovanović (eds.), Pokretanje krivičnog postupka za dela organizovanog kriminala, 2004. p.223.

значи да се као организовани криминал може сматрати, и подвести под посебан поступак , било које теже кривично дело (са казном преко четири године), ако се објективно процени да је делатност организације (иначе потпуно легална) у функцији организованог криминала у било којој мери.

Очигледно је да ова формална дефиниција појма организованог криминала није у складу са интенцијама присутним у међународним документима, теоријским и стручним ставовима.

Постоји и трећа верзија дефиниције дата у Законику о кривичном поступку.[31] Важно је приметити да је овај закон у моменту доношења на неки начин унапред био дерогиран. Објашњење је у политичкој ситуацији која је диктирала нужност реалног почетка борбе против организованог криминалитета, док са друге стране функционална инертност федералне државе није дозволила формалну усаглашеност легислативног деловања.

У оквиру двадесет девете главе која утврђује посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, чланом 504а ставовима 3 и 4 дефинише се организовани криминал. Услов је извршење кривичног дела које је резултат организованог деловања више од два лица (и у важећем закону се тражи организовање најмање три лица што је исто што и више од два) чији је циљ вршење тешких кривичних дела ради стицања добити или моћи (одређивање циља боље диференцира организовани од обичног криминалитета).[32]

Ова дефиниција по изричитој одредби чл. 15 важећег закона о организованом криминалу не може бити примењена.

Међутим, фактичка флексибилност правне ситуације да тако кажемо, омогућава или чак одређује правац размишљања у **тумачењу мреже** понуђених норми. Нормативна нестабилност или непрецизност [33]захтева анализу степена реалне разлике у понуђеним индикаторима организованог криминалитета. Уставно решење које утврђује примат ратификованих норми међународног права указује на ,,опстајање,, инкриминације процесног закона, пошто јој је узор у документима

---

[31] Службени лист СРЈ број 68/2002.

[32] Прецизирајући ову норму закон у наставку захтева испуњење још најмање три од предвиђених осам услова: да је сваки члан криминалне организације имао унапред одређени задатак или улогу, да је делатност криминалне организације планирана на дуже време или неограничено, да се делатност организације заснива на примени одређених правила интерне контроле и дисциплине чланова, да се делатност организације планира и врши у међународним размерама, да се у вршењу делатности примењује насиље или застрашивање или да постоји спремност за њихову примену, да се у вршењу делатности користе привредне или пословне структуре, да се користи прање новца или незаконито стечене добити, да постоји утицај организације или њеног дела на политичку власт, медије, извршну или судску власт или на друге друштвене или економске чиниоце.

[33] *Бејатовић,С.,* Ин: Радовановић Добривоје(ед.), , Кривичнопроцесно законодавство: регресивна или прогресивна решења, 2005. п. 61.

Европске уније о борби против наркотика и организованог криминала. То значи да се процесне одредбе могу користити за формирање појма организованог криминала у ширем смислу. Имајући у виду да су одредбе о дефинисању организованог криминала материјалноправне природе, технички лоциране у процесни закон, указује да постоји суштинска латентна колизија ових норми (специјалног и процесног типа) која у субсумирање чињеница нужно укључује све понуђене опције.

Суштина проблема је што важећи закон омогућава да се многа кривична дела извршена од стране више лица у саучесничком односу могу сматрати кривичним делима организованог криминала иако то нису, и обрнуто да дела која по криминолошким карактеристикама присутним у доктрини и дерогираним прописима јесу организовани криминалитет, због непотпуности важеће дефиниције могу бити субсумирана под класични криминалитет и обично саучесништво.[34]

Нестабилност политичке воље у борби против организованог криминала, како се то колоквијално каже, је очигледно манифестована у константним и конфузним изменама закона. Управо су најављене нове.

III Закључак

Основно питање о коме се овде расправљало је питање ауторитета општих норми у односу на бића кривичних дела. Или да ли губитак једне опште норме о саучесништву аутоматски значи блажи закон. Да ли је општа норма у том смислу »драгоцена«.

Технички је важно питање је да ли мрежа посебних инкриминација задовољава потребу кажњивости договора и удруживања у смислу организовања.

Последица регулисања општих ситуација појединачним инкриминацијама је између осталог и недовољност увек недовршеног скупа или збира појединачних случајева. Нежељена последица таквог решења проблема је мултипликовање ове несавршености. Пример за то је чињеница да су и кажњиве припремне радње као општи институт декриминализоване, али се преко појединачних инкриминација враћају ,,на мала врата,,. На тај начин непостојање опште дефиниције разуђује тумачење, и дозвољава арбитрерност.

Следеће је питања да ли су овом декриминализацијом изостављени неки хипотетички кажњиви случајеви везани за организовани криминал и ратне злочине. Улога законских одредби о организованом криминалу и

---

[34] *Шошкић,с.,* Ин: Добривоје Радовановић (ед.), Нејасна и назадна решења у одредбама кривичног законодавства у области кривичних дела организованог криминала, 2005, пп. 253-254.

норме о командној одговорности је нужно укључена у процес одговарања на питање о блажем закону..

Суштинско питање је међутим, да ли брисање норме о кажњавању организатора аутоматски ремети равнотежу у нормативном третману организованог криминала. Закони који регулишу кажњивост организованог криминала преузимају криминолшки приступ, не упуштајући се у улогу и важност организатора.

Посебан проблем је да ли тако промовисан блажи закон – као просто брисање норме - омогућава злоупотребу права у овом сегменту и ескулпирање учињених кривичних дела. Да ли постојање и примена (тумачење) укупне мреже алтернативних норми спречава такав закључак у теоријском смислу.

Тумачења која теорија пружа су свакако недовољна за побољшање актуелног стања позитивног законодавства.

Мишљење аутора је да норма о кажњавању организатора злочиначких удружења (можда би само савременији назив омогућио прихватљивост) има место у структури савременог кривичног законодавства.

Dr Ivana Simovic
an associate professor

DECRIMINALIZATION OF THE RESPONSIBILITY OF ORGANIZERS OF CRIMINAL ASSOCIATIONS AS A FORM OF COMPLICITY IN POSITIVE CRIMINAL LEGISLATION AND MILDER LAW

The main object of discussion here was the issue of authority of general norms in relation to participants in criminal acts. Or, does losing of one general norm on complicity automatically means milder law. Is general norm in that sense "precious".

Technically important question is whether network of special incriminations satisfies the need for punishability of the agreement and association in the sense of organizing.

The consequence of the regulation of general situations by separate incriminations is, among other things, insufficiency of still incomplete associations or a sum of separate cases. The unwanted consequence of such a solution is multiplication of the incopmleteness. The example for that is the fact that punishable preparational activities are decriminalized as general institutes, but over the separate incriminations they return through the "back door". Thus,

the nonexistence of general definition dismembers interpretation and allows arbitrarity.

The next question is whether some hypothetically punishable cases in relation to organized crime and war crimes are left out. The role of legal provisions on organizad crime and norms on command responsibility is necessarily included in the process of answering the question about milder law.

However, the basic question is does erasing the norm on punishing the organizer automatically disrupts the ballance in normative treatment of organized crime. Laws which regulate punishability of organized crime assume criminological approach, without dealing with the role and importance of the organizer.

A separate problem is whether milder law promoted in such a way - as a simple erasing of the norm - allows the abuse of the law in this segment and exculpation of commited crimes. Does existance and implementation (interpretation) of all-encompassing network of alternative norms prevent such a conclusion in theoretical sense.

Interpretations based on the theory are certainly insufficient for improvement of current state of positive legislature.

The Author's opinion is that the norm on the punishment of organizers of criminal associations (maybe a more modern title would have made it acceptable) has its place in the structure of contemporary criminal legislature.

Др Божидар Бановић,
доцент

UDK: 340.13:[341.9:336.741.1

СПРЕЧАВАЊЕ ПРАЊА НОВЦА У СВЕТЛУ МЕЂУНАРОДНИХ И ДОМАЋИХ ПРОПИСА

Увод

Приходи стечени криминалном делатношћу не морају бити депоновани у локалним банкама или другим финансијским институцијама. Постоји глобални систем са вишеструким улазним тачкама и тај систем је слаб колико и његова најслабија веза. Слабост легислативе против прања новца у било којој јурисдикцији несумњиво да има штетан ефекат на међународне напоре против прања новца. Успостављање међународних нормативних стандарда и јачање свести о потреби њиховое имплементације у национална законодавства основни су параметри за процену доприноса локалног законодавства у спречавању и сузбијању прања новца.

Иако се ради о криминалној делатности међународног карактера, ипак се његово спречавање, али и сузбијање, као и кажњавање учинилаца врши од стране националних органа, уз примену домаћих прописа. Унификацијом тих прописа у што већем броју јурисдикција и њихово усклађивање са стандардима договореним на међународном нивоу, ствара се адекватан правни амбијент за успешну борбу против прања новца.

Проблем прања новца јасно позива на међународно решење. Од суштинског је значаја да земље и региони покушају и хармонизују своје приступе, стандарде и законске системе у вези са овим криминалом, чиме ће себи омогућити међусобну сарадњу у контроли међународног прања криминалног плена. Области надлежности са слабим контролним механизмима или без њих олакшавају посао онима који се баве прањем новца.

Међународна мерила осветљавају боље него ишта друго да ли је државно законодавство на потребном нивоу и резултирају одређеном количином притиска да се достигне договорени минимум стандарда. Са друге стране, пажњу треба посветити како државама које су достигле минимум стандарда, тако и оним које то нису учиниле, истичући у први план ове друге као реално опасне центре за реализацију делатности прања новца.

Међународни прописи

Иако је на глобалном и регионалном нивоу усвојен низ релевантних међународних докумената којима се успостављају поменути стандарди, овде ћемо истаћи оне који су извршили одлучујући утицај на домаће законодавство

Један од првих међународних докумената који се бави проблематиком прања новца је Конвенција Уједињених нација против незаконите трговине наркотицима и психотропним супстанцама из 1998.године, такозвана Бечка конвенција.[1] Ова конвенција осим што дефинише прање новца, захтева од држава потписница да, у складу са њом, дефинишу прање новца стеченог криминалом од трговине дрогама као кривично дело. Осим тога, Бечка конвенција по први пут уводи међународно договорене стандарде за национална законодавства у погледу проблематике прања новца, и у први план ставља међународну сарадњу у сузбијању ових деликата.

Радна група за финансијске акције у вези са прањем новца (Financial Action Task Force on Money Laundering – FATF), која је прихваћена као међународна организација за постављање стандарда у борби против прања новца. Својим препорукама за борбу против прања новца (The Forty Recommendations For Fighting Money Laundering) FATF конкретно укључује техничке и правне дефиниције Бечке конвенције о прању новца и препоручује проширење предикатних кривичних дјела тако да укључује сва тешка кривична дјела, а не само кривична дела везана за трговину наркотицима.

Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом[2] представља један од основних правних инструмената којима се на територији Европе успостављају стандарди за борбу против прања новца. Ратификацијом ове Конвенције, ови стандарди постају саставни део домаћег правног амбијента. Према овој Конвенцији прање новца постоји ако учинилац зна да је у питању незаконита добит, па учини једну од следећих радњи:

-стицање, поседовање или употреба овакве имовине (чл.6. под ц)

-конверзија или трансфер ове имовине, као и помоћ било ком лицу умешаном у вршење одређеног кривичног дела да избегне законске последице (чл. 6. под а)

-прикривање или маскирање правне природе и порекла ове имовине (чл. 6. под б)

---

[1] United Nations Convention Against Iliciti Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances ((E/CONF.82/14)

[2] Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Proceeds from Crime, Council of Europe, Treaties and reports, Strasbourg, 1991. – Службени лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 7/2002,Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 18/2005

-учествовање, удруживање, или завера ради извршења, покушај извршења, помагање, подстицање, олакшавање или саветовање да се учини било какво кривично дело које је одређено у сагласности са овим чланом (чл. 6. под д).

Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма[3] (Њујоршка конвенција) , донета је од стране Генералне скупштине Уједињених нација, са циљем спречавања финансирања тероризма. Ова конвенција инкриминише непосредно или посредно, незаконито и намерно, обезбеђивање или прикупљање средства са намером да се она употребе или знајући да ће она бити употребљена, у целини или делимично, ради чињења:

(а) неког дела које представља кривично дело у оквиру и као што је утврђено у једном од споразума наведених у анексу (Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова, донета у Хагу 16. децембра 1970. ; Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства, донета у Монтреалу 23. септембра 1971. ; Конвенција о спречавању и кажњавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући и дипломатске агенте, усвојена од Генералне скупштине Уједињених нација 14. децембра 1973. ; Међународна конвенција против узимања талаца, усвојена од Генералне скупштине Уједињених нација 17. децембра 1979. ; Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала, усвојена у Бечу, 3. марта 1980.; Протокол о сузбијању незаконитих аката насиља на аеродромима који опслужују међународну цивилну авијацију, допуна Конвенције о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства, донета у Монтреалу 23. септембра 1971. ; Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности поморске пловидбе, донета у Риму 10. марта 1988. ; Протокол о сузбијању незаконитих аката против безбедности фиксних платформи лоцираних у приобалном појасу, донет у Риму 10. марта 1988. ; Међународна конвенција о спречавању терористичких аката бомбама, усвојена од Генералне скупштине Уједињених нација 15. децембра 1997.)

; или

(б) било ког другог дела чији је циљ да изазове смрт или тежу телесну повреду цивила или било ког другог лица које не учествује активно у непријатељствима у ситуацији оружаног сукоба, када је сврха таквог дела, по његовој природи или контексту, да застраши становништво, или да примора неку владу или неку међународну организацију да почини или да се уздржи од чињења неког дела.

---

[3] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism – ратификована Законом о о потврђивању међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, Службени лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 7/2002

Конвенција УН против транснационалног организованог криминала[4] захтева проширење листе на "најшири опсег предикативних кривичних дела, укључујући кривична дела из Конвенције, њених Протокола, свеобухватан спектар кривичних дела у вези са организованим криминалним групама и комплетан тежак криминал (члан 6 (2) (а) и (б)). Најкритичнији део прања новца је убацивање нелегалних фондова у финансијски систем. Када се то постигне, улазак у траг имовини постаје доста тежи, или чак немогућ. Спречавање организованих криминалних група да предузму овај први корак и развијање капацитета за улазак у траг нелегалној имовини, дакле, од суштинског је значаја. И у овом случају су неопходни међународна сарадња и хармонизација. Такође, одредбе које се односе на заплену, замрзавање и конфискацију веома су важне мере у вези са овим проблемом.[5]

Домаће законодавство

Први домаћи правни акт који непосредно регулише проблематику прања новца био је Закон о спречавању прања новца[6], који је ступио на снагу у септембру 2001. године а почео да се примењује од 01.07.2002. године. Иако овај Закон није био усклађен са међународним стандардима за сузбијање прања новца, он је, ипак, представљао корак напред, с обзиром да пре његовог доношења није постојао ни један правни акт који би третирао ову проблематику, па је самим тим наша земља била веома угрожена овом криминалном делатношћу.

С обзиром да је престао да важи, о овом Закону изрећи ћемо само неколико основних напомена, док ће његови главни недостаци бити изложени кроз анализу важећег Закона о спречавању прања новца, кроз компарацију појединих њихових одредаба.

Прво се тиче тренутка ступања на снагу, односно почетка примене поменутог закона. Наиме, закон је почео да се примењује тек 9 месеци по његовом ступању на снагу. Аргументи који су за то изношени апсолутно субили неприхватљиви. Друштвена опасност овог кривичног дела изискивала је, када би то било могуће и прихватљиво и његову ретроактивну примену, насупрот одложеној.

Постојале су процене, са којима се можемо сложити, да су велике суме незаконито стеченог новца већ у тренутку ступања Закона на снагу "опране", и да ће тај процес добити на интензитету до почетка његове

---

[4] Резолуција Генералне скупштине УН 55/25, 15.новембар 2000 и 55/255, 31.мај 2001. – ратификовано Закном о потврђивању Конвенције против транснационалног организованог криминала, Службени лист СРЈ, Међународни уговори бр. 6/2001

[5] Погледати чланове 12, 13 и 14 у вези са запленом и конфискацијом прихода од криминала.

[6] Службени лист СРЈ, бр. 53/2001, Службени гласник РС, бр. 85/2005

примене. Осим тога, неусклађеност ступања на снагу тадашњих измена и допуна Кривичног закона, у коме је садржано кривично дело прања новца, и Закона о спречавању прања новца, упућивало је на закључак да ни у следећих годину дана, а можда и дуже, није могло бити откривено ни једно такво кривично дело. Једноставно нису постојали механизми и процедуре за евидентирање и пријављивање сумњивих финансијских трансакција, што је предуслов за откривање, а потом и доказивање поменутог кривичног дела.

Напослетку, несхватљиво је да се одлагање примене закона правдало заштитом већине становништва, које је услед политичке и економске ситуације, било приморано да крши финансијске прописе, услед чега није могло доказати порекло стеченог новца, а затим је утврђен изузетно висок гранични износ (у то време 600.000 динара или 10.000 евра), који већина никада није ни видела, а камоли стекла, што упућује на закључак да се, одлагањем примене закона, неоправдано, штитио само богатији слој становништва.

У самом закону, у чл. 27. инкриминисано је и кривично дело: «Ко противно одредбама овог закона на територији Савезне Републике Југославије на рачуне код банака и других финансијских организација и институција положи новац (готов новац, ефективни страни новац и друга финансијска средства) стечен обављањем незаконите делатности (сива економија, трговина оружјем, дрогом, психотропним супстанцама и др.) или тај новац на други начин укључи у легалне финансијске токове ради обављања дозвољене привредне и финансијске делатности, а за који је знао да је прибављен кривичним делом - казниће се затвором од 6 месеци до пет година.»

Подизање новца из банке или друге финансијске институције није било предвиђено као радња кривичног дела прања новца. Осим тога, законом су обухваћене само банке и друге финансијске институције и организације (према тадашњем Закону о банкама и другим финансијским организацијама финансијске организације биле су Поштанска штедионица, штедионица, штедно-кредитна задруга и штедно кредитна организација), као места где се може положити криминални новац, чиме је домет овог кривичног био дела знатно сужен.

У складу са чланом 34. Закона о министарствима Републике Србије[7] Савезна комисија за спречавање прања новца престала је са радом а послови спречавања прања новца су у складу са чланом 4. наведеног закона стављени у делокруг Министарства финансија. Законом о спречавању прања[8] новца предвиђа се оснивање Управе за спречавање

[7] Службени гласник РС бр. 35/03 и 47/03
[8] "Службени гласник РС", бр. 107/2005, 117/2005

прања новца, као органа управе у саставу Министарства финансија који обавља послове који се односе на откривање и спречавање прања новца.

Као пуноправна чланица ОУН и Савета Европе наша земља је у обавези да у потпуности усагласи своју законску регулативу са ратификованим конвенцијама поменутих међународних организација. Најзначајније конвенције у области спречавања прања новца које је ратификовала наша земља већ смо претходно навели.

Будући да је генерално опредељење наше земље пуноправно чланство у Европској Унији, Србија се налази пред обимним послом усаглашавања и прилагођавања законских прописа захтевима и стандардима ЕУ. У области спречавања прања новца наведени стандарди су прописани Директивом 91/308/ЕЕС о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца и Директивом 2001/97/ЕС Европског парламента и Савета (I и II Директива).

Међународне стандарде у области спречавања прања новца прописује и међународна организација ФАТФ (Financial Action Task Force) која је у оквиру своје надлежности донела документе под називом «ФАТФ 40 препорука» (1996 г.) и «ФАТФ 8 специјалних препорука против финансирања тероризма», који представљају главни стандард у наведеној области. Наведени документи представљају и основ на коме почива рад тела Савета Европе које се бави спречавањем прања новца-Манивал (MoneyVal).

Уласком у Савет Европе наша замља подлеже и мултилатералном оцењивању у спровођењу закона из области кривичне и финансијске регулативе у оквиру тела СЕ које се бави спречавањем прања новца - Манивал (MoneyVal). Први круг евалуације Манивала извршен је у месецу октобру 2003. године. Експертски тим евалуатора именован од стране СЕ, оценио је да у Закону о спречавању прања новца из 2001. године постоји значајна неусаглашеност са горе наведеним међународним стандардима и нагласио потребу што хитнијег попуњавања постојећих празнина.

Управа за спречавање прања новца је 23.7.2003. године примљена у пуноправно чланство Групе Егмонт, међународне организације финансијских обавештајних служби (FIU) чији је основни циљ подизање нивоа међународне сарадње између националних FIU. Чланство у наведеној међународној организацији подразумева и што скорије усаглашавање свих законских прописа са међународним стандардима наведеним у претходном тексту, нарочито у области међународне сарадње.

Основни циљ доношења новог Закона о спречавању прања новца састојао се у унапређењу постојећег система откривања и спречавања прања новца и усаглашавању закона са свим међународним стандардима у овој области.

Дефиниција прања новца је у целости усаглашена са дефиницијом прања новца из Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и I и II Директивом ЕУ о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца, скоро у потпуности са Конвенцијом УН против транснационалног организованог криминала . Дефиниција прања новца из члана 2. Закона о спречавању прања новца из 2001. године, као што смо нагласили, је сувише уска и у пракси је производила низ проблема. Прањем новца у смислу наведеног Закона сматрало се само полагање новца стеченог обављањем незаконите делатности (сива економија, трговина оружјем, дрогом, психотропним супстанцама и др.) на рачуне код банака и других финансијских институција или укључивање на други начин тог новца у легалне финансијске токове, које домаћа и страна физичка и правна лица врше ради обављања дозвољене привредне или финансијске делатности.

Термини "конверзија или трансфер" у новом Закону обухватају случајеве у којима се имовина претвара из једног облика или типа у други (нпр., употребом нелегално стечене готовине за куповину непокретне имовине или продајом нелегално стечене непокретне имовине), као и случајеве у којима се иста имовина премешта из једног места или области надлежности у друге, или са једног банковног рачуна на други.

Конверзија или трансфер морају бити намерни, лице мора знати у време конверзије или трансфера да је имовина приход од криминала, и његове активности морају бити предузимане за потребе сакривања-маскирања његовог криминалног порекла (нпр., спречавањем откривања) или за потребе помагања некој особи да избегне кривичну одговорност због криминала у коме је приход стечен.

Прикривање или нетачно приказивање чињеница у вези са имовином значи сакривање скоро свих аспеката или информација у вези са имовином, уз знање о томе да је у питању приход од криминала. При томе „законодавци не би требало да захтевају доказе да је сврха сакривања или маскирања ометање уласка у траг имовини или сакривање њеног правог порекла».[9]

Осим тога као кривично дело прања новца предвиђено је само полагање новца на рачуне код банака што је само прва фаза у процесу прања новца – пласирање новца у легалне финансијске токове док недостају друге две – раслојавање и интеграција. Наведена формулација кривичног дела у старом Закону не предвиђа као кривично дело полагање новца или имовине стечене незаконитим делатношћу у страној банци што знатно сужава простор деловања за државне органе који се баве откривањем и спречавањем прања новца. Наиме полагање «прљавог

[9] Interpretative Notes of United Nations Convention against Transnational Organized Crime (A/55/383/Add.1 para. 11).

новца» у страној банци, његово премештање путем банкарског система и коришћење у Републици Србији није кривично дело на основу Закона из 2001. године. Усклађивањем дефиниције прања новца са међународним стандардима као и изменом формулације кривичног дела прања новца у новом Кривичном законику Републике Србије тежи се превазилажењу наведених проблема.

Кривични законик Републике Србије[10], инкриминисао је у чл. 231. кривично дело прања новца на следећи начин:

Прање новца

Члан 231.

(1) Ко изврши конверзију или пренос имовине, са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, или стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема, да та имовина потиче од кривичног дела,

казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(2) Ако износ новца или имовине из става 1. овог члана прелази милион и петсто хиљада динара,

учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година.

(3) Ко учини дело из ст. 1. и 2. овог члана, а могао је и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом,

казниће се затвором до три године.

(4) Одговорно лице у правном лицу које учини дело из ст. 1. до 3. овог члана, казниће се казном прописаном за то дело, ако је знало, односно могло и било дужно да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом.

(5) Новац и имовина из ст. 1. до 4. овог члана одузеће се.

Очигледно је да се законодавац у потпуности држао дефиниције прања новца из чл. 2. Закона о спречавању новца. Наиме и у погледу објективних (радња) и у погледу субјективних (знање, намера) елемената кривичног дела, фактички су преузете формулације из поменутог Закона.

Један од озбиљних проблема који се могу појавити у реализацији ове законске одредбе односи се на субјективне елементе овог кривичног дела. „Знање да имовина потиче од кривичног дела“ подразумева директан умишљај код учиниоца. Када новац перу лица која су га стекла кривичним делом, доказивање „знања“ може проистећи или из поступка који се води

[10] Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05, 107/05

против истог лица за кривично дело из кога прљави новац потиче (тзв. предикатно кривично дело), или из осуђујуће пресуде у том поступку. Међутим, када новац пере лице које је дистанцирано од „предикатног кривичног дела“, доказати његово „знање“ је много теже. Доказивање, у том случају, заснивaће се или на признању окривљеног или на посредним доказима. Када су посредни докази (circumstantial evidence) у питању, досадашња искуства показују да тужилаштва и судови веома ретко прихватају овакве доказе.

У ставу 3. инкриминисан је лакши облик овог кривичног дела који постоји ако је учинилац извршио радње из ст. 1. и 2. , а могао је и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом. Код овог облика, дакле, доказивање је олакшано, али је и предвиђена санкција блажа (до три године затвора).

Једна од важних новина у новом Закону о спречавању прања новца је проширење појма трансакције. Наиме, поред оних које су постојале у старом закону, у трансакције је уврштено и подизање готовог новца и страног ефективног новца са рачуна. Наведену трансакцију, стари Закон експлицитно је изузимао из случајева када се предузимају мере за спречавање прања новца- идентификација и пријављивање трансакција Управи за пречавање прања новца.

Сви релевантни међународни документи упућују на ширење круга субјеката који су дужни да пријављују сумњиве и друге трансакције у циљу спречавања прања новца. Тако, рецимо, Конвенција УН против транснационалног организованог криминала захтева од држава чланица да овим режимом буду обуваћене банке, небанкарске финансијске институције (тј., осигуравајуће компаније и фирме које се баве вредносним хартијама) и, "где је примењиво, друга тела нарочито ангажована у борби против прања новца" (члан 7 (1) (а)). У Интерпретативним напоменама за ову Конвенцију додаје се да се "другим телима могу сматрати посредници, у које у неким областима надлежности спадају берзанске и брокерске фирме, дилери вредносним хартијама, бирои за размену валута или брокери валута".[11]

Овај режим не би требало да се примењује само на банкарске институције, већ и на комерцијалне области у којима долази до великог обрта капитала и до вероватно великог обима прања новца. Претходна искуства показују да до прања новца долази у сектору некретнина и трговине робом, као што је злато, драгоцено камење и дуван.

У складу са поменутим међународним стандардима чланом 4. новог Закона проширен је круг обвезника у односу на претходни Закон, узимајући у обзир и домаће прописе који су ступили на снагу, којима се

[11]Interpretative Notes of United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/55/383/Add.1, para. 14.

регулишу области хартија од вредности, осигурања, инвестициони фондови, игре на срећу. Круг обвезника проширен је на: инвестиционе фондове и друге институције које послују на финансијском тржишту, брокерско-дилерска друштва, кастоди банке, приређиваче класичних и посебних (казина, аутомат клубови, кладионице) игара на срећу, као и других игара на срећу, друга правна и физичка лица која се баве прометом аутомобила, пловила и других објеката веће вредности, организацијом путовања, посредовањем у преговорима у вези са давањем кредита, посредовањем и заступањем у осигурању и организовањем аукција.

Релевантни међународни документи налажу државама потписницама прописивање низа превентивних мера, неке обавезне, неке засноване на "најбољој пракси", неке опционе, намењене да обезбеде да потписнице имају свеобухватне законске и административне режиме који спречавају и откривају прање новца. Коначни циљ је обезбеђење свеобухватног регулаторног и надзорног режима који олакшава идентификацију активности прања новца и промовише размену информација са другим органима ангажованим у борби против прања новца. Финансијске институције (и други предвиђени ентитети) морају предузимати мере за превенцију увођења криминалних фондова у финансијски систем, и за обезбеђење начина за идентификовање и улазак у траг тим фондовима, када се већ налазе у финансијском систему, као и за њихово повезивање са власницима ради олакшавања хапшења и оптуживања.

Као једну од најважнијих превентивних мера Закон о спречавању прања новца предвиђа идентификацију странке. Међународни стандарди захтевају да власници рачуна у финансијским институцијама и сви учесници у финансијским трансакцијама буду идентификовани и документовани. То подразумева податке довољне за идентификовање свих учесника и природе трансакција, за идентификовање одговарајуће имовине и свих вредности, као и за омогућавање уласка у траг изворима и дестинацијама свих фондова или друге имовине.

Обавеза идентификације странке проширена је у односу на претходни Закон и на безготовинске трансакције чија вредност прелази износ од 15.000 € у динарској противвредности. Поред тога, вредност трансакције за који постоји обавеза идентификације и пријављивања Управи за спречавање прања новца је измењен и усклађен са међународним стандардима. Са наведеним међународним стандардима је усклађена и обавеза идентификације странке код послова животног осигурања, као и код уплате и исплате готовог новца код организатора класичних игара на срећу у износу од 1.000 евра и више а код организатора посебних игара на срећу (коцкарнице, кладионице, аутомат клубови) одмах по уласку у играчницу што је у складу са Законом о играма на срећу.[12] Осим тога,

[12] Службени гласник РС, број 84/2004

прецизније него до сада наведени су подаци које је обвезник дужан да прибави од странке као и начин вршења идентификације, што је, такође, знатно унапређење у односу на претходни Закон.

Уведена је и обавеза идентификације крајњег корисника трансакције тј. сваког правног или физичког лица које је ималац најмање 10% акција, удела или других права у капиталу странке у складу са међународним стандардима на снази као и обавеза идентификације офшор (off shore) предузећа приликом отварања рачуна или вршења трансакција. Претходни закон није садржао посебне одредбе које се односе на наведена питања, што је доводило до низа проблема у практичној примени Закона.

Чланом 8. Закона прецизно су дефинисане обавезе обвезника у смислу пријављивања Управи за спречавање прања новца готовинских и сумњивих трансакција. Сумњиве трансакције обухватају "неуобичајене транскације које су, због свог обима, карактеристика и фреквенције, неконзистентне са пословним активностима клијента, премашују нормално очекиване параметре тржишта или немају јасну законску основу и могу да представљају или да буду повезане са незаконитим активностима уопште".[13]

Вредност трансакције за коју су царински органи у обавези да пријаве Управи за спречавање прања новца је повећана на износ од 2.000 € у складу са прописима о девизном пословању.

У односу на претходни Закон рок за привремено обустављање извршења трансакције за коју постоји сумња да се ради о прању новца продужен је са 48 на 72 сата, а Управа је добила овлашћење да обвезнику изда налог за привремено обустављање извршења трансакције. Претходни Закон није давао могућност Управи да привремено обустави извршење трансакције, што је са становишта међународних стандарда и упоредног права било неприхватљиво, а у практичној примени значајно је компликовало процедуру обустављања трансакције. Поред наведеног, прецизно су дефинисана овлашћења и обавезе обвезника, Управе и других надлежних органа у случају привременог обустављања извршења трансакције.

Као и у претходном Закону предвиђена је обавеза обвезника да именује овлашћено лице које ће бити одговорно за спровођење одредаба Закона. Међутим, новина је прописивање обавезе за обвезнике да обезебеде обуку за све запослене који раде на спровођењу одредаба закона, као и да састави листу показатеља (индикатора) за препознавање

[13] Interpretative Notes of United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/55/383/Add.1, para. 15; упоредити ову дефиницију са оном која је дата у Конвенцији за сузбијање финансирања тероризма, која је заснована на дефиницији ФАТФ: "све комплексне, неуобичајено велике трансакције и необични шаблони трансакција, које немају очигледну економску или очигледно законску сврху"

сумњивих трансакција. Стандарде и метологију спровођења обуке прописује министар финансија подзаконским актом.

Чланом 7 (1) (б) Конвенције УН против транснационалног организованог криминала од земаља се захтева да размотре формирање "финансијских обавештајних јединица које ће представљати националне центре за сакупљање, анализу и преношење информација које се тичу потенцијалног прања новца". Од 1990. године, многе земље су увеле овакве агенције у склопу својих регулативних, полцијских или других органа. Постоји велика разноврсност структура, одговорности, функција и облика удруживања и независности ових јединица.

Егмонт група дефинише финансијске обавештајне јединице као "централне, националне агенције, задужене за примање (и, ако је дозвољено, захтевање), анализирање и преношење до компетентних власти, обелодањених финансијских информација: које се тичу потенцијалног прихода од криминала, или које се захтевају националним законима или регулативама, у контексту борбе против прања новца".[14]

Послове финансијске обавештајне јединице у нашој земљи обављала је, према старом Закону, савезна Комисија за спречавање прања новца, а новим Законом о спречавању прања новца предвиђено је образовање Управе за спречавање прања новца као посебног органа у саставу Министарства финансија, са истом функцијом. Такође, прецизиране су надлежности и овлашћења саме Управе, њеног директора и министра финансија.У складу са наведеним међународним стандардима, надлежност Управе је проширена на предузимање мера које се односе на финансирање тероризма и организовани криминал.

У односу на претходни Закон, сада важећи даје овлашћење Управи за спречавање прања новца да, у случају да у вези са одређеном трансакцијом или лицем постоји сумња да се ради о прању новца, осим додатне документације, од обвезника тражи и податке о инструментима платног промета (готовинског и безготовинског) у земљи и иностранству.

Управа за спречавање прања новца има овлашћење да, на иницијативу надлежних државних органа, изврши проверу лица и трансакција за које постоји сумња да су у вези са прањем новца. Међутим, увођење обавезе за Управу да врши проверу трансакција и лица на основу иницијативе других државних органа донело би опасност од претварања Управе у сервис за прикупљање информација за друге државне органе.

Са друге стране, државни орган, којима су подаци и информације о трансакцијама или лицима за које се сумња да су у вези са прањем новца прослеђени на даље поступање, имају обавезу давања повратних

[14] Информативни документ на располагању је на интернет сајту Егмонт групе: http://www1.oecd.org/fatf/Ctryorgpages/org-egmont_en.htm.

информација Управи, што представља средство контроле и координације рада државних органа који делују на пољу спречавања прања новца.

С обзиром да је код нас, према проценама, промет непокретности један од основних начина на који се новац стечен незаконитом делатношћу пласира у легалне финансијске токове, те да постоје знатни проблеми који се односе на књижење и промет непокретности, у овом тренутку једина могућност за прикупљање информација о промету непокретности је посредством судова који врше оверу уговора о промету непокретности. Због тога важећи Закон уводи обавезу судова да Управи достављају извештаје о свим закљученим уговорима о промету непокретности најмање четири пута годишње, а на захтев Управе и више пута.

Поред финансијских институција, успостављени међународни стандарди, све више обавезују и друге субјекте, поготово припаднике одређених професија, на предузимање одређених делатности у циљу сузбијања прања новца.[15]

Сагласно томе Закон о спречавању прања новца прецизно дефинише обавезе ревизора, ревизорских фирми, као и правних и физичких лица која су одговорна за вођење пословних књига или се баве пореским саветовањем. Наведена правна и физичка лица су дужна да у случају сумње да се ради о прању новца у вези са одређеним лицем или трансакцијом о томе обавести Управу за спречавање прања новца.

Увођење обавеза за адвокате и адвокатске канцеларије на пољу спречавања прања новца, изостало је на основу мишљења Министарства правде по којем је увођење наведене обавезе за адвокате у супротности са одредбама Закона о адвокатури, који прописује да је адвокат дужан да чува као тајну оно што му је странка поверила. Међутим, друга Директива Европске Уније о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца експлицитно прописује обавезу за адвокате да пријављују сумњиве трансакције својих клијената приликом заступања клијената у одређеним пословима (купопродаја непокретности или правних лица, управљање новцем или имовином, отварање или управљање банкарским рачунима или рачунима за хартије од вредности и оснивање, вођење или

[15]види FATF, Review of the Forty Recommendations, Consultation Paper, 30 May 2002 - где је наглашено да ФАТФ разматра проширење захтева на седам категорија нефинансијских послова или професија, конкретно, на казина и остале коцкарске послове, дилере некретнинама и другим стварима велике вредности, компаније и провајдере поверљивих услуга, адвокате, нотаре, рачуновође и контролоре, и на саветнике за инвестиције; Европска Унија већ је деловала у том смислу, проширењем захтева на контролоре, спољне рачуновође и пореске саветнике, агенте за некретнине, нотаре и остале правне професионалце, дилере робом велике вредности (у зависности од тога да ли је вредност изнад одређене суме) и на казина – о томе види Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2001, Official Journal of the European Communities, L.344/76, December 28, 2001.

управљање правним лицима, као и када иступају за рачун свог клијента у финансијској трансакцији или трансакцији у вези са прометом непокретности) који нису ексклузивно адвокатски послови. Приликом заступања странке у судском поступку, што представља суштину адвокатске делатности није предвиђена наведена обавеза пријављивања сумњивих трансакција.

Сви подаци, информације и документација везани за трансакције заштићени су службеном тајном и могу се користити искључиво у складу са Законом, односно могу се проследити само надлежним државним органима или државним органима страних држава и међународним организацијама под условом реципроцитета као и на основу потписаних споразума о сарадњи и размени података, као и под условом да је држава којој се подаци прослеђују уредила заштиту личних података. Обвезницима је установљена стриктна забрана да информације о томе да су подаци прослеђени Управи или предузете радње и мере у смислу спречавања прања новца, открију лицу на које се ти подаци односи као ни трећем лицу. У међународном праву и упоредној пракси наведена забрана је позната под називом - no tipping off rule.

Чување података и документације везаних за идентификацију странака, као и друге документације у вези са отварањем рачуна, успостављањем пословне сарадње, као и извршеним трансакцијама или странком према међународним стандардима успостављено је на период од пет година када су у питању обвезници, а на период од 10 година када је у питању Управа за спречавање прања новца на период од 10 година, плус још три године у архиви.

Казнене одредбе у новом закону знатно су измењене у односу претходни. Кривично дело прања новца је у складу са законодавном реформом и кодификацијом кривичног законодавства уређено новим Кривичним закоником. Новчане казне за привредни преступ и прекршај су увећане у складу са Законом о привредним преступима и Законом о прекршајима. Као привредни преступ предвиђене су повреде свих обавеза установљених Предлогом закона.

Кривични законик РС у чл. 87. предвиђа као меру безбедности, дакле као кривичну санкцију, одузимање предмета. Предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела могу се одузети, ако су својина учиниоца. (ст. 1.) Ови предмети могу се одузети и кад нису својина учиниоца, ако то захтевају интереси опште безбедности или када и даље постоји опасност да ће бити употребљени за извршење кривичног дела, али тиме се не дира у право трећих лица на накнаду штете од учиноца. (ст. 2.)

Такође, предвиђено је да се Законом може одредити обавезно одузимање предмета, а може се одредити и њихово обавезно уништавање.

(ст. 3.) Дакле, одредба из ст. 3 даје могућност да се код инкриминације појединих кривичних дела у посебном делу Кривичног законика предвиди обавезно одузимање предмета. То је и учињено код кривичног дела прања новца, кроз одредбу да ће се новац и имовина, као предмети који су употребљени или су били намењени извршењу овог кривичног дела, одузети (чл.231. ст. 5.).

Одузимање предмета може се изрећи ако је учиноцу изречена казна, условна осуда, судска опомена или је учинилац ослобођен од казне (чл. 80. ст. 4. КЗРС), што значи тек по окончању кривичног поступка и доношења пресуде којом се оптужени оглашава кривим. То значи да је потребна оваква пресуда како би се одузели новац или имовина стечени „предикатним кривичним делом“, и на тај начин спречило прање новца, или пресуда за само прање новца, како би се новац или имовина који су били предмет прања новца одузели.

Законик о кривичном поступку Републике Србије (ЗКП РС)[16] регулише, као посебан поступак, поступак за примену мера безбедности (чл. 505. – 512.), а у оквиру тог поступка и поступак за примену мере одузимања предмета (чл. 512.). Према овим одредбама, предвиђен је један изузетак од правила да ће се предмети одузети само када је донета предуда којом је оптужени оглашен кривим. Наиме, предмети који се по кривичном закону морају одузети одузеће се и кад се кривични поступак не заврши пресудом којом се оптужени оглашава кривим, али само ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала. Посебно решење о томе доноси орган пред којим се водио поступак у часу кад је поступак завршен, односно кад је обустављен.

Код примене овог института у пракси настају проблеми јер учиниоци, између осталог, предмете подложне одузимању преносе и у власништво правних лица од којих по важећим законским прописима није могуће одузимање предмета. Овај проблем би могао бити решен изричитом одредбом која би такво одузимање предвидела али и увођењем у правни систем одговорности правних лица за кривична дела.

Кривични законик, као сличну, али потпуно независну, меру предвиђа и одузимање имовинске користи. Наиме закон у чл. 91. каже да нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом, а поменута корист из одузеће се, под условима предвиђеним овим закоником и судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела. У следећем, чл. 92. КЗ предвиђа да ће се од учиниоца одузети новац, предмети од вредности и свака друга имовинска корист који су прибављени кривичним делом, а ако одузимање није могуће учинилац ће се обавезати да плати новчани износ који одговара прибављеној имовинској користи. У пракси се обрачунавање вредности новчаног

[16] Службени лист СРЈ, број 70/01, 68/02,и "Службени гласник РС", бр. 58/04, 85/05, 115/05

износа који би био еквивалентан прибављеној имовинској користи може показати као велики проблем. Осим тога, најчешће ће се испоставити да учинилац не располаже тим новчаним износом, те неће имати шта да му се одузме, односно да плати.

Имовинска корист прибављена кривичним делом одузеће се и од лица на која је пренесена без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности. Ако је кривичним делом прибављена имовинска корист за другог та корист ће се одузети.

Прибављање имовинске користи може се састојати у увећању имовине, спречавању смањења имовине или отклањању препрека за остваривање имовинске користи. Битно је да та корист има непосредне везе са извршењем кривичног дела.

Законик о кривичном поступку Републике Србије (ЗКП РС) регулише, као посебан поступак, и поступак за одузимање имовинске користи (чл. 513.-520.). Имовинска корист прибављена извршењем кривичног дела утврђује се у кривичном поступку по службеној дужности. Суд и други органи пред којима се води кривични поступак дужни су у току поступка да прикупљају доказе и предвиђају околности које су од важности за утврђивање имовинске користи.

Одузимање имовинске користи суд може изрећи у пресуди којом се оптужени оглашава кривим, у решењу о кажњавању без главног претреса, у решењу о судској опомени или у решењу о примени васпитне мере, као и у решењу којим се изричу мере безбедности обавезног психијатријског лечења. У изреци пресуде или решења, суд ће навести који се предмет, односно новчани износ одузима. Дакле, и овде се ради о судским одлукама које се доносе на крају кривичног поступка.

Међутим, учиниоци најчешће корист прибављену кривичним делом, па и прањем новца сакривају, преносе на друга лица или на други начин чине недоступним државним органима одмах па извршењу дела, а у сваком случају пре него што се кривични поступак оконча. Кад долази у обзир одузимање имовинске користи, суд ће по службеној дужности, по одредбама које важе за извршни поступак[17], одредити привремене мере обезбеђења.

Због тога, ако већ у почетним фазама поступка имовинска корист није идентификована, те одређене привремене мере обезбеђења, може догодити да током суђења више не постоји имовина на коју би се наведене мере обезбеђења примениле.

Можемо констатовати да постоје значајна нормативна ограничења за примену мера одузимања предмета и имовинске користи прибављене кривичним делом. Наиме, обе мере могу се применити само у већ покренутом кривичном поступку, дакле у време када је вероватно да је

[17] Закон о извршном поступку, Службени гласник РС, број 125/04

учинилац већ предузео мере да их сакрије, пренесе на неког другог или на други начин учини недоступним. Са друге стране, и овако ограничавајуће одредбе у пракси се веома ретко примењују.

Према расположивим званичним подацима[18] мера одузимања имовинске користи изречена је у 1481 случају. Међутим, ако се има у виду да је за кривична дела против привреде осуђено 2695 лица, против имовине 9496, а против службене дужности 1038, добијамо укупно 13 229 лица осуђених за кривична дела код којих се најчешће прибавља противправна имовинска корист. Према томе, мера одузимања имовинске користи је изречена према нешто више од 10% лица одсуђених за поменута кривична дела.

Спречавању и сузбијању прања новца свакако би значајно допринело пребацивање терета доказивања порекла сумњивог новца и имовине. Наиме, домаћи кривичноправни систем терет доказивања порекла имовине ставља искључиво на тужиоца, а неуспех осумњиченог да докаже порекло своје имовине требало би да буде праћено конфискацијом, која би осим ретрибутивне имала и превентивну функцију . Наравно, процедура утврђивања порекла имовине мораала би бити јасна и транспарентна, како би се избегле могуће злоупотребе. С обзиром да у све већем броју европских држава постоје релевантни прописи који ово питање регулишу у складу са савременим потребама спречавања прања новца, њихови модели могли би корисно послужити и домаћем законодавцу.

Закључак

Уместо закључка изнећемо неколико предлога, који би, ако би се имплементирали у домаће законодавство и праксу, допринели стварању повољнијих услова за успешнију борбу против прања новца:

- Инкриминацију кривичног дела прања новца из чл. 231. ст. 1. Кривичног законика Републике Србије која се односи на субјективни елеменат кривичног дела у виду „знања да имовина потиче од кривичног дела“ требало би и у првом ставу преформулисати у „дужност или могућност знања да имовина потиче од кривичног дела“, на начин како је то учињено у ставу 3. Наиме, „знање да имовина потиче од кривичног дела“ подразумева директан умишљај код учиниоца. Када новац перу лица која су га стекла кривичним делом, доказивање „знања“ може проистећи или из поступка који се води против истог лица за кривично дело из кога прљави новац потиче (тзв. предикатно кривично дело), или из осуђујуће пресуде у том поступку. Међутим, када новац пере лице које је дистанцирано од „предикатног кривичног дела“, доказати његово „знање“ је много теже. Доказивање, у том случају, заснивање се или на признању

[18] Статистички годишњак Републике Србије, Београд, 2005. , стр. 431

окривљеног или на посредним доказима. Када су посредни докази (circumstantial evidence) у питању, досадашња искуства показују да тужилаштва и судови веома ретко прихватају овакве доказе;

- Потребно је увести обавезу за адвокате и адвокатске канцеларије да у случају сумње да се ради о прању новца у вези са одређеним лицем или трансакцијом о томе обавести Управу за спречавање прања новца и то приликом заступања клијената у одређеним пословима (купопродаја непокретности или правних лица, управљање новцем или имовином, отварање или управљање банкарским рачунима или рачунима за хартије од вредности и оснивање, вођење или управљање правним лицима, као и када иступају за рачун свог клијента у финансијској трансакцији или трансакцији у вези са прометом непокретности) који нису ексклузивно адвокатски послови. Ова препорука потиче из Директива Европске Уније о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца;

- Поред тога што домаће казнено законодавство предвиђа привредне преступе као вид казнене одговорности правних лица и што Закон о спречавању прања новца као привредне преступе инкриминише повреде свих обавеза из овог закона и за њих предвиђа новчане казне, потребно је размотрити и увођење друге врсте санкција за правна лица (нпр. трајна или привремена забрана рада) у случају доказаног учешћа у процесу прања новца;

- Код примене института „одузимања предмета“ у пракси настају проблеми јер учиниоци, између осталог, предмете подложне одузимању (новац, другу имовину) преносе и у власништво правних лица од којих по важећим законским прописима није могуће одузимање предмета. Овај проблем би могао бити решен изричитом одредбом која би предвидела одузимања предмета и од правних лица;

- Постоје значајна нормативна ограничења за примену мера одузимања предмета и одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом. Наиме, обе мере могу се применити само у већ покренутом кривичном поступку, дакле у време када је вероватно да је учинилац већ предузео мере да их сакрије, пренесе на неког другог или на други начин учини недоступним. Са друге стране, и овако ограничавајуће одредбе у пракси се веома ретко примењују, те је неопходно посебно инсистирати на примени ових мера у сваком кривичном поступку;

- Домаћи кривичноправни систем терет доказивања порекла имовине ставља искључиво на тужиоца. Спречавању и сузбијању прања новца свакако би значајно допринело пребацивање терета доказивања порекла сумњивог новца и имовине на осумљиченог, а неуспех осумњиченог да докаже порекло своје имовине требало би да буде праћено конфискацијом, која би осим ретрибутивне имала и превентивну функцију . Наравно, процедура утврђивања порекла имовине мораала би бити јасна и транспарентна, како би се избегле могуће злоупотребе. С обзиром да у све

већем броју европских држава постоје релевантни прописи који ово питање регулишу у складу са савременим потребама спречавања прања новца, њихови модели могли би корисно послужити и домаћем законодавца;

- Потребно је осавременити полицијски образовни систем у смислу увођења наставних садржаја који се односе на феноменологију финансијског криминала, посебно прања новца, као и метода и техника савремених финансијских истрага;

- Неопходна је и обука постојећег полицијског, али и кадра у правосуђу и другим органима и организацијама које (царина, пореска полиција, поједина регулаторна тела) за спровођење финансијских истрага;

- Неопходно је правно уредити и реализовати редовну узајамну сарадњу свих органа који учествују у сузбијању и спречавању прања новца, ради превазилажења честих сукоба надлежности и непотребног ривалитета.

Dr Bozidar Banovic,
docent

MONEY LAUNDERING PREVENTION AS SEEN BY INTERNATIONAL AND DOMESTIC REGULATIONS

Money laundering, as one of manifestations of realisation of the income acquired by criminal activity, needs an adequate response of formal social control authorities in all parts of the world. Although it is a criminal activity of international character, its prevention, supression and punishment of the offenders is conducted by national agencies, in accordance with domestic regulations. By means of unification of those regulations in as many jurisdictions as possible and their adjustment to standards agreed on international level, an adequate legal atmosphere for successful action against money laundering is created. In this work, the Author has analysed international regulations and standards against money laundering established by them, domestic regulations and the level of their compatibility with the above mentioned international standards.

Одељак IV

Грађанско право

Др Нина Планојевић,
доцент

UDK:347.232.1

ПРИБАВЉАЊЕ СТВАРИ ОД НЕОВЛАШЋЕНОГ ЛИЦА НА ЈАВНОЈ ПИЈАЦИ, САЈМУ И ВАШАРУ

I Увод

Код стицања својине од неовлашћеног лица најважније својство невласника о коме се данас води рачуна у свим правним системима, па и у домаћем, је - да ли је он лице коме је власник ствар, коју неовлашћено отуђује поверио или је без ње остао против своје воље. Од те чињенице зависи да ли ће у једној држави стицање својине од невласника бити могуће или не; а ако је могуће, онда под којим условима. Ипак,још једно својство невласника у овом контексту може бити од значаја,а то је - његова професија. Постоји само једна професија чије обављање или необављање може утицати на могућност и услове за прибављане својине од невласника, а то је - професија трговца.

Тако је у неким правним системима,укључујући и наш,прибављање својине од трговца као невласника привилеговано у односу на стицање својине од осталих невласника и то на различите начине. Према својој врсти, привилегије се односе или на проширење могућности за стицање својине од трговца као невласника поред поверених и на власнику нестале ствари (Аустрија, Грчка, Србија, па можда и САД); или олакшање стицање својине од таквог невласника или тако што он своју несталу ствар може у одређеном року откупити од стицаоца (Француска, Швајцарска) или као у англосаксонском праву што се на стицања од ових лица не примењују уобичајена estoppel-правила.

Као што се из овог кратког увода може закључити,од решења питања да ли неовлашћени отуђилац има својство трговца или не-зависиће у многим државама, па и код нас, да ли ће уопште доћи до стицања својине од невласника и под којим условима -лакшим или тежим. Проблем ствара чињеница да се у већини држава одредбама о стицању својине од невласника обично не дефинише појам трговца, али се узима као неспорно да је то лице које поседује најмање два својства: - да је овлашћено (регистровано од стране надлежног државног органа да у виду занимања обавља промет одређене робе; и - да ствар о којој је реч спада баш у ону врсту, коју оно у оквиру своје делатности и иначе ставља у промет.

,

, ,

.
,
,
, ,
,
.
,
, ,
, - - ,
, ,
.

II Стицање на јавној пијаци

Јавна пијаца било које врсте се најпре по својој форми, а и осталим карактеристикама, разликује класичне трговачке радње (бутик, самопослуга, књижара, апотека...), без обзира на то што и она има своје радно време и запрема просторно тачно одређено, ограничено и уређено место. Свеједно да ли је отворена (под ″ведрим небом″) или затворена (покривена), она подразумева већи број лица, која одређену врсту робе, свако за себе, продају изложену на тезгама, постављеним не закупљеном простору, а често су и саме тезге закупљене и унификоване од стране одређеног комуналног предузећа или другог правног лица.

Статус продавца на јавној пијаци је *по правилу* такав, да се он не може сматрати трговцем у оном значењу тог термина, који му придају одговарајуће законске одредбе (лице, *регистровано* за редовно обављање трговачке делатности-у домаћем праву). Ова констатација ипак не може важити за све врсте јавних пијаца. Продавци на некима од њих имају статус трговца; на другима имају својства слична трговцу, па се на стицање од њих, и ако не испуњавају све тражене услове, могу применити правила која важе за стицања од трговца; а трећи се ни најширим тумачењем не могу подвести под овај појам.

1) Државе у којима је стицање на јавној пијаци регулисано законом

Законодавци одређених држава су, регулишући стицање својине од невласника, ради отклањања могућих дилема поред трговца, као могућег

отуђиоца - невласника посебно наводили и *продавца на јавној пијаци*. Оваква регулатива јасно показује да се ова два лица разликују и да продавац на јавној пијаци није исто што и трговац сличним стварима, али се законом њихов положај у контексту стицања својине од невласника изједначава. Другим речима, и од продавца на јавној пијаци и од трговца савесни прибавилац својину стиче по истим правилима и на исти, привилегован начин, зависно од државе која је у питању.

На овај начин поступају законодавци Француске (чл. 2280, ст. 1 CC-а) и Швајцарске (чл. 934, ст. 2 ZGB-а). Грчки законодавац не повлашћује стицања и од трговца и на јавној пијаци, већ привилегује само стицања на јавној пијаци, и то на начин који је ближи аустријској и српској, него француској и швајцарској регулативи. Битно је, међутим, да и грчки законодавац ова стицања изричито помиње и регулише.

У наведеним државама је зато неважно о којој се врсти јавне пијаце ради и да ли је на свакој од њих положај продаваца баш потпуно исти, тј. да ли је у већој или мањој мери сличан положају трговца или можда и идентичан са њим - за обе категорије лица важе иста правила.

2) Државе у којима стицање на јавној пијаци није регулисано законом

У *српском и аустријском праву* се стицање својине од продавца на јавној пијаци, међутим, не регулише посебно. Зато је у правној теорији и судској пракси ових земаља могуће наићи на различите ставове о питању да ли стицањима на јавној пијаци треба дати исти (привилегован) третман као и стицањима од трговца као неовлашћеног невласника, што се, као што видимо, понегде чини у упоредном праву.

Један број правних писаца[1] сматра да исти разлози који говоре за повлашћено стицање својине од трговца као невласника важе и за јавне пијаце: ту се обавља врло жив и обиман промет права својине на покретностима, чију сигурност зато треба додатно заштитити.

Други аутори[2] су изричито против оваквог става, наглашавајући како се стриктним тумачењем законског текста продавац на јавној пијаци не би могао сматрати трговцем, у смислу лица које је регистровано за обављање

---

[1] П. М. Јовановић, Прибављање покретних ствари у својину, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1912. г. стр. 476; M. von. Staubenrauch, Kommentar zum Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I, Wien, 1902., стр. 461; Mattei (наведено по: M.von Staubenrauch-у); као и B.Vizner; A. Finžgar; В. Спаић; Д. Китић (наведено по: Т. Делибашић, Посебни услови и основи стицања својине од невласника, Судска пракса, бр. 3, Београд, 1996. г. , стр. 64).

[2] F. Gschnitzer, Osterreichisches Sachenrecht,Wien-New York, 1985. г. стр. 111; Basevi; Krainz и Randa (наведено по: M.von Staubenrauch, нав. дело, стр. 476); Т. Делибашић, нав. дело, стр. 64.

трговачке делатности, тј. промет робе одређене врсте. Ипак, неки од ових аутора[3] сматрају да се и на јавној пијаци могу стећи одређене ствари по правилима о стицању својине од трговца као невласника под условом да су генеричне или да се о њима не воде посебне евиденције, што је прилично нејасно објашњење.

Ни једној од ове две групе аргумената се не може порећи истинитост. По нашем мишљењу, можда би се решење овог проблема могло наћи на тај начин, што јавне пијаце не бисмо посматрали као јединствену категорију. Пошто је евидентно да све јавне пијаце и продавци на њима немају идентичан положај, требало би их према сличности *разврстати у групе*, па онда утврдити како коју од јавних пијаца треба третирати у контексту стицања својине од невласника.

Анализирајући стање у домаћој, а и другим државама, сматрамо да је могуће говорити о најмање три врсте јавних пијаца: - зеленим и сточним пијацама; - шареним (грчким, ″бувљим″) пијацама, чији се број последњих година посебно увећао; -и ауто-пијацама.

а) Зелене пијаце

Када се ради о *зеленим и сточним пијацама*, на којима се продаје храна, животиње и пољопривредни производи, јасно је да њихови продавци нису трговци по дефиницији, мада се углавном *редовно* баве продајом хране коју сами производе, и животиња које ради продаје узгајају. Најчешће се ради о сељацима, мада има и лица која на овим пијацама, баш као и ″прави″ трговци, продају пољопривредне производе које су претходно од сељака купили ради препродаје и зараде (тзв. накупци). Без обзира што уредно плаћају закуп пијачних тезги, ова лица *нису* регистрована по административним прописима за трговачку делатност; али је, с друге стране, чињеница да је промет на овим пијацама огроман.

Због тога неки правни писци[4] сматрају да стицања од продаваца на зеленим и сточним пијацама као невласника треба изједначити са стицањима од трговца, са чим се у основи слажемо (мада, подсећамо, домаћи законски прописи не дају основа за овакво размишљање). Ипак, сматрамо да је то прихватљиво само уколико се ради о лицима која се редовно баве продајом (стално их виђамо на пијацама), и о стицању ствари које се и иначе на оваквим пијацама продају - домаћих животиња које служе за исхрану и пољопривредних производа. Дакле, нема савесног стицања својине од продавца на зеленој пијаци, као од невласника -

---

[3] Т. Делибашић, нав. дело, стр. 64.

[4] Д. Матић, Објаснен грађанског законика за Књажество Србско, I део, Београд, 1850. г., стр. 346; П. М. Јовановић, нав. дело, стр. 476.

трговца, уколико се ту, на пример, купи расни пас или тркачки коњ, бунда или пар ципела.

Ако се одлучимо да толеришемо неиспуњеност првог услова из ч. 31 ЗОСПО-а, да се ради о лицу које у оквиру своје делатности врши промет робе; не можемо толерисати неиспуњеност и другог услова из овог члана - да продата ствар спада у категорију оних, које се на дотичној пијаци и иначе продају.

Одређени аутори[5] као додатни разлог за изједначавање стицања од продавца на зеленој пијаци са стицањима од трговца наводе и то, да се на њима "промећу безначајне ствари и зараде" и да зато само продавце на овој, и ни на једној другој јавној пијаци треба изједначавати са трговцем у контексту стицања својине од невласника. По нама, то би био кључни разлог за ово изједначавање.

б) Шарене пијаце

Што се тиче стицања од продаваца на тзв. *шареним пијацама*, независно од тога да ли продају нове или половне ствари ("старинари"), битно је утврдити да ли су ова лица само закупци тезги на којима продају робу или су по одговарајућим административним прописима и регистровани као лица, која се у виду занимања баве прометом ствари одређене врсте. Само у овом другом случају стицање од таквог продавца на шареној пијаци се третира као стицање од трговца као невласника.[6]

Последњих година, продаја ствари на шареним пијацама је углавном уређена одговарајућим прописима и о продавцима на њима се воде одговарајуће евиденције и регистри на нивоу општинских органа управе, које се у овом контексту могу изједначити са регистрима у које се уписују остали трговци. Свака тезга је, рекли бисмо, продавница на отвореном и тачно се зна коју врсту робе њен закупац промеће (обућа, одећа, ауто-делови, козметика...); а на самој тезги су истакнути подаци о њеном власнику, фирми и седишту. Баш као и када се ради о продавници, ова лица плаћају не само закуп свог "пословног простора", већ и одговарајуће порезе и друге дажбине.

* * *

Када се ради о тзв. старинарима, који препродају туђе или своје половне ствари и на тај начин се издржавају, мада нису регистровани за обављање трговачке делатности, мишљења су подељена. Неки аутори[7]

---

[5] F. Gschnitzer, нав. дело, стр. 111.

[6] J. Славнић, нав. дело, стр. 95; А. Гамс-М. Петровић, Основи стварног права, Београд, 1980. г., стр. 203; Randa и Ehrenzweig (наведено по: А. Гамс-М. Петровић).

[7] А. Гамс-М. Петровић, нав. дело, стр. 203.

сматрају да их треба третирати као ″случајне продавце″, а не као трговце, а други имају супротно мишљење.[8] Ипак, нисмо сигурни да ли појам старинара сви ови аутори схватају на исти начин. Неки аутори[9] и продавца на ″црној берзи″ сматрају трговцем у контексту стицања својине од невласника. По нама, стицања ни од једног од ових лица се не могу изједначити са стицањима од трговца као (неовлашћеног) невласника, нити се могу толерисати, попут стицања на зеленим пијацама.

ц) Ауто-пијаце

С обзиром на велики промет половних возила који се данас у свим државама, па и код нас, обавља на *ауто-пијацама*, посебно је важно утврдити да ли се савесни стицалац од продавца на овој јавној пијаци може сматрати стицаоцем од трговца или не. То је нарочито битно у домаћој држави, јер се у нашем праву од трговца могу стећи и поверене и власнику нестале ствари, а од нетрговца не. Статистика показује да су возила један од најчешћих објеката кривичног дела крађе, а да се у нашој држави захваљујући дугом ″одсуству″ из Интерпола у промету налази и до 100.000 украдених домаћих или страних возила. Од одговора на питање да ли се продавац на ауто-пијаци може сматрати трговцем у контексту стицања својине од невласника зависи положај великог броја савесних стицалаца оваквих возила код нас.

Већинско је мишљење да ауто-пијаца, без обзира што има своје ″радне дане″(недеља), ограничен простор на коме се тргује и пратеће службе (за пружање правних услуга, обрачунавање пореза на промет и слично) - наплаћивањем улазница продавцима заправо само врши *издавање* паркинг-простора за излагање возила на увид потенцијалним купцима. *Самом чињеницом да продају врши на простору ауто-пијаце отуђилац не стиче својство трговца*. Стицање на ауто-пијаци је, по правилу, стицање од нетрговца: власника возила, овлашћеног или неовлашћеног повереника власника; или од лопова, налазача или саучесника ових лица. Само изузетно, лица која се у виду делатности баве прометом возила и регистрована су за то иста продају на ауто-пијацама (комисионари и слична лица), и само тада се може узети да је возило стечено од трговца као невласника. Сама чињеница продаје на простору ауто-пијаце не чини продавца трговцем.10

---

[8] R.Vrenčur, Pridobitev lastninske pravice od raspolagalno nesposobne osebe, Podjetje in delo, br. 6-7, Portorož, 1998. г., стр. 1239.

[9] H. Böhm, Burgerliches Recht-Sachenrecht,Wien, 1996. г., стр. 53.

[10] Исто мишљење: Р. Здравковић, Утврђивање права својине на моторним возилима, стр. 335 и П. Трифуновић, Нека спорна питања стицања својине од невласника на моторна

3) Стицање на market owert-у у енглеском праву

Иако термин market owert има *језичко* значење готово идентично изразу јавна, отворена пијаца (тржница, трговина), о стицањима на њему одлучили смо да говоримо посебно, јер смо из радова неких англосаксонских правних писаца стекли утисак да се *суштински* market owert у енглеском праву схвата и нешто шире.

Стицање од продавца на market owert-у (што је нека врста јавне пијаце,али специфична,па је зато обрађујемо засебно) у енглеском праву је повлашћено тако, што се на оваква стицања не примењују estoppel правила, која важе за остала стицања од невласника, већ је на оваквим местима довољно само то да је власник продавцу-отуђиоцу ствар *поверио у државину*.[11] По estoppel-правилу, подсећамо, поред поверавања у државину неопходно је за стицање својине од невласника да је отуђиоцу (нетрговцу) власник дао и додатне индиције о својини. Поверавање ствари се,иначе,у енглеском праву схвата врло широко, па се под њим подразумевају сви начини прибављања државине ствари изузев крађе, за коју је починилац и осуђен.

Оно што је за нас важно јесте то, да се на овај начин стицање својине од невласника на market owert-у заправо изједначава у погледу услова и последица са стицањем својине од трговца као невласника (из чл. 2 Factor's Act-а). Тако продавац на market owert-у у енглеском праву на основу изричите законске одредбе има исти положај као и трговац у контексту стицања својине од невласника.

Као што смо напоменули, market owert се појмовно у енглеском праву схвата знатно шире него у домаћем и правима других држава. И све радње лондонског City-ја се, захваљујући специјалним обичајима, сматрају за market owert - извештава J.C.Vaines,[12] али такође и Maidstone пијаца, на којој се препродају половни аутомобили, пише он.

На основу тога се јасно може констатовати разлика у могућности стицања својине од невласника на ауто-пијацама у енглеском и домаћем праву: савесни стицалац половног возила од продавца - нетрговца на ауто-пијаци у Енглеској *постаће* његов власник, без примене estoppel правила,дакле довољно је поверавање ствари продавцу у државину од стране власника, чак и ако је оно украдено (под условом да лопов није осуђен за крађу), јер дотични продавац има исти третман као и factor (трговац). У домаћем праву, међутим, савесни стицалац власнику несталог половног возила на ауто-пијаци својину на њему неће моћи да стекне,

---

возила,, стр. 141. - оба рада у Билтену судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2-3, Београд, 1997. г.

[11] У САД ово, међутим, не важи.

[12] Personal property, London, 1957. г., стр. 143.

осим ако продавац није истовремено и регистровани трговац том врстом ствари.

Да би се један простор у Енглеској могао сматрати market owert-ом, мора испуњавати одређене услове.[13] Market owert мора бити јавно, отворено и легално конституисан, тј. на основу посебне дозволе или законског прописа. Да би се једно стицање сматрало стицањем од невласника на market owert-у, оно мора бити извршено у складу са предвиђеним начином употребе пијаце, на којој се продаје роба управо такве врсте; било којим даном, осим недеље; у периоду између изласка и заласка сунца; правним послом који може бити искључиво уговор о продаји; и у простору који чини дотичну тржницу (продавницу). Стицањем на market owert-у се не сматра куповина извршена у просторијама које нису доступне ″обичним људима″, док се сматра да магацин чини продавницу (тржницу).

III Стицање на сајму

Сајам или изложба представља повремено излагање разних предмета који су производ људске делатности и то са различитим циљевима: ради поуке, забаве, унапређења науке, привреде, уметности и сличног.[14] Већина сајмова су традиционални и по правилу се одржавају годишње, у одређеном граду једне државе, најчешће и на тачно одређеном месту за то (нпр. хале Београдског сајма).

Само на одређеним сајмовима, свеједно да ли су локални, државни или међународни, могуће је говорити о стицању својине од трговца као невласника. То су они сајмови, у оквиру којих су одређене покретне ствари не само изложене, већ такав сајам има и карактер специјалног, *продајног сајма*. Куповина од излагача робе на сајму, који је намењен искључиво њеном разгледању или се ради о сајму узорака, не може се сматрати стицањем од трговца.

, ( )

; ,

. , ,

,

,

, .

[13] Подаци преузети од: J. C. Vaines, нав., дело, стр. 144.

[14] Појам преузет из: Правне енциклопедије, Београд, 1989. г., стр. 537.

,
, , ″ ″:
;
; , .
;
.

,
(. 2280, . 1 CC-), (.
934, . 2 ZGB-) (. 1039).
,
,
,[15] .
, , ,
31 - , ,
.

IV Стицање на вашару

Поједини правни писци изједначавају стицање својине од невласника на сајму са стицањима на тзв. вашарима, мада нисмо сигурни да ли је оно оправдано. Једина сличност је у чињеници да се вашари, као и сајмови, одржавају традиционално и периодично, на једном одређеном простору у једном месту, и да га надлежни органи дозвољавају или бар толеришу. Ипак, њихов циљ се разликује од циљева сајмова: они се, по правилу, организују ради обележавања одређених верских или других празника, а продавци на њима по правилу нису лица која су регистрована за обављање трговачке делатности, мада се не може порећи ни то да се често ради о лицима која нерегистровано, али редовно препродају или израђују и продају одређене ствари (од вашара до вашара). Ствари које се продају на вашару су разноврсне, што није случај на сајмовима, и никада не представљају тематску презентацију онога што је створено у оквиру једне области људске делатности.

---

[15] Исто мишљење имају и: И. Мауровић, нав. дело, стр. 62; В. Спаић, Грађанско право-општи дио и стварно право,Сарајево, 1971. г., стр. 633; М. Жувела, Закон о основним власничко-правним односима - објашњења, коментарске напомене, судска пракса и други одговарајући прописи, Загреб, 1987. г., стр. 185; Г. Богданфи-М. Николић, Опште приватно право које важи у Војводини, Панчево, 1925. г., стр. 296.

Сматрамо да стицања на вашару треба третирати као ″случајну трговину,″[16] (тј. као стицање од нетрговца) изузев ако се ради о отуђиоцу који је регистрован као трговац таквим стварима (мада је и тада проблематична чињеница што такав трговац ствари о којима је реч продаје изван своје тезге, радње или сличног простора). Једино се можда новогодишњи вашари, организовани у одговарајућим сајамским просторима и на којима су, по правилу, продавци трговци - могу сматрати (локалним) сајмовима или чак (привремено ″премештеним″) јавним пијацама, што зависи од околности конкретног случаја.

У домаћем, као ни у упоредном праву, стицања од невласника на вашару нису законски регулисана.

Dr Nina Planojevic
docent

ACQUIRING GOODS FROM AN UNAUTHORIZED PERSON AT THE PUBLIC MARKET AND FAIR

In this paper, the Author states that in many countries, including ours, acquiring goods from an unauthorized person who has the capacity of a trader is especially privileged as compared to acquisition from other nonproprietors, by widening the possibilities for acquisition or by faciliation of conditions for that. However, since the term trader is generally not defined by provisions on acquiring goods from nonproprietors, the question that makes the dilemma is who are the persons that fulfil the conditions so that they can be regarded as traders in many countries, including ours.

In this respect, the Author considers acquisitions from nonproprietors at the public markets and fairs especially problematic and disputable. Few countries equal some of these acquisitions with acquisitions from traders by means of legal norms, but most of them, including our country, have no regulations related to this issue whatsoever.

By analysing the status and capacities of the traders at each of the above named places in our country, the Author expresses her opinion about which acquisitions can be equalled to acquisitions from a trader as a nonproprietor and considered privileged (and under what conditions). According to her opinion, it could be acquisitions from traders on farmers' and flea markets and hall-fairs, but not on car markets and open air fairs.

---

[16] Супротно мишљење: П. М. Јовановић, нав. дело, стр. 476.

Мр Срђан Владетић
асистент

UDK: 347.232:347.4

ОБЛИЦИ ФИДУЦИЈАРНОГ ПОСЛА

Једини класични извор из којег можемо стећи представу о појавним облицима фидуције су Гајеве Институције (II,60). Из овог наизглед јасног текста произилази да су постојале два основна облика фидуције: fiducia cum amico и fiducia cum creditore. Али, како Гај у овом тексту обрађује фидуцију у оквиру случајева у којима се могла применити usureceptio fiduciae, може се поставити питање да ли су fiducia cum amico и fiducia cum creditore једини облици у којима се закључивао овај посао.

Gai Inst. II, 60:

Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent; et si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo conpetit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxeriteam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio conpetit.

Из овог текста Гросо[1] је закључио да су fiducia cum amico и fiducia cum creditore које је Гај навео као случајеве у којима је могућа usureceptio fiduciae, такође и једини облици у којима се фидуција могла закључити. До овог закључка он долази повезивањем наведеног Гајевог текста са Бетијевим коментаром Цицеронове Топике, Исидоровим Изворима (Isidorus, Origines) и подацима из tabula Boetica.

Boethius ad Cic. Top. 10, 42:

... Omnis vero similitudo duplex est: aut enim ex pluribus similitudo colligitur, et inductio nuncupatur, quod Graeci επαγωγην nominant, aut singulae res per similitudinem comparantur. ac prior quidem huiusmodi est, si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. nam cum in pluribus rebus fides praestari debeat, unaque similitudo sit in fide praestanda, tam in tutore quam socio, atque ei ciu mandatum sit,

[1] Grosso, G., Sulla fiducia a scopo di "manumissio", RISG (N. S.) 4, 1929, стр. 259.

eique qui fiduciam acceperit, debet eadem similitudo procuratori etiam convenire. fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.

У првом делу текста Бетије коментарише Цицероново објашњење топоса сличности. Ова фигура подразумева да постоје сличности које произилазе из више упоређивања. Оно што произилази из више сличних ствари назива се индукција која се на грчком зове Епагоге2. Бетије коментарише Цицеронов пример према коме прокуратор, ортак, мандатар и фидуцијар морају поштовати bona fides, што представља њихово заједничко обележје. Такође и задаци ових особа су слични јер сваки од њих има обавезу чувања ствари која представља још једно заједничко обележје ових лица. У задњем делу текста се каже да је ствар у фидуцију добио онај коме је та ствар пренета путем манципације да би је он реманциповао оном лицу које му је ту ствар пренело, као када неко ко се плаши опасних времена пренесе неком моћном пријатељу земљиште да би га овај када прође опасност пренео назад. Гросо сматра да Бетије овде даје општу дефиницију фидуције, на основу које овај аутор закључује да фидуција настаје из манципације или in iure цесије у циљу реманципације. То би значило да је фидуција, без обзира на облик, увек укључивала фидуцијареву обавезу повраћаја ствари3. Из тог разлога сви други случајеви примене фидуције (изузев fiducia cum creditore) морају да се сведу на fiducia cum amico коју је Гај навео у свом тексту4. Тако Гросо види fiducia manumissionis causa као вид fiducia cum amico5. До истих закључака Гросо долази на основу података из tabula Boetica. По њему, из овог документа произилази да је фидуцијарни споразум био укључен у нункупацију и да из њега не произилази обавеза враћања ствари од стране фидуцијара. Ова обавеза произилази из mancipatio fidi fiduciae causa, док фидуцијарни споразум утврђује само њене модалитете[6]. Пошто је обавезу фидуцијара означио као обавезу враћања, Гросо закључује да се фидуција користила ради обезбеђења повериоца (fiducia cum creditore) код које је обавеза враћања условљена плаћањем дуга, или ради чувања ствари (fiducia cum amico) где је обавеза фидуцијара увек усмерена на

---

[2] Хасанбеговић, J., Топика и право, Београд, 1996, стр. 172. види и Stump, E., Boethius's in Ciceronis Topica, New York, 1988, стр. 114; Reindhart, T., Topica, Oxford, 2003, стр. 289

[3] Grosso, G., нав. дело. стр. 256.

[4] Исто, стр. 260 (фус. 1); види и Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 521; Monier, R., Manuel élémentaire de droit romain II, Paris, 1940, стр. 147.

[5] Grosso, G., нав. дело, стр. 292. Против Erbe, W., Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar, 1940, стр. 65 и Noordraven, B., Die fiduzia im römischen Recht, Amsterdam, 1999, стр. 45.

[6] Grosso, G., нав. дело, 254 (фус. 2).

реманципацију. Временом, примена фидуције се проширила и ван области имовинског права и служила различитим циљевима за чију реализацију је коришћена fiducia cum amico (emancipatio, adoptio итд.)[7].

Исидоров текст према Гросу такође пружа податке о појавним облицима фидуције.

Isidorus, Origines 5, 25, 23:

Fiducia est, cum res aliqua sumendae pecuniae gratie vel mancipatur vel in iure ceditur.

У овом тексту се каже да фидуција постоји ако се било која ствар преноси путем манципације или in iure цесије да би онај ко преноси могао да позајми новац. По Гросу овај текст даје такође једну општу дефиницију фидуције из којег се може извући закључак о њеним појавним облицима. На основу упоређивања Gai Inst. II, 60 са наведеним текстовима Гросо закључује да из Гајевог текста произилази да су постојале два облика фидуције: fiducia cum amico и fiducia cum creditore. Сви други случајеви примене, који нису означени као fiducia cum creditore, спадају у fiducia cum amico. Овај став се не може прихватити. Текстови на које се Гросо ослањао указују на следеће.

Што се тиче Boethius ad Cic. Top. 10, 42, може се констатовати да Бетије у задњем делу овог текста заиста даје дефиницију фидуције. Питање је само да ли је та дефиниција општег карактера како то тврди Гросо, или се она односи на одређену форму фидуције. Очигледно је Гросо посматрао други део текста изоловано, без контекста са првим делом. Као што смо видели у првом делу текста, да би се објаснио "топос сличности" наводи се пример фидуцијара, мандатара, ортака и прокуратора чија се заједничка обележја састоје у томе што се ова лица морају понашати према bona fides и чувати ствар. Нелогично би било да после овог Бетије даје општу дефиницију фидуције у коју су укључени сви облици који не показују никакву сличност са поменутим задацима (нпр. примена фидуције у породичном праву). С обзиром на задатке прокуратора, мандатара, фидуцијара и ортака, много је логичније да Бетије у другом делу текста даје дефиницију fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent него општу дефиницију фидуције[8]. Тиме отпада закључак

[7] Исто, стр. 260 (фус.1).

[8] О свему овом види Noordraven, B., нав. дело, стр.46–47. Види и Ubbelohde, A., Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species, Marburg/Leipzig, 1870, стр. 87; Jacquelin, R., De la fiducie, Paris, 1891, стр. 357; Bonfante, P., Istituzioni di diritto Romano, Torino, 1946. стр. 473 (фус.2) и Corso di diritto Romano, vol. II La proprietà, sez. II,

Гроса да из фидуције, без обзира на циљ због којег се склапа овај посао, увек настаје обавеза фидуцијара да врати ствар.

Што се тиче tabula Boetica, не може се прихватити да обавеза фидуцијара произилази из манципације или in iure цесије. Фидуцијарни споразум је био одвојен од манципације или in iure цесије. Исто као и код куповине, манципација или in iure цесија могу успети само на основу споразума (pactum fiduciae)[9]. Из споразума произилазе и права и обавезе странака. Основна обавеза се не састоји у враћању ствари, већ у поштовању фидуцијарног споразума. Ако фидуцијар не поштује споразум тј. изиграва поверење, фидуцијант у зависности од облика фидуције има право на usureceptio fiduciae а касније и на actio fiduciae. Ако би основ за тужбу било непоштовање обавезе враћања која произилази из манципације, тужба се не би звала actio fiduciae, већ нпр. actio mancipationis[10].

Такође и Исидоров текст (Isidorus, Origines 5, 25, 23) не даје никакве ослонце за утврђивање појавних облика фидуције. Исидор у глави 25 обрађује различита питања: у параграфу 16 обрађује послугу[11], у параграфу 17 прекаријум[12], у параграфу 18 зајам, у параграфу 19 оставу[13] а у параграфу 20 пигнус[14]. У другом делу параграфа 20 и параграфу 21 обрађује разлику између пигнуса и капаре. У другом делу параграфа 21 и у параграфима 22, 23 и 24 обрађује разлику између пигнуса, фидуције и хипотеке[15]. С обзиром на то да Исидор обрађује различита питања, тешко је претпоставити да он у 5, 25, 23 даје општу дефиницију фидуције. У овом тексту Исидор даје дефиницију fiducia cum creditore да би указао на разлику између фидуције и пигнуса[16].

Roma, 1926, стр. 211; Arangio-Ruiz, V., Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1921, стр. 190 и Erbe, W., нав. дело, стр. 206.

[9] Actio fiduciae је као и actio empti, заснована на облигационом споразуму. Види Noordraven, B., нав. дело, стр. 138.

[10] Исто, стр. 135.

[11] V, 25, 16: Commod(at)um est id, quod постpi iuris est, et ad alios temporaliter translatum est cum (com)modo temporis, quandiu apud eum sit, unde et commod(at)um dictum est.

[12] V, 25, 17: Precarium est, dum prece creditor rogatur permitti debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari, et ex eo fructus capere.

[13] V, 25, 19: Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum.

[14] V, 25, 20: Interest in loquendi usu inter pignus et arram.

[15] V, 25, 21: ... Item inter pignus, fiduciam et hypothecam hoc interest.

V, 25,22: Pignus enim est quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solum ad tempus consequitur creditor. Ceteram dominium penes debitorem est.

V, 25, 23: цитирано горе.

V, 25, 24: Hypotheca est, cum res commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola inteveniente.

[16] Види Erbe, W., нав. дело, стр. 206 и Noordraven, B., нав. дело. стр. 45.

С обзиром на наведене фрагменте добија се другачија слика о Gai Inst. II, 60. Ербе је у праву када каже да Гај у овом тексту наводи fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent и fiducia cum creditore као случајеве код којих је могућа usureceptio fiduciae[17]. Треба имати у виду да Гај обрађује usureceptio fiduciae у оквиру излагања о узукапији јер је узурецепција посебан облик узукапије. Гај нема намеру да дефинише и класификује фидуцију. Да је то желео, он би је дао тамо где фидуција систематски припада, а не код узукапије[18]. Фидуција се помиње само толико, колико је потребно за разумевање usureceptio fiduciae. Језички смисао Гајеве формулације такође иде у корист ове тезе. У Codex Veronensis стоји: ... *quod* tutius nostre. Међутим, *quod* треба заменити у quo јер се мора навести сврха посла. Такође реч *essent* не треба замењивати са речи *sint*[19]. До овога долази јер се често испушта из вида језички смисао Гајевог текста. Гај не каже "sed fiducia contrahitur aut cum creditore... aut cum amico, quo ... essent si quidem rell", него "sed cum fiducia contrahitur... essent si quidem rell"[20]. Гајева формулација је постављена условно: ако је склопљена фидуција ... могућа је узурецепција. Овде се не набрајају све форме фидуције, већ само оне форме код којих је могућа узурецепција[21]. Зато fiducia manumissionis causa не можемо тражити у изразу "quo tutius nostre res apud eum essent"[22].

Можемо закључити да из наведеног Гајевог текста произилази да су постојала најмање два облика фидуције: fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent и fiducia cum creditore. Остали случајеви примене фидуције (emancipatio, adoptio, coemptio, donatio mortis causa, mancipatio familiae, noxae deditio, код трећих лица и ослобађања робова) не могу се сврстати под fiducia cum amico. Не постоји ни један извор који би тако

---

[17] Erbe, W., нав. дело, стр. 64.

[18] Исто, стр. 65.

[19] Први је ово приметио Хушке (Huschke, E., Ueber die usureceptio fiduciae, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 14, 1848, стр. 250). Њега следе Grosso, G., нав. дело, стр.257 (с том разликом што он не користи essent већ sint); Erbe, W., нав. дело, стр. 64–65; Wubbe, F. B.J., Usureceptio und relatives Eigentum, TR 28, 1960, стр. 13 и 25 (фус. 37); Romac, A., Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973, стр. 392; Arangio-Ruiz, V.-Guarino, A., Breviarum iuris romani, Milano, 1989, стр. 67; Noordraven, B., нав. дело, стр. 42–43. Види и Seckel, E.-Kuebler, B., Gai Institutiones, Lipsiae, 1874, стр. 66.

[20] Erbe, W., нав. дело, стр. 64 и 65. Овако и Noordraven, B., нав. дело. стр. 45.

[21] Gai Inst., II, 60 би онда гласио: Ако се закључује фидуција са повериоцем у вези са залогом или са пријатељом да би наше ствари код њега биле сигурније, па уколико је фидуција закључена са пријатељом, у сваком случају имамо право а узурецепцију, а ако је закључена са повериоцем па је новац исплаћен, онда у сваком случају имамо право на узурецепцију, а ако новац није исплаћен, онда имамо право на узурецепцију само ако дужник није добио ствар од повериоца у прекаријум или закуп; у том случају нам припада право на одржај по лукративном основу. Види Romac, A., нав. дело, стр. 392.

[22] Исто.

нешто потврдио. Када неко закључује фидуцијарни посао са пријатељем не мора да значи да је закључена fiducia cum amico јер се и fiducia cum creditore врло често закључивала са пријатељем[23].

Mr Srdjan Vladetic,
an assistant

FORMS OF FIDUCIARY AFFAIRS

By comparing Gaius' Institutions (II,60) to Boethius' comment on Cicero's Topica and Isidore's text, we can conclude that there were at least two forms of fiduciary: *fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent* and *fiducia cum creditore*. The other cases of fiduciary use (*emancipatio, adoptio, coemptio, donatio mortis causa, mancipatio, familiae, noxae deditio,* on third parties and liberation of slaves) can not be classified as *fiducia cum amico,* and they represent special forms of fiduciary affairs.

[23] Noordraven, B., нав. дело, стр. 48.

Одељак V

Породично и наследно право

Др Зоран Поњавић.
редовни професор

UDK: 347.6(4):347.6(497.11)

ПРИНЦИПИ ЕВРОПСКОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА О УСПОСТАВЉАЊУ ПРАВНЕ ВЕЗЕ ИЗМЕЂУ ДЕТЕТА И РОДИТЕЉА И НАШЕ ПОРОДИЧНО ПРАВО

За последњих двадесетак година променио се друштвени и правни пејзаж у коме егзистира породица код нас. Нарочито значајну улогу у овом погледу одиграла је Конвенција о правима детета Уједињених нација (1989), која по први пут говори о правима детета, независно од права њихових родитеља. Ове промене, као и развој техника биомедицинске оплодње, приморале су и нашу земљу, као и већину европских држава, да актуелизују своје законодавство које регулише правни положај детета.[1]

Питања која се тичу успостављања порекла деце у односу на њихове родитеље свакако спадају међу најзначајнија којима се регулише њихов правни положај. Ово је и био разлог да Европска комисија за породично право Савета Европе (CJ-FA) [2]сачини "Белу књигу" која садржи 29 принципа, подељених у три групе, који се баве успостављањем правне везе, последицама успостављања правне везе и могућим последицама када порекло није успостављено.[3]

Прва група (Део А) садржи седамнаест принципа који се односе на успостављање правне везе између родитеља и деце: успостављање материнства, успостављање очинства, успостављање очинства у случају асистиране прокреације и оспоравање очинства и материнства. У овом раду осврнућемо се на одредбе Породичног закона Републике Србије које се баве наведеним питањима и дати оцену њихове усаглашености са наведеним принципима. Без обзира на њихову необавезујућу снагу, принципи су правила о којима треба водити рачуна у процесу хармонизације нашег права са европским правом, "на путу ка Европи".

---

[1] У Републици Србији то је учињено 2005. године, доношењем Породичног закона, ("Службени гласник" 18/2005), који се примењује од 1. јула 2005. године.

[2] Наведена Комисија (Commission on European Family Law - CEFL) је основана септембра 2001., састављена од правних ексерата са циљем хармонизације породичног права у Европи. Принципи које усвоји Комисија нису обавезујући, већ треба да послуже националним законодавствима као узор приликом кодификација.

[3] http://www.legal.coe.int/family . Наведени принципи су усвојени 15. јануара 2002. године.

Утврђивање порекла детета

Приликом формулисања принципа Комисија је водила рачуна о судској пракси Европског суда за права човека из Стразбура. У овом погледу треба истаћи нарочиту важност става овог суда у вези тумачења чл. 8. Европске конвенције о правима човека који се тиче успостављања порекла детета.[4] Према њему "поштовање права на породични живот подразумева нарочито, према мишљењу Суда, постојање правних правила којима се правно гарантује могућност интеграције детета од рођења у своју породицу".[5]

У принципима се износе ставови поводом успостављања правне везе. Успостављање биолошке везе је ствар медицине. У том смислу се и истиче да ће се појам "родитељи" који се користи у принципима односити на "правне родитеље" , она лица чије је родитељство утврђено у процедури предвиђеној законом.

Треба такође додати да ће се приликом интерперетације наведених принципа на првом месту водити рачуна о заштити "најбољих интереса" детета. Управо ово налаже да се порекло детета установи од његовог рођења, и на другом месту, да се успостављеној вези обезбеди једна стабилност у времену.

У други интереси, као што је интерес породице или друштва, морају, поред најбољег интереса детета, бити узети у обзир. Управо имајући ово у виду, понекад и неће бити у најбољем интересу детета да се утврди његово биолошко порекло. Закон може сматрати да у неким случајевима, као што је то са биомедицинском оплодњом, није у интересу детета да му се успостави биолошко порекло према донатору сперме.

а. Успостављање материнства

Према чл. 42. Породичног закона Републике Србије: "мајка детета је жена која га је родила". Готово идентично гласи и први принцип који усваја Комисија. У овом смислу је и наведени став Суда у Стразбуру из већ цитиране одлуке Marckx. Свака друга солуција која би укључивала заснивање материнства признањем или судским путем по тужби детета представљала би за дете повреду права на породични живот.

За успостављање овог односа није довољно да мајка роди дете, већ и да се дете пријави и уведе у матичну књигу рођених према месту рођења. Приликом рођења детета име мајке се аутоматски уписује у матичну

---

[4] Овај члан говори о праву на приватни и породични живот. О праву на породични живот видети: З. Поњавић, Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота, Правни живот, бр.9, 2003, стр.821-840.

[5] Видети одлуке: Marckx.Belgique od 13. 06.1979, Serie A n 31., i Johnston et autres c. Irlande, od 23.01.1986, Serie A n 112.

књигу рођених од стране овлашћених лица. Није предвиђена могућност тзв. анонимног порођаја, односно да име мајке на њен захтев не буде унето у матичну књигу рођених. Оваква могућност је предвиђена у правима неких држава, а било је и предлога за њено нормирање и код нас. [6]

Дилеме у погледу материнства могу настати једино у случају рођења детета зачетог уз биомедицинску помоћ, када једна жена носи и рађа дете које није генетски везано за њу (сурогат материнство). Код нас не постоји пропис којим се регулише овај начин оплодње, већ се само у чл. 57. Породичног закона регулише материнство детета зачетог на овај начин. Као и код природног зачећа мајка је жена која је дете родила. Према томе, никакав родитељски однос не може бити успостављен између жене која је даровала јајну ћелију или ембрион и детета које је рођено на тај начин. Сваки потенцијални конфликт између генетске мајке и мајке која је носила дететовим је избегнут.

б. Успостављање очинства

Према Породичном закону Србије очинство се може успоставити на три начина: на основу претпоставке, признањем у судским путем. Исто ово је предвиђено и у другом Принципу. На овај начин настоји се у свакој могућој ситуацији успостављање очинства.

б. 1. Успостављање очинства на основу претпоставке.- Успостављање очинства на основу претпоставке заснива се на вероватноћи да је биолошки отац истовремено онај мушкарац који се налази у правној вези (браку) са мајком детета. Без обзира да ли тај мушкарац има заједницу живота са мајком детета или нема, сматра се оцем детета чим је са њом у браку.[7]

Према претпоставци која се примењује у нашем праву сва деца рођена за време трајања брака имају брачно порекло, односно претпоставља се да

---

[6] У овом могледу се најчешће наводи Француска, као пример земље у којој је дозвољено право на анонимни порођај. Због великих критика које су те одредбе трпеле свакодневно донет је у Француској један нов Закон којим се настоји измирити два супростављена права:Право детета да зна своје порекло и право мајке да сачува тајну свог порођаја. Тај закон, назван "Royal", усвојен је 22. јануара 2002. године.Резултати те роформе изнети су на научном скупу одржаном 15.09.2003. године. Видети:
http://www.cadco.asso.fr/colloque/2003prog.htm . Ово право на анонимни порођај, у случају када мајка рађа ванбрачно дете, познаје и право Шпаније.Видети: Prof. Dr. Francisco RIVERO Université de Barcelone: le droit à la connaissance des origines en Droit espagnol. Une jurisprudence récente dérogatrice d'une ancienne légalité ,
http://www.cadco.asso.fr/colloque/2003barcelone.htm. У нашој правној теорији за увођење права на анонимни положај видети: О.Цвејић-Јанчић, Право на анонимни порођај, Правни живот, т.I, 9/1998, стр.653-661.

[7] Ово се потврђује и у једној одлуци суда у Стразбуру Berrehab c. Pays-Bas od 21.juna 1998, Serie A n 138.Према овој одлуци постоји породични живот у смислу чл.8. Конвенције, између супружника у браку који је пуноважан, без обзира да ли постоји и кохабитација.

им је муж мајке отац. Друга ситуација је у погледу деце која се роде после престанка брака. Према бившем Закону о браку и породичним односима (ЗБПО) сва деца рођена 300 дана после престанка брака, без обзира како је престао, била су брачна. Према Породичном закону ова претпоставка важи само за децу рођену после престанка брака смрћу мужа мајке, ако се она није преудала. Ако је брак престао поништењем или разводом, претпоставка се не примењује. Овакво сужавање поља примене претпоставке у складу је са тенденцијом која постоји у упоредном праву и са принципима Комисије.[8] Садашње решење је доста реалније у односу на раније. Аутоматска примена презумпције у случају развода изостаје пошто сазнање мужа мајке да није отац детета може управо бити разлог за развод брака. На овај начин се у лагодни положај стављају и сви они који би у случају аутоматске примене претпоставке и у случају развода морали да воде дуготрајне парнице за оспоравање очинства. Захваљујући овоме биолошки отац детета рођеног после развода брака може признати своје очинство и на тај начин, ако буду испуњени други услови, засновати родитељскоправни однос.

Правним регулисањем претпоставке очинства мужа мајке у Закону Србије избегнуте су, углавном, тешкоће које су постојале раније око примене претпоставке у случају сукоба два брачна очинства. Тај сукоб је могао настати у случају када се мајка после престанка брака, а пре истека рока од 300 дана, преуда и дете буде рођено у том браку. Правно, отац је могао бити и муж из претходног и муж из другог брака. Према садашњем закону сукоб није могућ. Оцем детета се сматра мушкарац који је са њом у браку у моменту рођења детета, односно који је био у браку али је умро, а мајка се није преудала.

Према петом принципу Комисије државе су слободне да примене претпоставку очинства и на случајеве кад мајка детета живи или је живела са једним мушкарцем без обзира што нису били венчани. На овај начин створена је могућност, по први пут, да претпоставка не буде везана стриктно за брак. Њена примена може бити проширено и на ванбрачне заједнице, односно на заједницу живота два лица различитог пола. Основна тешкоћа код примене претпоставке у овом случају тиче се доказивања чињенице трајања заједнице, њеног почетка и краја. Она би код нас била тешко примењива будући да се ванбрачне заједнице не региструју.

Породични закон је наведену дилему разрешио тако што је примену правне претпоставке код ванбрачних заједница везао само за зачеће детета уз биомедицинску помоћ. Претпоставља се да је он отац ако да сагласност

---

[8] Готово идентично решење предвиђа чл.1593.ст.1.Немачког грађанског законика. Други параграф трећег принципа Комисије даје могућност државама да не примене претпоставку на децу рођену по престанку брака, ако је брак престао раставом или разводом.

на поступак биомедицинске помоћи. Претпоставка се у овом случају примењује без обзира да ли се ради о хомологној или хетерологној оплодњи. Према томе, дете биолошки не мора бити везано за ванбрачног партнера (хетерологна оплодња). Његова воља да прихвати дете као своје је у овом случају доминантна, као и у случају примене ове методе оплодње у браку. Није, на крају, битно ни дужина трајања заједнице живота ванбрачних партнера.

б. 2. Успостављање очинства на основу признања.- Уколико се очинство не може засновати на основу правне претпоставке постоји могућност да се успостави на основу признања.

Признање очинства би се могло дефинисати као неопозива изјава воље којом мушкарац који себе сматра оцем детета прихвата одређено дете за своје. Никакав доказ о постојању биолошког односа између детета и мушкарца који га признаје није потребан. С тога је признање релативно једноставан и економичан, према томе, и пожељан начин успостављања ванбрачног очинства.

Све европске државе, углавном, прихватају признање као начин утврђивања ванбрачног очинства детета. Уобичајено је да се то чини писменим путем пред неким званичним државним органом или судом. Поред овога, за пуноважност признања тражи се сагласност мајке или детета. Насупрот нордијских земаља где у принципу једино мушкарац који је зачео дете може бити отац и где утврђивање очинства није приватна ствар заинтересованих субјеката већ посао у коме учествују овлашћени државни субјекти, у земљама романског система, утврђивање очинства може бити приватна ствар заинтересованих субјеката. У нордијским земљама је, стога, број лажних признања сведен на минимум, док су код ових других лажна признања сасвим реална. У њима оваква признања делимично замењују потребу за усвојењем. Али за разлику од усвојења, родитељски однос заснован на овај начин може бити оспорен.

Да би признање производило правно дејство у седмом принципу Комисије, у параграфу два, предвиђа се да држава може захтевати испуњење једног од два предвиђена услова: а) сагласност детета или његовог правног заступника, ако се према унутрашњем праву сматра да не поседује довољну способност за расуђивање, б) сагласност мајке. У Принципима се ништа не говори о условима које мора испунити мушкарац за пуноважно признање очинства. О њима Породични закон садржи детаљне одредбе. Наиме, признање може учинити мушкарац који је навршио 16 година и који је способан за расуђивање.

У нашем праву се за пуноважност признања очинства изричито захтева сагласност мајке, будући да она најбоље зна ко је отац детета.

За пуноважност изјаве мајке којом се она саглашава са признањем захтева се, као и у случају мушкарца који признаје, да има најмање 16 година и да је способна за расуђивање. Ако мајка не може дати сагласност,

није у животу, лишена је родитељског права, лишена пословне способности, итд., тада је довољна и сагласност детета.

У поступку признања очинства дете није објекат. Према Принципима Комисије и оно ће бити позвано да да сагласност ако поседује одређену способност, чији обим свака држава аутономно одређује. Према нашем праву она је одређена са 16 година живота, под условом да је способно за расуђивање. Ако оно не може дати сагласност, тада је довољна сагласност мајке. Према томе, наш закон тражи испуњење оба услова кумулативно, иако је према Принципима довољан један од њих, алтернативно. Несагласност једног од њих може осујетити заснивање очинства признањем. Према Породичном закону сагласност једног од њих је довољна једино у случају када постоји фактичка или правна немогућност оног другог да то учини. Ако мајка детета није жива, или је лишена пословне способности, родитељског права, а дете се не може сагласити са признањем (јер нема прописану доб и способност), тада сагласност даје старатељ детета уз претходну сагласност органа старатељства.

Свакако, сагласно чл. 65. Породичног закона, дете има право на мишљење. Конкретно, у овом случају, и дете млађе од 16 година ће у управном поступку признања очинства (матичар, орган старатељства и суд) бити позвано да се изјасни о признању очинства. У овом случају се цени да ли је дете способно да формира своје мишљење. Ако има 10 година тада се ова способност претпоставља. Мишљење детета у овом случају није услов за пуноважно признање очинства, као што би то било у ситуацији када има 16 година, али ће свакако то мишљење орган пред којим се оно даје узети у обзир. Уколико орган не утврди мишљење детета чини повреду његових права.

б. 3. Утврђивање очинства судским путем. - Ако се очинство не може успоставити на један од претходна два начина, на основу претпоставке или на основу признања, може се установити на основу судске одлуке. Према томе, овакво утврђивање се јавља само као супсидијерно у односу на претходна два. У овом случају очинство се може утврђивати и противно вољи оца, односно лица која се са признањем нису сагласила. То се чини у поступку који се води пред надлежним судом и чији је крајњи циљ да се утврди материјална истина, тј. право, биолошко, порекло детета према оцу.

Утврђивање очинства судским путем је једно крајње деликатно питање. На овај начин се задире у најинтимније односе људског постојања. Потребно је у судском поступку установити да ли су мајка детета и мушкарац чије се очинство утврђује имали полне односе, и не само то. Да ли је у њима дошло до зачећа. Утврђивање ових околности, које су непознате трећим лицима, ствара са становишта доказивања велике тешкоће. Напредак науке је омогућио да се у овом погледу ситуација

олакша, али још увек је ово једно од најтежих питања у породичном праву.[9]

Модерна права прихватају, у већини случајева, могућност утврђивања ванбрачног очинство у судском поступку. Одређују се субјекти који имају право на тужбу и рокови у оквиру којих се ово право може искористити. Једина забрана која се данас прихвата односи се на могућност утврђивања ванбрачног очинства детета зачетог уз биомедицинску помоћ. У овом случају се полази од тога да мушкарац који је дао семене ћелије то није учинио са намером да заснује родитељски однос, већ да учини услугу. Истовремено се мајка, прихватањем ове оплодње, прећутно одрекла права на тужбу за утврђивање очинства.

Право на утврђивање очинства према Породичном закону имају: дете, мајка и мушкарац који тврди да је отац детета. Орган старатељства није овлашћен да поднесе тужбу у одређеним случајевима, као што је то био према бившем ЗБПО. То право нема ни један други државни орган, премда је то предвиђено само као могућност у Принципима Комисије. Наиме, према осмом принципу право на тужбу мора имати у сваком случају дете. Остала лица само могу имати право (а не морају). Јер, поред детета могу имати и: мајка, природни отац (мушкарац који претендује да постане отац), свако лице које има правни интерес, државни орган. Када се ради о лицима која имају правни интерес очигледно да се овим принципом отвара једна широка могућност да тужбу могу поднети и лица, примера ради, наследници мушкарца који је претендовао да постане отац, али и Држава. Држава би могла поднети тужбу као правни репрезент детета, али и у своје име да би се установило очинство мушкарца који ће бити дужан, поред осталог, да плаћа издржавање за дете. У свим случајевима када тужбу подносе друга лица, а не дете, дете има право да у поступку изјави своје мишљење у складу са његовим правом на мишљење.

У трећем параграфу осмог принципа се каже да држава може одредити рок за тужбу за утврђивање очинства пред судом. Овај рок може бити прописан и у ситуацији када се као тужилац појављује и дете. Што се тиче нашег права тужба за утврђивање очинства је ограничена роком у свим случајевима, осим када се као тужилац јавља дете. Оно тужбу може подићи целог живота.

б. 4. Утврђивање ванбрачног порекла детета зачетог уз биомедицинску помоћ. - У Србији не постоје правила којима се регулишу услови под којима се може вршити потпомогнута прокреација. Породични закон регулише једино питање порекла овако зачетог детета. За ову прокреацију се користи један доста широк појам "биомедицинска помоћ", без прецизирања о којој се репродуктивној техници ради. Може се прихватити да се у овом случају, када је у питању очинство, ради о

[9] Преузето из: З. Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005, стр.210.

уобичајеним техникама телесног (in vivo) и вантелесног (in vitro) зачећа, било да се користи биолошки материјал (оплодне ћелије) партнера мајке (хомологна оплодња) или оплодне ћелије даваоца (хетерологна оплодња).

Породични закон не прави разлику у погледу правила утврђивања очинства овако зачетог детета с обзиром на то да ли је у питању рођење детета у браку или ван брака. Најважније је да ли је муж мајке, односно њен ванбрачни партнер, дао пристанак за поступак потпомогнутог оплођења или није. Ако је овај пристанак дат од стране мужа успоставља се претпоставка брачног очинства, ако је пристанак дао ванбрачни партнер, успоставља се претпоставка његовог ванбрачног очинства. Претпоставка очинства у овим случајевима се примењује без обзира да ли је у питању хомологна или хетерологна оплодња. [10] На овај начин законодавац је желео да обезбеди положај детета које се роди уз биомедицинску помоћ, третирајући га на исти начин као када је у питању очинство детета зачетог на природан начин. Чак и више од тога. Успоставља се претпоставка ванбрачног очинства која иначе не постоји ако је дете зачето природним путем, ван брака.

Ако није дат пристанак од стране мужа, односно ванбрачног партнера, тада се претпоставка не примењује. Дете је ванбрачно без утврђеног очинства.

Дете ће бити ванбрачно и у случају када је биомедицинска помоћ коришћена од стране жене која живи сама, без мужа или ванбрачног партнера. У овим случајевима не може се утврђивати очинство мушкарца који је даровао семене ћелије. Он ће остати анониман, а дете без оца. На овај начин законодавац је дао предност другим вредностима у односу на право детета да зна своје порекло.

Насупрот овога, у наведеним принципима се каже да ако се очинство овако рођене деце не може утврдити на основу претпоставке може се утврдити на основу признања и судским путем. Но, ипак, што се тиче нашег права остаје једна дилема која је постојала раније и у ЗБПО. Наиме, да ли би се очинство овог ета могло утврђивати признањем. Породични закон сада користи исти термин "утврђивање", за очинство које се утврђује признањем и које се утврђује судском одлуком (чл. 45. ст. 4). Из законске одредбе чл. 58. "...очинство мушкарца који је даровао семене ћелије не може се утврђивати" би се могло закључити да се не може засновати признањем очинство детета од стране мушкарца који је даровао семене ћелије. Његова намера и није да постане отац на тај начин, већ да учини један хуман гест и помогне једном пару или самој жени.

Оспоравање порекла детета

[10] Исто решење је садржано у деветом принципу.

а. Оспоравање очинства

а. 1. Опште поставке. - У нашем праву дозвољено је оспоравање очинства. У овом погледу не прави се разлика између оспоравања очинства заснованог на претпоставци брачног очинства и очинства заснованог признањем. На исти начин ово питање се регулише кроз први параграф 11. принципа. У сваком случају, оспоравање очинства утврђеног на основу судске одлуке није дозвољено.

У истом принципу се наглашава да се оспоравање врши у процедури, под контролом надлежног органа. На тај начин остављена је широка могућност националним законодавствима да за овај поступак поред судских, могу бити надлежни и неки други органи, као што су административни. Према нашем праву у овом случају су без изузетка надлежни судови, без обзира да ли је признање очинства дато у поступку пред судом или неким другим органом (матичарем или органом старате

Породични закон Србије (чл. 56) и Принципи, према томе, не праве разлику између оспоравања очинства утврђеног на основу претпоставке и на основу признање. Међутим, праве једну другу разлику. Разликују мотиве оспоравања очинства заснованог природним путем и путем биомедицинске помоћи. Очинство засновано природним путем се оспорава ради утврђивања биолошке истине, односно да мушкарац уписан у матичну књигу као отац то није. Сасвим је други мотив оспоравања очинства заснованог уз биомедицинску помоћ. У принципу, овако засновано очинство се не може оспоравати. Давањем пристанка за поступак биомедицинског потпомогнутог зачећа мушкарац (муж или ванбрачни партнер) је себе лишио права да то очинство оспорава.[11] Међутим, изузетно он то може учинити само "ако дете није зачето поступком биомедицински потпомогнутог оплођења" (чл. 58. ст. 4. Породичног закона). Примера ради у овом случају дете је зачето у превари. Поред овог мотива, у Принципима (бр. 11 (2) су наведени и други: ако је отац пристао на ову оплодњо да буду употребљене његове оплодне ћелије а коришћене су другог мушкарца, или да уопште није дао свој пристанак.

а. 2. Ко има право на тужбу. - У већини европских законодавстава, осим мужа мајке, право на тужбу за оспоравање очинства има мајка детета, дете, наследници мужа мајке и јавни тужилац. Сва ова лица морају испунити и додатне услове који се у законима траже. Пре свега, право на тужбу се мора искористити у предвиђеном року.

---

[11] Ова забрана оспоравања очинства важи без обзира на то да ли се ради о хомологној или хетерологној вештачкој оплодњи. Тиме се воља мушкарца штити не само код хетерологне оплодње, као што је било решење у ЗБПО, већ и код хомологне.

Муж, уобичајено, има право на тужбу у року од годину дана. У неким земљама рок почиње да тече од дана рођења детета, док у већем броју случајева рок тече од момента сазнања мужа за чињеницу да је дете зачето ван брака.

Што се тиче права природног оца детета да оспорава очинство мужа мајке оно је признато у француском праву и у законима извесног броја држава коме је оно послужио као узор. У неким државама признање овог права је морало бити тражено преко међународних институција које штите права човека. Тако је у једном познатом случају, Европски суд за права човека одлучио да холандски закон, којим се право на оспоравање брачног очинства признаје само мужу, није у складу са чл. 8. Европске конвенције о правима човека. У питању је била тужба мајке за оспоравање очинства њеног мужа, након чега је желела да успостави родитељски однос између детета и њеног ванбрачног партнера, који је био природни отац детета. Члан 8. поменуте Конвенције управо штити право на породични живот, који у овом случају није могао бити заснован између биолошког оца и детета, па је то и био разлог да Суд усвоји захтев мајке. На исти начин, према томе, је и непризнавање права биолошком оцу, који је живео са мајком детета, да оспорава очинство мужа мајке противно овом чл. 8, поменуте Конвенције. [12]

Наше право допушта широке могућности оспоравања брачног очинства, тј. правне претпоставке очинства мужа мајке. То право имају: дете, муж мајке, мајка, мушкарац који тврди да је отац детета (природни отац детета). На основу овога се може закључити да је претпоставка изгубила значај и да је законодавцу веома стало да се утврди биолошко порекло детета.

Према бившем ЗБПО право на тужбу су под одређеним условима имали и наследници умрлог мужа мајке. Тиме је најновији Закон одступио од једног решења које је имало своје корене у судској пракси. Изостављањем права ових лица на тужбу у позитивном праву није сасвим у складу са идејом која се овим Законом следи, да истина о пореклу детета буде врховни принцип у овој области. Наследници немају право на тужбу чак и у ситуацијама када је сасвим очигледно да умрли муж није отац детета..

Према трећем параграфу једанаестог принципа право на оспоравање очинства имају отац и дете или његов правни заступник. Поред њих ово право се може признати мајци, као и осталим лицима која имају правни интерес (нпр. родитељи умрлог оца), нарочито мушкарац који претендује да постане отац (природни отац). У овом задњем случају, када се ради о природном оцу, у принципима се не постављају услови под којима би он могао своје право остваривати. Према Породичном закону тражи се да тај

[12] Одлука: Kroon, Zerrouk et M' Hallem Driss c. Pays-Bas, serija A, br.297-C.

мушкарац у тужби којом оспорава очинство истовремено тражи и утврђивање свога очинства.[13] Оспоравање очинства успостављеног на основу претпоставке или признања не сме да угрози социјалну сигурност детета. Држава нема позитивну обавезу да једном мушкарцу дозволи могућност оспоравања очинства детета ако тај захтев није истовремено праћен пројектом за успостављање породичног живота са дететом.[14]

Четврти параграф овог принципа пружа могућност државама које то желе да искључе оспоравање очинства у ситуацијама када би то било противно најбољим интересима детета. То би могли бити случајеви, примера ради, биомедицинске оплодње или ако је мушкарац признао дете иако је знао да није његов биолошки отац. Ове забране могу бити предвиђене једино законом. У овом циљу надлежни орган може одбити извођење доказа путем генетског вештачења или анализу крви са циљем очувања породичне везе и правне сигурности, чинећи правну претпоставку очинства мужа мајке необоривом.[15]

6. Оспоравање материнства

Све одредбе из принципа који се бави оспоравањем очинства (принцип 11) примењују се mutatis mutandis и на оспоравање материнства. Једина разлика постоји у погледу мотива оспоравања. Материнство може бити оспорено искључиво из разлога што жена која је уписана као мајка није дете родила. Ово уосталом и проистиче из правила да је мајка жена која је дете родила. Ово је могуће, примера ради, у случају замене деце у породилишту. Жена која оспорава материнство јесте родила дете, али не то чије материнство оспорава.

И бивши и садашњи закон Србије изричито регулишу ово питање. Ово посебно треба нагласити будући да неки закони, као што је случај са црногорским Породичним законом, у овом случају примењују аналогију са правилима која регулишу оспоравање очинства, уколико из природе тих одредби не проистиче шта друго.

Према Породичном закону Србије (чл. 44) материнство жене која је уписана као мајка детета у матичну књигу рођених може бити оспорено и при томе се не прави разлика да ли је дете зачето природним путем или уз

---

[13] У бившем Закону о браку и породичним односима , чл.106., захтеван је још један услов, постојање заједнице живота између тужиоца и мајке детета у периоду зачећа или рођења детета.

[14] Овакав став је заузет и у пракси суда у Стразбуру. Видети: Req.22920/93, одлука: M.B. c. Royaume-Uni, od 6.4.1994, D.R.77-A, str.116.

[15] У овом смислу и: Одлука суда у Стразбуру X, Y i Z c. Royaume- Uni od 22. aprila 1997, Serija A.У овој одлуци Суд констатује да је овакво одбијање енглеског суда да нареди генетско вештачење везано за интерес детета да и даље живи у породици у којој је одгајано и да постоји ризик угрожавања стабилности детета .

биомедицинску помоћ. Право на оспоравање материнства имају: (1) дете, (2) жена која је уписана у матичну књигу као мајка детета, (3) жена која тврди да је мајка ако истом тужбом тражи утврђивање свог материнства, (4) мушкарац који се по овом закону сматра оцем детета.

Само изузетно, у случајевима изричито набројаним у закону, забрањено је оспоравање материнства.

Није допуштено оспоравање после усвојења детета. Ово би било противно стабилности односа који се заснива усвојењем. У овом случају једино дете може да сазна своје право биолошко порекло, али не у поступку оспоравања родитељства.

Није допуштено оспоравање после смрти детета. Будући да је право оспоравања материнства према ЗБПО било ограничено роком (до 25. године детета) оваква одредба је раније била логична. Међутим, у ситуацији када ово право више није везано за рок, питање права наследника умрлог детета може бити врло актуелно. Прописивање могућности оспоравања материнства после смрти детета, ако је оставило наследнике, чини се с тога логичним.

Наше право прописује и рокове у којима се право на тужбу за оспоравање порекла у односу на закону утврђеног оца или мајку може искористити. Рок једино није предвиђен за дете. У свим случајевима дете ово право може искористити током целог живота. И 13. принцип на известан начин отвара ову могућност. Наиме, према њему, национална законодавства могу за извесна лица предвидети рокове за вршење овога права. Истовремено, предвидеће се моменат од кога рокови за тужбу почињу тећи. То може бити, примера ради, моменат рођења или пунолетства детета. Основни циљ који се жели овим постићи је обезбеђење детету стабилних услова за развој. С тога се и истиче да ти рокови не би требали бити дугачки, да би се једном дефинитивно знало ко су родитељи детета.

Очигледно да је решењем из Породичног закона по коме дете има право на тужбу током целог живота превагнула идеја о праву детета на сазнање порекла без ограничења. Међутим, чини се да је стабилност породичних односа и правна сигурност у статусним односима овим доведена у питање. Интереси детета и осталих лица у родитељском односу, која имају право на заштиту свог приватног и породичног живота, били би подједнако заштићени да је пунолетном детету признато право на оспоравање очинства мужа мајке у року од две године од дана сазнања за околности да муж мајке није његов отац.16

Доказивање

[16] З.Поњавић, Породично право,н.дело, стр.199.

Четрнаести принцип се односи на могућности утврђивања биолошке истине на основу најновијих медицинских и генетских техника. Подаци добијени путем њих могу бити коришћени у поступцима утврђивања и оспоравања порекла детета. Употреба најновијих техника анализе ДНК отиска, комбинован са осталим медицинским методама, омогућава данас да се са готово 100% сигурношћу утврди ко јесте, односно ко није родитељ детета. С тога државе треба да предузму све мере како би се олакшао приступ новим медицинским техникама и допусте коришћење овако добијених информација у поступцима утврђивања порекла детета. У овом циљу би се могло предвидети: обавезу странака да се подвргну анализи крви или ДНК, увођење правила према коме би одбијање једне стране да се подвргне анализи представљало доказ који би се користио против ње, предвидети финансијску помоћ за коришћење наведених метода у систему здравственог осигурања.

Један од основних проблема који се овде појављују везан је за дилему усаглашености обавезе подвргавања овој анализи са неким уставним одредбама. Питање се у суштини своди на то да ли се крвна експертиза или нека друга генетска истраживања у циљу испитивања порекла детета могу наметати и против воље лица која су заинтересована (првенствено се мисли на тужену страну, али и на друге учеснике у поступку). Ово питање данас све више добија на значају у контексту права да зна своје порекло. Међутим, ово постаје голо право ако путативни отац, мајка или дете, одбију да се подвргну наведеној анализи.

У овом погледу треба подсетити на неколико одлука Комисије за права човека у којима се констатује да обавеза подвргавања анализи у циљу успостављања порекла детета није противна правима евентуалног оца која проистичу из чл. 8 Европске конвенције о људским правима, будући да је у складу са најбољим интересима детета. Међутим, без обзира на све ово државе немају обавезу да прихватање овог теста учине обавезним за странке.[17] Поставља се питање како тумачити израз "допусти коришћење" који се користи у 14. принципу, када се ради о примени ових доказа. Сматра се да суд није увек у обавези да нареди прибављање медицинских и генетских информација, нити је дужан да прихвати резултате једног теста које он није одредио. Разлози оваквог одбијања од стране суда могу бити очување породичних веза и правна сигурност, као што то јасно у својој једној одлуци каже Европски суд за права човека.[18]

У упоредном праву, познато је, никакво средство принуде било у виду новчане казне или казне затвора не може бити наметано. Ово важи за право В. Британије као и за земље романског правног система.

---

[17] Видети напомену под бр.15.

[18] Одлука X., Y i Z protiv Royaume-Uni od 22. aprila 1997, Serija A.

Насупрот овог, у Немачкој, као и у нордијским земљама, судови могу наредити овакво испитивање, по правилу и уз помоћ полиције. Тако чл. 372. Грађанског процесног кодекса Немачке успоставља обавезу свих лица у поступку, не само дакле странака, да прихвате да се подвргну узимању крви ради утврђивања њихове крвне групе. Ако овакав захтев по одлуци суда буде ипак одбијен од стране лица на које се она односи, према чл. 372. ал. 2, у вези чл. 390. Процесног кодекса предвиђа се санкција, новчана казна или казна затвора, а ако то не уроди плодом ово испитивање може бити спроведено и употребом силе.

Одбијање једног лица да се подвргне крвној експертизи у пракси енглеских судова најчешће доводи до тога да се усвоји захтев противне стране. Слична ситуација у погледу овог решења је и у француском праву. Иако овде не постоје директне одредбе које би забрањивале примену силе или примену казни затвора ради употребе једног оваквог доказног средства, постоји принцип, одувек прихваћен, о "неповредивости телесног интегритета" који искључује сваку примену силе у овом погледу. Једина могућност са којом француски суд располаже је да, у складу са чл. 11. Новог грађанског процесног кодекса, такво одбијање буде слободно цењено. Односно, такво одбијање ће суд ценити у склопу свих других доказа. Неповредивост телесног интегритета као принцип се примењује не само у грађанском већ и у кривичном и другим поступцима.

Наше право нема изричите одредбе у закону која би регулисала питање узимања крви од лица у поступку вештачења (доказивања) очинства или материнства. Одбијање једног лица да се подвргне биолошкој експертизи наши судови, слично као и француски, цене слободно, у склопу других околности, управо као и његово ускраћивање да дâ исказ приликом извођења доказа саслушањем странака. Све се углавном своди на напомену да се странка не може принудити на узимање крви ради анализе крвних група и крвних фактора. При овоме се обично сви позивају на чињеницу да би супротно понашање значило повреду телесног интегритета личности.[19]

Промена порекла

У 15. принципу се говори о промени порекла детета путем усвојења. Да би се усвојење засновало основно је да родитељи детета, отац и мајка,

[19] Ако је утврђивање истине о пореклу детета постало један од врхунских принципа и права детета, у области где је данас државна интервенција највећа и још дуго ће тако остати, онда свако позивање на повреду телесног интегритета приликом присилног узимања "мале количине крви" је крајње лицемерно. Уосталом, у чл.6.ст.1. ПЗС се каже да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета.

дају своју сагласност. Сагласност се не може повући. Државе могу захтевати и сагласност детета ако се оно према националном праву сматра да поседује довољну способност за то.

Државе могу предвидети случајеве када се сагласност родитеља, оба или једног, неће тражити. Нарочито ако су у питању родитељи који не врше родитељско право, или се њихова сагласност не може добити ако им је пребивалиште непознато, ако су непознати, ако су умрли.

Сагласност са усвојењем морају дати оба родитеља, без обзира да ли оба врше родитељско право. То значи да ће сагласност дати и онај родитељ који по разводу не врши родитељско право, зато што се тако договорио са другим родитељем или је такву одлуку донео суд.

Сагласност се неће тражити од оног родитеља који је потпуно лишен родитељског права или потпуно лишен пословне способности, или је лишен права до одлучује о питањима која битно утичу на живот детета из чл. 82. ст. 4. ПЗС. Наравно, сагласност само једног родитеља биће довољна и онда ако је само он познат.

Ако су оба родитеља потпуно лишена родитељског права или пословне способности дете се ставља под старатељство. У овом случају сагласност са усвојењем даје старатељ, уз одобре органа старатељства.

Малолетство родитеља није сметња да се од њега тражи сагласност, под условом да се еманциповао на законом предвиђен начин. Ако је један од родитеља детета умро, усвојењу се могу противити његови родитељи (деда и баба). Њихово противљење не представља формалну сметњу за заснивање усвојења, али ће га свакако орган старатељства узети у обзир при процени најбољег интереса детета.

Претходна сагласност родитеља на усвојење према нашем праву може бити дата на два начина: (а) уз означавање усвојитеља, или (б) без означавања усвојитеља, тзв. бланко сагласност. Да би заштитио оца и мајку детета од исхитрених одлука, донетих под утицајем пролазних тешкоћа, законом им је омогућено да дату сагласност могу повући, насупрот Принципа, где се ово, видели смо, не допушта. Родитељи ово могу учинити у року од 30 дана од дана када је сагласност дата. Овај рок је доста кратак и није у складу са важношћу одлуке која се мора донети. Сагласност је повучена и ако то учини само један од родитеља детета. Да би осујетио могуће злоупотребе овог права на повлачење сагласности, предвиђено је да се то може учинити само једном.

Са усвојењем се мора сагласити и дете које се усваја под условом да је навршило 10 година живота и које је способно за расуђивање. [20] Овим се конкретизује право детета из чл. 65. ст. 4, по коме оно може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном

[20] Што је нижа граница него у шведском праву, 12 година (одсек 5 Закона о родитељству и старатељству) или немачком праву, 14 година (чл.1746.ст.1.BGB).

поступку у коме се одлучује о његовим правима под условом да има наведену доб и способност.

Петнаести принцип говори о престанку усвојења, поништењем. Пре него што усвојеник постане пунолетан усвојење може бити поништено само на основу одлуке надлежног органа ако постоје озбиљни разлози за то законом одређени, водећи рачуна о најбољим интересима детета.

И Породични закон Србије предвиђа могућност поништења усвојења, као једини начин његовог престанка правним путем. При томе се разликују разлози рушљивости и ништавости. Ништаво је усвојене приликом чијег заснивања нису били испуњени услови за његову пуноважност предвиђени законом, који се тиче усвојеника, усвојитеља и њиховог међусобног односа (чл. 89 - 103 Породичног закона).

Тужбу општинском суду може поднети усвојитељ, усвојеник, родитељ односно старатељ усвојеника, лица која имају непосредни правни интерес да усвојење буде поништено као и јавни тужилац. Право на тужбу није ограничено роком.

Ако је сагласност за усвојење дата под принудом или у заблуди оно је рушљиво (чл. 108). Тужба за поништење усвојења се, у овом случају, може поднети само од стране лица које је дало сагласност за усвојење под принудом односно у заблуди. Право на тужбу је ограничено роком од године дана од дана када је принуда престала односно заблуда уочена.

Очигледно је да су могућности за поништење у нашем праву прилично велике. То се види кроз круг лица са правом на тужби и рокове за њу. Ти разлози могу бити понекад готово неважни, нарочито ако се ради о разлозима рушљивости. Поготову када се пореде са штетом коју поништење може изазвати. Ако је дете засновало стабилне и присне односе са својим усвојитељима, рушење такве везе може бити кадкад противно најбољим интересима детета. Стога се чини да се наш законодавац кроз конципирање овог института држао устаљене концепције код поништења било ког правног акта, а мање о најбољим интересима детета, као што се истиче у овом принципу. Примера ради, да ли би требало поништити усвојење по тужби јавног тужиоца, после низа година по његовом заснивању, због ненадлежности органа пред којим је засновано усвојење у очигледној ситуацији када је дете нашло свој дом и родитеље који се на најбољи начин брину о њему.

У принципима се не говори о другим начинима, осим усвојења, промене порекла детета. Међутим, наглашава се потреба да се и у будућности, када буду усвојене нове форме (као што је нпр. материнство из услуге) увек води рачуна , о заштити најбољих интереса детета.

Закључак

Одредбе Породичног закона Републике Србије којима се регулише успостављање правне везе између родитеља и детета углавном су у складу са принципима које је усвојила Европска комисија за породично право Савета Европе (CJ-FA). Може се једино поставити питање да ли је у сваком случају погођен "најбољи интерес детета". Најбољи пример за ово представљају одредбе Породичног закона којима се отварају широке могућности за поништење усвојења.

Dr Zoran Ponjavic
a full-time professor

PRINCIPLES OF THE EUROPEAN FAMILY LAW ON ESTABLISHING LEGAL CONNECTION BETWEEN A CHILD AND A PARENT AND OUR FAMILY LAW

In this paper, the Author compares the solutions of the Family Law of the Republic of Serbia regarding establishment of a child's origin in relation to their parents with the Principles adopted on 15 January 2002 by the European commission for family law of the Council of Europe. Matters at issue are norms which regulate establishment of maternity and paternity, establishment of paternity in case of assisted procreation and questioning of paternity and maternity.

In his work, the Author states that the Family Law contains almost the same solutions as the above named Principles. The only question raised is whether "the child's best interest" is always well ballanced. This particularly relates to the provisions of the Law which regulate annulment of the adoption.

Вељко Влашковић,
асистент-приправник

UDK: 627.2(481)

ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ НОРДИЈСКОГ МОДЕЛА РАЗВОДА

Нордијска друштва прешла су дуг пут од ратничке цивилизације до државе благостања која се стара о сваком свом грађанину. Заједно са скандинавским друштвима мењали су се, наравно, и брачни и породични односи који су у њима владали, као нераздвојно уткани у друштвене односе.

Како је једно од централних питања сваког брачног права развод брака и основ на којем као такав почива, ова правна установа није могла остати имуна на промене кроз које су пролазила нордијска брачна права у свом развитку. Управо је начин уређења развода представљао круну задивљујуће еволуције нордијских породичних права у којој су се скандинавска брачна права успела за степеницу више од осталих. Шведско право је као предводник скандинавских породичноправних реформи, уздигло право на развод као субјективно грађанско право. Ово је означило тријумф индивидуализма и заштите права и интереса појединца.

Породичноправне реформе постају у већини случајева само средство државе да омогући предуслове за срећу сваког њеног грађанина. Државни интереси се махом не супротстављају интересима појединца, а случајеви где се таква колизија није могла избећи своде се на минимум (апсолутне брачне сметње).

Да би се схватила револуција коју су покренула скандинавска брачна права неопходно је кратко се осврнути на темеље из којих су ницале нове правне идеје.

I Особеност нордијског бракоразводног права

А) Историјска и политичка подлога

Нордијском (Скандинавском) правном кругу припадају: Шведска, Норвешка, Финска, Данска и Исланд, упркос чињеници да ове две последње државе не припадају Скандинавском полуострву у географском смислу. Веома блиска култура, историја, религија и језик[1] су оно што чини

[1] Само се фински језик у одређеној мери разликује од осталих језика који су међу собом веома блиски што олакшава комуникацију. Видети Б. Кошутић, Увод у велике правне системе данашњице, Београд, 2002, стр. 116.

да се изрази "нордијски" и "скандинавски" сматрају синонимима, иако то није језички исправно.[2]

Нордијски правни круг и у оквиру њега особено скандинавско бракоразводно право настали су као последица јединственог примера удруживања географских, економских, религијских, правно-историјских, политичких и нарочито друштвено-културних фактора.[3] Нарочито ваља истаћи да утицај римског права није био тако значајан као код других европских континенталних земаља. Наиме, римско право је допрло до Скандинавије тек у XVII в., "у доба кад су се традиционалне правне институције већ увелико учврстиле у правима провинција и градова и биле примењиване у вешто изграђеном судском систему".[4] Јасно је да се нордијско право, а са њиме и скандинавско бракоразводно право, темељило пре свега на обичајном праву. Оно није имало такав примат као у Енглеској, али је рецепција римског права била неупоредиво мање изражена у односу на континенталну Европу.

Образовање нордијског правног круга пратиле су идеје о либералном разводу брака које су довеле до настанка особеног нордијског модела развода. Овај модел развода није настао само као последица јединственог сплета околности које су се нашле на страни нордијских друштава.

Почетком XIX в. скандинавске државе кренуће у координирану акцију са циљем да усагласе своја брачна права. Ово ће представљати један од кључних догађаја, не само за развој скандинавског, већ пре свега европског брачног законодавства.

Б) Хармонизација брачног права нордијских држава

Током XIX в. сва скандинавска друштва су прошла кроз промене које су раскрстиле са патријархалним и хијерархијским структурама. Полако се рађала идеја о потреби свеобухватне реформе брачних права и чекала се само повољна правнополитичка клима да се крене са подухватом. Тај тренутак долази у првој деценији наредног века са доласком социјално-демократски оријентисаних партија на власт.

---

[2] Видети K. Zweigert and H. Kötz, Introduction to comparative law, Oxford, 1998, стр. 277.

[3] Због своје периферности у географском смислу ове земље нису биле на путу освајача, што им је доносило унутрашњу стабилност. Затим, поседовале су приближно једнаку економску моћ, која је између осталог била и последица приближно једнаке популације. Видети исто, стр. 284. Религијски предуслови су се огледали у раном одстрањивању утицаја цркве на правне односе, али и у чињеници да је становништво у овим државама било у огромној мери протестантске (лутеранске) вероисповести. Видети K. Melby, Liberalisering av skilsmisse-en nordisk modell?, www.nit.no/nt/sum/013-1.html. На крају не треба заборавити ни да су неке од ових земаља дуго међу собом чиниле политичку заједницу (Норвешка је била у заједници и са Данском и са Шведском). Видети Б. Кошутић, op. cit, стр. 116.

[4] K. Zweigert and H. Kötz, op. cit, стр. 284.

Најпре се јављају нови закони из области родитељског права који су се односили на родитељско старање. Потом 1909. на ред долази и брачно право и развод брака као правна установа. У овој години предузимају се два истински важна корака којима се означава почетак велике скандинавске реформе брачног права.

Норвешка постаје прва нордијска држава која доноси 1909. нови Закон о разводу брака. Овим законом омогућава се развод узајамним пристанком супружника-тзв. споразумни развод брака. Поменути закон постаје инспирација за реформу брачних права у свим скандинавским земљама.[5]

Те исте 1909. на иницијативу Шведске образован је Комитет за породично право. Комитет су чинили представници три нордијске земље : Шведске, Норвешке и Данске.

Циљ је био обједињавање напора зарад заједничког интереса-реформе скандинавског породичног права. Пут којим су кренуле ове три земље послужио је као узор двема преосталим нордијским земљама Финској и Исланду.

Комитет за породично право је крунисао свој вишегодишњи рад са два објављена извештаја. Први извештај се односио на правне односе поводом закључења и престанка брака и објављен је 1913. Други се тицао правног дејства брака и са њим се у јавност изашло 1918. Ови извештаји су уз неке измене преточени у нацрте и касније су постали закони.[6]

Процес доношења низа закона из области брачног права у нордијским земљама, који се обично означава као велика скандинавска реформа, трајао је до 1929., односно до доношења финског Закона о браку.[7]

Једна од најзначајнијих последица ове нордијске акције била је, поред увођења начела равноправности и једнакости у брачним правима и дужностима, и либерализација развода. Дошло је до новог погледа на брак, на који се више није гледало као на доживотну заједницу. Наравно, да је оваква активност Комитета за породично право морала наићи на известан отпор у одређеним круговима.[8]

---

[5] Видети Christina Carlsson Wetterberg, Kary Melby og Bente Rosenbeck, " The Nordic model of marriage and the welfare state", www. genus.lu.se/forskning/Nordic%20Model.pdf, 2001, стр.2.

[6] Видети исто, стр. 3.

[7] У међувремену, између норвешког Закона о разводу из 1909. и финског Закона о браку из 1929. донет је читав низ закона као резултат скандинавске иницијативе: у Шведској 1915 Закон о проглашењу и престанку брака и нови Закон о браку 1920; у Норвешкој Закон о закључењу и престанку брака 1918. и Закон о имовинским односима супружника 1927; у Данској Закон о закључењу и престанку брака 1922. и Закон о правним последицама брака 1925.

[8] Интересантно је да је највише отпора оваквим решењима било у шведском парламенту где су се могли чути ставови како овакава схватања представљају озбиљну претњу породици. Ишло се дотле да је оспоравана равноправност жене са мушкарцем и све што би проистицало из једне такве једнакости. Најбоља илустрација противљења конзервативних

Поред конзервативних политичара и правних теоретичара, друга друштвена снага која је била против реформе била је црква. Иако је протестантска црква била неупоредиво толерантнија по питању развод од римокатоличке, одузето јој је право да разводи бракове.[9]

Основна идеја, која је изникла из овог заједничког подухвата нордијских држава је била идеја о разводу као субјективном грађанском праву. Садржана је у максими да "несрећне бракове треба окончати, разочарани супружник треба имати право на развод".[10] Тако је утрт пут ономе што је данас познато као "нордијски модел развода".

II Нордијски модел развода и његове карактеристике

А) Нордијски развод у контексту бракоразводних система

Уобичајено је рећи да у теорији брачног права постоје три система развода брака : систем развода-санкције, систем развода због поремећености брачних односа (развод-лек) и мешовити систем. Законодавац се опредељује за један од ова три традиционална бракоразводна система одређивањем бракоразводних узрока. Као што ће се видети, скандинавско брачно законодавство је кренуло сопственим путем.

Да би се одредило место нордијског модела развода, најпре треба утврдити његов однос са осталим бракоразводним системима. То се постиже сагледавањем бракоразводних узрока у правима нордијских држава и њиховим евентуалним подвођењем под један од три поменута бракоразводна система

Када су у питању бракоразводни узроци који се заснивају на кривици једног од супружника, ваља истаћи да њих предвиђа брачноправно законодавство Данске и Норвешке. Наиме, сходно данском Закону о закључењу и престанку брака од 9. марта 1999. године, брак се, између осталог, може развести и због : прељубе (чл. 33. Глава 4. Закона о

снага су забележене речи једног данског професора права који је описао дански предлог закона као "ужасавајући пример апстрактних начела...без поштовања људске природе и неспорних граница између мушкарца и жене". Видети исто.

[9] О томе да је један од правнополитичких циљева ове реформе било и онемогућавање црквеним властима да се мешају у питања развода сведочи и реченица Јохана Кастберга, једног од главних реформских политичара, који је записао у свом дневнику након доношења норвешког Закона о браку 1909. "бискупи и пастори више нису предодређени да се баве разводима више од било ког другог грађанина". Видети Kary Melby, op. cit. стр. Узалуд је црква истицала да нацрти закона "представљају безвредно схватање брака", она је била немоћна да заустави велику скандинавску реформу брачног права. Видети Christina Karlsson Wetterberg, Kary Melby og Bente Rosenbeck, op. cit, стр. 3.

[10] Исто, стр. 7.

закључењу и престанку брака), односно из узрока који је означен као насиље (чл. 34. Глава 4. истог закона).

Прељуба се у данској правној теорији одређује као појам који у себи не обухвата само намерне и својевољне сексуалне односе са особом супротног пола ван брака, већ и одржавање хомосексуалних ванбрачних односа, као и других, како се каже, "сличних односа".[11]

Интересантан је начин доказивања прељубе у данском породичном праву. Прељуба се, наиме, превасходно доказује признањем другог супружника и треће стране.[12] Ако се не може употребити ово доказно средство, приступа се извођењу тзв. секундарних доказа.[13]

Када је у питању судска пракса по овом питању, треба рећи да су судови имали и углавном задржали висок критеријум по питању стандарда доказивања да су наступиле околности које овај бракоразводни узрок тражи.[14] Међутим, данашња данска судска пракса је крајње оскудна по овом питању. Разлог лежи у чињеници да се бракови у Данској данас изузетно ретко разводе по основу овог бракоразводног узрока. Није тешко извести закључак да ће у блиској будућности овај бракоразводни узрок бити укинут.

Други бракоразводни узрок у позитивном данском брачном праву који се заснива на кривици јесте насиље. Под насиљем се подразумевају насилне радње озбиљне природе уперене против другог супружника или деце.[15] Као доказно средство у овом случају најчешће служи лекарско уверење.

Од осталих скандинавских права једино још Закон о браку Норвешке из 1991. предвиђа бракоразводни узрок заснован на кривици. Норвешки законодавац, тако предвиђа у чл. 23. поменутог закона да супружник може захтевати развод ако је други супружник намерно покушао да га убије или да убије њихову децу, или их је својевољно подвргао тешком злостављању, односно ако се један супружник понашао на начин који би вероватно изазвао озбиљан страх код другог. Развод се у овим случајевима може добити одмах, без чекања да истекне рок за раставу. О растави као

---

[11] Видети Ingrid Lund-Andersen, Lise Krabbe, "Grounds for divorce and maintenance between former spouses", Department of private law, University of Arhus, www2.law.uu.nl/priv/cefl/reports/pdf.Denmark02.pdf, 2002, стр 9.

[12] Одговарајући управни орган трећој страни представља унапред одштампан формулар који се испуњава тако што трећа страна даје изјаву воље којом признаје да је била у интимним односима са лицем које се окривљује за прељубу.

[13] Могуће је, на пример, доказивати да је супружник провео ноћ у хотелу са особом супротног пола. Видети исто, стр. 9.

[14] Интересантна је у том смислу једна одлука данског суда из 1954., којом је суд нашао да није доказано "ван разумне сумње" да је жена починила прељубу "иако је живела извесно време у стану код другог мушкарца, где је он имао само столицу са наслоном, сто и орман". Видети исто, стр. 10.

[15] Видети исто, стр. 11.

посебној правној установи коју познају нека нордијска права, биће речи касније.

Позитивна права Шведске и Финске, са друге стране, не предвиђају бракоразводни узрок који би се заснивао на кривици супружника. Када је у питању општи бракоразводни узрок заснован на тешкој поремећености брачних односа, којег познаје велики број европских породичних права, укључујући и наше,[16] мора се истаћи да га не предвиђа ниједно од нордијских брачних права.

Из свега напред реченог могао би се извести закључак како се нордијски бракоразводни систем заснива на систему развода-санкције. Такво схватање, међутим, било би више него погрешно.

У норвешкој судској пракси свега 0,3% бракова се разводи по бракоразводном узроку заснованом на кривици.[17] У Данској, такође, бракоразводни узроци засновани на кривици имају маргиналан значај.

Поставља се неминовно питање ком систему за развод брака припада нордијски модел развода.

Одговор се може наћи у изузетном значају једне правне чињенице за судбину брака. Реч је о изјави воље једног од супружника да се брак разведе.

Због свега овога, чини се, да би се могло рећи да се скандинавски бракоразводни систем не може препознати ни у једном од поменута три традиционална система за развод брака.

Највише би, чини се, одговарало истини ако би се рекло да се нордијски модел развода заснива на систему изјаве воље супружника, као особеном четвртом бракоразводном систему.

Б) Изјава воље супружника као једини "бракоразводни узрок"

Изјава воље је правна чињеница од огромног значаја за грађанско право. У скандинавским породичним правима она је од посебне важности.

Утицај изјаве воље као правне чињенице на нордијско породично право треба посматрати са два аспекта: изјаве воље једног супружника да се брак оконча и сагласне изјаве воља супружника да дође до развода брака.

У Шведском праву, тако довољна је изјава воље само једног супружника да би се брак развео. Истина, неопходно је да истекне рок за

---

[16] Видети чл. 41. Породичног закона Србије, "Службени гласник Републике Србије", 18/05.

[17] Видети Tone Sverdrup,"Grounds for divorce and maintenance between former spouses", Department of private law, Faculty of law, University of Oslo, www2law.nl/priv/cefl/Reports/pdf/Norway02.pdf, 2002, стр. 6. Овај податак се односи на 2000. годину.

размишљање од шест месеци да би се издејствовао развод брака[18] (чл. 2. Глава 5. Закона о браку Шведске из 1987.).[19] Када истекне рок за размишљање од шест месеци, супружник који је тражио развод брака, мора обновити захтев уколико жели да се разведе. У случају да се захтев за разводом не обнови након годину дана од покретања поступка за развод, тужба за развод ће се сматрати повученом.[20]

Као што се може видети, по шведском Закону о браку из 1987., "узрок" за развод брака је у ствари изјава воље једног од супружника. При томе, не тражи се да је уопште нарушен на било који начин брачни однос између супружника. Из тог разлога сам законодавац говори о праву на развод, а не о бракоразводном узроку.[21] Ово право је само донекле ограничено увођењем рока за размишљање. О року за размишљање као правној установи која представља ретку примену начела институционалности у шведском брачном праву, биће касније речи на одговарајућем месту.

Фински закон о браку од 13. јуна 1929., измењен 1987., такође уводи изјаву воље једног супружника ка главни "узрок" за развод брака.[22] Ово питање је уређено на идентичан начин као у шведском праву.[23]

И норвешко и данско право такође омогућавају развод брака на основу изјаве воље једног супружника. Разлика у односу на шведско и финско право је у начину на који је право на развод брака ограничено. Уместо рока за размишљање ова права уводе модерном праву прилагођену установу раставе. Овај, сад прилагођени, добро познати правни институт, предвиђен је у чл. 20-21 Глава 4. Закона о браку Норвешке из 1991., односно у чл. 31. Глава 4. данског Закона о закључењу и престанку брака из 1999.[24] Установу раставе предвиђа и породично право Исланда.[25]

---

[18] Видети Maarit Jänterä - Jareborg, "Grounds for divorce and maintenance between former spouses", University of Upsala, www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/Sweden02.pdf. 2002, стр. 4.

[19] Важећи шведски Закон о браку (Äktenskapsbalken) из 1987. у ствари обухвата норме Закона о браку из 1973. Ова правила и сад важе уз мање измене које су учињене 2000.

[20] Сматра се да је бракоразводни поступак отпочео моментом достављања тужбе другом супружнику, тј . туженој страни. Видети Maarit Jänterä - Jareborg, исто.

[21] Видети чл. 1. и чл. 2. Глава 5. Закона о браку Шведске.

[22] Колики се значај придаје вољи супружника у финском брачном праву најбоље се огледа у владајућем ставу финске правне доктрине да се супружницима има омогућити развод и кад изјаве "да су дубоко привржени једно другом и да желе наставити да живе заједно, али просто имају намеру да раскину ту формалну, правну везу." Видети Matti Savolainen, "Grounds for divorce and maintenance between former spouses", Helsinki, www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/Finland03.pdf, 2002, стр. 6.

[23] Развод брака је у финском Закону о браку уређен у чл. 25 - 31.

[24] Као што се да приметити, скандинавски породични законодавци ,за разлику од наших, не практикују да материју породичног права уређују кодификацијом у ужем смислу, већ путем више закона који уређују поједине делове породичног права. Такав случај је постојао у нашем породичном законодавству након Другог светског рата.

Сходно томе, супружник који нађе да не може наставити брачну заједницу, може захтевати раставу (чл. 20. Глава 4. Закона о браку Норвешке). Тек након истека једне године од одобрења раставе, брак се може развести (чл. 21. Глава 4. Закона о браку Норвешке). Одредбу о растави у суштини истоветне садржине има и дански Закон о закључењу и престанку брака. Брак се, такође, може развести ако само један супружник у том смислу изјави вољу, али је растава тада као и у норвешком праву обавезна фаза бракоразводног поступка. Рок трајања раставе и према данском законодавству износи годину дана и једнако као у норвешком праву представља предуслов да би се донела пресуда о разводу брака (чл. 31. поменутог данског закона).

О растави и њеним правним последицама ће, као и о року за размишљање, бити више говора касније.

Напред је речено како се у нордијским правима брак, уз извесна ограничења, може развести на основу изјаве воље само једног од супружника. Поставља се, међутим, питање шта карактерише развод брака када су оба супружника сагласна са разводом.

У случају када оба супружника дају сагласну изјаву воље у смислу развода брака, уговорна правна природа брака долази до знатно већег изражаја. Поступак за развод брака се на тај начин олакшава и умногоме скраћује.

Тако ће, ако су сагласни са разводом, супружници у Шведској моћи одмах да се разведу, без икаквог рока за размишљање (чл. 1. Глава 5. Закона о браку Шведске). Воља супружника, међутим, није неприкосновена. Ако супружници имају заједничку децу испод 16 година, рок за размишљање је обавезан (чл. 2. Глава 5. истог закона). Начело нарочите заштите интереса деце у свим модерним породичним правима јесте примарно.

Са друге стране, у брачном праву Данске, где уместо рока за размишљање постоји законом утврђен период раставе, долази до скраћења времена раставе. Сходно томе, уколико су супружници сагласни да се њихов брак разведе, обавезни период раставе која претходи разводу неће бити годину дана, већ шест месеци (чл. 31. Закона о закључењу и престанку брака Данске).

У Норвешкој и Финској, ситуација је у неку руку другачија. Наиме, основни позитивни извори брачног права у овим државама уопште не помињу сагласну изјаву воља супружника као правну чињеницу која би имала утицаја на развод. У том смислу, изричито се у правној литератури наводи како је споразум супружника "неважан у норвешком бракоразводном систему"[26], односно како фински систем за развод брака

---

[25] Видети felagsmalaraduneyti.is/fel.nsf/enska/$file/enska.pdf

[26] Tone Sverdrup, op. cit, стр. 5.

"не садржи ниједан традиционални принцип који важи за развод"[27], укључујући и споразумни развод брака. По свему судећи, у норвешком и финском брачном праву, сагласност воља супружника се третира само као збир две равноправне индивидуално изјављене воље. То што се те две изјаве воље међусобно поклапају не даје само по себи никакав нови квалитет.

Сагласна изјава воља супружника да се брак разведе, међутим, има у правима појединих скандинавских држава велики процесноправни значај. Тако, по брачним праву Данске, од тога да ли су супружници сагласни са разводом зависи не само стварна надлежност одговарајућег органа, него и врста поступка.[28] У том смислу, ако само један супружник захтева развод, брак се може развести само пред судом у судском поступку. Ако су, међутим, супружници заједно затражили развод брака, стварну надлежност имаће управни орган у управном поступку.[29]

У брачним правима Шведске, Норвешке и Финске, сагласна изјава воља супружника да се брак разведе није од значаја за заснивање стварне надлежности, нити за врсту поступка за развод брака.[30]

Може се закључити да је изјава воље супружника да се брак разведе, без сумње, најважнији "узрок" за развод брака у нордијским државама.[31]

И поред извесне различитости у нордијским брачним законодавствима, могућност да се брак разведе само на основу изјаве воље једног супружника, управо је оно што чини скандинавски бракоразводни систем тако особеним.

Поред воље супружника да се брак разведе, у нордијским брачним правима постоји још један бракоразводни узрок заснован на модерном схватању брака. Реч је о непостојању заједнице живота између супружника која је непрекидно трајала одређено време.

---

[27] Matti Savolainen, op. cit, стр. 6.

[28] Видети чл. 42. Закона о закључењу и престанку брака Данске.

[29] Додуше, дански закон тражи кумулативно испуњење још неких услова поред сагласне изјаве воља супружника да би се брак могао развести пред управним органом. Тачније речено, сматра се да сагласност воља у себи мора обухватити и сагласност о неким другим питањима, а не само о питању развода брака.

[30] Видети Maarit Jänterä - Jareborg op. cit, стр. 6, Tone Sverdrup, op. cit, стр. 4, Matti Savolainen,op.cit, стр.5.

[31] То јасно показује статистика о разлозима за развод бракова у Скандинавији. Тако се, примера ради, у Норвешкој у 2000. години у 93, 8% случајева брак разводио изјавом воље једног или оба супружника на основу претходне раставе. Слично је и у Финској где се пред Градским судом Хелсинкија у 2000. години 90% бракова развело по истеку шестомесечног рока за размишљање. Видети, исто, стр 3, стр.4.

B) Непостојање заједнице живота између супружника као бракоразводни узрок

Континуирано непостојање заједнице живота у одређеном временском периоду није специфичан нордијски бракоразводни узрок. Познају га и многа друга европска законодавства.[32] Оно што је, међутим, особеност поменутог бракоразводног узрока у скандинавским брачним законодавствима јесте рок у ком се тражи непостојање заједнице живота између супружника. Тај рок је у нордијским правима краћи, него у осталим важећим европским брачним законодавствима. Поменути рок је исти у правима свих скандинавских држава и тражи се непрекидно одсуство заједнице живота између супружника у року од две године да би се брак по овом основу могао развести. (чл. 4. Глава 5. Закона о браку Шведске, чл. 22. Глава 4. Закона о браку Норвешке, чл. 32. Глава 4. Закона о закључењу и престанку брака Данске, одговарајуће одредбе садржане у чл. 25-31. Закона о браку Финске).[33]

Ако супружници нису остваривали заједницу живота две године непрекидно, било који супружник може добити развод брака одмах, без претходно протеклог рока за размишљање у Шведској и Финској, односно периода раставе у Норвешкој и Данској. Разлози престанка заједнице живота су без правног значаја.

Да би се доказало одсуство заједнице живота између супружника најчешће нису потребни сведоци. Довољне су изјаве воља супружника да више нису заједно.

---

[32] Видети чл. 237. Француског Грађанског Законика, чл. 1566. Немачког Грађанског Законика, чл. 1439. Грчког Грађанског Законика, чл. 1781. Португалског Грађанског Законика. Породични закон Србије у чл. 41. предвиђа да брак може развести и ако се објективно не може остваривати заједница живота између супружника. У нашој правној теорији, подељена су мишљења око тога да ли је објективно неостваривање заједнице живота између супружника посебан бракоразводни узрок или је реч о чињеници која не излази из оквира општег бракоразводног узрока. У прилог ставу да је у питању посебан бракоразводни узрок говори сама језичка формулација "објективно неостваривање заједнице живота", што упућује на то да односи између супружника не морају бити поремећени, али се заједница живота не може остваривати из објективних разлога (на пр, један супружник је смештен на лечење у психијатријску установу). Са друге стране, чини, се да и у оваквим случајевима други супружник неће захтевати развод брака ако још увек гаји наклоност и разумевање према свом брачном другу. Не постоји орган који би по службеној дужности могао захтевати развод "мртвих" бракова. То може учинити само један од супружника, а он ће, чини се, то учинити само ако је неостваривање заједнице живота довело до поремећености брачних односа. Било како било, наш законодавац не предвиђа минимално време непостојања заједнице живота да би се на основу ове чињенице брак могао развести.

[33] У Француској, овај рок мора износити барем шест година, у Грчкој четири, а према немачком и португалском брачном праву три године. Видети исто.

Бракови се у нордијским државама, ипак, ретко разводе по овом основу.[34] Разлог је, чини се, у томе што супружници до развода могу доћи на лакши и бржи начин. Захтев за развод брака на основу одсуства заједнице живота, користиће само онај супружник, који у року од две године од престанка заједничког живота није покретао поступак за развод. Само тада му се исплати да захтева развод по овом основу. Не мора се, међутим, чекати да прође две године од престанка заједнице живота да би се брак развео. Од момента закључења брака могуће је поднети захтев за развод брака у свим скандинавским државама ненаводећи притом никакве разлоге.[35]

Претходним излагањем нису исцрпени сви "узроци" за развод брака у нордијским законодавствима. Постоји још једна законска могућност да се брак разведе. Реч је о основу за развод брака који је крајње неуобичајен - постојању одређених чињеница у моменту закључења брака. Конкретне чињенице се у теорији обично називају брачним сметњама.

Г) Развод уместо поништења брака

Ако су приликом закључења брака постојале одређене брачне сметње, такав брак ће по правилу бити ништав, те се из тог разлога може поништавати. Насупрот томе, развод брака се уобичајено одређује као један вид престанка пуноважног брака. У нордијским правима, међутим, брачне сметње представљају основ за развод, а не поништење брака. Стога, уобичајена дефиниција развода би када су у питању скандинавска права остала без једне важне одреднице - престанка пуноважног брака. Имајући у виду, на пример, шведско брачно право, развод би се могао дефинисати као **престанак брака за живота супружника пред надлежним органом и у законом прописаном поступку на основу изјаве воље супружника, односно постојања одређених чињеница у тренутку склапања брака које нарушавају сврху установе брака.**

Шведски закон о браку из 1973., први је правни акт који је укинуо категорију ништавих бракова. Постојање брачних сметњи може бити разлог само за развод брака. Тако, ако се у брак ушло упркос чињеници да су супружници у сродству једно са другим у директној усходној или нисходној линији или су пунородни брат и сестра, сваки супружник ће имати право на развод без претходног рока за размишљање. Исти захтев се може поднети ако је брак склопљен премда је један супружник већ у

[34] Тако, на пример, у Финској је пред Градским судом у Хелсинкију у 2000. години свега 10% бракова разведено из разлога двогодишње раздвојености супружника. Видети Matti Savolainen, op. cit, стр. 4. У другим скандинавским државама овај проценат је и мањи.
[35] Видети на стр. 6. овог рада поглавље под Б).

браку, односно ванбрачној заједници која није престала (чл. 5. Глава 5. Закона о браку Шведске).[36]

По узору на брачно законодавство Шведске, остала скандинавска права су такође укинула категорију ништавих бракова и претворила брачне сметње од услова за пуноважност у "узроке" за развод брака.[37]

Поставља се питање шта је ratio legis оваквог поступања нордијских законодаваца. Конструкција нордијског модела развода почива на изјави воље супружника да се брак разведе. Нордијским законодавцима није од превасходног значаја да ли је изјава воље за развод брака последица брачне сметње, поремећених односа у браку или је дата без неког посебног разлога. Индивидуалистички концепт, ипак, није могао у потпуности потиснути природу брачних сметњи. Наиме, постоје брачне сметње које вређају јавни интерес и не могу се препустити диспозицији појединца, нити сматрати искључиво његовом приватном сфером. Из тог разлога сва нордијска законодавства дају јавном тужиоцу активну процесну легитимацију у овим случајевима. Сви трагови институције ништавости једноставно се нису могли уклонити.

Прича о нордијском моделу развода не може бити потпуна без осврта на одређене правне установе које су специфичне за скандинавско законодавство, односно које су своје место најпре нашле у правима ових држава. Такође, ваља указати и на извесне процесноправне особености који прате поступке за развод брака у скандинавским државама.

Д) Карактеристичне правне установе и неке процесноправне особености нордијског модела развода

а) Рок за размишљање и растава

Рок за размишљање и растава су правни институти који представљају, како је већ речено, ограничења права на развод на основу изјаве воље једног супружника. Ratio legis обе правне установе је сличан. Брак је, наиме, потпуна и трајна заједница живота и примат воље појединца оличен у једном супружнику, не може бити такав да у потпуности негира трајност и институционалност брака. Из тог разлога, брак се по захтеву једног супружника не може развести пре истека шест месеци од његовог

---

[36] Породични закон Србије и поред тежњи да ванбрачну заједницу у потпуности изједначи са браком, на овом месту то не чини. Наиме, **према праву Србије, брачна сметња брачности постоји само ако је брак склопљен за време трајања ранијег брака једног супружника, не и ванбрачне заједнице.** Видети чл. 33. ст. 1. Породичног закона Србије. Њено постојање може евентуално указивати на фиктивност брака.

[37] Видети чл. 35. Глава 4. данског Закона о закључењу и престанку брака, чл. 24. Глава 4. норвешког Закона о браку и одговарајуће одредбе чл. 25-31. финског Закона о браку.

склапања, односно годину дана у оним скандинавским земљама које предвиђају раставу.[38]

Сврха рока за размишљање је јасна већ из његовог назива. Пружа се могућност подносиоцу захтева да се предомисли и одустане од развода.[39]

Рок за размишљање и растава имају сличне циљеве као мирење супружника у нашем праву. Разлика је, међутим, очигледна и последица је чињенице да скандинавско законодавство не познаје општи бракоразводни узрок заснован на тешкој поремећености брачних односа. Не може се говорити о "мирењу" јер се, као што је напред речено, развод брака може захтевати и ако су односи између супружника релативно складни. Не постоји орган, односно треће лице које би посредовало код рока за размишљање односно раставе. Тако нешто није могуће, јер о судбини захтева за развод одлучује само један супружник. Скандинавска права иначе познају установу посредовања (медијације) о чему ће касније бити речи.

Рок за размишљање се може искључити само ако су супружници сагласни да се брак разведе. Ако супружници, међутим, имају заједничку децу млађу од 16 година, тада ни њихова сагласна изјава воља није довољна да се избегне рок за размишљање (чл. 1. Глава 5. Закона о браку Шведске).

Са друге стране, период раставе , такође представља време у којем супружник који је поднео захтев за раставу има прилику да се предомисли и одустане од развода. Растава је у том смислу слична року за размишљање, али је њено правно дејство другачије. Растава је својеврстан развод на пробу. Док код рока за размишљање супружници не морају живети заједно, код раставе је то condictio sine qua non. Сходно томе, ако након одобрене раставе супружници поново успоставе заједницу живота, растава престаје имати правна дејства. Ако се потом један од супружника поново предомисли и жели да се разведе, мораће изнова поднети захтев за раставу.

За време трајања раставе супружници су формалноправно још увек у браку. Из тога произилази најважнија личноправна последица раставе, а то је да растављени супружници не могу закључити нови брак. Што се имовинскоправних дејстава тиче, растављени супружници могу извршити деобу заједничке имовине. Постоје, међутим и ситуације када растава делује једнако као развод брака. Тако, након одобравања раставе, супружници се више не могу међусобно наслеђивати.

---

[38] Ако су при склапању брака постојале одређене брачне сметње на страни супружника, брак се може развести одмах.

[39] Видети Олга Цвејић-Јанчић, Породично право, књига 1-Брачно право, Београд, 1992, стр. 169.

б) Посредовање (медијација)

Брачно посредовање није карактеристично само за скандинавска права. Предвиђа га и наш Породични закон.[40] Одређене особености када је медијација у питању везују се пре свега за норвешко и данско брачно право. Оне се односе на обавезност и надлежност у погледу овог поступка. Тако, према чл. 26. Глава 5. Закона о браку Норвешке, посредовање је **обавезно** за супружнике који имају заједничку децу испод 16 година. Сврха медијације пре одговара циљу нагодбе, него смислу мирења у нашем праву.[41] Није циљ измирити супружнике, већ медијација има у норвешком праву смисао постизања споразума о поверавању деце након развода брака. Овако нешто је разумљиво, с обзиром да сврха која се у нашем праву остварује мирењем, у Норвешкој се остварује преко установе раставе.

За медијацију супружницима нису потребни пуномоћници. Супружници су обавезни да лично присуствују изузев ако постоје разлози који их присиљавају да буду одсутни.

Медијацију супружници не могу избећи, чак и ако су могли сами доћи до споразума. Споразум до ког се долази медијацијом мора бити сачињен у писменој форми.

У закону се не каже који ће орган или лице спроводити медијацију. Наводи се само како ће одговарајуће министарство даље уредити ово питање у смислу стварне надлежности правних или физичких лица које спроводе медијацију, као и у погледу начина издавања одобрења за вршење медијације (чл. 26. Глава 5. Закона о браку Норвешке).

Од осталих нордијских брачних права, ниједно не предвиђа обавезност брачне медијације.[42]

Када је у питању лице надлежно за медијацију, особено је решење данског брачног законодавства. У Данској је, наиме, до 1989. посредовање у брачним односима било обавезно и обављало се пред одговарајућим управним органом, односно било је у надлежности министра вера.[43] Сада је медијација добровољна, а као посредник (медијатор) јавља се пастор лутеранске цркве (чл. 43. Закона о закључењу и престанку брака Данске).

---

[40] Видети "Поступак посредовања" у Породичном закону Србије (чл. 229-246.).

[41] Брачно посредовање се у нашем праву састоји из два дела: тзв. мирења и нагодбе.

[42] У Шведској је Законом о браку из 1973. укинута обавезна медијација. Решење из старог закона које је предвиђало обавезну медијацију "је озбиљно критиковано као превазиђено, а такође и због предодређивања положај супружника". Maarit Jänterä - Jareborg, op. cit, стр. 9. Према позитивном шведском праву, сада су образоване саветодавне службе (familjer adgivning), које имају за задатак да супружницима и ванбрачним партнерима укажу на последице развода, односно раздвајања (чл. 3. Глава 5. Закона о социјалним службама Шведске). Од значаја су такође и разговори о старању над децом након развода брака, које по правилу покреће суд, а њима најчешће руководи орган старатељства.

[43] Видети Ingrid Lund-Andersen, Lise Krabbe, op. cit, стр. 7.

Нарушавање начела лаицитета ублажено је, додуше, тиме што се тражи сагласност супружника да би се надлежност црквеног лица могла засновати.

в) Присуство управног органа као стварно надлежног у бракоразводном поступку

У брачним процесним правима неких скандинавских држава, стварна надлежност у поступку за развод брака, подељена је између суда и управног органа. Разграничење њихове надлежности је учињено тако да је предност дата управном органу. Типичан пример земље са оваквим процесноправним уређењем материје брачног права јесте Норвешка. У групу нордијских држава са значајном процесноправном улогом управног органа у поступку за развод брака могла би се сврстати и Данска.[44]

Закон о браку Норвешке у чл. 27. уређује поделу стварне надлежности у бракоразводном поступку између одговарајућег управног органа и суда. Сходно томе, стварна надлежност припада управном органу у свим случајевима развода брака сем ако се :

- брак разводи из узрока заснованог на кривици или брачној сметњи
- брак разводи по основу двогодишњег непостојања заједнице живота, а супружници нису сагласни да ли је протекло две године од престанка заједнице живота
- пословно неспособној страни именује старалац за вођење поступка

Управни орган пред којим се у Норвешкој покреће поступак за развод брака јесте Гувернер Округа (Fylkesmannen). Месно је надлежан Гувернер Округа где су супружници имали последње заједничко пребивалиште.[45]

У Данском брачном процесном законодавству управни орган има нешто мању, али такође значајну улогу у поступку за развод брака. Заснивање стварне надлежности у бракоразводном поступку закон везује за начин покретања поступка. У случајевима када један супружник подноси захтев за развод брака надлежност увек припада суду.[46]

Ако су оба супружника сагласна са разводом, стварна надлежност ће припасти државно-окружној управи под условом да су супружници сагласни и још по неким питањима.[47]

---

[44] Треба рећи да од осталих нордијских брачних процесних права једино још Исланд предвиђа подељену стварну надлежност у бракоразводном поступку. Управни орган који је у овом случају надлежан јесте Окружни комесар.

[45] Видети "Separation and divorce", Ministry of child and family affairs of Norway, http: //odin.dep.no/archive/bfdvedlegg/01/11/Separ006.pdf.

[46] У питању су судови опште надлежности. Видети чл. 42. Глава 4. Закона о закључењу и престанку брака Данске.

[47] Закон таксативно наводи о чему све још супружници морају бити сагласни да би се заснована надлежност управног органа у поступку за развод брака. Ови услови се морају

Овим се исцрпљује листа нордијских држава код којих управни орган може мериторно одлучивати у бракоразводном поступку. У брачним процесним правима Шведске и Финске, поступак за развод брака спада у искључиву судску надлежност.[48]

III Закључак

Норвешки Закон о разводу брака из 1909., покренуо је први, а шведски Закон о браку из 1973., други талас револуционарне скандинавске реформе брачног права. На тај начин је изграђен особен бракоразводни систем, који, чини се, заслужује да понесе епитет нордијског модела развода.

Оно што овај модел развода чини тако особеним и препознатљивим јесте правна могућност да се брак разведе само на основу изјаве воље једног супружника. Право супружника да се разведе на основу изјаве воље ограничено је у мањој мери, пре свега интересима деце, а затим и принципом институционалности брака.

У оквиру самог нордијског модела развода могуће је уочити две подгрупе. Једној припадају шведско и финско брачно право, а другој брачна законодавства Норвешке, Данске и Исланда. Ограничења права на развод на основу изјаве воље супружника у Шведској и Финској оличена су у установи рока за размишљање. Са друге стране, остала нордијска законодавства предвиђају установу раставе која има сличну сврху, али различито правно дејство.

Увођење изјаве воље супружника као основног "узрока за развод брака" у потпуности је заменило општи бракоразводни узрок заснован на тешкој поремећености брачних односа. Овакав развој материјалног брачног законодавства пратиле су и одговарајуће промене на брачном процесном плану неких нордијских држава. Тако, у Норвешкој, Данској и на Исланду стварна надлежност у поступку за развод брака је подељена између управних и судских органа. Шведска и Финска, међутим, још увек чувају неприкосновену надлежност судова по овом питању.

Како се породично право, као и свака друга грана права непрекидно развија, остаје да се види колико далеко ће на свом путу отићи нордијско бракоразводно право. Хоће ли брак макар донекле сачувати своју институционалност, а правнополитички циљеви нордијских законодаваца наставити да следе идеологију државе благостања, којој је и у брачном

кумулативно испунити (на пр, сагласност око права закупа ако деле или су делили стан узет под закуп, сагласност око евентуалног плаћања издржавања између супружника). Видети чл. 42. Глава 4. Закона о закључењу и престанку брака Данске).

[48] Према шведском процесном законодавству за развод брака надлежни су Окружни судови у месту пребивалишта било ког супружника (чл. 3. Глава 14. Закона о браку Шведске).

праву најпречи задатак задовољење интереса појединца, питања су на које ће одговор дати будућност.

Veljko Vlaskovic
an assistant-beginner

BASIC FEATURES ON THE NORDIC DIVORCE MODEL

Nordic model of divorce is a product of revolutionary Scandinavic marriage law reform that was taking place in the last century. There were two crucial moments in development of Nordic divorce law. Norwegian Divorce Law from 1909 has initiated the great divorce law reform and famous Swedish Marriage Act from 1973 has been the final part of the remarkable reform. The result of this efforts in the field of divorce law was establishing of special kind of divorce. It deserves to be called the Nordic model of divorce.

The fact that makes Nordic model of divorce so special and different from the idea of divorce in other countries is possibility to obtain divorce only on the intention of one spouse. The absolutely dominant ground for divorce in Nordic divorce laws is only free will of the spouses. Divorce request need not to involve some other grounds based upon breakdown of marriage. The right of divorce is limited only with the interests of children and institutional nature of marriage. Thus, Norwegian and Swedish marriage laws prescribe reconsideration period and the other Nordic enactments have the provisions on separation as rare examples of divorce right limitation.

These changes of material divorce law have been followed with the modification of civil law proceedings in certain Nordic countries. It concerns the matter of jurisdiction in divorce proceedings. In some countries of Scandinavia, making the decision on divorce is not only under the jurisdiction of courts. Administrative authorities have also power to decide on this matter in certain cases. The typical example of this is Norway. The exclusive court jurisdiction has survived in Sweden and Finland so far.

Др Драгица Живојиновић
доцент

UDK:340.5:612.646.000.17

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ *IN VITRO* ПРЕЕМБРИОНА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Увод

Досадашњи развој медицине и генетског инжењеринга омогућио је стварање људског живота на високо контролисани начин. У том контексту, може се рећи да је човек све мање зависан од природе, од њених закона које потчињава и који му служе. Примена широм света бројних метода хумане асистиране прокреације учинила је могућим доживљавање родитељства и на страни оних лица чије су репродуктивне функције знатно смањене или уопште не постоје.[1] Многе од тих метода су контраверзне (попут сурогат материнства) и као такве изазвале су и данас изазивају бројне правне, моралне, философске, социјалне, религиозне и медицинске дилеме које су резултирале одсуством јединственог става о прихватљивости, условима и оквирима њихове примене. Предмет нашег интересовања овог пута је правни положај неимплантираних преембриона створених поступком *in vitro* фертилизације.

In vitro фертилизација је један од поступака хумане асистиране прокреације који пролази кроз четири основне фазе: подстицање, уз помоћ медикамената, стварања већег броја јајних ћелија у једном месечном циклусу, уклањање, вађење јајних ћелија лапароскопски или ултразвучном техником, оплодња јајне ћелије семеном мушкарца у лабораторијским условима и трансфер тако створеног преембриона у материцу жене.[2] Тако оплођена јајна ћелија, према досадашњим сазнањима, може се нормално развијати до 14 дана. Након тога она мора бити трансферисана у материцу,

---

[1] Према процени највећег броја студија у западноевропским земљама око 20% партнера у репродуктивним годинама имају проблеме у остваривању родитељства. Наведено према, Драшкић Марија, Породичноправни аспекти артифицијелне инсеминације, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4, Београд, 1992, стр. 262.

[2] Прво успешно зачеће изван материце жене десило се 1969. године, а прва „беба из епрувете“ по имену Louise Brown, рођена је у Великој Британији 1978. године. У стручној литератури могу се наћи различити подаци о броју деце рођене употребом ове медицинске методе. Према једном од њих сматра се да је применом фертилизације *in vitro* у USA од 1981. године рођено више од 45 000 деце. Видети, Faylkner Barrett, Applying old law to new births: Protecting the interests of children born throught new reproductive technology, интернет презентација на адреси
http://www.jhtl.org/V2N1/BFAULKNERV2N1N.pdf, од 16/08/05.

замрзнута или ће створени преембрион бити изгубљен. Примена ове методе хумане асистиране прокреације донела је жељено потомство многим паровима са репродуктивним проблемима и особама које болују од генетски наследивих болести. Међутим, и овај поступак се показао као високо контраверзан јер његова употреба отвара поље потенцијалне деструкције ембриона и фетуса и могућег обезвређивања увреженог схватања породичних и родитељских веза. Такође, као нежељена, нус појава остварењу успешне трудноће и рођења детета, појављује се продукција великог броја тзв. прекобројних преембриона, оних који преостају након окончања третмана неплодности, а чија је судбина посве неизвесна. Према извесним проценама[3] око 400 000 преембриона лежи складиштено у разним центрима за лечење неплодности и сваког дана тај број постаје већи, што питање правног положаја преембриона чини и актуелним и горућим.

Какав је њихов правни положај и да ли им се с обзиром на њихов несумњиво људски квалитет гарантује право на живот као основно људско право? Да ли они имају третман објекта права, субјекта права или чине неку трећу, међукатегорију? Питање правог положаја преембриона *in vitro* је од особите важности јер од њиховог правног статуса зависи и обим и врста њихове правне заштите. Уколико су преембриони особе, субјекти права, онда је по аналогији са децом, задатак законодавца да им обезбеди старање, остварење принципа најбоље користи и заштиту свих гарантованих права детета.[4] Уколико су преембриони објекти права, ствари, по аналогији са гаметима, онда је законодавац дужан да утврди која својинска овлашћења, али и ограничења имају њихови власници и да власницима обезбеди адекватну својинску заштиту.

In vitro фертилизација и остале методе хумане асистиране прокреације данас су доступне у многим земљама.[5] Ипак процес њиховог прихватања био је скопчан са бројним конфликтима и дилемама. Као резултат тога, у

---

[3] Видети, Berg Jessica, Owning persons: The application of property theory to embryos and fetyses, интернет презентација на страници http://www.law.wfy.edy/prebyilt/w04-berg-final.pdf од 23/о5/06.

[4] Тако, Конвенција о правима детета, усвојена на Генералној скупштини УН, 20. новембра 1989. године, у својој преамбули каже да су „детету, с обзиром на његову физичку и менталну незрелост, потребни посебна заштита и брига, укључујући одговарајућу правну заштиту како пре, тако и после рођења.“ Нажалост, ова заштита и брига о детету пре његовог рођења, иако вероватно жељена, нигде није прецизно дефинисана, нити су дати јасни критеријуми за њено посебно одређење.

[5] У 1997. години у Европи су постојали центри за лечење неплодности у 39 земаља. Према истраживању обављеном те године под покровитељством Европског удружења за хуману репродукцију и ембриологију, у Европи је постојало око 516 таквих центара који су представљали око 60% центара у свету. Видети: Joseph G. Schenker, Assisted reprodyction practice in Eyrope: Legal and ethical aspects, интернет презентација на страници http://www.hymrep.oxfordjoyrnals.org/cgi/reprint/3/2/173 од 24/06/06.

овом тренутку постоје бројне и значајне разлике између националних законодавстава по питању услова и рокова њихове употребе, око броја преембриона који се *in vitro* могу произвести у једном третману неплодности и потом трансферисати у материцу, око максималног броја година њиховог складиштења, као и располагања које укључује у себи могућност уништења, располагања у научноистраживачке сврхе или донацију неплодном пару.

Појам преембриона

У медицини и ембриологији општеприхваћено је да се термин преимплантациони ембрион или преембрион односи се на биће које егзистира првих 14 дана развоја од момента фертилизације јајне ћелије.[6] Она обухвата почетну фазу развоја људског бића, започету првом деобом ћелија а окончану појавом ембриона односно, почетком формирања (диференцијације) појединих телесних органа из различитих група ћелија - органогенезе. За време ембрионалне фазе појављују се главни телесни органи и делови, укључујући срце, кичмени стуб и мозак, јетру и панкреас, бубреге, репродуктивне органе, главу, лице и удове. Овај стадијум се завршава крајем 8. недеље трудноће. Од 8. до 40. недеље плод се налази у фази фетуса. Сматра се да је завршавањем 26. недеље трудноће фетус способан за живот ван материце.

Међутим, уколико погледамо поједине законске текстове којима се уређује област хумане асистиране прокреације запазићемо недовољну терминолошку издиференцираност између појединих фаза развоја плода. Одсуство сагласности по питању правног положаја преембриона у савременом праву огледа се у различитим дефиницијама преембриона које дају поједина национална законодавства. Комплексност сагледавања њиховог правног положаја још је израженија с обзиром на чињеницу да чак и на тлу Европе има држава којима недостају прописи о употреби хумане асистиране прокреације, и да, с друге стране, неке од држава које су донеле такве прописе немају законску дефиницију преембриона. Тако, у аустријском праву радије се помињу ћелије способне за развој, него ембрион и оне се означавају као „оплођена јајна ћелија и ћелије развијене из ње“. Немачко право, Законом о заштити ембриона из 1990. год, дефинише ембрион као фертилизовану људску јајну ћелију способну за развој од момента дешавања нуклеарне фузије или сингамије, а која се обично дешава 20 сати након инсеминације. Шпанско право прави разлику између преембриона, кога означава као групу ћелија насталих од оплођење

[6] О фазама кроз које пролази развој преембриона видети више, Dawson Karen, An oytline of scientific aspets of hyman embryo research, Embryo experimentation, Cambridge University Press, 1990. стр. 4-6.

јајне ћелије пре имплантације и формирања примитивног streak-a, ембриона која фаза у развоју људског бића наступа почетком развоја органа и фетуса. Према праву Холандије ембрион је ћелија или скуп ћелија са капацитетом развоја у људско биће.[7]

У великој Британији, према Закону о хуманој фертилизацији и ембриологији, термин ембрион се односи на жив људски ембрион код кога је фертилизација завршена. Овај закон прецизира да је фертилизација комплетна деобом оплођеног јајета на две ћелије зигот фазе. Овај закон се једино примењује на ембрион *ex utero*.

У УСА преимплатациони ембрион дефинисан је као оплођено јаје *in vitro* које није трансферисано у материцу. Према препорукама Америчког удружење за плодност, термин преембрион треба користити као живу, генетски јединствену јединку са статистичким потенцијалом за имплантрацију ако постоји одговарајућа материца и ако може да се роди ново дете. Преембрионална фаза се завршава 14 дана након фертилизације.

Правни положај in vitro преембриона

Да почетак људског живота и почетак његове правне заштите не морају да се подударају, показало се и приликом регулисања правног положаја in vitro преембриона.8 На питање када почиње људски живот одговор би требало да нам понуди медицина, посебно ембриологија. Међутим, онеспокојавајуће је да ни међу њеним припадницима нема јединственог става о овом питању и да у стручној литератури фигурира читава лепеза понуђених момента настанка новог живота – само зачеће, 4. дан од зачећа, 12. дан од зачећа, 14 дан од зачећа и 40. дан од зачећа, сваки из другачијих разлога.[9] Ипак, моменат зачећа, моменат оплодње јајне ћелије, као тренутак одређивања јединствене и непоновљиве генетске шифре која сваком појединцу даје индивидуалност и различитост у односу на остале припаднике људске врсте, могао би се узети као почетак људског живота, и као тренутак настанка права на живот и његову заштиту. Но, буран развој хумане асистиране прокреације не само да је помогао решавању проблема неплодности, него је указао и на бројне „предности“ истраживања на преембрионима продукованим у *in vitro* условима. Предочавање тих предности у виду даљег побољшања

---

[7] Видети чл. 1. Холандског Закона о ембрионима из 2002.г и Derckx Veelke – Hondiys Edwoyd, The rights of the embryo ynder dytch law, Интернет презентација на адреси http://www.ejcl.org/64/art64-22.html, од 8/16/05, стр. 396.

[8] Више о томе да је почетак заштите живота у историји променљива величина видети, Водинелић Владимир, Модерни оквир права на живот, Правни живот, бр. 9, Београд, 1995, стр. 14.

[9] Видети , Водинелић Владимир, нав. дело, стр. 13.

дијагностиковања и лечења неплодности, прогреса и повећања процента успешности у примени третмана *in vitro* фертилизације, у развоју и примени нових метода контрацепције, откривању генетских болести, продуковању ембрионалних стем ћелија итд, у земљама високе технологије створио је климу (не без оштрих расправа и супротстављености) опште, колективне, друштвене потребе и оправданости раздвајања тренутка настанка живота од тренутка почетка његове правне заштите. На који начин се ова ситуација одразила на одређивање правног статуса *in vitro* преембриона?

У савременој правној теорији присутна су три става о могућем одређивању правног положаја *in vitro* преембриона. Према једном, правни положај преембриона треба да буде идентичан правном положају рођеног човека; положај субјекта права треба му се признати од момента оплодње јајне ћелије. По другом, *in vitro* преембрион у овој раној фази развоја људског бића не може се поистоветити са особом, већ његов правни положај треба уподобити са правним положајем продуката људског тела, дакле са положајем објекта права. Као резултат супротстављености ова два поларизована става изродио и тећи, средишњи по коме преембрион није ни особа ни ствар, већ нешто треће, једна прелазна, привремена категорија која треба да ужива посебан респект као потенцијални људски живот. Дакле, према трећем ставу преембрион има специфичан правни положај, правни положај *суи īенерис*.

Преембрион као особа

Присталице овог гледишта полазе од става да преембрион још од момента фертилизације има индивидуалност и карактер људског бића и да му као таквом треба пружити сву правну и моралну заштиту коју уживају људи након рођења. У прилог овог мишљења они истичу многе, како научне, тако и философске разлоге. Тако, научно посматрано, у тренутку зачећа10 ствара се једна биолошка целина са генима добијеним од родитеља која има све неопходне информације за стварање новог, непоновљивог и јединственог људског бића. Ништа што се након фертилизације задеси није у стању да измени његову индивидуалност. Поступком зачећа иницира се читав низ сложених и надасве чудесних догађаја какве само природа може да креира, које током времена доводе до развоја ембриона и на крају кулминирају рођењем јединствене људске јединке. Људски преембрион је стога много више од простог збира ћелија, који је, уколико буде уништен, немогуће наново створити.

---

[10] Karen Dawson, Fertiization and moral statys, A scientific perspective, Embryo experimentation, Cambridge University Press 1990. год, стр. 44.

Свако одлагање почетка правне заштите живота са момента фертилизације и његово везивање за неки други временски тренутак пренаталног развоја *Homo sapiens*-а, према мишљењу заступника овог гледишта пати од низа нејасноћа и произвољности. Недопустивим сматрају да право на живот и право на заштиту живота, као апсолутни предуслови уживања осталих људских права, буду ограничени на произвољан начин. Да постоје тешкоће око ваљаног аргументовања става о померању почетка правне заштите преембриона говори и одсуство сагласности по питању за који то тренутак, за коју фазу у развоју преембриона ту правну заштиту ваља везати.

Неприхватљивим сматрају мишљење да имплантација ембриона и његова нидација тј. учвршћење ембриона у материцу жене представља тренутак од кога живот треба да ужива правну заштиту јер би оно значило везивање правне заштите преембриона за његову физичку локацију уместо за његову људску природу.

Сматрају без покрића и оне ставове према којима се почетак заштите људског живота везује за почетак неуролошке функције, за развој можданих ћелија који се дешава око 40. дана од зачећа. Иначе ово гледиште је изграђено по аналогији са смрћу која, према ставу званичне медицине, наступа престанком функције мозга.

Уопште везивање тренутка настанка људског живота и његове заштите за неки други временски тренутак у развоју преембриона након оплођења јајне ћелије, за припаднике овог става значило би да се не само пуком срећом или насумичношћу природе, већ неком туђом одлуком, промишљеном, контролисаном радњом, ствара миље у коме нечији живот заслужује пуну правну заштиту, док се неки други људски живот категорише као људски материјал, осмишљен и креиран да буде искоришћен, па и уништен, за добробит ове прве, привилеговане категорије.

Ретке су савремене државе које су прихватиле ово гледиште и уврстиле га у своје законске одредбе. Једна од таквих је Ирска која је у свом Уставу широкој категорији „нерођених“ признала правни субјективитет. Члан 40.3.3. Устава Ирске предвиђа да држава признаје право на живот нерођенима, и са дужним поштовањем према једнаком праву на живот мајке, гарантује својим законима њихово поштовање, заштиту и остварење. Ове одредбе представљају пример да законодавства могу ићи и путем признавања ембрионалног субјективитета, а у тамошњој пракси је његова примена резултирала забраном истраживања на ембрионима и одсуством понуде услуга абортуса од стране медицинског особља.[11]

---

[11] Видети, Marie Fox, Pre-persons, commodities or cyborgs: The legal construction and representation of the embryo на интернет страници,

Још један такав случај забележен је и у УСА, у Луизијани,[12] где је одређено да је *in vitro* фертилизована хумана јајна ћелија биолошки људско биће и да није својина лекара који је преузео акт фертилизације, нити својина генитора јајне ћелије и сперме. Истим законом предвиђено је да је фертилизована хумана јајна ћелија субјект права, да може да тужи и да буде тужен, а да је његов старалац дужан да штити његова права. Уколико донори јајне ћелије и сперме одустану од свог родитељског пројекта, од *in utero* имплантације, онда оплођена јајна ћелија мора бити учињена доступном за „адоптивну имплантацију". Уколико фертилизована јајна ћелија достигне развој преко периода од 36 сати, сматра се живом – *viable*, и не може бити намерно уништена.[13]

У скорашњој судској пракси, став да људски живот почиње зачећем и да су замрзнути преембриони „људска бића *in vitro*", био је изражен у одлуци суда Америчке државе Тенеси, у случају Davis v. Davis.[14] Првостепени суд је сматрао да су таква „деца *in vitro*", субјекти државне *parens patriae* заштите, тако да је дужност суда да одреди шта је њихов најбољи интерес. А њихов најбољи интерес је, како је суд изложио, имплантација као њихова једина и искључива нада за опстанак. Међутим, Жалбени суд Тенесија[15] одбацио је ово гледиште не упуштајући се уопште у расправу када живот почиње. Овај суд преембрион радије назива фертилизованом јајном ћелијом и закључује да постоје значајне разлике између фертилизоване јајне ћелије која неће бити имплантирана и ембриона у мајчиној утроби. Надаље, наслањајући се на прогениторова уставна права на прокреацију (а тако и на право да се прокреација не жели), суд је изнео мишљење да не може наредити имплантацију преембриона против воље жене, нити се може наметнути мушкарцу „сношење психолошких последица родитељства". У том смислу овај суд је закључио да прогенитори имају заједничку контролу над фертилизованом јајном ћелијом са једнаким правом гласа по питању њеног располагања.

У америчкој судској пракси ова одлука жалбеног суда је остала запамћена као веома значајна, упркос околности да није дала одговор на питање од када се преембрион може посматрати као нека врста независне особе са независним правима. Иако је закон Луизијане и даље на снази, остале америчке државе и тамошња судска пракса не подржавају став да је

---

http://www.erlink.com/media/m5yc84rqmq6w4mjtxxww/contribytions/m/8/6/4/m864w347g346yw16.pdf од 15/05/06.

[12] La.Rev. Stat. Ann § 9 :126 (1986)

[13] Исто. § 9:129

[14] Предмет овог спора било је доношење одлуке о праву располагања над седам замрзнутих преембриона створених за време брака супротстављених странака. Mary Sue Davis тражила је од суда да њој додели преембрионе у циљу постизања трудноће, чему се њен бивши супруг, Jynior Davis, противио.

[15] Davis v. Davis, No.180 (Tenn. Ct. App. Sept. 13. 1990)

преембрион од момента фертилизације субјект права. Слична ситуација је и у осталим савременим европским законодавствима и судској пракси.

Какве су правне реперкусије примене оваквог гледишта? Уколико би се преембрион посматрао као субјект права од момента фертилизације ма какво експериментално научно истраживање над њима би било недопуштено. Као што се правно и морално сматра недопуштеним експериментисање над рођеним људским бићем, таквим би се морало сматрати и експериментисање на ембрионима. Истина је да један број европских земаља забрањује производњу преембриона искључиво ради научног истраживања а да са друге стране допушта обављање експеримената над тзв. „прекобројним“преембрионима, који су у крајњој линији, након истека одређеног периода криопрезервације, намењени уништавању. Није ли међутим и оваква пракса у извесној мери одраз двоструких стандарда? Да ли неминовна смрт преембриона твори право на предузимање неког од смртоносних експеримената? И дужина трајања људског века је ограничена. Једног дана такође долази до неминовне смрти човека. Има ли онда оправдања и за експериментисање над људима?

Следећа потешкоћа примене гледишта о преембриону као субјекту права је што би се свако њихово намерно или чак нехатно уништење, чак и у току третмана неплодности, имало сматрати за убиство. Такође било би онемогућено и свако располагање преембрионима јер би оно имало карактер трговине људима.

Надаље, примена овог концепта проузроковала би значајне последице по репродуктивну аутономију жене. Наиме, уколико би се преембриону произведеном у поступку in vitro фертилизације дао положај субјекта права тим пре би такав положај морао имати и преембрион зачет in vivo, у утроби мајке. У каквом односу онда треба да стоје недопуштеност експериментисања над in vitro преембрионима, са једне стране и допуштеност прекида трудноће, са друге? Усвајање овог концепта, по принципу поштовања једнаких права, морао би да води и значајном ограничењу права на абортус. Ретке су савремене државе које апсолутно забрањују прекид трудноће,16 мада нема ни оних које га широко допуштају. Већина земаља одобрава прекид трудноће у законом тачно одређеним условима и до одређеног периода развоја плода у утроби мајке,17 који је, рачунајући од момента фертилизације, дужи од 14 дана до када је, у земљама које дозвољавају ову могућност, допуштено експериментисање над преембрионима.

---

[16] Једна од таквих је Чиле.

[17] У Француској тај период износи до 10 недеља развоја плода, у Аустрији, Немачкој, Белгији, Бугарској, Данској, Шпанији, Финској итд, то је период до 12 седмица. Рок од 90 дана предвиђен је у Италији, а чак до 22 недеље у Холандији.

Преембрион као ствар, објект права

Према присталицама овог гледишта неимплантирани хумани преембрион створен поступком *in vitro* фертилизације представља биолошку својину његових генитора.[18] Овакав правни положај хуманог ембриона у раној фази развоја идентичан је правном режиму који је у савременим државама дат продуктима људског тела какви су крв, коса, мајчино млеко, сперма, јајна ћелија. По њима преембрион је тек нешто мало више од збира ћелија, према коме се његови власници – генитори могу понашати као и према сваком другом објекту права својине. Право својине на преембриону укључује у себи сва три својинска овлашћења, овлашћење држања, коришћења, располагања, било у научноистраживачке сврхе или у циљу донације. Такав преембрион може једноставно бити и уништен.

Поистовећивање преембриона са стварима и порицање постојања њиховог људског квалитета од самог почетка, од оплодње јајне ћелије, је присутно међу оним теоретичарима и научницима који дијагностичке или друге експерименталне захвате на преембрионима желе да учине широко доступним. Они истичу да се аргумент постојања потенцијала за настанак новог живота не може применити на преембрион *in vitro*. Преембрион који се налази унутар тела жене има извесну шансу да се развије у дете уколико намерном људском радњом његов развој не буде заустављен. Он поседује урођени потенцијал настанка новог живота који се наслања на природни след догађаја. Такав природни потенцијал за развој не подразумева умешаност смишљене људске радње, па се зато не може применити на *in vitro* преембрион. Из овог разлога, правни положај преембриона произведеног у лабораторији је идентичан оном коју имају сперма и јајна ћелија и не може бити поистовећен са преембрионом у људском телу.[19]

Аргументе за своје тврдње црпе из околности да преембриону у фази развоја пре нидације недостају атрибути особе (свест, памћење..) али и чињеницом да је абортус у многим земљама у овој, па чак и у каснијој

---

[18] О статусу преембриона као ствари видети, Радишић Јаков, Експерименти на човечијем ембриону који је створен *in vitro* – границе допуштеног, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4, Београд, 1992, стр. 226-227 и тамо наведену литературу;
Shapo S. Helene, Matters of life and death, Inheritance conseqyences reprodyctive technologie, web презентација на страници
http://www.hofstra.edy/Academics/Law/law_lawrew_shapo2.cfm, од 5/11/05, која између осталог наводи случај из судске праксе (Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)) у коме је суд стао на становиште да фетус у прва три месеца трудноће није особа према Четрнаестом Амандману Устава USA.

[19] Singer Peter, Dawson Karen; IVF technology and the argyment from potentijal, Embryo experimentation, Cambridge University Press 1990, стр. 87.

фази развоја плода, правно допуштен.[20] Са друге стране они поричу често приписивану аналогију између правног положаја робова и правног положаја преембриона *in vitro* као објекта права. Негирајући постојање аналогије овакве врсте истичу да има значајне разлике између својинских права на продуктима сопственог тела и својинских права на другој особи. Такође, присталице овог става залажу се за избегавање приступа који би водио поистовећивању преембриона са обичном покретном ствари. Сматрају да је примена термина „својина“ и „власништво“ код преембриона веома рискантна. Примена ових израза не значи третман преембриона као ствари у свим аспектима на које овај појам изворно указује. Ове термине, истичу они, треба разумети у смислу означавања ко има овлашћење да одлучи које ће се од законом допуштених опција, као што су креација, складиштење, уништење, донација, коришћење у истраживачке сврхе или његово трансферисање у материцу жене, над хуманим ембрионом у раној фази његовог развоја десити. Међутим, упркос околности да је садржина својинских овлашћења које поједина законодавства дају власницима *in vitro* преембриона нешто другачија од садржине својинских овлашћења на другим стварима, мишљење је да се овде несумњиво ради о својинским или власничким интересима.[21]

Примењујући својинску теорију на преембрионе заговорници овог става истичу да категоризација нечега као „својине“ нема оно значење које је имала пре два века. Својина се одавно не посматра као апсолутна власт на ствари,[22] већ као комплекс правом уређених односа између људи а поводом ствари. Садржина права својине на различитим објектима овог права може бити посве другачија и подразумевати различити обим својинских овлашћења. Тако, „парче земље, књига, животиња, компјутерски програм, хумани ембрион, телевизијска фреквенција...могу бити разматрани као објекти права својине. Наравно, сви ови различити објекти права својине не деле, и не би требало да деле, исти својински режим.“[23] Примена својинског режима на преембрион је још један пример који јасно илуструје да својина представља још увек једну правну

[20] Фрапантни су подаци о укупном броју прекида трудноће у свету данас. Према неким проценама тај број се креће око 36 до 53 милиона сваке године у свету, од чега су бар 15 до 22 милиона тајни. Подаци преузети из: Пољавић Зоран, Прекид трудноће, Крагујевац, 1997, стр. 7.

[21] Robertson John, In the begining: The legal statys of early embryos, Virginia Law Review, бр. 76, 1990, стр. 437-481.

[22] У савременим правима праву својине су постављена бројна ограничења. Рецимо у оквиру америчког правног система „власник је увек ограничен захтевом разумне, сврсисходне употребе“. Готово сва законодавства која дефинишу право својине стављају резерву да се својинска овлашћења могу вршити уколико то допушта закон или ако се тиме не вређају права трећих лица.

[23] Ugo Mattei, Basic principles of Poperty Law, 2000, (75).

категорију, која временом проширује своју димензију и измиче прецизном дефинисању. [24]

У ред оних законодавстава која нагињу примени овог гледишта, односно оних која не полазе од става да неимплантирани преембрион *in vitro* представља биће са већ постојећим људским достојанством спадају законодавства Велике Британије,[25] УСА, Аустралијских држава Викторије и Јужне Аустралије,[26] Канаде, Израела,[27] Финске.[28] Све ове земље дозвољавају истраживање над преембрионима до 14 дана развоја, док УСА, Канада, Велика Британија и држава Викторија допуштају и стварање преембриона искључиво у научноистраживачке сврхе, под условом да је то истраживање неопходно и да се не може ваљано предузети на други начин. Ове земље додуше, не сматрају сва истраживања ни законитим, ни допуштеним. Ипак, под окриљем одобравања оних истраживачких пројеката који су усмерени ка порасту знања у области зачећа, на развоју ембриона, на раном дијагностицирању болести, остаје утисак да хумани преембрион креиран у поступку *in vitro* фертилизације не ретко представља лабораторијски потрошни материјал, ствар, чији је утрошак намењен туђој користи. Што се тиче тзв. прекобројних преембриона, њихова судбина у овим земљама зависи од жеља њихових генитора. Након протека одређених година складиштења они могу слободно одлучити да ли ће их уништити, донирати неплодном пару или дати у научноистраживачке сврхе.

И тамошња судска пракса бележи одлуке у којима се изражава став о неимплантираном преембриону као ствари. Тако, првостепени суд у Вирџинији, УСА, је 1986. год. донео одлуку да је замрзнути преембрион ствар и да може бити предмет уговора о остави.[29] Такође у Израелу, у случају Nachmani v. Nachmani,[30] након дугогодишњег суђења Врховни суд је одлучио да једанаест замрзнутих оплођених јајних ћелија, након развода брака супружника треба да припадне жени на даљу бригу и предузимање третмана асистиране репродукције. У овој одлуци поменути суд је кратко и категорично заузео становиште да фертилизована јајна ћелија не поседује никакав независтан морални или правни статус, нити било каква

---

[24] Jessica Berg, Наведено дело, фуснота 54.

[25] Видети Hyman Fertilisation and Embtyology Act из 1990,

[26] Видети, IIIrd symposiym on Bioethic, Medically assisted procreation and the protection of the hyman embryo and fetyses, Legal aspects, Barta Maria Knoppers, интернет презентација на адреси http://www.legal.coe.int/bioethics/gbpdf/symposiym1.pdf од 14/04/06.

[27] Shapira Amos, The statys of the extra-corporeal embryo, Coyntry report: Izrael, интернет презентација на адреси http://www.academy.ac.il/bioetics.../The_statys_of_the_Extra-corporel_Embryo.ht од 5/31/06.

[28] Видети, The Act on Medical Research, No.488/1999

[29] York v. Jones, 717 F. Sypp. 421, 425-27 (E.D. Va.1989)

[30] Civil Appeal 5587/93, Sypreme Coyrt Jydgments vol.49 (1) p.485: Civil Fyrther Hearing 2401/95, Sypreme Coyrt Jydgments vol. 50 (4) p. 661.

законом заштићена сопствена права или интересе који би евентуално имали неку улогу у поступку доношења овакве судске одлуке.

Од момента појављивања примена својинског концепта за регулисање правног положај преембриона *in vitro* наишла је на чврсто противљење неистомишљеника. Давање прогениторима права да одлучују о судбини неимплантираног преембриона и његов положај објекта права својине није био прихватљив из масе разлога који су и довели у питање опстанак концепције о праву својине на преембриону као новој својинској категорији. И заиста, упркос околности да је садржина својинских овлашћења које власници (прогенитори) имају на преембриону одређена законом, овакав обим својинских овлашћења отвара питање злоуоптребе права, односно питање да ли је такав начин вршења права својине на преембриону несоцијалан. Како је право својине на ствари увек повезано са њеном функцијом, то се и право својине треба вршити у складу да њеном уобичајеном наменом тј. са правно признатим циљем. Уколико би смо неимплантирани преембрион *in vitro* и посматрали као ствар, његова уобичајена функција је у служби стварања новог, јединственог људског живота, а не у прибављану материјала за експериментисање. Но, изгледа да питање да ли је одређени начин вршења својинских овлашћења несоцијалан не представља питање права, него питање правне политике за коју се залаже владајућа гарнитура.

Још један кључни недостатак овог гледишта лежи у занемаривању околности да је сваки преембрион, па и онај створен *in vitro,* генетски уникатан и да носи потенцијал развоја у ново људско биће. Ова чињеница га чини квалитативно другачијим од осталих продуката људског тела, па и гамета.

Преембрион као засебна категорија

Управо на критикама и неприхватљивости аргумената који су определили сврставање преембриона у категорију особа или у категорију ствари, настало је средње гледиште према коме неимплантирани преембрион створен поступком *in vitro* фертилизације није ни објект права својине, ни особа, већ представља једну јединствену категорију, категорију *суи ґенерис*, која из разлог што у себи носи потенцијал настанка новог живота, заслужује посебан респект.

Овакав специјални статус преембриона заснован је на бројним факторима који собом носе уважавање неких ставова из претходна два изнета гледишта.[31] Најпре, преембрион је према својој биолошкој природи

[31] Martin Patricija - Lagod Martin, The hyman preembryo, the progenitors and the state: Toward the dinamic theory of statys, rights and research policy, интернет презентација на адреси http://www.btlj.boalt.org/data/articles/5-2_fall-1990_martin.pdf од 29/07/06.

човек и има јединствену и непоновљиву генетску позадину. Он је жив и носи у себи потенцијал да се развије у дете и потом у одраслог човека. Са друге стране, тај његов потенцијал не може бити реализован у преембрионалној фази. Остварење овог потенцијала немогуће је уколико се он не трансферише у материцу.[32] Према досадашњем знању и степену развитка репродуктивне технологије, не постоји даља могућност развоја ове „биолошке целине“ у потенцијално дете у лабораторијским условима, тако да развој преембриона у *in vitro* условима, није идентичан развоју преембриона у *in vivo* условима. У складу са овим чињеницама претенциозно би било дати преембриону *in vitro* положај субјекта права. Досадашњи развој ембриологије је показао да свака оплођена јајна ћелија ни у природним условима не завршава успешном трудноћом и рођењем детета. У *in vitro* условима губици су још већи тако да приличан број преембриона буде изгубљен и пре досезања оне фазе развоја када се он може трансферисати у материцу, а бележи се и велики проценат спонтаних побачаја након имплантације.

Конструкција о специјалном статусу преембриона, статусу *суи генерис*, изнедрила је и једну ширу полемику која се тиче питања да ли овакав статус преембриона треба да остане статичан, непромењљив од момента зачећа до рођења или треба прихватити један модел према коме је правни положај плода степенован, променљив у зависности од процеса раста и дозревања. Ове расправе резултирале су настанком теорије тзв. прогресивне правне заштите ембриона[33] која је око себе окупила велики број присталица. Иностранa литература је пуна дискусија око критеријума који треба да буду употребљени за разликовање основних фаза развоја, а који ће бити полазиште за одговарајући степен заштите. Неки од ових критеријума су квантитативне природе, базирани на физичким променама који се ослањају на главне биолошке фазе развоја као што су диференцијација органа, развој нервног система и појава мождане активности.[34] Други су квалитативни, оснивани више на субјективним, психолошким карактеристикама које је тешко прецизно дефинисати, укључујући ту свест, самосвест, способност за расуђивање, за само-мотивисане активности.[35]

---

[32] The moral statys of preimplatation embryo, интернет презентација на адреси http://www.hymrep.oxfordjoyrnals.org/cgi/reprint/16/5/1046 од 24/06/06/

[33] Видети, Derckx Veelke – Hondiys Edwoyd: The rights of the embryo ynder dytch law, Интернет презентација на адреси http://www.ejcl.org/64/art64-22.html, од 8/16/05 и литературу наведену у фусноти 15.

[34] Видети Hope Donald, The hand as emblem of hyman identity: A solytion to the abortion controversy based on science and reason, 32 U. Tol. L. Rev.205, 2001. који сматра да је значајан фактор разликовања ембриона и фетуса мождана активност.

[35] О овоме више, Fishman Rachel, Patenting hyman beings: Do syb-hyman creatyres deserve constitytional protection, 15 AM.J.L.&Med. 461, 1989, која у квалитативне критеријуме

Међутим, прихватање модела тзв. прогресивне правне заштите ембриона, тешко да може бити задовољавајући извор који би помогао у одређивању правног положаја преембриона. У основи, он не представља никакав нови модел већ само одраз претходна два екстремна става са свим социјалним и правним тешкоћама које собом носе. Практично, примена овог модела значила би да се биолошки напредак у развоју ембриона рефлектује и на његов напредак у погледу стицања бољег моралног и правног положаја, у смислу приближавања признавања пуних људских права и достојанства који ће се ипак десити једино након рођења. Другим речима, ембрион како се развија, постаје све мање и мање ствар, а све више и више особа.

Већина критеријума који су понуђени у овим анализама су далеко од поузданих. На пример, како квалитативна карактеристика каква је самосвест или разум може бити мерило оваквог или онаквог правног положаја ембриона и одговарајуће правне заштите. Да ли би то онда значило да човек у ситуацијама губитка способности за расуђивање услед деловања неке од трајних или привремених душевних болести, или у случају коме, не поседује потребне атрибуте личности, па је тада лишен правне заштите живота? Слична ситуација је и са оним критеријумима чије вредновање зависи искључиво од технологије какав је случај при одређивању појма *виабилитета* који је сретан у судској пракси[36] и упоредном законодавству. Тачка настанка способности зачетка за самосталан живот константно се помера уназад, ка моменту фертилизације, како се технологија развија. Ако икада буде сачињена вештачка материца, ембрион теоријски може бити способан за живот *in vitro* од момента оплодње јајне ћелије.

Иако у оним државама које прихватају неки од претходна два наведена концепта има теоријских радова и судских одлука којима се испољава став за потребом признавања посебног правног положаја преембриона *in vitro*, мишљења смо да у ред законодавстава која примењују овај концепт спадају она која постављају најстрожије услове за примену појединих метода асистиране прокреације и која имају најрестриктивнији став поводом допуштености експериментисања над преембрионима. То су законодавства Немачке, Швајцарске, Аустрије и Италије. Тако, немачки законодавац изражава став да људски живот и

убраја способност за расуђивање, способност за одлучивање, способност говора и комуникације, и демонстрације самосвесности као јединственог и засебног људског бића.

[36] Случај Roe v. Wade (410 U.S.113 (1973)) из америчке судске праксе у коме је Врховни суд изнео мишљење да се реч „особа“ на начин на који је употребљена у Четрнаестом амандману Америчког Устава, не односи на нерођене. Даље, суд је одбио да у одлуци примени било коју од теорија о томе када живот почиње, мада је додао да држава има значајан интерес према „потенцијалу људског живота“, који постаје известан када фетус постане *viable*, односно, способан за самосталан живот.

његово достојанство имају већи ранг вредности у односу на слободу истраживања, па да услед тога заслужују одговарајућу правну заштиту. Тамошњим законом[37] забрањује се вештачко оплођење јајне ћелије у неке друге сврхе осим за изазивање трудноће код жене од које потиче јајна ћелија; вантелесно оплођење више јајних ћелија од оног броја који се може у једном циклусу трансферисати чиме се спречава стварање „прекобројних“ преембриона; истраживање на преембрионима; донација преембриона итд.[38] Слична ситуација је и са правом Аустрије[39] у коме се као основни принцип провлачи став да је примена метода репродуктивне медицине прихватљива само у стабилним хетеросексуалним везама у циљу репродукције; у праву Швајцарске[40] које забрањује производњу ембриона за истраживачке сврхе или у циљу производње ембрионалних стем ћелија, стварање „прекобројних“ преембриона, трговину репродуктивним материјалом... Право Француске је до Амандмана свог Закона о биоетици из 1994. г. било на овом курсу, али након њих, 2004. г. допустило је истраживање над замрзнутим прекобројним преембрионима који више нису обухваћени ни родитељским ни адоптивним пројектом. Ипак, стварање људских преембриона искључиво у истраживачке сврхе и даље забрањује. Као повод измене првобитног става тамошњи законодавац налази у околности што је забраном истраживања на људским ембрионима Француска била доведена у позицију научне, техничке и финансијске зависности од оних земаља које прихватају принципе ембрионалних истраживања.[41]

Закључак

Питање правног положаја преембриона *in vitro* је веома комплексно и тешко је у овом тренутку дати одговор који би задовољио интересе и потребе свих заинтересованих. Његов правни статус свакако не може бити поистовећен са правним положајем објекта права, али оно што је сигурно и што треба да буде полазиште у одређивању правног положаја преембриона је да он носи потенцијал људског живота, те да се мора

---

[37] Federal Embryo Protection Law iz 1990. г.

[38] Детаљније о правном положају и заштити ембриона у немачком праву видети, Радишић Јаков, Експерименти на човечијем ембриону који је створен in vitro – границе допуштеног, Анали Правог факултета у Београду, бр. 4, Београд, 1992, стр. 234; Радишић Јаков, Правна заштита ембриона у Савезној Републици Немачкој, Правни живот, бр. 9, Београд, 2000, стр. 133-143.

[39] Видети, Federal Law regylating medically assisted procreation (The Reprodyctive Medicine Law) из 1992. г.

[40] Видети, Federal Act on research on syrplys embryos and embryonic stem cells (Embryonic Research Act) из 2004. г.

[41] Видети, Hyman embryo research in France, интернет презентација на адреси http://www.hymrep.oxfordjoyrnals.org/cgi/content/fyll/17/2/261 од 23/07/06.

заснивати на респекту достојанства и права човека. Ако живот настаје зачећем, онда мора постојати и право које ће тај живот штитити. Уколико таква заштита твори сукоб са правима других лица, задатак је права да тај конфликт реши на друштвено најприхватљивији начин. Тај начин мора тежити изналажењу општег добра и сигурности свих и мора се заснивати на препознавању и поштовању одређених моралних вредности, којима се мора повиновати свака индивидуа. Зачета деца, па било у природним или у *in vitro* условима, су носиоци будућности, па појединци, али и држава као збир индивидуа које поседују права, морају имати одговоран однос у погледу сопствене прокреације.

У том смислу заштита људског живота треба да значи стварање механизама такве заштите који треба да покривају сваку форму који отелотворује људски живот, па и ону форму која потенцијално отелотворује тај живот. Ово друго би требало да се односи на преембрион *in vitro*, без обзира на године складиштења или било који други развојни критеријум. Наравно, уважавање оваквог правног положаја преембриона уз адекватну правну заштиту, морало би бити усаглашено са уставним правима и ограничењима.

Dr Dragica Zivojinovic
docent

LEGAL STATUS OF AN *IN VITRO* PREEMBRYO IN COMPARATIVE LAW

The question of the legal status of an *in vitro* preembryo is very complex, and at this point it is very difficult to provide the answer which would fulfil the interests and needs of all interested parties. By no means can it legal status be identified with the legal status of a legal object, but what is certain and what should be the starting point in determining the legal status of a preembryo is the fact that it carries the potential of human life, so it must be based on the respect of dignity and the right of man. If life is created by conception, then there should be law which would protect that life. If such protection created a conflict with other persons' rights, the task of law would be to solve the conflict in the socially most acceptable way. That way must tend to provide public welfare and security for all, and it must be based on recognition and respect of certain moral values to which every individual should yield. Conceived children, either in natural or *in vitro* conditions are the carriers of the future, so individuals, but

also the state as a sum of individuals with rights, should have a responsible attittude towards its own procreation.

In this respect, the protection of human life should mean creating mechanisms of such protection which shall cover every form which embodies human life, even a form which potentially embodies life. The latter should refer to *in vitro* preembryo, regardless of years of stocking or any other development criterium. Naturally, the recognition of such legal status of a preembryo with the adequate legal protection should be in accordance with constitutional rights and restrictions

Одељак VI

Привредно право

Др Радован Д. Вукадиновић,
редовни професор

UDK: 347.7:339.5

ПРАВО КУПЦА ДА ЗАХТЕВА ИСПУЊЕНЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

1. Уводна разматрања

Сврха закључивања уговора је његово испуњење. Са таквим очекивањима стране улазе у преговоре и исто очекују у току трајања уговора. Ова очекивања могу бити задовољена само потпуним испуњењем уговора, односно свих уговорних обавеза. Из тих разлога се захтев за испуњењем уговора, у случајевима кад испуњење не иде онако како је уговорено, сматра иманентним или природним и *првенственим* правом уговорних страна: купца и продавца.[1] У том смислу се у континенталним правима захтев за испуњење уговора сматра корелативним правом као рефлексом или аутоматском "логичном последицом повреде продавчеве обавезе"[2] и поштовања начела *pacta sunt servanda*.[3]

Међутим, у земљама *common law* је прихваћено другачије решење. Прама праву Енглеске и САД, у случају да једна страна неиспуњавањем неке обавезе повреди уговор, другој страни као *основно* правно средство стоји на располагању *захтев за накнаду штете*. Овде је захтев за накнаду штете примарно правно средство, док је у континенталним правима секундарно средство за задовољење интереса оштећене стране. Захтев за тзв. специфичним или натуралним испуњењем уговора је у *common law* систему дозвољен само као изузетак и то у случајевима кад друга страна има за то посебан интерес.[4] Оправдање за овакав редослед у коришћењу правих средстава се у крајњој линији своди на економску разлоге према којима се добијеном накнадом може купити свака роба, па и она која је првобитно била уговорена.

Практична разлика између наведена два приступа је у томе што се у common law систему право на испуњење као "правно средство" (енг.

---

[1] О праву продавца на испуњење уговора вид. члан 62. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе.

[2] Вид. Huber, у: P. Schlechtriem and I. Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford, 2005, стр. 376, марг. број 3.

[3] Will, у: C. M. Bianca/M. J. Bonell, Commentary on the International Sales Law , the 1980 Viena Sales Convention, Guiffre, Milan, 1987, стр. 335, тач. 2.1.1.

[4] За право САД вид. T. Guinn, Guinn's Uniform Commercial Code Commentary and Law Digest, Hest Group, 2002, коментар уз UCC пар. 2-716.

remedy) може користити само ако су за то испуњени прописани услови. Право на испуњење се не подразумева по материјално правном аутоматизму (корелацији) повреде уговора, већ само ако су испуњени услови и након што купац предузме одређене радње: ако одабере правно средство и о томе у разумном року обавести продавца.

У Конвенцији УН о међународној продаји робе (у даљем тексту Бечка конвенција или само Конвенција) је прихваћено компромисно решење. Право купца да захтева испуњење је третирано као једно од "правних средстава". Ипак, иако су у Конвенцији сва правна средства третирана равноправно, захтев за испуњењем је наведен на првом месту. Из тога би се могло закључити да је то примарно и приоритетно право, не само за купца (као у овом случају), већ и за продавца у његовим захтевима према купцу.

Примарност права на испуњење је изведена с обзиром на напред наведену сврху закључивања уговора. У том смислу је одредбама члана 46. Конвенције, купцу дато право да начелно од продавца може увек захтевати испуњење уговором преузетих обавеза, "осим ако није изабрао друго средство које није конзистентно са таквим захтевом." Увек[5] значи право купац да и у случајевима када је продавац битно повредио уговор, може инсистирати на његовом испуњењу.

Одраз материјално правне примарности је у процесном смислу изражен и кроз приоритет, тј. кроз редослед кога се, у одређеним ситуацијама, мора придржавати купац у коришћењу средстава која му стоје на располагању. Тако купац у одређеним случајевима мора од продавца *прво тражити испуњење* уговора, па тек онда може користити остала средствима. На испуњењу уговора се инсистира управо због очувања уговора и уговорних очекивања. Приоритетно право на испуњење постоји и у случајевима неиспоруке, и у случајевима испоруке несаобразне робе, под условом да такве повреде не представљају битне повреде уговора. Тако, у случају кад продавац није испоручио робу, купац нема право да одмах тражи раскид уговора и накнаду штете због неиспуњења, већ прво мора тражити испуњење уговора. Тек ако продавац у накнадно датом року не испоручи робу, може раскинути уговор. И у случају кад је продавац испоручио несаобразну робу, купац прво *мора* од продавца тражити испуњење, тј. поправку робе (ако је то могуће), па тек онда испоруку друге робе.[6] У овом последњем случају између захтева за испоруком друге саобразне робе и захтева за поправком, првенство је дато захтеву за поправком као једном од начина испуњења уговора, јер нова испорука претпоставља постојање битне повреде уговора.

---

[5] Ово произилази из формулације "уколико се не користи другим средством".
[6] Huber, op. cit., p. 376, марг. бр. 2.

Купац има право да од продавца захтева испуњење уговора *због било које повреде* уговора. Најчешће се повреде односе на неиспоруку или испоруку несаобразне робе, али се испуњење може захтевати и у случају кад продавац није предао документе на уговорени начин или како то произилази из обичаја, као и кад је уговор повредио приликом преноса својине. У свим наведеним случајевима, купац може тражити испуњење, под условом да "није изабрао друго средство које није конзистентно са таквим захтевом." Под неконзистеним средствима се подразумевају она која је купац претходно изабрао, а чија се дејства искључују са захтевом за испуњење. Тако на пример, ако је купац обавестио продавца да жели да раскине уговор, супротно је логици ствари да након тога захтева испуњење. Чак и кад је погрешно изјавио да раскида уговор, ако продавац изричито или прећутно то прихвати, купац је везан својом изјавом.[7] Купац нема право да тражи испуњење уговора једино ако је у складу са одредбама чланова 79. и 80. Конвенције, продавац ослобођен од одговорности због неиспуњења уговора, када је неиспуњење резултат:

а) сметњи које су изван његове контроле

б) пропуста трећих лица и

ц) радњи друге стране.

2. Начини испуњења уговора

Испуњење уговора се може постићи на два начина: *накнадном испоруком* друге робе или, зависно од повреде уговора и врсте робе, *поправком* испоручене робе.

2. 1. Право купца да захтева накнадну испоруку робе

Купац може захтевати испуњење уговора испоруком робе у два случаја:

1. ако продавац није испоручио робу и
2. ако је испоручио робу која није саобразна уговору.

У првом случају је реч о повреди уговора која се састоји у неиспоруци робе, а у другом о несаобразној испоруци.[8] У првом случају је реч о специфичној испоруци, а у другом, о испоруци робе ради замене.

а) Захтев за натуралним испуњењем

Купац има право да захтева испоруку уговорене робе у случајевима када продавац није уопште испоручио робу, или је несаобразну испоруку

[7] Исто, р. 378, марг. бр. 10.

[8] Захтев у првом случају произилази из формулације одредби члана 46. став 1. Конвенције.

купац одбио да прими. Захтев за специфичним или натуралним испуњењем није условљен постојањем битне повреде уговора. Довољно је да купац обавести продавца да остаје при уговору и да жели његово испуњење. Чак и ако купац не обавести продавца о свом избору, требало би сматрати да је продавац у обавези да испоручи робу. Стога, у случају када продавац није уопште испоручио робу у уговореном року, ћутање купца треба тумачити као да није изабрао друго правно средство које није конзистентно са захтевом за испуњењем.

И кад је продавац ставио робу на располагање, али је купац због несаобразности није преузео, сматра се да није било претходне "испоруке" робе, па се не може захтевати "испорука у замену", са правилима која за то важе, већ испуњење уговора.

У међународној пракси се, међутим, купци ретко одлучују да захтевају специфично испуњење.[9] Вероватно под утицајем енглеског и америчког права, купци по правилу остављају продавцима накнадни рок за испуњење, па ако у том року продавци не испоруче робу раскидају уговор и траже накнаду одговарајуће штете.

б) Испорука у замену

Према одредбама члана 46(2). Конвенције, ако роба није у складу са уговором, купац има право да у замену захтева испоруке друге робе само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора и ако је захтев за замену робе саопштио заједно са обавештењем о несаобразности или у разумном року након тога. Испорука робе у замену постоји онда кад продавац уместо раније испоручене робе испоручује купцу другу робу. Ово практично значи да купац може тражити "испоруку робе у замену" ако су испуњена три услова: да је роба "испоручена", да има недостатака у саобразности који представљају битну повреду уговора и да је купац о свом избору благовремено обавестио продавца. Ово право постоји и у случају испоруке друге, а не уговорене робе (алиуд), јер се, као што је раније већ речено, и испорука друге робе сматра испоруком (несаобразном) тако да је купцу остављена могућност да коришћењем овог права добије уговорену робу. Међутим, ово право не постоји у два случаја случаја несаобразности: ако су одступања у количини и ако се насаобразност односи на својину.[10] У првом случају, ако је испоручена мања количина од уговорене, право на нову испоруку се може односити само на недостајућу количину. Овде ће захтев за испоруку бити заснован на неиспоруци недостајуће количине, а не на несаобразној испоруци. И у другом случају купац може захтевати испоруку нове робе по основу

[9] Huber, н. дело, стр. 202, марг. бр. 10.
[10] Mueller-Chen, u: Schlechtriem and Schwenzer, н. дело, стр. 541. марг. бр. 21.

неиспоруке, а не по основу постојања несаобразности на испорученој роби. Разликовање основа по коме се може тражити испуњење уговора је од значаја због тога што се у случајевима захтева за испоруком, не захтева постојање битне повреде уговора, а и обавештење се даје у другом року од онога који је одређен за случајеве захтева за испуњењем у замену.[11]

Према одредбама члана 46, став 2. Конвенције, захтев за замену мора бити учињен или истовремено са обавештењем о несаобразности, или у разумном року после тог обавештења. Подразумева са да купац може тражити испоруку нове робе у замену за добијену, само ако је у стању да врати раније добијену робу у "суштински истом стању у коме је примио".[12] Међутим, од овог правила су предвиђена три изузетка:

1) ако немогућност враћања робе или њеног враћања у суштинским истом стању у коме је примљена није последица радњи или пропуста на страни купца;

2) ако је роба потпуно или делимично пропала или била оштећена због прегледа који је прописан у члану 38, и

3) ако је роба у целини или једним делом продата у редовном току пословања, или је купац потрошио или прерадио у току њене нормалне употребе пре него што је открио или морао открити недостатак саобразности.

2. 2. Право купца да захтева поправку робе

Према одредбама члана 46(3). Конвенције, ако роба није саобразна уговору, купац може захтевати од продавца да му отклони недостатак поправком, изузев ако би то било неразумно узимајући у обзир све околности. Захтев за поправку мора да се учини или истовремено са обавештењем о несаобразности, или у разумном року после тог обавештења. Код оцене да ли је разумно тражити поправку ствари, узимају се у обзир пре свега интереси продавца и околности у којима би се вршила поправка. Под њима се не подразумевају само трошкови непосредне поправке, већ и други пратећи трошкови и неугодности којима је изложен продавац. Коначна оцена о разумности (рационалности) поправке се доноси на основу упоређивања интереса купца и трошкова поправке који се квантификују као однос између трошкова поправке и испоруке нове робе у замену. Једино ако купац има посебан интерес да му продавац баш поправи робу, на пример у случају продаје сложене техничке опреме за коју је управо продавац специјалиста, овај се однос неће узети као одлучујући. За одлуку није од значаја ни однос између трошкова и

[11] Исто.
[12] Чл. 82(1). Конвенције

куповне цене.[13] О својој одлуци да захтева поправку робе, купац *мора обавестити* продавца најкасније у разумном року након обавештавања о постојању несаобразности.

Сама поправка се може састојати у отклањању недостатака на испорученим деловима или у испоруци неких нових делова. Поправка се, по правилу, врши у месту где је роба испоручена према уговору, на трошак и ризик продавца. Продавац може допремити робу или део који треба поправити и у своје место пословања, али то чини на свој трошак. Поправку треба обавити у разумном времену или у оквиру додатног рока који му је оставио купац. За све време док је поправка трајала и купац није могао, или није у потпуности могао да користи купљену робу, продавац је дужан да надокнади насталу штету. У случају када је поправка неразумна, или ако продавац не изврши поправку у разумном времену, купац може *сам поправити робу* или то тражити од трећег лица, на трошак продавца. Продавац је дужан да накнади настале трошкове као штету због повреде уговора, осим ако њихова висина није неразумна, односно несразмерна ефектима поправке (корисности робе).

У случају кад се покаже да робу није могуће поправити, купац може да захтева испоруку нове робе у замену за ранију, или раскинути уговор и захтевати накнаду штете због неизвршења уговора. Истим правима купац се може користити и ако се покаже да поправка роба није била успешна, али у том случају мора *поново обавестити* продавца да несаобразност није отклоњена и којим средством ће се користити.

Додатни рок за извршење уговора. Ако продавац не испуни своје уговорне обавезе у уговором предвиђеном року или у разумном року, купац му може одредити додатни рок (нем. Nachfrist) разумне дужине за извршење његових обавеза.[14] У питању је додатни рок за извршење било које обавезе од стране продавца, без обзира да ли је реч о примарној или секундарној обавези.[15] Додатни рок значи да га купац може одобрити тек након што истекне уговорени или разумни рок. Разлоге за ово треба тражити у идеји да купцу не би требало дозволити да раскине уговор само због тога што продавац није испоручио робу на време.[16] То не мора бити само један, већ је купцу остављена слобода да након истека првог, одреди и нове додатне рокове. У сваком случају купац, међутим, мора одредити или фиксирати овај ток и такав рок мора бити разумне дужине. Фиксирање се врши јасним одређивањем датума или времена, на неки од начина о којима је раније било речи, на пример, до 20. маја, или у року од 20 дана и

---

[13] Mueller-Chen, у: Schlechtriem and Schwenzer, н. дело, стр. 549. марг. бр. 40. наводи да постоје и другачија мишљења (напомена бр. 94).
[14] Чл. 47(1). Конвенције.
[15] Mueller-Chen, у: Schlechtriem and Schwenzer, н. дело, стр. 553. марг. бр. 1.
[16] Will, у: Bianca/Bonell, н. дело, стр. 343, тач. 2.1.1. і Secretariat's Commentary. Officila Records, I, 39.

о томе мора обавестити продавца на начин да продавцу буде јасно да је у питању фиксирани рок. Временски период који се сматра разумном дужином се одређује у зависности од околности случаја и природе робе. Ако купац није фиксирао рок, односно одредио нови рок за извршење, продавац је задржао право да изврши своје обавезе у било које време, без ограничења рока.[17] Обавештење се не мора дати у посебној форми. Међутим, не препоручује се усмено саопштавање због каснијег питања доказивања.

Одобрени додатни рок производи дејство како на положај продавца, тако и на права и обавезе купца. Продавцу је додатним роком дата још једна шанса да саобразно изврши своје обавезе: да испоручи робу или да отклони недостатке на испорученој роби и на тај начин избегне раскид уговора. Подразумева се, међутим, да продавац сноси трошкове настале извршењем његових обавеза у додатном року. Купац се, пак, изузев ако не прими обавештење од продавца да он неће извршити своје обавезе до истека тог рока, не може у том року користити било којим средством које је предвиђено за повреду уговора: на пример, ако је тражио испоруку нове робе или поправку испоручене, не може тражити снижење цене или сам поправити робу. Купац, међутим, због тога не губи право да због доцње продавца захтева накнаду штете.[18] Ако продавац није ни у накнадном року испунио своје обавезе, купац има право да раскине уговор, без обзира на карактер повреде. Истек додатног рока квалификује озбиљну повреду уговора као битну и даје право купцу да тражи раскид уговора. Ово је. међутим, право купца којим се може, али не мора користити. Стога купац може продавцу одредити нови додатни рок за извршење уговора. Ако пак, то не учини, раскид уговора не наступа аутоматски, као што није ни обавезан.[19] Ако купац жели да раскине уговор, мора то изјавити.[20]

3. Право продавца да поправи извршење својих обавеза.

Конвенцијом је продавцу дато право да под прописаним условима поправи своје испуњење уговора и после истека рока за испоруку и када је то није изричито захтевао и када је то захтевао од купца. У првом случају, ако је истекао додатни рок, а купац не изјави да раскида уговор и ако то није у супротности са одредбама о раскиду уговора из члана 49. Конвенције, продавац може, чак и после истека рока за испоруку, на свој трошак отклонити свако неизвршење својих обавеза уколико је у стању да

[17] Исто, стр. 344, тач. 2.1.2.
[18] Чл. 47(2). Конвенције.
[19] Will, у: Bianca/Bonell, н. дело, стр. 344, тач. 2.1.1.
[20] Вид. чл. 49(1)(б). Конвенције.

то учини без неразумног одлагања и без наношења купцу неразумних непогодности или несигурности да ће му продавац накнадити трошкове које је с тим у вези имао. Овде се полази од општег правила да продавац има право на поправку или други покушај (нем. *Recht zur zweiten Andienung*) чак и након истека рока.[21] Иако је право поправке испуњења предвиђено за све случајеве, у пракси ће продавац ово користити у случајевима испоруке несаобразне робе. Продавац се овим правом може користи ако су испуњена два услова:

1) да купац није раскинуо уговор и

2) ако тиме не ствара неразумне непогодности и несигурности купцу.

У другом случају, продавац може захтевати од купца да се изјасни да ли прихвата извршење уговора, и ако му купац не одговори у разумном року, продавац може да изврши уговор у року који је навео у свом захтеву. Наравно да ово право продавац може да користи и када му је купац позитивно одговорио. До истека тог рока купац нема право да се користи било којим средством које не би било у складу са извршењем од стране продавца. Подразумева се да обавештење продавца о томе да ће извршити уговор у одређеном року садржи и захтев да се купац изјасни да ли прихвата задоцнело испуњење назначеном року и да саопшти своју одлуку.[22] Такав захтев или обавештење продавца производи дејство само ако га је купац примио. У сваком случају купац задржава право на накнаду тако насталих трошкова и да захтева накнаду штете у складу са одредбама чланова 45(1)(б), 48(1). друга реченица, 74, и чланом 79. Конвенције.

Dr Radovan D. Vukadinovic,
a full-time professor

THE RIGHT OF THE BUYER TO REQUEST FULFILLMENT OF THE CONTRACT ON INTERNATIONAL TRADE

Contracting parties conclude a contract expecting that it should be fulfilled. Because of that, the request for contract fulfillment is considered immanent or natural and priority right of the contrancting parties, in cases when fulfillment is not done according to the contract. In this respect, in the continental law, that right is considered a correlative right as a reflex or the automatic "logical

[21] Mueller-Chen, у: Schlechtriem and Schwenzer, н. дело, стр. 563. марг. бр. 1.
[22] Will, у: Bianca/Bonell, н. дело, стр. 354, тач. 2.2.1.

consequence of the violation of the seller's obligation" and obeying the principle *pacta sund servanda*.

However, the *common law* countries have accepted a different solution. According to the law of England and the USA, in case that one of the parties violates the contract by not fulfilling one of the obligations, the basic legal remedy at the disposal of the other party is the request for *compensation for damage*. Here, the request for compensation for damage is a primary legal remedy, whereas in the continental law the compensation for damage represents a secondary remedy for fulfillment of the damaged party interest. The request for so-called specific or natural fulfillment of the contract is in *common law* system allowed only as an exception in cases when the other side has special interest in it.

The practical difference between the two principles is the fact that in the *common law* system the right to fulfillment as a legal remedy can be used only if the prescribed conditions are fulfilled. The right to fulfillment is not implied by material and legal automatism (correlation) of contract violation, but only if the conditions are fulfilled and after the buyer takes some measures: if he chooses the legal remedy and informs the seller on time.

Др Миодраг Мићовић,
редовни професор

UDK: 366

ПРАВА ПОТРОШАЧА АКО ПРОИЗВОД ИЛИ УСЛУГА ИМАЈУ НЕДОСТАТКЕ

1. Начелна разматрања

Основно право потрошача је да за цену коју плаћа добије робу или услуге саобразно закљученом уговору. Под појам потрошачке робе подводи се свака телесна покретна ствар која се налази у промету. Директива ЕУ бр. 1999/44 од 25. маја 1999. године о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу1 искључује из појма потрошачке робе ствари које се продају у извршном поступку, воду и гас, уколико се не нуде на продају у ограниченој количини и запремини, електричну енергију (чл. 1. ст. 2б).

Ако роба или услуге имају недостатке, односно ако нису саобразни закљученом уговору, и под условом да је изјављена рекламација, потрошачу припада једно од права која су утврђена законом. У даљим излагањима биће посебно речи о условима који морају бити испуњени како би потрошач остварио неко од права, о правима и њиховом избору од стране потрошача.

2. Несаобразност и рекламација

А/ Несаобразност. – Продавац је дужан да испоручи потрошачу ствар саобразно закљученом уговору (чл. 2. ст. 1. Директиве). Наш Закон о заштити потрошача2 („Сл. гласник РС“, бр. 79/05) не даје одговор када ће се сматрати да производ (услуга) одговара условима закљученог уговора. Отуда, на ово питање би се могла применити општа правила, која су садржана у Закону о облигационим односима3, о материјалним недостацима4. Ипак, с обзиром да потрошач није стручњак, да се у погледу својстава производа ослања на оно што је наведено у реклами,

---

[1] У даљем тексту Директива.
[2] У даљем тексту ЗЗП.
[3] У даљем тексту ЗОО.
[4] Драшкић, М., О материјалним недостацима уопште, Анали, бр. 3 – 5/78, стр. 578 – 594.

написано на етикети или му је саопштио продавац приликом продаје, то критеријуми за процену саобразности морају бити нешто другачији[5].

Према Директиви (чл. 2. ст. 2) претпоставља се да је потрошачка роба саобразна уговору:

а) ако одговара опису који је дао продавац и има квалитет робе коју је продавац показао потрошачу у виду узорка или модела;

б) ако је подобна за нарочиту употребу за коју је потрошач набавља, а о чему је упознао продавца у време закључења уговора и што је продавац прихватио;

в) ако одговара намени за коју се робе истог типа уобичајено користе;

г) ако показује квалитет и перформансе који су уобичајени код робе исте врсте и које потрошач може разумно да очекује, имајући у виду природу робе и евентуалне јавне изјаве продавца, произвођача или његовог представника о појединим карактеристикама робе дате приликом рекламирања или етикетирања.

Сматра се да је потрошачка роба несаобразна, у ком случају се може поставити питање одговорности продавца за недостатке, ако није у складу са правилима изнетим у чл. 2. ст. 2. Директиве; ако је недостатак саобразности резултат неправилне инсталације робе, коју је сагласно уговору извршио продавац, лице за које он одговара или потрошач, а недостатак је настао због погрешних инструкција које су садржане у упутству за монтажу. Треба сматрати да недостатак саобразности постоји и онда када је у промет пуштена роба супротно императивним прописима који се тичу безбедности потрошача, заштите његовог живота и здравља (чл. 18. шведског Закона о продаји робе потрошачима из 1991. године).

Када за недостатак саобразности одговара последњи продавац у ланцу продаје, он има право да се обештети од стварно одговорног лица. Услов за то је да је недостатак саобразности последица чињења или нечињења произвођача, претходног продавца у ланцу продаје или неког другог претходника који је посредовао у продаји (чл. 4. Директиве).

Продавац не одговара за недостатак саобразности уколико је у време закључења уговора потрошачу било познато или му није разумно могло остати непознато да постоји недостатак или ако недостатак има своје порекло у материјалу који је потрошач испоручио (чл. 2. ст. 3. Директиве). Нема одговорности продавца ако је недостатак саобразности настао кривицом потрошача (чл. 35. ст. 4. ЗЗП).

Према општим правилима, уговарачи могу ограничити или искључити одговорност продавца[6] за материјалне недостатке ствари (чл. 486. ЗОО).

---

[5] Вилус, J., Остваривање високог степена заштите потрошача у ЕУ, Правни живот, бр. 5 – 6/2000, стр. 199.

[6] Уговорно ограничење одговорности продавца може да се изврши тако што ће се предвидети да он одговара само за одређене врсте недостатака, или тако што ће се ограничити право опције купца у погледу избора права, односно тако што ће се право

Такве уговорне одредбе су ништаве: ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца; кад је продавац наметнуо одредбе о искључењу (ограничењу) одговорности користећи свој посебан монополски положај; кад је искључење одговорности противно добрим пословним обичајима7. Међутим, наведена правила се не могу применити на купце који имају статус потрошача. Према Директиви (чл. 7. ст. 1) уговорне одредбе којима се директно или индиректно искључују или ограничавају права која су предвиђена Директивом не обавезују потрошача.

Када се ради о услугама, према шведском Закону о пружању услуга потрошачима, сматра се да услуга има недостатак ако није извршена у складу са правилима струке, оним што је уговорено или ако резултат услуге није поуздан са становишта безбедности (чл. 9).

Б/ Рекламација. – Ако предмет потрошачког акта није саобразан ономе што је уговорено, потрошач мора да изјави приговор (рекламацију). Продавац одговара за недостатке саобразности, уз одређене изузетке, који постоје у моменту када је роба предата потрошачу (чл. 3. ст. 1. Директиве)8, под условом да се покажу у року од шест месеци од дана куповине, односно извршене услуге (чл. 34. ст. 1. ЗЗП)9. Постоји претпоставка да је сваки недостатак који се покаже у року од шест месеци од испоруке постојао и у моменту испоруке, осим ако странка поднесе доказ о супротном или ако ова претпоставка није сагласна са природом робе или са природом недостатка саобразности (чл. 5. ст. 3. Директиве).

У складу са општим правилом садржаним у ЗОО (чл. 485) продавац одговара за недостатке и када су се појавили по протеку шест месеци од предаје ствари, и када потрошач није обавестио продавца о постојању недостатка у одређеном року, ако је недостатак био познат продавцу или му није могао остати непознат. У овом случају сматра се да је продавац обмануо потрошача (Општа узанса бр. 151), па треба да одговара без обзира на протек рока од шест месеци. Слично правило садржи и шведски Закон о продаји робе потрошачима: правило о одговорности продавца за несаобразност робе која се појавила у року од две године од њене предаје неће се применити у случају када је продавац поступао са грубом

опције дати продавцу, а не купцу. О овоме: Коментар ЗОО, редактори: Перовић, С. и Стојановић, Д., Крагујевац - Горњи Милановац, књига друга, 1980, стр. 102.

[7] Драшкић, М., нав. чланак, стр. 593.

[8] Ако купац падне у доцњу са пријемом робе која му је стављена на располагање, продавац неће одговарати за погоршање које накнадно наступи, а којем се може приписати искључиво природи робе (чл. 20. ст. 2. шведског Закона о продаји робе потрошачима).

[9] Рок у коме се може изјавити приговор је различито одређен у појединим законодавствима и креће се од шест месеци (Русија) до две године (Шведска); Директива одређује да ће продавац одговарати ако се несаобразност појави у року од две године од испоруке робе, а када се ради о половној роби може се уговорити краћи рок у коме продавац одговара за несаобразност робе, с тим што он не може бити краћи од годину дана (чл. 5. ст. 1).

непажњом, супротно принципу савесности и поштења или када се ради о производима који су пуштени у промет супротно прописима о безбедности производа, односно који су толико лоши да представљају озбиљну опасност по живот или здравље потрошача (чл. 24).

За разлику од ЗОО (чл. 481. и 482), ЗЗП не прави разлику између видљивих и скривених недостатака (према општим правилима, продавац одговара за скривене мане које се покажу у року од шест месеци од предаје ствари). Такође, ЗЗП не садржи ни правила у погледу рокова за обавештавање о недостатку. ЗОО захтева да обавештење о постојању недостатка буде учињено „без одлагања“ (код уговора у привреди), односно у року од осам дана (код уговора грађанско-правне природе). И раније важећи ЗЗП захтевао је да се рекламација учини без одлагања, чим се недостатак открије, с тим што се приговор могао учинити најдоцније у року од 90 дана од дана куповине производа (чл. 23. ст. 2).

Директива предвиђа могућност, али не и обавезу, да се у националним прописима предвиди да потрошач, ако жели да користи своја права, мора обавестити продавца о недостатку саобразности у року од два месеца од дана када је открио недостатак. Шведски Закон о продаји робе потрошачима захтева да приговор буде стављен у разумном року пошто се примети несаобразност (чл. 23. ст. 1).

Приговор, са рачуном о купљеном производу или извршеној услузи, подноси се у продајном објекту, односно месту где је извршена услуга. Овлашћено лице одлучује о приговору истог дана када је приговор поднет, а најкасније у року од осам дана од дана подношења приговора.

3. Права потрошача

Ако је приговор због недостатака основан, потрошач може алтернативно да оствари, зависно од тога да ли се ради о производима или услугама, неко од права која утврђује ЗЗП (чл. 35).

А/ Права због недостатка на производу. – Потрошач има право на:

1. замену купљеног производа за нов производ, односно производ одговарајуће марке (модела, типа) или

2. да му се врати износ плаћен за тај производ у висини малопродајне цене тог производа на дан враћања или

3. отклањање недостатака на производу.

На основу овако формулисаних и изложених права могуће је уочити следеће:

а) Од Основног закона о промету робе (чл. 23 – „Сл. лист СФРЈ“, бр. 1/67) па све до данас, потрошачу су се признавала, уз незнатне измене у формулацији10 иста права, која су уз то изложена истим редоследом.

б) Када се упореди наведено решење са оним које је садржано у ЗОО, могуће је утврдити разлике у погледу броја и редоследа наведених права. Према ЗОО, купац у случају материјалних недостатака ствари може захтевати од продавца да недостатак уклони, да му да другу ствар без недостатака, да захтева снижење цене или изјавити да раскида уговор (чл. 488. ст. 1).

У теорији се истиче прво, да је решење из ЗОО боље јер садржи правнологички редослед остварења права, и друго, да ЗЗП неоправдано пропушта да установи право на снижење цене, које познаје ЗОО, а које вуче корене још из римског права (actio quanti minoris)11. Продавац би могао да отклони захтев купца за снижењем цене предајом друге ствари без недостатка12.

в) Директива (чл. 3. ст. 2), као и закони појединих земаља о заштити потрошача (Шведска, Русија, Македонија), предвиђају за потрошаче у основи иста права као и ЗОО. Шведски Закон о продаји робе потрошачима, поред наведених права, познаје и право на задржавање цене (чл. 25), у мери колико је потребно да осигура поступање продавца по његовом захтеву. Или, руски Закон о заштити права потрошача прецизира да потрошач у случају отклањања недостатака или замене робе има право да му се стави на располагање аналогна роба док се не изврши замена или оправка. При томе, оправка (замена) се мора извршити у року који је одређен законом, а у случају доцње одговорно лице плаћа потрошачу уговорну казну у висини једног процента цене робе (чл. 19 – 21).

г) Право потрошача на замену није на ваљан начин прецизирано. Прво, употреба речи „нов“ (замена за нов производ) изазива асоцијацију да производ који се замењује је стар, а не производ који има недостатке. Дакле, реч „нов“ не треба употребљавати13. Друго, израз „замена за производ одговарајуће марке“ отвара дилему да ли се ради о замени за производ исте марке или наш законодавац даје могућност потрошачу да захтева замену за робу друге марке (модела, типа) уз одговарајуће прерачунавање куповне цене (ово право познаје руски Закон о заштити

---

[10] Не спомиње се више сагласност потрошача када се говори о праву на отклањање недостатака. Тиме је уклоњена непрецизност којом је стварана могућност да се иста одредба тумачи и као право купца на отклањање недостатака, и као овлашћење продавца да то учини, ако постоји сагласност потрошача. О томе: Барбић, Ј., О заштити потрошача по грађанском и привредном праву, Нова законитост, бр. 4/67, стр. 348.

[11] Симоновић, Д., Коментар Закона о заштити потрошача, Београд, 2006, стр. 255; Барбић, Ј., нав. чланак, стр. 350.

[12] Барбић, Ј., нав. чланак, стр. 350.

[13] Симоновић, Д., нав. дело, стр. 255.

права потрошача – чл. 17). Ако ова могућност не постоји, онда би зарад једноставности и прецизности било боље одредити да потрошач има право на замену, односно да му се дâ друга ствар без недостатка.

д) Право потрошача да му се врати плаћени износ за производ са недостатком је неодговарајући израз за право потрошача да изјави да раскида уговор. А, у том случају, потрошач враћа производ, а продавац малопродајну цену тог производа на дан враћања.

Поред једног од права којим потрошач може да се користи у случају да производ има недостатке, њему припада и право на накнаду штете (чл. 35. ст. 3. ЗЗП). Право на накнаду штете је везано за коришћење неког од наведених права и ако купац нема основа да користи ниједно од њих, не може да користи ни право на накнаду штете.

Паралелно са правом потрошача на оправку и замену, продавцу треба признати право да оправку или замену изврши, чак и у случају када купац то не захтева, уколико то може да учини у разумном року и без битних непогодности за потрошача (у овом смислу садржано решење у шведском Закону о продаји робе потрошачима – чл. 27). Овим би се, ако се тиме не вређају оправдани интереси потрошача, пружила могућност продавцу да се ослободи одговорности у случају да производ има недостатке14.

Б/ Права због недостатка у извршењу услуга. – Потрошач има право на:

1. отклањање недостатака или

2. враћање плаћеног износа или на смањење цене сразмерно недостатку извршене услуге.

Ако потрошач претрпи штету извршењем услуге са недостатком, може да захтева накнаду штете.

Поред наведених права, шведски Закон о пружању услуга потрошачима предвиђа право за потрошача да задржи део цене као обезбеђење испуњења захтева који је учинио због недостатка у извршењу услуга (чл. 16). А, руски Закон о заштити права потрошача даје потрошачу и право да захтева да се услуга поново изврши. Што се тиче раскида уговора, потрошач може остварити то право ако извршилац посла не отклони недостатак у утврђеном року или ако открије битне недостатке у извршеном послу (чл. 30).

4. Редослед права и услови за њихово остварење

ЗЗП не утврђује редослед права, па би се могао извући закључак да је потрошач слободан у избору права. Међутим, с обзиром да се уговор закључује у циљу извршења, у судској пракси, поводом примене општих правила садржаних у ЗОО, је заузет став према коме када ствар има

[14] Барбић, J., нав. чланак, стр. 345.

недостатак купац је дужан прво да тражи отклањање недостатака. А, ако продавац не испуни уговор у разумном року, купац може уместо испуњења уговора захтевати снижење цене, а може изјавити и да раскида уговор, пошто остави претходно продавцу накнадни рок за испуњење уговора15. Овај став може да се примени и на утврђивање редоследа права потрошача. Потврду за то даје и Директива према којој потрошач има право најпре да захтева да се ствар бесплатно поправи или замени у разумном року, а ако то није могуће или је несразмерно онда може захтевати адекватно снижење цене или раскид уговора, с тим што се наводи да потрошач нема право на раскид уговора ако је недостатак незнатан. Дужина разумног рока зависи од околности случаја (од врсте ствари – индивидуално одређена или ствар одређена по роду; од својства продавца – да ли је продавац произвођач те ствари; од врсте продаје – да ли је продаја дистанциона; од тога да ли недостатак треба да се отклони или да се изврши замена; од обима недостатка)16.

Према Директиви сматра се да је обештећење потрошача несразмерно ако продавцу намеће трошкове који се, у односу на други начин задовољења интереса потрошача, сматрају неразумном узимајући у обзир: вредност коју би имао производ да нема недостатак, значај недостатка саобразности и да ли други начин задовољења интереса може да се оствари без значајнијих неповољности за потрошача (чл. 3. ст. 3). Захтев потрошача да се изврши замена производа треба сматрати неразумним ако ствар има незнатне или пролазне недостатке.

Потрошач може да захтева снижење цене или раскид уговора: ако нема право на поправку или замену, ако продавац није поступио по захтеву потрошача у разумном року или ако се задовољење интереса не може остварити без значајнијих неповољности за потрошача (чл. 3. ст. 5. Директиве).

5. Закључак

ЗЗП не садржи правила која су од значаја за остварење права када предмет потрошачког акта има недостатке. А, то су: када се сматра да постоји саобразност, односно несаобразност предмета потрошачког акта; рок у коме се мора ставити приговор након што је откривен недостатак; редослед права и услови за њихово остварење. Нека од ових питања могла би се регулисати уз примену општи правних правила која су садржана у ЗОО. Међутим, с обзиром да су посебни прописи који се тичу потрошача донети у циљу њихове потпуније заштите, то као путоказ у регулисању

[15] Став Грађанског одељења ВСС од 29. 1. 1991. године, видети: Симоновић, Д., нав. дело, стр. 270.
[16] Коментар ЗОО, стр. 102.

наведених питања треба да послужи Директива. А то значи, између осталог, да би рок у коме продавац одговара за недостатке требало продужити на две године рачунајући од предаје ствари, као и да би потрошачу требало признати и право на снижење цене.

Dr Miodrag Micovic
a full-time professor

CONSUMERS' RIGHTS IF A PRODUCT OR SERVICE HAS DEFICIENCIES

This article deals firstly with issues related to conditions for realization of rights, then with rights that the consumer can alternatively realize if a product or service has deficiencies.

Regarding conditions, it is necessary that the product (service) lacks conformity (the seller is not liable if the consumer knew about the deficiency or if the deficiency has its origin in the material delivered by the consumer) and that the consumer has lodged a claim.

Regarding the law, ZZP recognizes the consumer's right to the repair or the replacement of the product with the deficiency, as well as the right to breach the contract. Apart from the above named rights, consumer should be recognized the right to price cutting. Also, it is necessary to establish the order of rights, as well as the conditions under which the consumer can realize them.

Одељак VII

Радно право

Др Радоје Брковић,
редовни професор

UDK: 349.2(497.11)

РАДНИ ОДНОС ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА СРБИЈЕ И КОМПАРАТИВНИ РАДНОПРАВНИ СТАНДАРДИ

Свака правна држава, посебним прописима регулише радноправни положај државних службеника и намештеника.

Држава Србија је, након више од пола века (2005. године) донела Закон о државним службеницима и Закон о државној управи који представљају правне претпоставке за успешно отпочињање дуго прижељкиваних промена државне управе. Донети закони као и закони који су у поступку доношења, конципирани су тако да пружају довољно правне наде да ће се и спровести у недовољно усклађеном правном систему. Закон о државним службеницима се примењује од 1. јула текуће године, изузев одредаба које су раније ступиле на правну снагу.

Доношењем Закона о државним службеницима постављени су темељи за функционисање новог радно службеничког система Србије. Закон је конципиран на решењима која су општеприхваћена у компаративном радо-службеничком правном систему. Два су основна принципа на којима се нормативно заснива закон: деполитизација и професионализација државне управе. Оно што је сигурно неспорно јесте чињеница да је држави Србији потребна стручна, одговорна и за рад правно мотивисана државна управа.

1. Појам радног односа у државним органима

Основне карактеристике радног односа полазе од тога да начелно постоји један заједнички радноправни положај, не и јединствен, без обзира где су запослени, да ли се ради о запосленим у приватном сектору, државном предузећу, јавним установама и службама или у државним органима. То што не постоји јединствен, универзални радноправни положај свих запослених, већ само заједнички, говори да су у појединим областима рада присутне одређене специфичности, односно разлике у радним односима. Радни однос у државним органима је специфичан због друштвеног значаја, посебности карактера послова и дужности, и наглашене одговорности у вршењу функција државног органа.

Питање радног односа у државним органима,[1] као и акта којим се успоставља службенички однос је врло сложено. Свакако да се овде се ради о тзв. службеничком, односно чиновничком праву, које обухвата скуп норми о правном положају запослених у органима државне управе и другим државним органима. Службенички однос, је кључни садржај службеничког права. Зато је феномен службеничког односа био посебно изазовна тема теоријског истраживања. Ту је испитивана објективна правна повезаност државног органа и јавног службеника, где је питање радног односа почетни, али и трајни аспект који је требало расветљавати, јер то има или може имати велику, како теоријску, тако и практичну вредност.

Радни однос у државним органима и са практичног и са теоријског аспекта инкорпориран је и ситуиран у два могућа модела радног односа – модел јединственог радног односа и модел подељеног радног односа.[2] Модел јединственог радног односа заснива се на постојању општег, унифицираног система радноправних прописа. Овде нема уочљивих разлика између радног односа свих запослених, без обзира где се остварује и о којим пословима је реч. У овом случају радноправни положај службеника не разликује се од радног статуса других запослених лица. Тај се систем може назвати монолитним системом радноправних односа.

Са друге стране, модел подељеног радног односа темељи се на принципу специфичности појединих "сегмената" радноправног односа, при чему се својим обележјима и значајем, природом и садржином, истиче онај у државним органима. За разлику од општег радног односа који се успоставља на бази рада, службенички радни однос заснива се поводом вршења власти и због тога има много већи значај за друштво у целини. То је разлог што права, дужности и одговорности, као и све друге димензије статуса државног службеника, треба да буду специфично, посебно и различито уређене у односу на остале запослене.

У нашој земљи до Другог светског рата био је успостављен један посебан правни режим запослених у државној служби, који је битно одступао од општег радноправног система у другим делатностима. У периоду од краја Другог светског рата до 60-их година XX. века, у домаћем законодавству, настављена је пракса уређивања специфичног радног положаја запослених у државним органима у односу на положај осталих запослених. Таква опредељења садрже и Закон о државним службеницима из 1946. године и Закон о јавним службеницима из 1957. године. У каснијем периоду, све до 90-их година XX века, у складу са принципом о једнаком правном положају свих радних људи, без обзира

[1] Види шире: Радни однос државних службеника (Зборник радова), I и II издање, Правни факултет у Крагујевцу, 2006. године

[2] Видети : Томић З, Управно право, Београд,1991, стр.138 и 139.

где су запослени, приближен је радноправни положај запослених у државним органима положају радника у привреди.[3]

Домаће законодавство у последњих 15-ак година, а посебно позитивни правни прописи уређују на различит начин радноправни положај запослених у државним органима у односу општи режим радних односа. Дакле, доследно је изведена класична разлика између радног односа службеника и осталих запослених[4].

Радноправни статус појединих категорија државних службеника (нпр. припадници полиције, службе за националну безбедност, иностраних послова, инспекција и сл.) примарно је регулисан системским законима о тим државним органима, а суспсидијарно службеничким законодавством, односно, општим радноправним прописима.

2. Појам службеничког система

Службенички систем представља целовит систем категорија у које се јавни службеници разврставају према унапред утврђеним критеријумима и који представља основ за њихово напредовање, награђивање и кретање у служби. Често се истиче да службенички систем има три основна дела: а) класификациони систем, и то у облику класификације радних места у којем свака класа обухвата сва радна места са истим или сличним радним дужностима или класификације службеника, у којем свака класа обухвата све службенике са истим или сличним одређеним личним својствима, б) платни систем, в) начин (систем) напредовања5. Циљ службеничког система је да обезбеди максимум ефикасности, дакле сврсисходности са становишта органа или организације јавне службе и праведности и једнакости са становишта појединца – службеника у њој. Поред тога, службенички систем мора да обезбеди висок степен објективности критеријума, независно од појединих лица у јавној служби на која се одређене индивидуалне одлуке односе[6]. Исто тако, тај систем мора бити, својим институтима и процесима, етички прихватљив за највећи број запослених. То се постиже, пре свега, његовом праведношћу тј. да се на једнаке ситуације и исте случајеве примењује исти поступак. На тај начин може се постићи или се барем приближити циљу да се интерес

---

[3] Види шире: Влатковић М, "Појам јавног/државног службеника у законодавној еволуцији после Другог светског рата," *Радни однос државних службеника*, *Правни факултет Крагујевац*, 2006, стр. 35-60.

[4] Општи режим радног односа је уређен Законом о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005),
а службенички однос уређен је Законом о државним службеницима ("Службени гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005 и 83/2005)).

[5] Види шире: Влатковић М, Јавни службеник у вршењу јавне службе, *Радно и социјално право*, бр. 1-6/2005, стр. 211.

[6] Исто.

службеника, како га он осећа у свакодневном функционисању јавне службе, усклади са његовим обавезама и дужностима.

3. Новине у службеничком систему Србије

Законом о државним службеницима успоставља се целовит службенички систем са, како се истиче, решењима „заснованим на стандардима прихваћеним у савременим упоредно правним системима“, а доношењем таквог закона „једно је од битних питања институционалних преображаја Републике Србије“.

Закон о државним службеници, заједно са Законом о државној управи представља систем комплементарних закона који би требало да доведе до преображаја јавног сектора у Србији. Њиме се уводи каријерни полуотворени службенички систем, чија је карактеристика да се виша радна места попуњавају онима који су већ запослени као јавни службеници, тј. преко института напредовања. То представља велику разлику у односу на досадашњи *spoil* систем или систем политичких заслуга.

Нови Закон о државним службеницима Републике Србије ствара претпоставке за успостављање новог службеничког система у Србији, који ће пре свега бити заснован на решењима која су примењена у савременим упоредно-правним системима. Тиме се у потпуности испуњавају стандарди Европске Уније у области службеничких односа у нашој земљи.

Закон о државним службеницима уводи велики број нових решења у области службеничког права од којих су најзначајнија :

а) У погледу појма и врсте државних службеника, Закон о државним службеницима предвиђа да постоје државни службеници и намештеници. У члану 2. став 1. Закона наводи се да је државни службеник лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштава, Републичког јавног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина или са њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова. Са друге стране намештеник је лице чије се радно место састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу. Дакле, појам државног службеника везан је за јавно правну компоненту, за разлику од намештеника.

б) Закон предвиђа да је послодавац државних службеника и намештеника Република Србија**,** при чему права и дужности послодавца врши руководилац државног органа, ако законом или посебним законом није друкчије одређено (члан 3.). Одређивање послодавца на овај начин значајно је због континуитета радног односа државног службеника при преласку из једног у други државни орган.

в) Овај Закон по својој природи има карактер посебног закона (lex specalis). Наиме, у погледу његове примене предвиђено је да се на права и дужности државних службеника која нису уређена овим или посебним законом или другим прописом примењују општи прописи о раду (као lex generalis), и посебан колективни уговор за државне органе. На права и дужности намештеника примењују се општи прописи о раду и посебан колективни уговор,ако овим или посебним законом није друкчије одређено. Међутим, поједина права и дужности државних службеника у одређеним државним органима (судови, тужилаштво, унутрашњи послови итд.) могу се уредити друкчије, ако то природа послова у њима захтева (члан 1. став 2. и члан 4). Произилази, дакле у погледу природе овог закона да је он посебан у односу на Закон о раду односно на прописе којим се уређује општи режим радних односа, а да је „општи“ у односу на посебне законе у појединим друштвеним областима (Закон о судијама, Закон о јавном тужилаштву, Закон о унутрашњим пословима итд.).

г) Државни службеници нису народни посланици, председник Републике, судије Уставног суда, чланови Владе, судије, јавни тужиоци и заменици јавног тужиоца и друга лица која на функцију бира Народна скупштина или их поставља Влада и лица која према посебним прописима имају положај функционера (члан 2. став 2.). Разлог за овакво решење је, пре свега, што се на њих због њихове Уставом утврђене посебности не могу применити начела службеничког система.

д) Радна места државних службеника деле се на положаје и извршилачка радна места. Критеријуми су: сложеност послова, одговорности за рад државног органа и ширина овлашћења. Положај је радно место на коме државни службеник има овлашћења и одговорности везана за вођење, усклађивање и организовање рада у државном органу, док преостала радна места припадају извршилачким радним местима. При томе рад на положају заснива се актом о постављењу, обично актом Владе, док се на извршилачким радним местима заснива на интерним актима руководилаца органа државне управе и служби Владе.

ђ) Службенички однос према Закону сматра се радним односом. Једна од квалитативних новина Закона је и детаљно разрађен поступак заснивања радног односа за све државне службенике, којима се кроз институцију обавезног конкурса обезбеђује не само јавност поступка, већ и неопходна конкуренција која треба да резултира запошљавањем на основу квалификација и способности. Посебно је значајно истаћи да ће некадашњи бројни функционери, које је до сада постављала Влада актом, без икаквог конкурса (а што је у пракси значило превагу политичких над стручним критеријумима), постати такође државни службеници, те ће им каријера зависити искључиво од стручних мерила и личних способности. На овај начин уводи се принцип професионализације државне управе. У члану 62. наводи се да „државни службеник заснива радни однос, по

правилу, на неодређено време“, а у чланом 126. одређују се „начини престанка радног односа“. Такође у члану 63. наводе се таксативно случајеви у којима радни однос може да се заснује на одређено време и то без интерног или јавног конкурса изузев при пријему приправника. Када су у питању државни службеници, а не и намештеници, он има посебне а изузетно наглашене јавноправне елементе.

е) Будући да професионални развој будућих кадрова у управи подразумева стално стручно усавршавање, Закон посебну пажњу поклања и оцењивању запослених. На овај начин тежи се постизању бољих резултата у раду и стварају се услови за правилно одлучивање о напредовању запослених.

ж) О правима и дужностима државних службеника одлучује руководилац државног органа решењем, осим ако тим или другим законом није друкчије уређено. О правима и дужностима државног службеника који је истовремено руководилац државног органа одлучује Високи службенички савет, када га је на положај поставила Влада. При одлучивању о правима и дужностима примењује се закон којим је уређен општи управни поступак. Другостепени орган за одлучивање по жалбама државних службеника су жалбене комисије, а против одлуке жалбене комисије може се покренути управни спор. Постоје, зависно од врсте државног службеника о чијем се праву и дужности одлучује Жалбена комисија Владе (органи државне управе, служба Владе и Јавно правобранилаштво) и Жалбена комисија правосуђа (судови и јавна тужилаштва).

з) Постоји дужност државног службеника да поступа по налогу претпостављеног, изузев кад сматра да је налог супротан прописима, правилима струке или да његово извршење може да проузрокује штету, што саопштава претпостављеном. Међутим, налог који претпостављени понови у писменом облику дужан је да изврши и о томе писмено обавести руководиоца. Државни службеник дужан је да одбије извршење писменог или усменог налога ако би то представљало кривично дело и о томе писмено обавештава руководиоца, односно орган који надзире рад државног органа ако је налог издао руководилац (начело субординације).

и) Уређено је такође питање сукоба интереса. Да би се такав сукоб интереса спречио предвиђена је забрана примања поклона и коришћење рада у државном органу у личне сврхе. Такође регулисан је додатан рад, забрана оснивања привредних друштава, вршење јавне службе као и бављење предузетништвом, а код државних службеника се примењује, при преносу управљачких права у привредном субјекту прописи којима се уређује спречавање сукоба интереса при вршењу јавних функција (пријава, улога Републичког одбора за спречавање сукоба интереса и сл.). Укратко, на државне службенике који раде на извршилачким радним местима примењују се у погледу сукоба интереса одредбе Закона, а

одредбе Закона о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција само када Закон на то упућује. На државне службенике на положају у потпуности се примењују одредбе Закона о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција као и прописи донети на основу њега. Тако се у члану 125. став 2. предвиђа као посебан услов за престанак радног односа разрешење с положаја због изречене мере јавног објављивања препоруке за разрешење од стране Републичког одбора за решавање сукоба интереса. Државни службеник може, уз писмену сагласност руководиоца, ван радног времена, да ради за другог послодавца ако додатни рад није забрањен посебних законом или другим прописом, ако не ствара могућност сукоба интереса или не утиче на непристрасност рада државног службеника. Државни службеник је дужан да о свом додатном раду обавести руководиоца.

ј) Државни службеници одговарају дисциплински, а дисциплинске повреде се утврђују методом енумерације, и лакше и теже, а као дисциплинске казне предвиђају се новчане казне, забрана напредовања од 2-4 године и престанак радног односа. Такође, постоји одговорност државног службеника за штету коју је у раду или у вези са радом, намерно или из крајње непажње проузроковао државном органу. Међутим, конституисана је и одговорност Републике Србије за штету проузроковану државном службенику на раду или у вези са радом, према општим правилима облигационог права, и

к) Плате, накнаде и друга примања државних службеника и намештеника регулисани су посебним законом, који садржи значајне новине у односу на до сада важећи платним режим, при чему се српски законодавац определио за праксу која је углавном прихваћена у европском службеничком платном систему. Значајно је навести да ће се поједине одредбе овог закона временски различито применити, а што је и реално с обзиром на буџетска ограничења.

4. Кратак упоредни приказ радноправног положаја државних службеника

Радноправни положај државних службеника, није унифицирано уређен у националним законодавствима земаља. Он варира у зависности од времена и од конкретних потреба појединих држава за делотворном државном службом. Права, дужности и одговорности службеника, као и правни садржај њиховог положаја, испољавају се у различитим облицима од државе до државе.[7]

---

[7] Видети више: Bekk X, Perry J. Toonen T, Верхијен T, Civil service Systems in Corporative perspective, Bloomington, Indijana ,1995. Verhijen T, Civil service Systems in Corporative perspective, Leiden,1999;

Теоријски посматрано, два су главна законска система којима се уређује статус државних службеника. : 1. каријерни (статутарни) систем и 2. уговорни систем. Неке земље имају мешавину ова два система (комбиновани систем). У даљем излагању навешћу неколико битних елемената по којима се разликују каријерни и уговорни систем радног положаја службеника.

Каријерни систем уредио је систем запошљавања државних службеника на почетне позиције на основу јавног конкурса. Међутим, на више позиције запошљавање се врши путем напредовања (развој каријере) или путем распоређивања (покретљивост) унутар државне администрације. Предности овог начина запошљавања су стабилност и гарантован квалитет службе због дугог радног искуства виших службеника у јавном сектору, као и због могућности напредовања у каријери, што службенике стимулише. На другој страни, запошљавање на све положаје у уговорном систему врши се на основу јавног конкурса, без давања приоритета лицима која већ раде у државној служби. Овај начин запошљавања је флексибилан, конкуренцијом са стране обезбеђују се нужне промене и иновације у државној служби и повећана ефикасност у раду.

Стручно образовање и обука за рад је класична карактеристика каријерног система. Установљене су јединствене образовне квалификације на основу којих се неко лице може запослити у одговарајући степен каријерне структуре. Због стандардизације стручности обезбеђено је да службеници могу одговорити и најсуптилнијим захтевима државне службе, као и могућност пожељне покретљивости у служби. У уговорном систему нема посебног, обавезног образовања за рад у државној служби. Само је предвиђен формални критеријум (нпр. универзитетска диплома), као услов за запошљавање на одређено место. Стручна спрема зависи од различитих врста послова и задатака који су у опису сваког радног места које се попуњава. Добра страна овог система је што су искључени трошкови специјалистичког образовања, а већ је обезбеђена дифузна образовна структура која може удовољити разноврсним конкретним захтевима државне службе.

Код каријерног система правила која регулишу услове, мерила и критеријуме за напредовање утврђена су службеничким законом. Сва радна места, осим почетних позиција, отворена су само а интерно конкурисање, чиме се обезбеђује могућност редовног напредовања. За разлику од тога, у уговорном систему свако радно место је подложно потпуној конкуренцији и доступно не само за интерне кадрове, већ и за све заинтересоване изван државне администрације.

Потпуно отворени и потпуно каријерни системи у пракси заправо не постоје. Сви јавно службенички системи до одређене мере предвиђају

могућност напредовања или запошљавања из приватног сектора, на основу јавног конкурса.

Компаративни осврт о положају државних службеника учинећемо на бази презентације неких њихових карактеристичних својстава, на основу примера из законодавства СР Немачке, Велике Британије и Републике Словеније.

а) Систем службеничког односа у СР Немачкој

СР Немачка је изградила најтипичнији модел каријерног система службеничких односа[8]. Немачки Устав сваком Немцу гарантује приступ државној служби према његовој склоности, способности и стручности. У државну службу се запошљава само на почетне позиције, путем јавног конкурса на један од четири нивоа- највиши, виши, чиновнички и најнижи. Захтева се посебна школа и образовање – за највиши ниво факултетска диплома и две године приправничког стажа, за виши ниво – виша школа која подразумева образовање у областима у којима ће се радити у државној служби као и приправнички стаж, чиновнички ниво- средња школа и приправнички стаж и најнижи ниво – рад у струци. За све нивое на почетку каријере обавезан је трогодишњи пробни рад.

У поступку одлучивања по јавном конкурсу, није законом предвиђен начин провере знања и способности кандидата већ је то дискреционо право руководиоца државног органа, али се у пракси користи и комисијско пропитивање, интервју, писани тест и сл. Запошљавање се по правилу врши, на неодређено време, једностраним актом посебне комисије. Коначна одлука се може преиспитивати путем административних судова.

Унапређење службеника се заснива на учинку, тако да је сваки каријерни ниво тростепен – почетни, степен унапређења и завршни степен. Напредовање ка вишем каријерном нивоу је могуће путем даљег образовања и кроз статутарни поступак.

Добровољна покретљивост је могућа како на његов захтев, тако и по одобрењу државног службеника, док је обавезна покретљивост везана искључиво у оквиру државног органа, а само привремено у други орган.

Државни службеници у СР Немачкој имају обавезу личног усавршавања, јер је оно основ унапређења. Међутим, организовано додатно усавршавање је могуће по оцени и одобрењу од стране претпостављеног. Оцењивање радног учинка врши се обично сваке три године. Службеници између 50 и 57 година, као и највиши и најнижи службеници су изузети од оцењивања.

---

[8] Савезни Закон о држаним службеницима СР Немачке, 1953, (Савезни Службени лист за законе ИС.551) у верзији објављеној 31.марта 1999 (Савезни Службени лист за законе ИС. 675, Савезни Службени лист за законе III 2030-2)

Систем плата и награђивања је утврђен законом, а предвиђене су и посебне накнаде за Божић, одморе , као и за посебне радне услове, као и повишице у складу са економским кретањима у држави. Дефинисана је и могућност плаћања по радном учинку у областима где је то изводљиво, где се тражи посебан ниво ефикасности и уједно и инвентивност.

Дисциплинске мере су прописане законом и предузимају се у случајевима кршења радних дужности. Поступак се води пред за то надлежним телом у органу, уз могућност улагања жалбе пред дисциплинским судом.

Државним службеницима није омогућено право на штрајк, али јесте могућност учешћа њихових представника у одлучивању које се тиче запошљавања, рада, социјалних услова итд. Државни органи су дужни да постигну споразум са синдикатом о остваривању основних права, као и социјалним и радним условима. Посебна пажња поклања се питању родне равноправности. Интересантно је напоменути да је у том смислу установљена обавеза да сваки државни орган, који има преко 200 запослених, мора имати службеника за питање равноправности мушкараца и жена, а свака нижа организациона јединица дужна организовати посебне програме ради унапређења равноправности полова.

Савезни Закон о државним службеницима регулише и постојање Савезне персоналне комисије у саставу од седам редовних чланова и седам заменика. Комисија је независни орган чија је основна функција јединствено спровођење службеничких прописа.

б) Систем службеничких односа у Великој Британији

Државни службеници у Великој Британији су формално-правно у служби британске Круне, а дефакто у функцији британске Владе. Бира их Комисија за државне службенике, али их поставља и именује премијер по налогу старешине државног органа или службе[9].Чланове комисије поставља Круна на предлог Владе. Као и Централна Комисија за службенике САД, тако је и британска Комисија надлежна за давање инструкција и дефинисање технике и поступка испитивања кандидата, прати да ли се поштују услови у свим доменима радног односа службеника, арбитрира у споровима, планира кадровске потребе, расписује и спроводи поступак конкурса и обезбеђује непристрасност у раду.

Службеници су директно одговорни надлежном министру.

Политичка неутралност је врховни принцип у раду и понашању државних службеника, тако да су они у служби сваке Владе. У Великој Британији је, дакле, доминантан *merit* систем, који подразумева да се

[9] Види шире: Davies M, Doing A, Public Service ethic in the UK, 1983.

одабир и напредовање административних кадрова заснива на њиховом стручном знању и способностима који се утврђују кроз различите форме проверавања, као нпр, конкурсни поступак, јавни испит, пробни рад и др. Међутим, овај систем ни овде не постоји у чистом облику, већ је комбинован са тзв. Системом плена (*spoils* систем), тако да се одређени мањи број радних места попуњава припадницима политичке партије која је победила на парламентарним изборима и стекла право да формира Владу.

в) Систем службеничких односа у Републици Словенији

Република Словенија је прихватила систем службеничких односа који садржи елементе како каријерног, тако и уговорног система, (комбинованим систем) службеничких односа.10 Да би се неко лице запослило у државној служби оно мора да испуњава услов у погледу одговарајуће дипломе и образовања које је адекватно каријерном нивоу. Пробни рад је обавезан у трајању од десет месеци на почетку каријере, односно шест месеци – ако се почиње са службом на вишим позицијама. Законом је прописан поступак запошљавања, а у поступку запажено место припада посебним методама провере радне способности (интервју, писани текст и сл.), коју аутономно одређује конкретни државни орган. Послодавац, односно државни орган, дискреционо може одлучити који ће од три поступка запошљавања применити: интерни конкурс у оквиру одређеног органа, интерни конкурс у целокупној администрацији или јавни оглас за слободно радно место.

Битна карактеристика словеначког модела јесте да се запошљавање у службу врши на основу уговора о раду, али фактички нема места за индивидуално преговарање. Одлука о запошљавању је у дискреционом овлашћењу старешине државног органа, а могуће је и њено преиспитивање на суду.

Унапређивање у државној служби заснива се на критеријуму радних резултата. Могуће је унапређење на виши степен на истом каријерном нивоу, док се прелазак на виши каријерни ниво може извршити тек на основу даљег образовања и одговарајуће изборне процедуре.

Мобилност јавног службеника је фактор најрационалније употребе расположивих кадровских потенцијала, као и јачања и оспособљености државне службе да се прилагоди различитим потребама у датом времену.

Награђивање јавних службеника одређено је посебним законом.

У случају настанка индивидуалних и колективних радних спорова за њихово решавање надлежан је специјализовани радни и социјални суд.

---

[10] Закон о јавним службеницима, "Урадни лист Републике Словеније", бр. 56/02.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Поред општег режима радних односа који се односи на све запослене, без обзира на организационе форме рада и својинске облике, у државним органима постоји посебан режим радних односа за лица запослена у тим органима, односно за државне службенике. Потреба постојања посебног уређивања радног односа државних службеника произлази из специфичног карактера делатности државе и специфичне природе посла коју службеник обавља. Тај специфични радни однос државних службеника појмовно се може посматрати као службенички однос који се базира на правном односу између државе и државног службеника.

Упоређивањем, домаће позитивно-правне службеничке нормативе са решењима која тренутно постоје у свету можемо закључити да је наш систем службеничких односа почео тек да се развија и да тек предстоји његово целовито и потпуно усаглашавање са захтевима ефикасног, професионалног, непристрасног и деполитизованог вршења ове значајне друштвене функције. У том циљу постоји и ургентна потреба да се решења која постоје у овој области усагласе са решењима која важе у земљама европских интеграција. Ово представља основни предуслов за изградњу стабилних институција које ће бити засноване на међународно признатим стандардима, чиме се отвара пут интензивнијим реформама у свим областима друштва.

Након доношења Закона о платама и пратећих правних прописа стварају се претпоставке за адекватније и потпуније регулисање радноправног статуса државних службеника и намештеника у Србији уз уважавање меродавних компаративних радноправних стандарда.

Dr Radoje Brkovic,
a full-time professor

EMPLOYMENT OF CIVIL SERVANTS OF SERBIA AND COMPARATIVE LABOUR LAW STANDARDS

Apart from the general regime of employment which is related to all the employed regardless of organizational forms of work and ownership forms, there is a special regime of emloyment for the persons emloyed at state agencies, i.e. civil servants. The need for existance of a special regulation of civil servants employment arises from the specific character of the state's activity and the specific nature of civil servants' job. The specific emloyment of

civil servants can, in conceptual terms, be regarded as an employment relationship based on legal relationship between the state and the civil servant.

By comparing domestic positive legal employment normative with solutions which now exist in the world, we can conclude that our system of employment relations has only started to develop, and that its full and complete coordination with the requests of efficient, professional, unbiased and depoliticized performance of this function is expected in the future. For that purpose, there is an urgent request for the solutions that already exist in this area to be coordinated with solutions effective in the countries of European integrations. This represents the basic precondition for the establishment of stable institutions which shall be based on internationally acknowledged standards, which makes way for more intense reforms in all areas of society.

After the passing of the Law on Salaries and Accompanying Legal Regulations, the preconditions for more adequate and complete regulation of labour law status of civil servants and officials in Serbia is created, with respect to relating comparative labour law standards.

Бојан Урдаревић,
асистент-приправник

UDK: 347.918:349.2(497.11)

АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ ИНДИВИДУАЛНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Арбитража је један од најзначајнијих облика за решавање радних спорова. Данас се подједнако успешно може користити за решавање како колективних, тако и индивидуалних радних спорова. У пракси развијених земаља ретко се догађа да се у поступцима арбитражног решавања радних спорова одлуке арбитраже не прихвате, чиме се даје огроман допринос стварању стабилних услова привређивања, односно обезбеђењу трајнијег социјалног мира.

Циљ овог рада је да прикаже и анализира позитивне законске прописе у области арбитражног решавања радних спорова са акцентом на арбитражу за индивидуалне радне спорове. У том смисли посебно ће бити речи о решењима која су предвиђена у Закону о раду, као матичном закону у области радних односа, и Закону о мирном решавању радних односа, као посебном закону у овој области.

I Арбитражно решавање индивидуалних радних спорова према Закону о раду

Закон о раду[1] у делу у којем одређује остваривање и заштиту права запослених, посебном нормом одређује поступак заштите права запослених пред арбитражом.

1 Акти којима се може уредити решавање спорних питања

Поступак решавања спорних питања између запосленог и послодавца може се уредити на два начина: општим или појединачним актом.

Општи акт може бити појединачни колективни уговор или правилник о раду. С обзиром на одредбу члана 3 у погледу услова за доношење правилника о раду од стране послодавца, општи акт којим се може уређивати поступак за решавање спорних питања биће најчешће колективни уговор. Иако Закон о раду изричито не говори о врсти колективног уговора, непосредно се намеће закључак да ће се то уредити појединачним колективним уговором.

---

[1] Службени гласник РС бр. 24/05. и 61/05.

Споразумно решавање спорних питања између послодавца и запосленог може да се уреди и уговором о раду. Садржина уговора о раду утврђена је чланом 33 Закона о раду. Истовремено је речено да уговором о раду могу да се утврде и друга права и обавезе запосленог и послодавца. Према томе, постоји правна могућност да се уговором о раду, као актом којим се заснива радни однос, предвиди и поступак споразумног решавања спорних питања између запосленог и послодавца. У супротном, уколико се овим актима не предвиди поступак споразумног решавања спорних питања, онда се она неће моћи решавати унутар предузећа, те на располагању стоји једино судска заштита, тј. покретање спора пред надлежним судом или покретање спора пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова.

2. Споразумно решавање спорних питања

У Закону о раду уређено је да се општим актом може предвидети поступак споразумног решавања спорних питања између запосленог и послодавца. Овакво законско решење упућује на могући закључак да је у питању споразум између субјеката спора да сами , без присуства трећег, реше спорна питања између себе. Они се споразумевају да уреде поступак на основу чијих правила треба да заједнички реше спорна питања. Међутим, израз споразумно решавање треба схватити као споразум послодавца и запосленог, као њихов договор, сагласност, да се сва спорна питања између њих реше арбитражно, односно од стране арбитра. То је споразум о постанку, о начину решавања спорних питања, а не споразум да ће запослени и послодавац сами решити спор. Ово се чини и логичним јер тешко поверовати да би послодавац и запослени као стране чији су интереси и правни положај у самом старту потпуно другачији, могли сами да дођу до решења спора.

С друге стране, Закон о раду не утврђује као обавезу страна у спору да предвиде поступак за споразумно решавање спорних питања. Закон користи формулацију "**може се предвидети поступак"**, што значи да и не мора, односно да не постоји никакву принуда на послодавца и запосленог да такав поступак предвиде одговарајућим актом. Стога овај поступак можемо назвати неком врстом унутрашње арбитраже и унутрашњим решавањем спорних питања између запосленог и послодавца, јер се спор не износи ван предузећа.

3. Циљ утврђивања поступка

Предвиђања поступка за споразумно решавање спорних питања има сасвим одређени циљ: да се спорна питања између запосленог и послодавца реше.

О праву, обавезама и одговорностима запосленог одлучује послодавац решењем у писаном облику. Спорно питање може бити само оно питање о коме је одлучио послодавац и односи се на права, обавезе и одговорности запосленог. Спорно питање је оно које се износи пред арбитра, а које пре тога нису решили запослени и послодавац. Спорно питање се пре свега односи на појединачна права, обавезе и одговорности запосленог из радног односа. Несагласност око неког питања из радног односа између запосленог и послодавца није увек спорно питање. Спорно питање је само оно које се односи на права, обавезе и одговорности запосленог и које произлази из радног односа.

О праву, обавези и одговорности треба да се одлучи решењем из којег се види шта је спорно између запосленог и послодавца., Међутим , повреда права могућа је и без решења, фактичким радњама послодавца (неисплата зараде, усмени налог за прековремени рад и сл). И против такве радње послодавца могуће је тражити посредовање арбитра, јер према члану 195 Закона о раду запослени може да покрене спор пред надлежним судом и кад је запослени сазнао за повреду права. Тренутком сазнања за повреду права запослени може да тражи да се о повреди права, као спорном питању, решава у арбитражном поступку.

4. О спорном питању решава арбитар

Спорно питање између запосленог и послодавца решава арбитар као посредник. Међутим, без учешћа страна у спору, запосленог и послодавца, арбитар не може да реши спор, јер је њихово учешће неопходно да би се одлука донела.

Арбитра споразумно одређују стране у спору. Мора да постоји обострана сагласност у погледу избора личности за арбитра. Ако нема сагласности између запосленог и послодавца о томе ко ће у предметном спору бити арбитар, нема ни арбитражног решавања радних спорова. И послодавац и запослени, ма колико се не слагали око предмета спора, морају се сложити око личности арбитра коме поверавају решавање спорних питања. Ако стране у спору постигну споразум о избору арбитра , онда оне бирају арбитра из реда стручњака у области која је предмет спора. То могу бити лица правне, економске или техничке струке што зависи од предмета спора.

5. Рок за покретање поступка пред арбитром

Иако важи принцип добровољности код решавања спорних питања од стране арбитра, о чему се запослени и послодавац споразумевају, Законом је одређен рок у коме треба покренути поступак. Према члану 194. став 4 Закона о раду рок за покретање поступка пред арбитром је три дана од

дана достављања решења запосленом. Овај рок је преклузивне природе и његовим протеком губи се право на арбитражно решавање. Пропуштање рока има за последицу да спор не може правоснажно да се реши, односно арбитар нема правне могућности да одлучује о спорном питању. Рок почиње да тече од дана достављања решења запосленом којим је одлучено о неком његовом праву, обавези или одговорности. Према члану 185 Закона о раду уређен је и поступак достављања решења запосленом. Наиме, решење мора да се достави лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог. Уколико достављање решења није могуће на овај начин послодавац је дужан да о томе сачини писану белешку. Након тога, послодавац објављује на огласној табли решење и по истеку осам дана од дана објављивања решење се сматра достављеним.

О року за покретање поступка морају да воде рачуна не само запослени и послодавац, већ и арбитар, па у случају да је рок прекорачен, он је дужан да обавести стране у спору о томе са напоменом да , пошто је рок истекао не може да одлучује о спорном питању.

Занимљиво је решење дато у члану 185. став 6 Закона о раду, према коме је запослени дужан да наредног дана од дана пријема решења у писаном облику обавести послодавца уколико жели да се спор решава пред арбитражом. Ово решење, по мом мишљењу треба схватити тако да запослени обавештава послодавца о својој жељи, што истовремено представља и предлог да се спор реши унутар предузећа споразумно. Из законске норме произлази непосредан закључак да уколико запослени не обавести послодавца сутрадан по пријему решења о свом предлогу да се спорно питање реши пред арбитром, он после тога не може да покреће поступак пред арбитром, јер је пропустио да искористи своје законско право.

Оправдано може да се постави питање целисходности законског решења у члану 185 у односу на решење у члану 194 Закона о раду. Можда је довољно само одређивање рока за покретање поступка, а не и обавештење да жели да се спор тако реши. Коначно, ово обавештење које запослени доставља послодавцу је без утицаја на сам спор, јер уколико се не споразумеју, послодавац и запослени око избора арбитра и протекне рок од три дана , спор се не може решити на овај начин.

6. Доношење одлуке од стране арбитра

Мирно решавање спора између запосленог и послодавца, не трпи претерани формализам. Његова предност у односу на судски поступак је у томе што је поступак пред њим ослобођен читавог низа процесних радњи и што се брзо завршава. Према закону о раду члан 194. став 5. – арбитар је

дужан да донесе одлуку о спорном питању у року од десет дана од подношења захтева за споразумно решавање спорног питања.

Рок од десет дана је време за које арбитар треба да проучи спорно питање, прикупи одговарајуће информације (податке) од учесника у спору и да донесе своју одлуку. Све ово упућује на закључак да арбитар мора брзо да делује, поготову ако се има у виду последица која може да настане протеком овог рока.

Сам рок почиње да тече од оног дана када је поднет захтев учесника у спору за споразумно решавање спорног питања. О току рока мора да води рачуна сам арбитар, јер према закону , рок обавезује њега у погледу доношења одлуке о спорном питању.

Пропуштањем рока од десет дана за одношење одлуке, решење о отказу уговора о раду постаје извршно, односно запосленом престаје радни однос. Уколико решење постане извршно запослени има право на исплату неисплаћених зарада и других примања у смислу члана 186. Закона о раду, односно до останка на раду још 30 дана у смислу члана 171. Закона о раду.

Какве су последице пропуштања рока на друга решења којима је одлучено о праву, обавези или одговорности запосленог (решење о увођењу прековременог рада, одређивању годишњег одмора, промени послодавца, удаљењу са рада, премештају у друго место рада и сл.) Пропушање рока од стране арбитра не може се схватити тако да сва остала решења која је донео послодавац престају да производе своје дејство. Напротив, пошто арбитар није донео одлуку о спорном питању оно у својој бити остаје онакво како је о њему одлучио послодавац.

7. Мировање радног односа за време трајања поступка пред арбитром

Док траје поступак пред арбитром запосленом мирује радни однос и то само ако је покренут поступак за отказ уговора о раду. Ово мировање радног односа није исто што и мировање радног односа у смислу члана 79. Закона о раду. По мом мишљењу, овде се пре може говорити о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду, тј. О његовој привременој суспензији, док траје поступак пред арбитром. Код правог мировања радног односа запослени има право да се по престанку мировања врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана престанка разлога због којих му је мировао радни однос. После завршетка поступка пред арбитром, односно доношења његове одлуке о спорном питању, запослени или остаје на раду (ако је решење о отказу укинуто) или решење постаје извршно ако је потврђено решење послодавца.

8. Обавезност одлуке арбитра

Пошто су стране у спору добровољно повериле арбитру решавање њиховог спора, то , по природи ствари, таква одлука је коначна и обавезује послодавца и запосленог.

Закон о раду не одређује ближе како треба схватити израз одлука арбитра је коначна, али по његовој стилизацији то је одлука којом је коначно, потпуно решено спорно питање између запосленог и послодавца унутар предузећа. Они су споразумно решавање спорног питања поверили арбитру и он је својом одлуком исто и решио. После одлуке арбитра запослени не би могао да покреће спор пред надлежним судом у смислу члана 195. Закона о раду, јер је о повреди његовог права решавано мирним путем.

Одлука арбитра обавезује запосленог и послодавца. То је и природна чињеница њиховог споразума да решавање спорног питања повере арбитру. Они су то добровољно и споразумно учинили и отуда и закључак да одлуку арбитра треба безусловно извршити. Како у Закону о раду није речено да одлука арбитра има извршну снагу, то се ова одлука не може да принудно изврши у смислу Закона о извршном поступку[2], јер се ова одлука у смислу члана 30, закона не сматра извршном исправом, пошто није законом одређена као извршна исправа. Њено извршење препуштено је странама у спору, односно њиховом поштовању одлуке арбитра, а то је већ у домену моралне одговорности учесника спора.

Према ранијем Закону о радним односима, одлука о постигнутом споразуму пред арбитражом има снагу судског поравнања, тако да је овај споразум закључен пред арбитражом има својства извршне исправе, на основу које се могло одредити принудно извршење. И ранији Закон о раду[3] имао је исту формулацију. Одлука арбитраже је коначна и обавезује запосленог и послодавца.

II Арбитражно решавање индивидуалних радних спорова према Закону о мирном решавању радних спорова

Други начин мирног решавања радних спорова уређен је Законом о мирном решавању радних спорова4. Он је донет због потреба да се институционализује служба за решавање радних спорова од стране трећих стручних лица (миритељи и арбитри). То треба да помогне успешнијем решавању индивидуалних и колективних радних спорова и смањењу

[2] Службени гласник РС бр. 125/04.
[3] Службени гласник РС бр. 70/01.
[4] Службени гласник РС бр. 125/04.

спорова пред судовима, односно избегавању дугог судског поступка када су у питању радни спорови. Жеља законодавца је да мирно решавање радних спорова доведе до хармонизације односа између учесника спора: запосленог и послодавца.

1. Покретање поступка

Поступак мирног решавања индивидуалног радног спора покреће се подношењем предмета Републичкој агенцији за мирно решавање радних спорова (у даљем тексту Агенција). Предлог за покретање спора може да поднесе свака страна појединачно или обе заједнички.

Предмет за покретање поступка је строго формалан, подноси се у писаном облику и мора да садржи одређене елементе предвиђене законом. Уз предлог доставља се и документација везана за предмет спора и име сведока ако их има.

У случају да предлог за покретање поступка подноси само једна странка у спору, Агенција је дужна да предлог и документацију достави другој страни са позивом да се у року од три дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора.

Закон не уређује да ли изјашњавање друге стране треба да буде изричито или прећутно. По нашем мишљењу, друга страна треба да се изјасни у року од три дана да ли прихвата мирно решавање спора али ако се протеком рока не изјасни, њено ћутање треба схватити као неприхватање мирног решавања спора.

2. Принцип добровољности при решавању спорова

И запослени и послодавац су слободни да покрену поступак за мирно решавање спора. Они према Закону поступак не морају да покрену, већ се свака страна опредељује за покретање спора имајући у виду пре свега изглед на успех у спору. Добровољност значи сагласност и једне и друге стране да се учествује у радном спору. Без те сагласности нема мирног решавања радног спора пред Агенцијом, већ се он може решавати на неки други начин.

3. Одређивање арбитра

Ако се поднесе предлог за покретање поступка пред Агенцијом, учесници у спору треба да одреде арбитра.

Према члану 12. Закона арбитра споразумно одређују стране у спору и то у свом заједничком предлогу. Ако предлог није заједнички поднет, већ је појединачни, онда страна која је поднела такав предлог је дужна да у

року од три дана одреди арбитра рачунајући од дана када је прихватила предлог за мирно решавање спора.

Законску норму треба разумети тако да ако је поднет заједнички предлог, онда у свом предлогу стране у спору треба да одреде арбитра. Саставни део заједничког предлога је име арбитра. Овде нема рока.

Уколико стране у спору не одреде споразумно арбитра у заједничком предлогу за покретање поступка за мирење, арбитра одређује Директор агенције.

4. Предмет спора

За разлику од унутрашње арбитраже према Закону о раду, пред коју стране могу да износе и да решавају сва спорна питања из радног односа, предмет индивидуалног радног спора према Закону о мирном решавању радних спорова могу бити само отказ уговора о раду и исплата минималне зараде.

Који су мотиви за овакво законско решавање може се само нагађати, али уколико би запослени поднео предлог Агенцији за решавање неког другог спорног питања (исплата зараде, прековремени рад и сл.) Агенција би морала да се огласи ненадлежном, односно да одбије решавање спора због изричите законске одредбе о томе шта може бити предмет индивидуалног радног спора.

Да ли израз отказ уговора о раду подразумева отказ који даје послодавац у смислу члана179. Закона о раду или је отказ уговора о раду и онда када послодавац доноси решење о отказу уговора о раду закљученог на одређено време – члан 175 став 1. тачка 1. Закона о раду, или ако радни однос престаје независно од воље запосленог и воље послодавца – члан 176, или кад запослени испуни услове за пензију члан 175. став 1. тачка 2.. У пракси преовладава мишљење да предмет спора може бити само решење о отказу уговора о раду који је дао послодавац – члан 179 закона о раду. По нашем мишљењу, у свим случајевима када се доноси решење о отказу уговора о раду може доћи до повреде права запосленог.

У другом случају предмет спора може бити само исплата минималне зараде, односно предлог за покретање спора може се поднети ако послодавац запосленима не исплаћује минималну зараду.

5. Прекид поступка пред судом

Закон о мирном решавању радних спорова полази од претпоставке – члан 10 – да између страна у спору већ тече судски поступак, односно да је запослени покренуо спор пред надлежним судом, јер је само он активно легитимисан за покретање радног спора – члан 195. став 1. Закона о раду. Ако је таква ситуација, односно ако тече судски поступак из истог

чињеничног и правног основа, стране у спору дужне су да заједнички поднесу захтев за прекид поступка. Према Закону о парничном поступку (Службени гласник РС бр. 125/04) поступак се прекида – члан 214 и кад је то другим законом одређено, што је у овом случају тако и учињено. Прекид поступка има за последицу да престају тећи сви рокови одређени за вршење парничних радњи и за време трајања прекида поступка суд не може да предузима никакве радње у поступку.

Да би дошло до прекида судског поступка стране у спору су дужне да суду заједнички поднесу захтев за прекид поступка. Једнострани захтев било које стране не обавезује суд да прекине поступак. Захтев мора бити заједнички, односно, морају га поднети обе стране. То претпоставља њихов претходни договор да се прекине поступак пред судом и у том смислу поднесе заједнички захтев. Уколико се не сложе да заједнички поднесу захтев за прекид поступака, прекида неће бити, односно оба поступка ће се упоредо водити.

6. Поступак пред арбитром

Закон предвиђа одређена правила поступања којих се арбитар мора придржавати решавајући спор између учесника.

Арбитар заказује расправу у року од три дана од дана пријема предлога и документације и о томе обавештава стране у спору.

Расправа се одржава у присуству страна у спору и арбитра, пошто арбитар отвара расправу и утврђује да ли сва позвана лица присуствују расправи. У случају неоправданог изостанка са расправе једне стране у спору, арбитар може да одржи расправу у њеном одсуству узимајући у обзир документацију коју је та страна доставила.

Иначе, право на повлачење предлога за покретање поступка има свака страна у спору али најкасније до дана отварања расправе. Повлачење предлога за расправу је последица принципа добровољности о покретању мирног решавања спора.

Арбитар води расправу, узима изјаве од страна у спору, изводи доказе и стара се да се у току расправе изведу све чињенице које су од важности за одлучивање. Стране у спору имају право на изјашњавање о предмету спора и одговора на наводе друге стране у спору.

У зависности од тока расправе арбитар има право да одлучи, било по службеној дужности, било на захтев једне од страна у спору, о одлагању расправе. Ако донесе такву одлуку арбитар је дужан да закаже нову расправу најкасније у року од пет дана од дана одлагања расправе. Када арбитар сматра да је предмет спора расправљен тако да може да одлучи о спору, закључује расправу.

7. Доношење и садржина решења

После закључења расправе арбитар доноси решење о предмету спора. Закон у члану 36. одређује садржину решења коју треба сматрати обавезном, односно свако решење мора да има предвиђене елементе.

У решавању индивидуалног радног спора не постоји (према закону) двостепеност. Против решења које доноси арбитар није могућа жалба. Његово решење, које се односи на предмет спора јесте правоснажно и извршно од дана достављања странкама у спору, а ако је у решењу одређено да се радња која је предмет извршења може извршити у остављеном року, решење постаје извршно истеком тог рока.

У Закону није ближе уређено када се решење сматра правоснажним. Према Закону о парничном поступку члану 346, пресуда која се више не може побијати жалбом постаје правоснажна уколико је њоме одлучено о захтеву тужбе или противтужбе. Према закону о општем управном поступку (Службени гласник РС бр. 55/96) решење против кога се не може изјавити жалба нити покренути управни спор је правоснажно решење. Међутим, како се овде не ради ни о парничном, ни о управном поступку, већ о поступку решавања индивидуалног радног спора од стране арбитра треба узети као изричито законско одређење, односно да против решења арбитра нема других правних средстава и да се оно, достављањем странама у спору, има извршити онако како гласи његова изрека.

У Закону се не говори о односу страна у спору према донетом решењу од стране арбитра. Али, независно од ћутања Закона решење обавезује стране у спору, поготову што су оне добровољно тражиле да арбитар одлучи о њиховом спору и да су га оне заједнички изабрале. Отуда и њихова обавеза да његову одлуку – решење добровољно изврше. Правоснажност решења треба схватити тако да се решење арбитра не може испитивати са становишта законитости.

Решење о предмету спора арбитар треба да донесе у року од 30 дана од дана отварања расправе, као крајњи рок за одлучивање о спорном питању.

8. Обавештавање суда ако је поступак био прекинут

Обавеза је страна у спору да обавесте суд о доношењу решења од стране арбитра, али само онда ако су суду заједнички поднели захтев за прекид поступка.

Смисао овог законског решења је двојак. Једно је, ако арбитар у року од 30 дана од дана отварања расправе не донесе решење о спорном питању да се прекинути поступак настави, пошто он од стане арбитра није окончан одговарајућом одлуком. Друго је, да обавести суд да је

правоснажно окончан поступак пред арбитром и да је решење арбитра истовремено и извршно

III Сличност између ова два начина решавања индивидуалних радних спорова

Постоје разлике, али и сличности у уређивању арбитражног решавања индивидуалних радних спорова у два закона.

И један и други закон уређују начине вансудског решавања радних спорова. Овим се избегава дуг и формалан судски поступак, а стране у спору решавање спорних питања поверавају арбитру, кога слободно бирају и који је непристрасан и независан у свом раду.

Мирно решавање спорова доприноси успешнијем решавању индивидуалних радних спорова и обавезује на пунију заштиту права запослених. Истовремено, то представља алтернативни, вансудски начин решавања радних спорова, који је неспорно, у интересу како запосленог тако и послодавца, јер се вансудско решавање индивидуалних радних спорова остварује у кратком временском периоду.

Поступак који се води у спору између запосленог и послодавца према Закону о раду, а који се уређује општим актом или колективним уговором, има све особине унутрашње арбитраже, јер спорно питање и његово решавање не излазе изван оквира предузећа.

Индивидуални радни спор према закону о мирном решавању радних спорова има све особине спољашње арбитраже, јер се решава пред посебно образованом институцијом – Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова. Спорна питања стране у спору износе изван предузећа и траже да их реши орган који је посебно образован.

Било да се спорови решавају унутар предузећа или пред Агенцијом, они, и у једном и у другом случају, имају карактер арбитражног решавања, јер се решавају ван редовних судова и од стране изабраних арбитара.

У погледу трошкова поступка постоји разлика у зависности да ли се спорна питања решавају унутар предузећа или пред Агенцијом. Ако се спорна питања решавају унутар предузећа, трошкови поступка и накнаде за рад арбитра падају на терет послодавца. Запослени у овом поступку не сноси никакве трошкове.

Ако се спор решава пред Агенцијом, односно од стране арбитра који се бира из именика миритеља, односно арбитара, свака страна у спору сноси своје трошкове у поступку, осим, трошкове миритеља и арбитара за мирно решавање радних спорова. Награда за рад арбитра пада на терет Републичке агенције за мирно решавање радних спорова у складу са Уредбом о висини награде и висини трошкова миритеља и арбитра за мирно решавање радних спорова (Службени гласник РС бр. 11/05). Трошкови страна у спору су они трошкови које они имају независно од

рада арбитра, а који су непосредно везани за сам спор о коме одлучује арбитар.

Између ова два начина решавања спора постоји разлика која се огледа у чињеници и истовременом виђењу спора око истог питања и пред надлежним судом.

Према Закону о раду мирно решавање спора одвија се пре него што се покрене поступак пред надлежним судом. Законско решење иде за тим да до судског спора не дође, односно да се спор реши унутар предузећа. Овакав закључак се непосредно изводи из саме чињенице да док поступак траје пред арбитром због отказа уговора о раду, запосленом мирује радни однос. То значи да решење о отказу уговора о раду не производи дејство, па самим тим не може ни да се покрене поступак пред надлежним судом. У осталим спорним случајевима краткоћа рока за покретање поступка и доношење одлуке арбитра упућују на закључак да се све то чини пре него што се покрене спор пред надлежним судом, поготову ако се има у виду члан 195. став 2. Закона о раду о року за покретање спора пред надлежним судом.

Што се тиче индивидуалног радног спора пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова, покретање овог спора могуће је и ако је већ покренут судски поступак. Ова два поступка не могу упоредо да се воде, јер ако се покрене поступак мирног решавања спора, судски поступак се прекида на захтев страна у спору. Прекид судског поступка траје док траје поступак мирног решавања спора од стране арбитра.

Поступак пред унутрашњом арбитражом може да се води о свим спорним питањима из радног односа запосленог. Увек када се појави спорно питање стране у спору могу споразумно да га изнесу пред арбитром.

Када су у питању индивидуални спорови према Закону о мирном решавању радних спорова предмет спора је ограничен. Спор може да се води само у два случаја: отказа уговора о раду и исплате минималне зараде. О другим спорним питањима арбитар не може да одлучује.

Поступак решавања индивидуалног радног спора према Закону о мирном решавању радних спорова је мање-више законом прописан, арбитар може лако да води овај спор без бојазни да ће направити неку процесну грашку. Поступак арбитражног решавања радног спора према закону о раду треба да се уреди аутономно, општим актом, чија ће правила важити за све случајеве које касније буде решавао арбитар.

Ако је поступак мирног решавања спора према закону о мирном решавању радних спорова покренут предлогом једне стране, друга страна, пошто добије предлог и документацију, може али и не мора да се у року од три дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора. Уколико протекне рок од три дана а она се не изјасни, поступак не може да се настави.

Према Закону о раду, ако стране у спору споразумно одреде арбитра и он закаже расправу, поступак је обавезан за обе стране. Из Закона не произлази могућност да нека од страна у спору одустане од истог пошто је покренут поступак.

Одлуку о спорном питању арбитар, по Закону о раду, мора да донесе у року од 10 дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спора, јер за то време запосленом мирује радни однос.

Према Закону о мирном решавању радних спорова арбитар своју одлуку о предмету спора треба да донесе у року од 30 дана рачунајући од дана отварања расправе.

***

Упоредо са реформама које се предузимају у нашој привреди и друштву у целини, истовремено се дешавају и одговарајуће промене у нашем правном систему. Тих промена, свакако, није поштеђен ни систем радних односа. Стога је потребна целокупна анализа домаћих прописа из области арбитражног решавања индивидуалних радних спорова, као и анализа позитивних упоредно-правних искустава која ће омогућити потпуну афирмацију овог института. И даље, у нашој законској регулативи постоје нека атипична законска решења на којима у будућности треба радити и која треба отклонити. Такође, треба јасно и недвосмислено прецизирати разлику између мирења, посредовања и арбитраже, истичући принцип добровољности прибегавања овим мирним методама решавања радних спорова. Морају се прописивати и изграђивати јасни и потпуни правни институти, чији је статус правилно дефинисан и изведен до краја како би се превазишле недоречености, непрецизности и непотпуности постојећих прописа.

Bojan Urdarevic
an assistant-beginner

ARBITRAL SETTLEMENT OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Arbitration is one of the most important forms of labour disputes settlement. Today it can be used with equal success for settlement of both collective and individual labour disputes. In the practice of developed countries, it rarely happens that in the arbitral proceedings in labour disputes arbitration

decisions are not accepted, which highly contributes to creating stable conditions of economic operation, and/or securing permanent public peace.

The objective of this paper is to present and analyse positive legal regulations in the field of arbitral settlement of labour disputes with the emphasis on arbitration in individual labour disputes. Thus, a special attention will be paid to solutions envisaged by the Labour Act, as a parent law in the field of labour relations, and the Law on Peaceful Settlement of Labour Disputes, as a special law in that field.

Furthermore, there are some atypical legal solutions in our legislation which should be worked on in the future and which should be removed. Also, the difference between conciliation, mediation and arbitration should be clearly and unambiguously defined, with an emphasis on the principle of voluntary acceptance of peaceful methods of labour disputes settlement. We should prescribe and develop clear and complete legal institutes, whose status is regularly defined and completely executed so that vague wording, imprecision and incompleteness of the existing regulations are overcome.

Одељак VIII

Процесно право

Др Душица Палачковић,
редовни професор

UDK: 347.91/.95:347.63(094.5)

ПРОЦЕСНИ ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА ПОД РОДИТЕЉСКИМ СТАРАЊЕМ У ПОСЕБНИМ ПАРНИЧНИМ ПОСТУПЦИМА ПРЕМА НОВОМ ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНУ СРБИЈЕ

Нови Породични закон РС,[1] прихватајући међународне правне стандарде у области породичних односа, битно мења правни положај детета. Овоме, у највећој мери, доприноси усвајање потпуно новог концепта родитељског односа у коме је дете пуноправан субјект, титулар права и обавеза. Она су, пак, нормативно уобличена у складу са потребом развоја детета као аутономне личности, али и развојем идеје људских слобода и права у оквиру којих се препознају и права детета.[2]

Материјална права детета, усвојена и уобличена Конвенцијом Уједињених нација о правима детета,[3] Породични закон прихвата експлицитним набрајањем низа посебних права детета.[4] Оваква, специфична лична права детета, у највећој мери потврђују нови приступ у дефинисању правног статуса детета, док су остала, претежно права у сфери имовинских односа, новим законских решењима измењена у мањој мери. Нову позицију детета у материјалноправним односима у којима су предмет лична права морао је пратити и промењени положај детета у поступцима заштите ових права. Стога је Породични закон усвојио бројне процесне механизме који спречавају да призната права детета остану на искључиво декларативном нивоу. Реч је о низу посебних парничних поступака у споровима из породичних односа, али је потпуна заштита била могућа тек признањем процесног положаја детета као "странке по себи" у свим судским и административним поступцима који се тичу деце. Породични закон, међутим, није био доследан у спровођењу ове идеје,

---

[1] Породични закон РС, Сл.гласник РС, бр.18/05.

[2] О концепту дечјих права видети Обретковић, Шта су то права детета?, у "Права детета у свету и Југославији, Београд, 1997., стр.15-26; Драшкић, Права детета: Југославија и Конвенција Уједињених нација о правима детета, у "Права детета у свету и Југославији", Београд, 1997., стр.59-76; Јањић-Комар, Породична права детета - ка јединственом моделу закона, у "Права детета у свети и Југославији", Београд, 1997., стр.103-110; Вучковић-Шаховић, Права детета и међународно право, Београд, 2000., стр.17-23.

[3] Конвевција је усвојена 20.11.1989., од стране Генералне скупштине УН. Југославија је ратификовала ову конвенцију, уз још 192 државе. Текст Конвенције види у Сл.лист СФРЈ, Међународни уговори, бр.15/90. и 2/97.

[4] Види чл.59-65. Породичног закона, као права детета под родитељским старањем.

што отвара извесне проблеме са којима ће се суочити пракса. Ипак, Породични закон је у великој мери усвојио међународне стандарде из Европске конвенције о остваривању дечјих права, што је изузетан помак. [5]

Породични закон не одређује егзактно процесни положај детета, односно не разликује процесна права као посебну групу права. Препознајемо их у својеврсном нормативном дуализму законских решења која настоје да операционализују "принцип партиципације", садржан у чл. 12. Конвенције о правима детета и процесна права детета из чл. 3-5. Конвенције о остваривању дечјих права. При томе, "принцип партиципације" конкретизује се, заправо, кроз право на партиципацију, односно слободу изражавања мишљења и уважавање таквог мишљења и право на информисање.[6]

Ни у области личних права детета у њиховом материјалноправном значењу, ни у области процесних права детета, међутим, принцип партиципације, дефинисан као "право слободног изражавања мишљења о свим питањима која се тичу детета" и као "право да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се тичу детета"[7]није позициониран као потпуно самосталан и неограничен. Напротив! Његов коректив, односно његово ограничење, јесте принцип "најбољег интереса детета"[8] који опредељује поступање свих лица, органа, односно институција, одговорних за бригу и старање о деци на било који начин. У позиционирању партиципативних права детета и начину успостављања његовог односа према начелу најбољег интереса, постоје, такође, извесне дилеме у нормативном приступу.

Механизми заштите права деце у области личних и имовинских односа из Породичног закона обухватају, како је речено, судске парничне и управне процедуре. У области односа који су подобни да буду предмет заштите у парничној процедури издвајају се чак три различита модела. Ипак, увек је реч о посебним парничним поступцима. Тако, поред самосталних поступака, Закон познаје и адхезионе, у којима тужбени захтев није непосредно уперен на одлучивање о прави детета, али се, по правилу по службеној дужности и о њима одлучује. Поред ова два, Закон уводи и трећи вид поступања - посебан парнични поступак у спору за заштиту прва деце.[9] То је, према предмету спора, односно његовој правној

---

[5] Конвенцију је усвојио Савет Европе 1996.

[6] Види, Вучковић-Шаховић, op.cit., стр.110.

[7] Упореди чл.12. Конвенције о правима детета и чл.65/1,2,3.Породичног закона

[8] Види чл.3.Конвенције о правима детета, даље, Преамбулу Конвенције о оставирању дечјих права и чл. 6/1. Породичног закона

[9] Види одредбе чл.261-273. ПЗ РС, које, једним делом сумарно, регулишу две самосталне посебне парничне процедуре - у спору за заштиту права деце и у спору за вршење односно лишење родитељског права.

природи, "омнибус" поступак,[10] односно ова процедура примениће се у свим ситуацијама када заштита права деце није обезбеђена у неком другом поступку. Предмет спора могу бити сва, било која права која деци признаје Породични закон, под поменутим условом.

Породични закон је одредио пословну, а тиме и процесну способност детета. У складу са тим, специфично је регулисано и заступање детета у правним пословима и свим поступцима, што, такође, захтева извесна разјашњења. Ипак, неконзистентност у одређењу процесног положаја детета и реализација принципа партиципације су најзначајнији проблеми. Општи став о томе може бити само последица анализирања релевантних сегмената Закона, а посебно начина које усваја у операционализацији принципа партиципације детета.

1. Пословна и парнична способност детета - Пословна способност се у процесном праву усваја као основни критеријум за одређивање парничне способности. Према одредбама Закона о парничном поступку,[11] малолетно лице је парнично способно "у границама признате пословне способности". Смисао ове формулације јесте да малолетник може самостално предузимати све радње у парничним поступцима који за предмет спора имају права или обавезе из материјалноправних односа у које самостално ступа.[12] Основне карактеристике парничне способности, генерално гледано, јесу неограниченост, потпуност и безусловност.

Породични закон, користећи два критеријума у одређивању пословне способности детета - узраст и врсту правног посла. При томе разликује две категорије: млађи малолетник, односно лице које није навршило 14. година живота и старији малолетник, после навршених 14. година.[13] Млађи малолетник може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове мањег значаја. Старији малолетник, поред набројаних, може предузимати и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно (и) сагласност органа старатељства за правне послове

---

[10] Види, Станковић,Петрушић, Новине у грађанском процесном праву, Ниш, 2005., стр.78-83.; Петрушић, Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије, у "Новине у породичном законодавству", Зборник радова, Ниш, 2006., стр.104.

[11] Види чл.74/3. Закона о парничном поступку, Сл.гласник Рс, бр.125/04.

[12] Види, нпр., Познић,Ракић-Водинелић,Грађанско процесно право, Београд, 1999.,стр.117. Чини нам се, ипак, адекватнијим, да је реч о самосталном и пуноважном предузимању процесних активности. Наиме, лице које нема парничну способност може самостално предузимати правне радње (оне у материјалноправним односима, или процесне активности), али тада остаје проблем њихове пуноважности, а то значи и дејства према другој страни или противнику у поступку. Појам самосталности и пуноважности имају, ипак, различиту садржину.

[13] Види чл.64/1,2. ПЗ РС

располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности.[14] Уз то, у категорији старијих малолетника, Закон посебно одређује пословну способност лица са навршених 15. година живота. Такви малолетници могу самостално и пуноважно предузимати правне послове везане уз управљање и располагање зарадом или имовином коју су стекли сопственим радом,[15] што подразумева не само оно што је непосредно стечено радом, већ и све оно што води порекло од самосталног рада.[16]

У споровима који настају из оних правних послова за које је родитељу, као законском заступнику потребно одобрење органа старатељства (чл. 193/3), за најважније диспозитивне парничне радње (подношење тужбе, повлачење тужбе, одрицање од тужбеног захтева, признање тужбеног захтева итд.), у споровима из таквих правних послова, потребно им је посебно овлашћење.[17] Могло би следити да је и детету које је навршило 14. година, у оквиру признате пословне способности, такође, за предузимање ових парничних радњи, потребно посебно овлашћење органа старатељства.

Низом посебних прописа, поред одредби Породичног закона, предвиђене су бројне ситуације у којима су личне изјаве малолетника услов за пуноважност једног правног посла. Тада родитељи не могу уопште заступати дете, изјаве се увек тичу његовог личног статуса, а реч

---

[14] Види чл.64/2. и чл.193/3. ПЗ РС. При томе, Закон користи, у одредби чл.65/2., формулацију "односно органа старатељства за правне послове из чл.193/3 овог закона". Проблем је да ли се у оваквим ситуацијама морају прибавити обе сагласности или само сагласност органа старатељства. У теорији налазимо различита тумачења. Тако, Драшкић, Породично право и права детета, Београд,2005., стр.273., сматра да су неопходне обе сагласности: "а за послове располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности **И** претходна или накнадна сагласност органа старатељства, док Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005., стр.242, закључује да је за овакве послове детету потребна "сагласност органа стартељства, **А НЕ** родитеља", уз образложење да је реч о пословима које ни родитељ не може предузимати самостално, односно без одобрења органа старатељства, онда када заступа дете. Овај аутор, наиме разликује јасно правне послове које родитељ закључује самостално, као законски заступник, од оних за чију је пуноважност потребна сагласност органа старатељства. Када дете самостално предузима овакве правне послове, а не преко родитеља као законског заступника, потребна му је само сагласност органа старатељства, као и родитељу у истој ситуацији. Морамо рећи да нам се друго тумачење чини ближим смислу цитиране законске одредбе чл.64/2.

[15] Види чл.64/3. ПЗ РС, односно чл.24/1. и чл.25. Закона о раду, Сл.гласник РС, бр.24/05, 61/05.

[16] Тако, Драшкић, op.cit., Породично право..., стр.274., као што су ствари прибављене из зараде, камата, плодова, прихода, накнада штете, правичне накнаде на основу експропријације итд.

[17] Види чл.76. ЗПП

је о "посебним пословним способностима које овлашћују дете да пуноважно предузима правне послове на основу самог закона."[18]

2. Заступање детета од стране родитеља - Као најодговорнији за свестран развој детета, односно за бригу и старање о личности, односно личним и имовинским правима и обавезама детета, родитељи су заступници детета по самом закону. То је само једно од "права и дужности родитеља" који чине садржину родитељског права, или "смисао" родитељског права.[19] Заступање има два вида - при закључењу правних послова и у поступку пред судом или другим надлежним органом.[20]

Правни статус родитеља, као заступника детета, одредбама Породичног закона одређен је двојако.[21] Као "законски заступници" родитељи заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима изван граница пословне и процесне (која обухвата и парничну) способности детета. Као "вољни заступници" родитељи заступају дете у свим правним пословима и у свим поступцима у границама пословне и процесне способности детета, изузев ако одредбама Закона није другачије одређено. Мада је термин "вољно заступање" у оквирима процесног права уобичајено резервисан за пуномоћство, пуномоћје, односно пуномоћника, и асоцира на правно релевантну вољу која се изражава закључењем тзв. унутрашњег, основног правног посла[22] (уговор о налогу, чл. 751. ЗОО), и једнострану изјаву воље, какво је процесно пуномоћје издато у писаној форми,[23] "вољно заступање" из ПЗ РС има сасвим друго значење. Односно, воља овде има значење прећутног пристанка да родитељ настави да заступа дете и у оним правним пословима и поступцима за које, по закону, има потпуну пословну, а онда и процесну пословну способност.[24] Родитељ је у овом случају и даље његов законски заступник са правима и обавезама које прате овакав положај.

Дакле, специфичност ове друге солуције управо је у томе да дете, као самостална странка, може предузимати пуноважно све процесне, односно

---

[18] Види, Драшкић, op.cit., Породично право..., стр.274. и 275., уз навођење низа таквих конкретних ситуација.

[19] Види под II Дете под родитењским старањем, наслов 2. Родитељско право, Смисао родитељског права, у ПЗ РС

[20] Чини се да би у односу на процесно заступање требало прихватити екстензивнији приступ. Наиме, алтернативне методе решавања спорова, чији је смисао у надлежности недржавних органа, условљава да се и у заступању малолетника оваква реалност мора прихватити. Тако, медијација из Закона о посредовању - медијацији, Сл.гласник РС, бр. 28/05, и она из ЗПП, нису судски методи решавања спорова. У том смислу, Поњавић, op.cit., стр.250.

[21] Види одредбе чл.72. ПЗ РС

[22] Уговор о налогу, чл.751. ЗОО, према Познић,Ракић-Водинелић, op.cit., стр.126.

[23] Види Познић,Ракић-Водинелић, op.cit., стр.126. и 127., као и чл.91. ЗПП

[24] Види Драшкић, op.cit., Породично право..., стр.287; Поњавић, op.cit., стр.251.

парничне радње, собзиром да су спорови проистекли из оних правних односа за чије закључење, али и вршење права и обавеза које из њих настају, дете има признату пословну способност. Изузетак су спорови настали из правних послова одређених чл. 193/3, односно најважније диспозитивне парничне радње у овим споровима, о чему је било речи. Уколико не жели да правне послове или процесне активности предузима самостално, "препушта" их родитељима. Да ли, међутим, овакво решење Породичног закона значи и да се пословна и парнична способност детета могу "раздвојити"? Односно, да ли дете може да препусти закључење конкретног правног посла родитељима (или родитељу, у зависности од вршења родитељског права), а да самостално преузме покретање и вођење парничног поступка ако настане спор из таквих послова, тј. односа, као и обратно? Мислимо да нема сметњи оваквом раздвајању. Формулација да је малолетник парнично способан у границама своје пословне способности не може се тумачити на други начин. Ове две способности су на поменути начин дефинисане, обим пословне условљава врсту односа из којих настале спорове дете може водити потпуно самостално, односно без било каквог утицаја (сагласности, претходне или накнадне, опет уз поменути изузетак из чл. 193/3. ПЗ РС) родитеља као заступника. Узајамна веза поменутих способности не значи да прећутни пристанак детета на заступање у правним пословима материјалног права аутоматски значи и пристанак на процесно заступање. Проблем постојања супротних интереса заступника и детета разрешава се постављањем колизијског старатеља или привременог заступника.

Треба рећи да оваква тумачења у пракси заправо значе да родитељи просто настављају да врше послове заступања детета у оба могућа вида, без било какве изјаве детета (формалне или неформалне), и после граничних година старости, а дете, које жели да дела самостално, ипак, треба о томе да да изјаву.

3. Принцип партиципације и његов нормативни оквир у ПЗ РС - Изричитом одредбом чл. 65/1. ПЗ РС је предвидео да "дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења". Његова процесноправна варијанта[25] јесте да "може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима", уз услов навршених 10. година живота.[26] Као корелатив овог права детета које се

[25] О праву детета на слободно изражавање мишљења у његовом материјалноправном виду, односно његовом изражавању у породичној средини и друштвеним институцијама, уз критику да ПЗ РС није нирмативно конкретизовао право у овом његовом виду, односно да није предвидео обавезе свих одговорних за развој детета да овакво право поштују и створе услове ра његову реализацију, видети Петрушић, op.cit., стр, 108-110.

[26] Види чл.65/4. ПЗ РС, који има основ у чл.3(б) Европске конвенције о остваривању дечјих права

реализује у поступцима заштите, предвиђена је дужност надлежних органа који воде поступке у којима се одлучује о дечјим правима, да његовом мишљењу посвете "дужну пажњу, у складу са годинама и зрелошћу".[27]

Пропратни инструментариј за остварење овог права у његовом процесноправном виду је и право детета да му се презентују сва обавештења која су потребна за формирање мишљења, право детета старијег од 10. година да се, самостално или преко другог лица или установе, обрати суду или управном органу и затражи помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења и обавеза суда да мишљење детета утврди у сарадњи са школским психологом, односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.[28]

Оваквим приступом законодавац је прихватио релевантне међународне стандарде из Европске конвенције о остваривању дечјих права, и то не само тзв. обавезна права (из чл. 3.) већ добрим делом и она која су само препоручљива (из чл. 5. Конвенције. Ипак, основна критика законским решењима већ је упућена, констатацијом да је оно позиционирано као процесно, односно у поступцима заштите, али не и у породичној средини и другим институцијама друштва.[29]

И у односу на предвиђени нормативни оквир овог права у његовом процесном виду, као недостатак законских решења препознаје се, пре свега, лимитирање вршења овог права узрастом детета од навршених 10. година. Конвенција о остваривању дечјих права, међутим, помиње критеријум "зрелости" према унутрашњем праву. Зрелост, пак, не зависи искључиво од година живота. Овај правни стандард близак је "способности за расуђивање". Сама Конвенција, заправо, полази од уважавања мишљења детета као динамичког принципа, односно да је улога детета да учествује у доношењу свих одлука које га се тучу, а улога држава јесте да обезбеде поштовање овог међународног стандарда.[30]

Недостатак решења свакако је и нејасно разликовање процесне позиције детета у поступцима заштите његовог права. Наиме, ако је дете странка, могуће је да парничне радње предузима самостално, у оквиру своје пословне способности, да препусти заступање родитељима и када може да наступа самостално или да је парнично неспособно дете заступано.

Ако парничне радње предузима самостално, као странка, у оквирима признате пословне и парничне способности, посебно право на изражавање мишљења, његови пропратни механизми и дужности надлежних органа у

---

[27] Види чл. 65/3. ПЗ РС

[28] Аналогно праву детета на све релевантне информације из чл.3(а).Европске конвенције о оствривању дечјих права, и чл.4.(а) Конвенције, односно праву да затражи помоћ одговарајућег лица по свом избору, које би му помогло да изрази своје погледе.

[29] Петрушић, op.cit., стр.109. и 110.

[30] Види више, Вучковић-Шаховић, op.cit., стр.110-113.

том погледу нису од значаја. Али, Закон није рекао јасно када, у којим поступцима дете јесте странка, односно да ли је оно странка, непосредно или "прикривено", у свим поступцима који се тичу његових права или само када по Закону може да покрене поступак.[31] Чини се да је ово и највећи пропуст законодавца који ће, сасвим сигурно, условити недовољну, односно неадекватну заштиту права деце.

Ако је странка која не предузима непосредно парничне радње, већ преко родитеља као заступника, као и када је парнично неспособно, тада су процесни механизми остварења права на слободно изражавање мишљења посебно значајни.

Закон само једном одредбом помиње дете као странку,[32] али и из лексике ове одредбе, којом се предвиђају посебне дужности суда у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права, "ако суд... утврди да је дете странка...", следи управо закључак да ни у овим споровима оно није увек странка. А ако то није у спору који називом указује да су предмет заштите управо сва права из ПЗ РС која су призната детету, под условом да нису заштићена у неком посебном поступку, онда је још мање у свим другим поступцима из овог Закона у којима се одлучује о његовим правима.

Даље, оцена способности детета да формира мишљење препуштена је суду за дете испод 10. година живота. Наиме, Закон је успоставио претпоставку "зрелости" са овим годинама, тиме што је одредио да деца са навршених 10. година могу слободно и непосредно да изразе мишљење у поступцима заштите њихових права и да се, непосредно или преко другог лица или органа, обрате суду или органу управе и затраже помоћ у остваривању овог права. Лимитиране године су свакако проблем на који је већ указано. Наиме, ако је претпоставка необорива, што је тешко претпоставити, дете са 10. година и један дан је способно да формира мишљење, а дете са 10. година мање један дан, није!?! Остаје да је претпоставка оборива, што оставља суду оцену да ли је дете способно да формира мишљење, као и када су у питању деца испод 10. година живота.

Истовремено и критеријуми оцене ове способности су нејасни, односно флуидни, па прети арбитрерност суда, односно управног органа. Чак и да је ова претња елиминисана, успостављањем егзактних механизама утврђивања способности за расуђивање, остаје проблем да ли

---

[31] Тако, нпр., у парници за заштиту од насиља у породици, дете је странка ако је само тужилац, али из норми Закона не следи да је странка када поступак покреће законски затупник јер он није странка у тзв, функционалном смислу, већ је заступник детета. Истовремено нема законског правила о нужном супарничарству у овом случају, већ само у матернитетским и патернитетским парницама. Исти закључак следи и када овај поступак покрећу остала по закону активно легитимисна лица - други родитељ, орган старатељства, јавни тужилац. Видети чл.284/2 и чл. 256.ПЗ РС, као и Петрушић, op.cit., стр.111.

[32] Види чл.266/3. ПЗ РС

надлежни органи имају довољно неопходних знања, односно способности, да је утврде. Одредбом чл. 65/6. као и чл. 266. т. 3. ПЗ РС обавезан је суд да утврди мишљење детета у сарадњи са школским психологом, органом старатељства, породичним саветовалиштем или другим специјализованим установама, и на месту које одговара годинама и зрелости детета. То је значајна гарантија, али не и довољна, управо собзиром на недовољно јасне критеријуме за одређење ове способности, али и сасвим нови концепт родитељског односа и прва детета. Наиме, потребно је време, али и едукација свих одговорних за спровођење оваквих законских решења у пракси, а ослобађање од "конзервативног" приступа никада није лако.[33]

Слични закључци следе и у односу на решења Закона о колизијском старатељу и привременом заступнику детета, који, тек када утврде да је реч о детету које је способно да формира мишљење, морају вршити низ дужности из чл. 267. ПЗ РС.

Посебно се, као ограничавајући фактор реализације права детета на слободно изражавање мишљења, мора истаћи одредба чл. 266. и 267. ПЗ РС, односно да све своје посебне обавезе, које су успостављене као начини за стварање услова за реализацију овог права детета, ни суд, ни колизијски старатељ, ни привремени заступник, нису у обавези да врше уколико би то "очигледно било у супротности са најбољим интересом детета". На овај начин законодавац је однос два најважнија међународна стандарда, односно принципа, успоставио уз превагу, приоритет најбољег интереса детета, до потпуног искључења принципа партиципације, односно права на слободно изражавање мишљења. Став о контрадикторности ова два принципа, који је полазио од схватања принципа најбољег интереса детета као "права пасивне природе", одраз је напуштеног схватања да најбоље интересе детета процењују и утврђују искључиво они који су одговорни за дете - родитељи, примарно, старатељ, органи и институције друштва. У таквом моделу детету се не признаје право да га процењује, да учествује у

[33] У свету је нови концепт већ дуго у примени и до детаља разрађен. Тако, нпр., *ABA Center on Children and the Law* има своја посебна правила *(ABA Standards of Practice For Lawyers representing a Child in Abuse and Neglect Cases)*, која су веома прецизна. Између осталог, да адвокат мора консултовати дечјег терапеута или друге експерте како би детету била објашњена његова позиција у одређеном поступку, односно зашто је положај опасан, лош, неприхватљив или није у његовом најбољем интересу. Али, адвокат мора да разуме перспективе, приоритете и индивидуалне жеље детета, а при одређивању поступака који ће бити у његовом најбољем интересу мора поћи од објективних критеријума који усвајају специфичне жеље и потребе детета, види *B-4. Client Preferences, B-5. Child's interests, www.abanet.org/ahild/rep-actions.html).*Такође, *Law Society of Ireland, Family Law in Ireland, Code of Practice*, који већ у Уводу, одређујући понашање заступника, одређује да он мора упозорити свог клијента, уколико се води поступак који обухвата и децу, да ће суд примарно водити рачуна о интересима детета. Даље, да мора бити сигуран да га је клијент разумео у погледу тога да су најбољи интереси детета на првом месту, као и да сам клијент о томе мора водити рачуна, види, *General 3.*, на сајту *www.lawsociety.ie/ newsite/document/ Committeet /familycode1.pdf)*

његовом откривању, формулисању, а онда и поступању у складу са њим. Данас, у условима либералног приступа концепту дечјих права, слобода изражавања и уважавање мишљења детета схватају се као динамички принципи. То има за последицу коегзистенцију принципа најбољег интереса и принципа партиципације, кроз обавезу обезбеђења активне улоге детета у одлучивању о свим животним питањима, правима и обавезама.[34]

Ни принцип најбољег интереса детета, није, такође, нормативно конкретизован преко параметара за његово утврђење. Његова оцена "од случаја до случаја", односно то да је реч о правном стандарду, такође је значајан проблем.

Без обзира на законску формулацију да се мишљењу детета "мора" посветити дужна пажња, која је формулисана као императивна норма, нису предвиђени никакви посебни механизми заштите детета у случају непоштовања овог права, односно неиспуњења дужности суда (или управних органа), што је посебно значајан недостатак законских решења. Овакав закључак намеће се и када нису уопште створени услови да дете формира мишљење, стога што му нису обезбеђене релевантне информације, и када мишљење није саслушано, и када му није посвећена дужна пажња, као и када није утврђено мишљење на начин из Закона. Све ове солуције указују на начине повреде права на мишљење и у судском парничном поступку. Ако је дете непосредно странка, гаранције непоштовања таквог његовог процесног положаја обезбеђују се преко последица повреде начела контрадикторности, односно апсолутно битне повреде одредби парничног поступка о којој суд води рачуна по службеној дужности, са свим последицама побијања овакве одлуке и одлучивања по жалби. Уколико није странка, није могуће прихватити ни конструкцију релативно битне повреде, стога што жалбу може изјавити управо као странка.[35]

Али, како Закон не признаје детету увек положај странке ни у поступцима за у којима се штите његова права и заштићени интереси, резоновања о повреди начела контрадикторности и у том случају значе веома екстензиван приступ и подложна су критици. А друге механизме Закон не предвиђа, па се може закључити на нема могућности да инстанциони суд (или другостепени орган у управном поступку) контролише примену било ког посебног правила Породичног закона које успоставља обавезе суда (али и органа управе) у односу на формулисање и уважавање мишљења детета. У теорији се као начин постизања оваквог циља предлаже да првостепени суд (или орган управе) мора у образложење своје одлуке да унесе разлоге због којих мишљење детета

[34] Види, Вучковић-Шаховић, op.cit., стр.110.
[35] Види о овоме Петрушић, op.cit., стр.114.

није уважено, чиме се обезбеђује да другостепени орган, па и суд изврши вредновање оваквог става.[36] Ово мишљење указује на третман мишљења детета као релевантног, специфичног доказног средства, тако да детету додељује улогу "сведока у својој ствари", собзиром да је реч о парницама у којима су предмет спора дечја права, а дете није странка. Остаје питање да ли је ово адекватан и довољан начин заштите права детета. само ако је у том случају погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање постоје конкретне гарантије заштите партиципативних права детета у њиховој процесној варијанти.

Свакако да би највеће гарантије заштити права деце из Породичног закона давало решење о детету као странци у свим поступцима у које су инволвирана (и) његова права. Било да је непосредна или "прикривена"странка, оно је "странка по себи", има права и обавезе које из оваквог става следе, а ограничавајући фактор парничне неспособности, који је и условио примену партиципативних права, морао би бити превазиђен увођењем механизама за интервенисање инстанционог суда у односу на поступање првостепеног којим је ово право повређено на било који начин. Који су то механизми, да ли кроз образложење одлуке, како се то у теорији већ предлаже, и на шта је указано и увом раду или неки други, то је питање на које правна теорија мора да да одговор, како би се и одредбе Породичног закона кориговале. Постојећа решења, очигледно, отварају извесне, значајне дилеме.

Dr Dusica Palackovic
a full-time professor

PROCESS STATUS OF A CHILD UNDER PARENTAL CARE IN SEPARATE CIVIL PROCEDURES ACCORDING TO THE NEW FAMILY LAW OF SERBIA

The new family law of Serbia adopts and normatively shapes a contemporary approach to legal nature of parental relations. The concept according to which parental duties make the essence of these relations has necessarily conditioned a specific legal status of a child. Namely, a child is a subject, a party to this relation, with defined rights, but also with obligations. In such circumstances, parental duties and children's rights are correlative categories.

[36] Петрушић, op.cit., стр.114-115.

By accepting the relevant international standards in the field of children's rights, The Family Law has recognized them as a separate category, defined a succession of such rights and envisaged numerous mechanisms for their protection. It is a succession of separate civil procedures but also of administrative procedures.

However, The Law has not clearly defined the process status of a child as a party to procedures in which, directly or indirectly, the subject of protection is children's rights, it has not exactly enough distinguished between material and process rights nor adequately made a connection between participational rights of children and the principle of children's best interest. Also, regarding the consequences of disobeying participational rights in their process variant, The Law has not envisaged adequate mechanisms of reaction of the authorized agencies in the procedure according to legal remedies. This is the consequence of the unclear process qualification of the child's opinion. However, solutions of the Family Law are a considerable progress in legal shaping of the concept of children's rights and approach to their protection, even with its insufficient precision i.e. fluidity of certain solutions, which is, in one part, pointed out in this work.

Милан Марић,
асистент-приправник

UDK: 347.091/.95

РЕШАВАЊЕ ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА (ОСИМ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ)

Увод

Пут од покретања судског поступка па до доношења мериторне одлуке дуг је и може захтевати доста различитих операција. Једна од њих настаје уколико је за решавање по тужбеном захтеву у једној ствари, односно за решавање тзв. главног питања, потребно претходно решити да ли постоји неко друго право или правни однос, тзв. претходно питање, од чијег решења зависи одговор на главно питање.[1] То намеће потребу да се судовима дозволи да, као претходна питања, реше и она правна питања која нису предмет тужбеног захтева и за која иначе нису позвани или нису надлежни да их решавају.

Стални развој и све већа компликованост правних односа, нужно проузрокује продирање елемената једне гране права у другу. Управо зато је материја претходног питања подручје где је ово мешање најизраженије, а посебно када се ради о парничном, кривичном и управном поступку. Ова околност намеће потребу изучавања проблематике претходног питања у теорији и пракси, како би то омогућило законодавцу да у овој области заузима одређене ставове код њиховог регулисања у законима.

Сходно напред реченом, предмет овог рада ће бити претходно питање у свим поступцима осим у парничном поступку. Акценат у раду се ставља на претходно питање у појединим цивилноправним поступцима, као што су ванпарнични, извршни и стечајни поступак, као и у нецивилноправним поступцима као што су управни и кривични поступак. Рад обухвата и проблематику везану за претходно питање у Међународном приватном праву.

---

[1] Претходно питање се може дефинисати као правно питање, да ли постоји неко право или правни однос који нису предмет спора и о којима није правноснажно одлучено од стране суда или другог органа, а од одговора на то питање зависи одлука суда о предмету спора као главном питању. Елементи појма претходног питања, били би следећи: 1. мора бити правно питање (право или правни однос), 2. мора представљати самосталну правну целину, и бити подобно за решавање као главна ствар у редовном поступку, 3. мора бити условљавајуће за одговор на главно питање, 4. о њему као самосталном (главном питању), не сме постојати правноснажна одлука суда или неког другог органа кад се оно појави као пртходно питање.

Претходно питање у појединим цивилноправним поступцима

Претходно питање у ванпарничном поступку

Како је ванпарнични поступак низ различитих поступака веома је тешко дати јединствен одговор на претходно питање у свим тим поступцима.

У ванпарничном поступку се разликује од претходног питања институт упућивања на спор[2] по томе што ванпарнични суд условљавајуће питање сам решава, а спорно питање као разлог упућивања решава увек надлежни парнични суд.[3]

Текст закона изричито каже да ванпарнични суд може сам решавати претходно питање, ако законом из ове области или другим законом није друкчије одређено.[4] У том случају, одлука ванпарничног суда о претходном питању има дејство само у ванпарничном поступку у коме је то питање решено.

Ако су међу учесницима поступка спорне важне чињенице за решење претходног питања, суд ће их упутити да у одређеном року покрену парницу или поступак пред управним органом[5], ради решења спорног права ли правног односа.[6] Суд упућује на парницу, или на поступак пред управним органом оног учесника чије право сматра мање вероватним.[7]

---

[2] "Од претходног питања треба разликовати процесни институт упућивања на парницу, кад ванпарнични суд упућује на парницу уредно позвана лица која се нису јавила на рочиште или кад се међу њима не постигне споразум у вези спора коме лицу припада депоновани предмет." Видети В. Рајовић, Грађанско процесно право, Београд, 2005. год. стр. 32.

[3] Лексикон грађанског права, Београд, 1996. год. стр. 562.

[4] Закон о ванпарничном поступку, "Службени гласник РС", 46/95. Видети чл. 22. ЗВПС.

[5] ".... затим, упућивање на други поступак, ради утврђивања чињеница или права у вези са претходним питањем - чл. 23. ЗВПС; и упућивање на други поступак у поступку расправљања заоставштине, кад су међу странкама спорне чињенице од којих зависи право на наслеђе, право на легат или друго право из заоставштине и кад се наследници споре било о чињеницама било о примени права, а спор се односи : на имовину која улази у заоставштину и на захтев оставиочевих потомака који су са њим живели у заједници да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у повечању вредности оставиочеве имовине (чл. 119, 120 и 121. ЗВПС). То се односи на институте упућивања на парницу и друге поступке у току извршног поступка." В. Рајовић, Грађанско процесно право, Београд, 2005. год. стр. 32.

[6] ″Правила о поступању у неспорним делима (Србије) од 1872. год. одређивала су да се у ситуацији када одлука ванпарничног суда зависи од расправљања спорних правних питања, да се има одмах отворити правна расправа или да се странке упуте на парницу ради решавања претходног питања.″ Видети, Б. Старовић: ″Спор о претходном питању у ванпарничном поступку″. Право, теорија и пракса, бр. 1-3. Н. Сад (1989), стр. 45.

[7] Видети чл. 23. ст.2. ЗВП.

Када дође до тога, да учесник који је упућен на парницу или поступак пред управним органом у одређеном року, који не може бити дужи од тридесет дана, покрене парницу, или поступак пред управним органом ванпарнични поступак се прекида до правноснажног окончања тог поступка. Уколико ни један учесник не покрене парницу или управни поступак до завршетка ванпарничног поступка суд ће у том случају довршити поступак без обзира на захтев у погледу кога је учесник упућен на парницу или поступак пред управним органом.[8]

Заједнички став у правној теорији је да ванпарнични суд не може самостално решавати претходна кривично правна питања ни са дејством унутар ванпарничног поступка, пошто се она у том поступку увек појављују као спор, што је у најмању руку разлог за упућивање на парницу.

Претходно питање у ванпарничном поступку са једне стране садржи опште карактеристике које су идентичне са онима које се појављују у парничном поступку, а поводом претходног питања, а са друге стране садржи специфичности својствене само за ванпарничну процедуру.

Претходно питање у извршном поступку

У извршном поступку у суштини, претходно питање се не поставља. Постојање или непостојање правног односа којим је петит тужбеног захтева био условљен решено је у парници и инкорпорисано је у правноснажној пресуди. Међутим, евентуално претходно питање се може поставити и у овом поступку, али редуковано,9 само ако се ради о извршењу одлуке страног суда[10] и у случају прекида поступка,[11] при чему се у свему поступа сходном применом о претходном питању из ЗПП.

Извршни поверилац може покренути поступак извршења пред надлежним судом у Републици Србији и на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом. Ако је предлог за извршење поднет на основу стране извршне исправе која није призната, о признању те исправе суд одлучује као о претходном питању.[12]

Везано за овај случај, о претпоставкама извршења говоре и други законски прописи, где се каже ако о признању стране одлуке није донесено посебно решење, сваки суд може о признању те одлуке решавати

---

[8] Видети чл. 24 ЗВП.
[9] Видети, В. Рајовић, Грађанско процесно право, Београд, 2005. год. стр. 31.
[10] Закон о извршном поступку, Службени лист СРЈ, 71/2001. У даљем тексту ЗИП. Видети чл. 12.
[11] В. Рајовић, Судски извршни поступак, Београд, 2000. год. стр. 8.
[12] Видети чл. 25. ст. 3. ЗИП.

у поступку као о претходном питању, али само са дејством за тај поступак.[13]

У вези прекида извршног поступка (у ранијем тексту ЗИП-а чл. 32, прекид је по овом закону изричито предвиђен само у случају смрти странке или њеног законског заступника) сходно се примењују одредбе ЗПП-а.[14]

Упућивање на парницу[15] и друге поступке у извршном поступку је институт који треба разликовати од института претходног питања.[16]

Претходно питање у стечајном поступку

Закон о стечајном поступку[17] не помиње претходно питање, већ регулише поступке који претходе стечајном поступку, то јест о поступку утврђивања услова за отварање стечаја.

Како су услови за отварање стечаја (ликвидност, односно недовољност имовине за покривање дугова) пре свега чињенична питања, она немају карактер претходног питања како је оно формулисано у парничном поступку или у другим контрадикторним поступцима.[18]

Претходно питање у појединим нецивилноправним поступцима

Претходно питање у управном поступку

Као и у другим поступцима (кривичном и парничном), претходна питања имају свој значај и актуелност и у управном поступку. То је последица сталног развоја и све веће компликованости правних односа и

---

[13] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, Службени лист СФРЈ, 43/1982. У даљем тексту ЗРСЗ. Видети чл. 101. ст. 5.

[14] Закон о парничном поступку, Службени Гласник РС, 125/04. У даљем тексту ЗПП. Видети чл. 214. и 215.

[15] Суд ће лице које је оспорило потраживање упутити да у одређеном року, који не може бити дужи од 15 дана, покрене парницу, ако одлука зависи од спорних чињеница, осим ако своје оспоравање не доказује правноснажном пресудом, јавном или по закону овереном исправом. Ако лице које оспорава потраживање то оспоравање доказује правноснажном пресудом, јавном или по закону овереном приватном исправом, суд ће о оспоравању одлучити у извршном поступку (Видети чл. 144. ст. 1. ЗИП). Ако лице које оспорава потраживање учини вероватним постојање разлога за оспоравање, суд ће закључком упутити на парницу лице чије је потраживање оспорено, а доношење решења о намирењу лица чије је потраживање оспорено одложити до окончања парнице. (Видети чл. 144. ст. 2. ЗИП).

[16] Видети, В. Рајовић, Грађанско процесно право, Београд, 2005. год. стр. 32.

[17] Закон о стечајном поступку, Службени гласник РС, 84/2004.

[18] М. Салма, Претходно питање у грађанском судском поступку, докторска дисертација (необјављена), Нови Сад, 1992. год, стр. 322.

правног саобраћаја уопште, што нужно проузрокује даље продирање елемената једне гране права у другу.[19]

Да би се једно правно питање у управном поступку могло сматрати претходним, неопходно је да буду испуњена три кумулативна услова: 1. да оно представља самосталну правну целину, 2. да се без његовог решења не може решити управна ствар о којој се одлучује у поступку, 3. да је његово решавање у надлежности неког другог органа или суда, а не органа који решава управну ствар.[20]

У упоредном праву постоје два система за решавање претходног питања. Први је француски, где орган управе не сме сам решавати претходно питање у управном поступку, већ мора увек прекинути поступак и сачекати да претходно питање реши надлежни орган. Други је аустријско-немачки, где орган управе по слободној вољи одлучује у сваком конкретном случају да ли ће претходно питање сам решити или ће оставити да то учини надлежни орган. У нашем праву је прихваћен овај други систем.[21]

У нашем праву, орган који води управни поступак, према околностима конкретног случаја, може сам решити претходно питање или прекинути поступак док то не учини надлежни орган. Посреди је дискреционо овлашћење органа који води поступак; исто важи и за случај када се ради решења претходног питања већ води поступак код надлежног органа.[22]

Од овог правила постоји изузетак, који каже да се поступак мора прекинути кад се претходно питање односи на: 1. постојање кривичног дела, 2. постојање брака, 3. утврђивање очинства, 4. кад је то законом одређено.

Ако се претходно питање односи на постојање кривичног дела за које је предвиђено гоњење по службеној дужности, па у конкретном случају нема могућности за гоњење, орган који води поступак ће расправити и такво претходно питање[23].

Када не постоји обавеза прекида управног поступка, а орган који води овај поступак одлучи да сам реши претходно питање, такво решење претходног питања има дејство само у конкретној правној ствари. Оно не може стећи правноснажност, и не уноси се у диспозитив решења о главној ствари, већ у његово образложење.

---

[19] М. Косовац: ″Претходна питања у управном поступку.″ Правни живот, бр. 5. Београд (1967), стр. 57.
[20] Н. Бачанин, Управно право. Крагујевац, 2000. год., стр. 403.
[21] Ibidem, стр. 403.
[22] З. Томић, Управно право, Београд, 1995. год., стр. 297.
[23] Н.Бачанин, op. cit. стр. 404.

Када орган који води управни поступак, није овлашћен да реши претходно питање, или га није узео у разматрање, овде можемо разликовати два случаја:

а) – поступак који се може водити само по службеној дужности још није покренут код надлежног органа, орган који води поступак је дужан да се обрати надлежном органу са захтевом да он покрене поступак по претходном питању.

б) – када се поступак за решење претходног питања покреће по захтеву странке, орган који води поступак може закључком наложити једној од странака да у циљу решења претходног питања тражи од надлежног органа покретање поступка одређујући јој рок у коме је дужна то да учини и да му о томе поднесе доказ.

Ако странка у одређеном року не поднесе доказ, сматраће се да је странка која је поставила захтев одустала од њега, а орган који води поступак обуставиће поступак.

Када је налог за покретање одвојеног поступка дат противној странци, а она у датом року не поднесе тражени доказ, орган који води управни поступак ће наставити поступак и сам решити претходно питање[24].

Управни поступак који је био прекинут ради решавања претходног питања, наставља се тек пошто акт донет по претходном питању постане коначан.

У погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности, управни орган је везан само правноснажном пресудом суда којом се оптужени оглашава кривим, не и оном којом се он ослобађа кривице.

Управни орган је увек везан одлуком парничног суда у границама њене правноснажности.

Претходно питање у кривичном поступку

У кривичном поступку суд често долази у ситуацију да треба претходно да реши одређено правно питање, које не спада у кривично право већ у неку другу грану права, а од чијег решења зависи одлука о главној ствари.

У упоредном праву, кривични суд је овлашћен да сам расправља претходна питања.[25] Али он није обавезан на то, он може, али не мора, сам

---

[24] Поповић, Марковић, Петровић. Управно право. Београд, 2002. год. стр. 504.

[25] "Кривични суд је овлашћен да самостално решава претходна питања из Грађанског права. Он није везан правноснажном одлуком грађанског суда којом је одлучено о кажњивости оптуженог. Према овој одредби, кривични суд је везан за пресуду грађанског суда једино ако се ради о одлуци о пуноважности брака." Закон о кривичном поступку Аустрије из 1873. год. пар. 5. (Strafprozessordnung). Наведено према М. Салма, Претходно питање у грађанском судском поступку, докторска дисертација (необјављена), Нови Сад, 1992. год.

расправљати таква питања. Да ли ће кривични суд узети на себе да расправља претходно питање или ће препустити решење тог питања надлежном органу, зависи од оцене самог кривичног суда.[26]

Када примена кривичног закона зависи од претходног решења каквог правног питања за чије је решење надлежан суд у другом поступку или неки други државни орган, суд који суди у кривичном предмету може сам решити то питање по одредбама које важе за доказивање у кривичном поступку.[27]

Решење овог правног питања од стране кривичног суда има дејство само за кривични предмет који овај суд расправља.[28]

Ако је о таквом претходном питању већ донео одлуку суд у неком другом поступку или други државни орган, таква одлука не веже кривични суд у погледу оцене да ли је учињено одређено кривично дело.[29] Кривични суд тада изводи доказе сам и расправља спорно претходно питање, које може бити решено другачије па и супротно одлуци надлежног органа. [30]

Претходно питање у Међународном приватном праву

Проблем претходног питања у науци међународног приватног права, откривен је и посебно актуелизован, тридесетих година XX века. Посебан акценат на ово питање стављен је у немачкој теорији међународног приватног права, где се ово питање третира као доста слично са квалификацијом и узвраћањем и преупућивањем (renvoi).[31]

Оно што чини ово питање посебно карактеристичним и занимљивим у контексту међународног приватног права је то што се у овој правној области појављује питање елемента иностраности и у вези с тим посебне дилеме и недоумице везане за одређивање меродавног права.

У оквиру међународног приватног права, од проблема претходног питања треба разликовати питање повезаности неке правне ствари с

---

[26] М. Вражалић: ″Прјудицијелна питања у кривичном поступку″. Наша законитост, бр. 6-7. Загреб (1954) стр. 309.

[27] "Преме предратном Југословенском закону о судском кривичном поступку од 1929. год пар. 4, каже се да ако постојање кривичног дела или већа или мања кажњивост зависи од претходног решења каквог јавноправног или приватноправног питања, кривични суд ће истовремено расправити та питања и то по прописима који вреде за доказивање у кривичном поступку". Видети, М. Салма, Претходно питање у грађанском судском поступку, докторска дисертација (необјављена), Нови Сад, 1992. год.стр. 155.

[28] Закон о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, 70/2001. У даљем тексту ЗКП. Видети чл. 213. ст. 1.

[29] Видети ЗКП, чл. 213 ст. 2.

[30] Видети, В. Лукић: ″
ејудицијелно управноправно питање у грађанској парници″. Гласник адвокатске коморе у А.П. Војводини, бр. 10. Н. Сад, (1966). стр. 11.

[31] Г. Кнежевић: ″Претходно питање у међународном приватном праву.″ Анали правног факултета, бр. 3-4. Београд (1994), стр. 310.

правном ствари, о којој се већ води поступак пред надлежним судом, тј. од питања конекситета.[32]

Основни задатак суда који је утврдио постојање елемента иностраности у одређеном случају је да одреди меродавно материјално право за решавање спорног питања. Идући логичким редоследом као прво питање се пред судију поставља главно питање, односно одређивање меродавног права за његово решавање. Према правилима међународног приватног права, меродавно право за решавање главног питања увек се одређује применом одговарајуће домаће колизионе норме (везивање lex fori). Следећи проблем који се јавља пред судом је када се поред главног питања појављује и претходно питање, које с обзиром да представља самосталну правну целину, захтева да и за његово решавање суд мора да одреди меродавно право. Поставља се питање, да ли ће суд одредити меродавно право и за ово претходно питање полазећи од сопствених, lex fori колизионих норми, или ће га одредити полазећи од колизионих норми земље чије је материјално право меродавно за главно питање, односно од lex causae колизионих норми.[33]

Суштина проблема се састоји у томе што колизионе норме lex fori и lex causae могу бити садржински различите. Из тога произилази да може због тога доћи до примене материјалног права две различите државе. Уколико су и та два права садржински различита, то онда ствара проблем за суд пред којим се таква питања решавају.[34]

Карактеристично за решавање овог питања је да су и ставови у теорији и пракси различити. Они се крећу од оних који су за lex fori повезивање претходног питања до оних који су за lex causae повезивање. Између ова два опречна теоретска става, појављује се и трећи став који је компромисног карактера. Сваки од ових ставова има одређену аргументацију која му иде у прилог као и аргументе који су му противни.[35]

Аутори који се залажу за тзв. Зависно повезивање претходног питања (везивање lex causae), главни аргумент за свој став налазе у потреби за тзв. међународном хармонизацијом решења, што би значило да судови свих земаља, у истоветним споровима доносе истоветне одлуке.[36] Зависно повезивање претходног питања би значило: судити о претходном питању са аспекта међународног приватног права, на исти начин на који би о том питању, као о главном, судио суд оне стране земље чије је право меродавно за главно питање.[37]

---

[32] Б. Еиснер, Међународно приватно право, Загреб, 1956. год. стр. 241.
[33] Г. Кнежевић, op. cit. стр. 313.
[34] Г. Кнежевић, op. cit. стр. 314.
[35] Варади, Бордаш, Кнежевић, Међународно приватно право. Н. Сад, 2001-2003, стр. 114.
[36] Овој групи аутора припадају: Melchior, Wengler, Wolff, Moreira, Machado. Видети Варади, Бордаш, Кнежевић, Међународно приватно право, Н. Сад, 2001- 2003, стр. 114.
[37] Ibidem, стр. 114.

Други аутори који се опредељују за метод независног повезивања претходног питања (везивање lex fori), као главни аргумент за свој став истичу потребу интерне хармонизације решења, која је у потпуности угрожена по њима зависним везивањем. [38] Независно везивање значи судити о претходном питању, са аспекта међународног приватног права, на исти начин као да је главно.[39]

У теорији постоји и трећи став или компромисно решење између ова два опречна решења. Заступници овог става сматрају да је тешко унапред се определити за једно од ова два супротстављена становишта. По њима у сваком конкретном случају треба вагати интересе. [40]

Као и теорија и судска пракса је подељена између два крајња решења. Тако, за повезивање претходног питања колизионом нормом lex causae, чиме се даје примат међународној хармонизацији, залажу се амерички, аустралијски, енглески и канадски судови. Насупрот њима, немачки и аустријски судови опредељују се за lex fori везивање, чиме дају примат интерној хармонији.[41]

Закључак

Тежња сваког правног поретка је координација одлука различитих државних органа, непротивуречност правног система у његовој практичној примени, правна сигурност и тежња за објективном истином. Чини се да су ове тежње често међусобно супротстављене. Ако се полази од захтева за непротивуречношћу одлука различитих органа, онда је најбоље сачекати одлуку надлежног органа. У практичној примени права, томе се супротставља разлог економичности. С друге стране, решење претходног питања у ненадлежном поступку доводи до могућности противуречних одлука различитих органа о истом питању.

И поред свих наведених проблема, намеће се неминован закључак да је институт претходног питања кључ за решење наведених проблема. Из саме дефиниције претходног питања се види, да уколико се оно не реши не може бити решено ни главно питање, чиме би било доведено у питање остварење суштине судске функције, што никако не сме бити дозвољено.

Актуелизација института претходног питања и у области Међународног приватног права, а с обзиром да претходно питање није

---

[38] Овај став је већински. Безрезервни његов заговорник је Кегел који не преза чак ни од тога да поборнике супротног мишљења окарактерише као правничке шизофренике или возаче који свесно испуштају волан из руку. Видети, Г. Кнежевић, Претходно питање у МПП. Анали Правног факултета , бр. 3-4. Београд (1994), стр. 316.

[39] Ibidem , стр. 114.

[40] Овај став заступају нпр. Neuhaus, Makarov, Gamillscheg. Видети, Варади, Бордаш, Кнежевић, Међународно приватно право, Н. Сад, 2001-2003, стр. 116.

[41] Варади, Бордаш, Кнежевић, op. cit. стр. 115.

специфичан проблем Међународног приватног права, указује на закључак о неопходности постојања овог института.

Milan Maric,
an assistant-beginner

DEALING WITH INTERLOCUTORY QUESTION (EXCLUDING CONTENTIOUS PROCEDURE)

The object of this work is interlocutory question in all proceedings except civil suit. This work deals with the matter of interlocutory question in civil and non-civil proceedings. The part of the work that deals with civil proceedings regards non-contentious, execution and bankruptcy proceedings. Since the non-contentious procedure involves various proceedings it is very hard to give the complete answer on a problem of interlocutory question in all those proceedings. In execution proceedings the interlocutory question concerns only enforcement of foreign court decision and the cases of proceedings staying. The matter of interlocutory question has only theoretical importance in bankruptcy proceedings.

The problem of interlocutory question in non-civil proceedings is considered through the matters of administrative and criminal proceedings.

The idea of interlocutory question in International Private Law science comes from the beginning of the first decades of twentieth century. The German theory of International Private law paid the biggest attention to this matter. This problem is specially interesting for the International Private Law because of appearing of foreign elements in this area. It must be decided which national law will be applied in such cases.

Др Милена Петровић,
ванредни професор

UDK: 341.98(4-672EU)

FORUM NON CONVENIENS И МЕЂУНАРОДНО ПРОЦЕСНО ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. Појам и структура доктрине *forum non conveniens*

Доктрина *forum non conveniens* је један од основа да суд одбије да расправља о спору са иностраним елементом за који је иначе надлежан. У многим земљама *common law* система она је чврсто утемељена и представља интегрални део правила о судској надлежности.[1] Супротно, у земљама *civil law* традиције, у којима правила о судској надлежности строго дефинишу случајеве у којима је суд надлежан, у принципу нема места дискрецији суда, те ова доктрина није призната, нити се примењује.

Теорија *forun non conveniens* подразумева дискреционо право суда да одбије да решава спор за који иначе поседује надлежност, уколико сматра да је "озбиљно неподесан" форум, и да ће се интереси странака, као и јавни интереси, најбоље остварити уколико се тужилац упути на други, много "подеснији" (*more convenient, more appropriate*) форум који је за дати случај такође надлежан.[2] Суд коме је поднета тужба се дакле, уздржава од спровођења поступка и одлучивања о премету спора у корист суда друге државе, за који оцени да је због приватних, али и јавних интереса, погоднији за његово решавање. У којој мери је иницијални форум неподесан, а алтернативни форум "подесан", па чак и "природан", суд оцењује у сваком конкретном случају. То чини испитивањем и разматрањем за то релевантних фактора као што су: пребивалиште и седиште странака и потенцијалних сведока, трошкови и процедуралне тешкоће везане за достављање сваком од могућих форума, локални интереси сваке државе у вођењу поступка, тешкоће у сазнању и примени страног меродавног права, могућност признања и извршења судске одлуке у свакој од земаља могућег форума и слично. Сваки од наведених фактора је од великог значаја за истраживање да ли има основа и да ли суд треба да

---

[1] Доктрина *forum non conveniens* је усвојена, мада не са потпуно идентичним начином примене, у следећим земљама: Великој Британији, САД, Канади (укључујући Квебек), Израелу, Новом Зеланду, види: Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, 1995. стр. 10. Такође, усвојена је и у земљама чији су се правни системи развијали под утицајем енглеског права, као што су Хонг Конг, Брунеји, Сингапур и Гибралтар, види: North and Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 1992. стр. 222.

[2] Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 1986. стр. 4-33.

одбије надлежност за дати спор, и сви они скупа представљају резултат сталног и артикулисаног процеса развоја ове теорије који траје више од једног века. Међутим, са очитим напретком транспорта и комуникацијских технологија, данас се могу чути критике за поједине факторе што указује на потребу за трансформисањем и модернизацијом ове теорије.

Теорија *forun non conveniens* је плод судске праксе. Она је у њој настала, као што се у њој и развијала. Судови су имали слободу да је усвоје и развију у мери и на начин који им је одговарао.[3] Међутим, у неким земљама ова теорија је успела да буде призната и гарантована законом.[4]

Две су основне претходне претпоставке и предуслова за примену доктрине *forum non conveniens.* Прва претпоставка је да се ради о спору за који постоји конкурентна међународна надлежност. Другим речима, треба да се ради о спору за који постоји пуноважан основ за надлежност судова бар две земље због чега настаје позитиван сукоб надлежности, или конкуренција надлежности. Суштина основа надлежности је у вези између спора и суда који тај спор треба да решава, а та веза може да се успостави преко странака у спору или преко предмета спора.[5] Будући дакле, да постоји пуноважан основ за надлежност судова више земаља, на тужиоцу је да одлучи суду које државе ће поднети тужбу.

Конкурентна надлежност судова као услов за примену доктрине *forum non conveniens* подразумева две ствари: а) да за дати спор постоји међународна надлежност иницијалног форума (суда државе коме је поднета тужба), и б) да постоји погодан, такође надлежан алтернативни форум (надлежан суд у некој другој држави). Надлежност иницијалног форума је логична и природна. Уколико овај суд није надлежан за решавање конкретног спора, одбациће тужбу по основу ненадлежности. У том случају се не ради о примени доктрине *forum non conveniens* јер није испуњена основна претпоставка, надлежност иницијалног форума. Исто тако, уколико постоји искључива надлежност овог суда за дати случај, примена ове доктрине је искључена јер суд мора расправити спор и о њему донети одлуку. С друге стране, да би иницијални суд могао да одбије надлежност у конкретном случају, он мора бити сигуран да постоји алтернативни форум. То је последица принципа *judex tenetur impetiri judicium suum,* односно, обавезе суда да у ствари за коју је надлежан донесе одлуку. У том смислу, суд који одлучи да не спроведе поступак и

---

[3] Fleming, *Civil Procedure*, 2001., стр. 114.

[4] Види: § 410.30(а) закона о судском поступку Калифорније; чл. 49 енглеског Закона о судској надлежности и судским одлукама из 1982. г,; чл. 3135. Закона о грађанском судском поступку Квебека; чл. 429ц(2) холандског Закона о грађанском судском поступку.

[5] Станивуковић, *Међународна надлежност судова у праву САД, Европске Уније и ЕФТА,* 1995. стр. 47.

не донесе одлуку о предмету спора, мора бити сигуран да постоји неки други надлежни суд пред којим тужилац може остварити заштиту својих права.[6] Постојање одговарајућег алтернативног форума претпоставља испуњење неколико захтева. Најпре, алтернативни форум мора бити надлежан да расправља о датом спору. Даље, у односу на иницијални форум, он мора бити подеснији за спровођење поступка, како са аспекта интереса странака (пре свега туженог), тако и са аспекта интереса суда и државе коме он припада. Коначно, алтернативни форум мора бити суд друге државе и мора бити доступан странкама. Уколико би заштита права тужиоца пред алтернативним форумом наишла на значајне правне и техничке препреке, примена ове доктрине не би била оправдана.[7]

Теорија *forum non conveniens* почива на дискреционом праву суда. То је друга претпоставка и предуслов за примену ове теорије и њена карактеристика која је чини јединственом. Дискрециоиоо право суд користи тако што балансира између интереса тужиоца, туженог и форума.8 У ту сврху он испитује и процењује факторе, вреднује их и доноси одлуку о томе да ли надлежност за конкретан спор треба задржати или одбити. Наравно, пошто нема чврстих правила о томе ком фактору треба дати коју снагу, на судији је и његовом уверењу да одреди значај сваког од њих, у сваком конкретном случају. У време када је ова теорија настала, њен ратио је био спречавање тужиоца да суд и процесна овлашћења користи са циљем да туженог кињи. То је традиционални приступ ове доктрине и он је значио да суд не може да одбије да одлучује о спору осим ако би то било шиканирање туженог (oppressive or vexatious) или би представљало злоупотребу процесних овлашћења на неки други начин. Међутим, касније је то била потреба да се тужилац упути на суд са којим су предмет спора и саме странке биле у много ближој вези, због чега је он сматран као много подеснији за решавање датог спора.. Сматрало се да је подношење тужбе неподесном суду израз неке врсте "наметања" надлежности суду и један неоправдан терет за судске ресурсе. Овај приступ се у правној доктрини, али и судској пракси означава као приступ "подеснијег форума" (more convenient forum).

---

[6] Чини се ипак, бар према једној објављеној одлуци, да овај захтев није апсолутан. У случају *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi* из 1985. год. Амерички суд је одбацио тужбу на основу приговора *forum non conveniens* и поред тога што је изричито утврђено да алтернативни суд, у овом случају ирански, није одговарајући јер му недостаје потребна неутралност, да би његова одлука била призната и извршена у САД. У образложењу, између осталог је истакнуто да исламска Република сама сноси кривицу за такав реноме својих судова. Цит. према: Станивуковић, *Међународна надлежност*…стр. 151.

[7] Reus, *Judical Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany,* Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, Vol. 16. N. 2. 1994. стр. 458-459.

[8] Del Duca and Zaphiriou, *United States of America* in: Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law,* 1995. стр. 402.

2. Терминологија и порекло доктрине *forum non conveniens*

Иако носи латински назив, нема доказа да доктрина *forum non conveniens* води порекло из римског права или континенталне *civil law* традиције.[9] Корени ове доктрине се налазе у шкотском праву, односно, одлукама шкотских судова са почетка XVII века иако се сам израз *forum non conveniens* користи од друге половине XIX века. Наиме, оригинални шкотски израз који је упућивао на дискреционо право суда да одбије да одлучује о спору је био *forum non competens.*[10] Литерално, сасвим јасно, овај је израз указивао на недостатак надлежности суда, што је значило да примена доктрине *forum non conveniens* није била могућа будући да није постојала основна претпоставка за то. Међутим, шкотски судови су користили овај израз у циљу одбијања постојеће надлежности,[11] што значи да су га користили у случајевима за које је постојала надлежност шкотских судова, али се на ову доктрину позивало онда када су странке биле држављани других држава и када се сматрало да би спровођење поступка у Шкотској било неподесно или неадекватно.[12] Први објављени случај у коме се за ову доктрину употребио израз *forum non conveniens* је из 1873. године у коме је шкотски суд истакао:

> Иако је ово питање у нашим уџбеницима разматрано под називом *forum competens* или *forum non competens*, оно се реално не односи на надлежност суда, већ на то да други суд треба да има предност у односу на суд коме је поднета тужба. Када постоје два надлежна суда, поставља се питање да ли разлози правде захтевају да тужба која је поднета једном суду треба да се упути на други суд.[13]

Шкотски судови су поставили и развили два различита приступа у примени доктрине *forum non conveniens.* Један је био приступ "најподеснијег" форума ("*most suitable forum*") и он је изражен у одлуци *Sim v. Robinov* у којој се истиче:

> Предлог (за обуставу поступка по основу *forum non conveniens*) не би могао бити усвојен осим ако суд сматра да постоји неки други, надлежни суд, у коме би вођење

---

[9] Pillet, *Jurisdiction in Actions Between Foreigners*, 18. Harv.L.Rev.325 (1905).
[10] Braucher, *The Inconvenient Federal Forum*, 60 Harv.L.Rev. (1947) стр. 908-909.
[11] Ibid, 908.
[12] Barrett, *The Doctrine of* Forum non Conveniens, 35. Cal.L.Rev. (1947) стр. 380.
[13] Longworth v. Hope, (1865) 3 M. 1049, 1058. cit prema: Karayanni, *Forum non Conveniens in the Modern Age,* New York, 2004. стр. 24.

поступка било много погодније са аспекта интереса свих странака и захтева правде.[14]

Други приступ се заснивао на принципу забране злоупотребе процесних овлашћења ("*abuse of process*") и он је давао суду дискреционо право само у случајевима вексаторних мотива тужиоца. Како су оба приступа постојала и примењивала се у исто време, дискреционо право је било неконзистентно, одлуке нису изражавале јединство у примени овог принципа, па је у одсуству хармоније одлучивања владала непредвидивост.[15] Иако је реално било мало случајева у којима се позивало на доктрину *forum non conveniens*, приступ најподеснијег форума је временом преовладао.

Доктрину *forum non conveniens* су из шкотског права преузели најпре америчко и енглеско право. Оба правна система су у почетку имала релативно рестриктивни став о њој и користили је само у изузетним случајевима. Судови нису могли да одбију да одлучују о спору за који су били надлежни, осим ако су били уверени да би туженом била учињена битна неправда уколико би се прихватила надлежност.[16] Касније, без неких великих разлика, ову доктрину су следиле и друге земље *common law* система, пре свега оне које су своје право развијале под директним утицајем енглеског права. У том смислу се готово исти или врло сличан приступ теорији *forum non conveniens* може наћи у Канади, Аустралији, Новом Зеланду, Брунејима, Хонг Конгу, Сингапуру и Гибралтару.[17]

Током времена, кроз праксу земаља које су је прихватиле, доктрина *forum non conveniens* се трансформисала од једног ригидног облика, који се примењивао само у изузетним околностима, у један флексибилнији тип, прилагодљив специфичностима сваког појединог случаја. За разлику од ограничене улоге коју је раније имала, а која се сводила на заштиту од вексаторних тужби, ова доктрина је проширила своју примену и њена функција је била и остала да парницу "смести" односно упути на онај суд који је у најближој вези са спором.[18]

3. Фактори на којима се заснива одлука о одбијању надлежности

У бројним судским одлукама се указивало на то да у примени теорије *forum non conveniens* судови морају испитати све околности или факторе

---

[14] 1892 Sess. Cas. 665 and 668 (Scot. 1st Div.) cit. Prema: Reus, *Judical Discretion...* стр. 459 – 460.
[15] Ibid, 460.
[16] Robertson, *Forum non Conveniens in America and England: "A Rather Fantastic Fiction"* 103 L.Q.Rev. (1987) стр. 399.
[17] Id. стр. 12.
[18] Више: Karayanni, o.c. стр. 3.

који указују на то да је иницијални форум неподесан, а алтернативни форум подесан за решење неког спора, и колико год је то могуће, да сваком појединoм фактору дају онај значај који он стварно заслужује.[19] Фактори који опредељују суд за одбијање или задржавање надлежности су бројни и различити. У судским одлукама најчешће се истичу : пребивалиште и седиште странака и потенцијалних сведока, трошкови и процедуралне тешкоће везане за достављање сваком од могућих форума, локални интереси сваке државе у вођењу поступка, тешкоће у сазнању и примени страног меродавног права, могућност признања и извршења судске одлуке у свакој од земаља могућег форума, могућа злоупотреба процесних овлашћења тужиоца у смислу малтретирања туженог, претрпаност судова нерешеним споровима, незаинтересованост локалне заједнице суда за спорове који су се десили негде у иностранству итд. Сигурно је да сви ови фактори нису једнако важни за сваки спор. Од околности сваког појединог случаја зависи који ће фактор бити значајнији од осталих и тиме опредељујући за одлуку суда да је неки други форум погоднији за решавање датог спора. Неки фактор у једном случају може да буде од изузетне важности, а да у другом случају буде ирелевантан. Неки фактори могу да имају вишеструко дејство и да буду од значаја у великом броју случајева. Неки фактори указују на интересе странака, док други указују на интересе суда, правосуђа уопште, као и интересе друштвене заједнице. Можда је управо оваква ситуација допринела да генерални тренд судске праксе буде један отворен приступ свим овим различитим факторима што је у складу са циљем ове теорије, односно потребом и захтевом да се одреди "најприроднији" (the most natural) суд за решење датог спора.

Питање категоризације ових фактора и њиховог баланса је изазвало доста контраверзи, како у судској пракси, тако и правној литератури.[20] Наиме, док су судови у Америци направили поделу свих фактора на "приватне" и "јавне", дотле су се енглески, као и судови неких других земаља, уздржали од било какве категоризације. Разлике постоје и у погледу значаја појединих фактора и то пре свега оних који изражавају јавни интерес. Тако су амерички судови бројним одлукама јасно указали да фактори који се тичу јавног интереса имају веома велики значај у разматрањима теорије forum non conveniens,[21] док су међутим, енглески судови у неким одлукама чак изричито истакли да не желе да следе судије

---

[19] У случају *Van Cauwenberghe v. Baird*, 486 U.S. 517, 528-9., је истакнуто да "листа околности које треба размотрити у *forum non conveniens* истрази није јасна и исцрпна, тако да неки фактори могу бити ирелевантни у контексту конкретног случаја". цит. према: Karayanni, o.c. стр. 66.

[20] Види: Kennett, *Forum non conveniens in Europe*, Cambridge Law J., 54 (1995), стр. 554-55.

[21] *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947); *Piper Aircraf Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

из Америке који одлуку о одбијању надлежности заснивају на веома широким основама јавног поретка.[22] Ово свакако не треба схватити као оспоравање значаја ових фактора у Енглеској, јер развој ове теорије показује да су судови ове земља увек поштовали постојање и приватних и јавних фактора када је требало да одговоре на питање да ли је алтернативни форум погоднији за дати случај или не, што без сумње, у извесној мери противречи наведеном ставу. Сигурно је да обе врсте фактора, и приватни и јавни, имају утицаја на артикулисање теорије *forum non conveniens*, међутим, не можемо а да не приметимо да је непотребно инсистирати на посебним разликама међу њима будући да се у многим приватним факторима могу наћи јавни интереси, као што је могуће и супротно. Довољно је навести фактор меродавног материјалног права које суд треба да примени, јер он може да изражава и приватни и јавни интерес. С једне стране, странке су сигурно заинтересоване за исход спора што је у тесној вези са меродавним правом, а са друге стране постоји тежња судова неких земаља да када год је то могуће избегавају да примењују колизионе норме и непозната страна права на која их ове упуте.

За разлику од Америке, у Енглеској се није вршила било каква категоризација фактора. Уместо тога, у правној литератури су често навођене и коментарисане чињенице и околности које утичу на (не)подесност одређеног форума за суђење у датом спору. У том смислу су навођене територијалне и персоналне везе странака са судом, локација доказних средстава, стварне и блиске везе између суда и предмета спора, тужбе за негативна утврђења, комплексни случајеви са више лица на страни туженог, вођење другог поступка у истој ствари, али између других лица пред истим судом (*the Cambridgeshire* фактор), јавни поредак, трошкови и време, итд.[23]

Ако је икаква категоризација фактора неопходна, онда нам се, из функционалних разлога чини најприхватљивијом категоризација која све факторе сврстава у три групе: а) факторе који се односе на географске погодности; б) факторе који се односе на ефикасност у вођењу судског поступка, и ц) факторе који се тичу материјалне правде.[24] Географска локација иницијалног и алтернативног форума може да буде значајан фактор у одређивању који је од ова два форума погоднији за суђење у конкретном спору. У том смислу суд одмерава очекиване личне тешкоће, посебно материјалне трошкове странака и потенцијалних сведока ако се

---

[22] Одлука Врховног суда у случају *Lubbe v. Cape PLC,(2000) 4 All E.R.268(H.L.)* на 281-82, 286-87. цит. према: Karayanni, о.с. стр. 71.

[23] Види: Beaumont, *Great Britain*, u: Fawcett, о.с. стр. 212-20.; Clarkson § Hill, о.с. стр. 116-19.

[24] Karayanni, о.с. стр. 97.

поступак води у удаљеном форуму.25 За ова разматрања су такође, од значаја сазнања о тешкоћама везаним за извођење доказа. С друге стране, сваки суд у одлучивању о приговору forum non conveniens води рачуна о томе да поступак треба да буде ефикасан. У том погледу веома су важна разматрања о меродавном праву, посебно ако иницијални суд треба да примени неко страно право, док би алтернативни суд применио своје домаће право.26 У ову категорију фактора спада и разматрање суда да парница у истој ствари и између истих странака није већ покренута пред судом неке друге државе(литиспенденција), као и разматрање да ли је могуће, и пред којим форумом, здруживање учесника у спору на страни једне спорне странке. Могућност извршења судске одлуке у сваком од могућих алтернативних форума је такође значајан фактор који припада овој категорији. Локација доказа и сведока је од значаја, али овог пута са аспекта питања да ли пред алтернативним форумом постоје адекватне мере којима се принудним путем може обезбедити њихова достава или појављивање пред судом. У разматрању питања ефикасности у вођењу поступка пред алтернативним форумом, иницијални суд мора да узме у обзир и чињеницу да ли ће алтернативни суд применити правна правила о застарелости која тужиоца могу лишити могућности да покрене парницу пред тим судом, као и то да ли алтернативни форум може да обезбеди правично суђење.27 Најзначајније разматрање иницијалног форума у оквиру треће групе фактора је могући нормативни резултат спора до кога би он дошао, као и резултат спора који би се остварио у другом (алтернативном) форуму. У највећем броју случајева, посебно америчких судова, ово разматрање се у ствари заснива на примени "анализе интереса" тог суда за конкретан спор.28

Међутим, оно што изазива, можемо рећи, праве контроверзе, а посебно критике у правној литератури, је чињеница да је овом теоријом и посебно приступом "најподеснијег форума", судијама остављено прешироко дискреционо право у вредновању и одмеравању ових фактора.

---

[25] Види: *CMA v. Capricon Art,* (1990) 2 Lloyd's Rep. 166, 173.; *Mercier v. Sheraton International Inc., 935 F.2d 419, 428 (1st Cir.1991).* Такође, Barma § Elvin, *Forum Non Conveniens: Where Do We Go from Here?* 101 (1985) L.Q.Rev. стр. 48, 62.

[26] Beaumont, o.c. стр. 207, 212-14.

[27] Разлози због којих су енглески судови нпр. сумњали у правичан поступак пред алтернативним форум су некада били политичке или идеолошке природе. Тако је суд у случају *Oppenheimer v. Louis Rosenthal &Co AG* (1937) 1 All ER, 23. који је по многим факторима упућивао да је немачки суд подеснији за решење тог спора, одлучио да задржи надлежност. Тужилац је био Јевреј и суд је сматрао да у то време (1937. г.) због познатог односа Немачке према овој нацији, суђење не може бити правично. Мада ово није био класичан случај *forum non conveniens,* већ захтев да енглески суд прихвати надлежност коју није имао, исти разлози су опредељивали суд и код захтева да се прекине или обустави поступак пред енглеским судом.

[28] Види, нпр. *Laker v. Richardson-Merrell, Inc.* 538 F.Supp. 262 (N.D. Ohio 1982).

Они су у главним прецедентима наведени *exempli causa,* више су водич него чврста правила, нејасан је и недефинисан значај сваког појединог фактора, као што је нејасно и њихово одмеравање или тзв. баланс тест ових фактора у сваком појединoм случају.[29] Генерално посматрано, исти фактор не само да нема исто значење и тежину, већ може да доведе до потпуно супротних резултата. Тако енглески судови на пример, у факторима јавног интереса, виде могућност прихватања надлежности, чак и за спорове који су у основи потпуно страни јер немају било какве везе са Енглеском. Јавни интерес они заснивају на економским користима које Енглеска има од судских поступака који се спроводе пред њеним судовима. Најзначајнији су свакако судови у Лондону, великом међународном трговачком центру, за које се сматра да су у предности над сваким другим алтернативним форумом.[30] Потпуно супротан став се може наћи у одлукама америчких судова када су у питању спорови између странаца јер се сматра да они само загушују и затрпавају послом локалне судове.. Држављанство и пребивалиште (седиште) тужиоца такође нема једнак значај у свим државама које прихватају теорију *forum non conveniens.* Из одлука америчких судова јасно произилази да се прави разлика између тога да ли је тужилац домаћи или странац, и у вези с тим постоји претпоставка у корист домаћег тужиоца који је изабрао домаћи (амерички) суд, па ће то у баланс тесту превагнути било коју непогодност у односу на туженог. Таква претпоставка међутим, не постоји ако је странац поднео тужбу америчком суду.[31]

Последица оваквог стања су различите одлуке судова у готово идентичним правним ситуацијама.[32] Отуда не чуде врло честе критике да је теорија *forum non conveniens* арбитрарна и да као таква, не пружа правну сигурност и извесност која је странкама потребна.[33]

С обзиром да је *forum non conveniens* једна дискрециона теорија, свака генерализација врсте случајева у којима је надлежност одбијена или није одбијена по овом основу је веома тешка.

---

[29] Casad, o.c. стр. 548-549.; Clarkson § Hill, *Jefey on the Conflict of Laws,* 1997. стр. 122-3. Robertson, o.c. стр. 414.

[30] Види: Fawcett, o.c. стр. 15-16; Schuz, *Controlling forum-Shopping: The Impact of MacShannon v. Rockware Glass Ltd,* 35(1986) ICLQ, стр. 384-86.

[31] *Piper Aircraft Co v. Reyno*

[32] Види, нпр. одлуке америчких судова за штете које су грађанима других земаља причинили амерички производи: у случају *Dowling v. Richardson- Merrell, Inc.,* 727 F.2d (6th Cir. 1985), тужба је одбачена, док је у случају *Kontoulas v. A.H. Robins Co., 745 F.2d* (4th Cir. 1984) прихваћена надлежност. Види такође одлуке енглеских судова у споровима због судара страних бродова у страним водама: *Abidin Daver* (1984) A.C., прекинут поступак пред енглеским судом, а у случају *Coral Isis* (1986) 1 Lloyd's Rep. стр. 413., надлежност је задржана.

[33] Kropholler, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts,* 1982. стр. 282.

4. Развој доктрине *forum non conveniens* у Енглеској

Теорија forum non conveniens је утемељила своју примену у праву Енглеске тек у двадесетом веку. До тада, дискреционо право суда, које се односило на питање надлежности, постојало је само у оквиру теорије forum conveniens (када је суд одлучивао да ли је погодан форум за решавање конкретног спора, и зависно од тога, да ли ће установити надлежност), а односило се на случајеве када су тужени били лица ван Енглеске и Велса (надлежност ex juris). Ово је традиционално енглеско правило које је постављено Common Law Законом о судском поступку, давне 1852. године, и оно је енглеском суду давало дискреционо право да позивом (summon) установи надлежност над одсутним туженицима, без обзира да ли су они били Енглези или странци.34 Овај основ надлежности данас регулишу Правила Врховног суда (Rules of Supreme Court) (Order 11, Rule 1(1) и значајна је чињеница да је у неким случајевима ова надлежност допустива уз дозволу суда, док је у другим случајевима она могућа и без дозволе суда. Практично, ово правило енглеском суду даје право да прошири надлежност над лицима и догађајима ван територије Енглеске (ексорбитантна надлежност).35 Ово је, без сумње, случај прекомерне надлежности јер нити странке, нити предмет спора треба да буду у вези са Енглеском. Суд о својој евентуалној надлежности одлучује на захтев тужиоца који треба да увери суд да је он одговарајући или погодан форум за решавање датог случаја. Циљ његовог захтева је да суд установи надлежност, односно, да решава о тужбеном захтеву. За разлику од ове теорије, резултат примене теорије forum non conveniens је потпуно супротан: суд одбија надлежност за решавање одређеног спора, за коју иначе има пуноважан основ, уколико оцени да је суд неке друге државе подеснији и адекватнији за његово решавање. Дакле, у овом случају суд не присваја надлежност, као у претходном, већ се напротив, одриче надлежности коју већ поседује.

Све до 1906. године енглески судови су користећи дискреционо право одбијали надлежност само у случајевима у којима је стављен приговор литиспенденције, односно, приговор да парница, у истој ствари и између истих лица, већ тече пред неким другим судом. По први пут, суд је одбио надлежност на основама теорије forum non conveniens у случају Logan v. Bank of Scotland. 36 У питању је био спор између шкотских странака, и суд је сматрао да је боље решавати га пред шкотским судом. Суд се у одлуци позвао на шкотско право и две одлуке америчких судова и заузео став да суђењем у Шкотској неће бити нанета никаква неправда тужиоцу, док ће, с

---

[34] Cheshire & North's, *Private International Law,* 12.ed. 1992. стр. 190.
[35] Id. 221.
[36] Logan v. Bank of Scotland, (1906) 1 K.B. 141.

друге стране, суђењем у Енглеској, тужени бити изложен шиканирању, што представља злоупотребу процесних овлашћења.37 Своју одлуку суд је дакле засновао на вексаторним мотивима тужиоца и злоупотребу процесних овлашћења. Међутим, у овој одлуци енглески суд се није позвао на теорију forum non conveniens, као што још дуги низ година после тога, неће прихватити да одбијање надлежности базира на овој теорији.[38]

У случају St. Pierre v. South American Stores (Gath &Chaves) Ltd.39 из 1936. године, Апелациони суд је разматрајући питање одбијања надлежности испитивао све релевантне чињенице спорног односа и закључио да је (алтернативни) чилеански суд много подеснији. Закључак је извео из чињеница да је уговор сачињен на шпанском језику, да је за њега меродавно чилеанско право, да су се догађаји из којих је настао спор десили у Чилеу, да све стране у спору имају битну везу са Чилеом и да су сведоци и вештаци такође у Чилеу. Међутим, суд је закључио да сви ови фактори само одређују питање у којој мери је енглески суд погодан (convenience) да реши овај случај, али да они нису доказ о шиканирању туженог или о злоупотреби права.40 Овај суд даље закључује да баланс ових фактора или релевантних чињеница није довољан основ да се тужилац лиши предности вођења поступка пред енглеским судом, те да се право приступа тужиоца суду не сме олако одбити. Да би се оправдало одбијање надлежности, према ставу Апелационог суда, морају бити испуњена два услова: а) тужени мора доказати суду да би вођење поступка нанело неправду туженом јер би то за њега било шиканирање или злоупотреба права на неки други начин; и б) да одбијање надлежности не сме нанети неправду тужиоцу. У оба случаја терет доказивања је на туженом.41 Оваквим, очито ригидним ставом, туженом је наметнут изузетно тежак задатак уколико је желео да успе са приговором forum non conveniens. У овом случају, по оцени суда, он у томе није успео јер суд није нашао да се ради о узнемиравању или шиканирању туженог, те није одбио надлежност.

Чињеница да су наведене две одлуке донете у раздобљу од 30 година, говори у којој мери су енглески судови били (не) заинтересовани за примену теорије *forum non conveniens.* Они не само да су ретко одбијали своју надлежност, и не само да нису користили оригинални назив ове теорије, већ су у њеној примени били изузетно ригидни. Ово се односи како на разлоге за одбијање надлежности (само у случају доказаног

---

[37] Id. 149-53.
[38] Dicey and Morris on *Conflict of Laws*, 12. ed. 1993. стр. 398.
[39] *St. Pierre v. S. Am. Stores (Gath & Chaves) Ltd*., (1936) 1 K.B. 382, 398 (Eng. C.A. 1953).
[40] Id. 397-98
[41] Id.

шиканирања туженог), тако и на терет доказивања.[42] Непостојање воље енглеских судова да се одрекну надлежности је израз њиховог самоувереног, па чак и арогантног става да "Нико ко долази у ове судове тражећи правду, не долази узалуд...Ово право није ограничено само на Енглезе. Оно се односи на сваког пријатељског странца. Он може тражити помоћ наших судова ако то жели. Ви ово можете назвати forum shopping ако желите, али ако је форум Енглеска, она је добро место за куповину (to shop in) због две ствари, квалитета робе и брзине услуга."[43]

Значајан помак у развоју теорије forum non conveniens начињен је тек седамдесетих година прошлог века. Одлуком у случају The Atlantic Star[44] из 1974. године Врховни суд (House of Lords) је радикално променио ствари с обзиром да је преиначио одлуке оба нижа суда (првостепеног и апелационог) заузимајући став да тужбу поводом спора насталог због судара два холандска брода у белгијским водама треба одбацити у корист белгијског суда. Оба нижа суда тужбу нису одбацила са образложењем да се у овом случају апсолутно није радило о злоупотреби права.[45] Због потпуно супротног мишљења, Врховни суд је редефинисао појам узнемиравања и шиканирања или злоупотребе права, са циљем да се створе могућности за одбацивања тужби у већем броју случајева. Практично, то је значило да ове појмове треба тумачити либералније и флексибилније. Лорд Reid је критиковао мишљење Апелационог суда као претерано парохијално и шовинистичко.[46] Ово је значило да се тужба могла одбацити и када тужилац није деловао у лошој намери, јер је суд у разматрању овог питања, требало да узме у обзир и предности на страни тужиоца, али и неповољности на страни туженог.[47]

Процес либерализације је настављен у случају MacShannon v. Rockware Glass Ltd., у коме је Lord Diplock заузео следећи став: "Да би се оправдало одбацивање тужбе два услова морају бити испуњена, један позитиван и један негативан: а) тужени мора да докаже да постоји други (алтернативни) суд у коме се може постићи правда међу странкама на подеснији и јефтинији начин, и б) одбијање надлежности не сме лишити тужиоца легитимних личних или правних предности које би имао уколико би спор водио пред енглеским судом".[48] У наведеном случају, енглеском суду је поднета тужба за надокнаду штете претрпљене на раду. Тужилац је био Шкотланђанин који је живео и радио у Шкотској. Тужени су енглеске компаније. Сви сведоци, медицинско особље и остали, су живели у

---

[42] Више: Cheshire, o.c. стр. 221; Dicay & Morris, o.c. стр. 398-99.
[43] *The Atlantic Star,* (1973) Q.B. 382 (C.A.).
[44] *The Atlantic Star,* (1974) A.C. 436.
[45] *The Atlantic Star,* (1973) Q.B. 381-82, 384-85, 387-88.
[46] Види: Robertson, o.c. стр. 411.
[47] Dicay and Morris, o.c. стр. 399.
[48] *MacShannon,* (1978) A.C. 812.

Шкотској. Тужилац је тужбу поднео у земљи седишта туженог, па је енглески суд правоваљано засновао надлежност. Тужени су захтевали одбијање надлежности остављајући тужиоцу могућност да тужбу поднесе шкотском суду. Енглески суд је у разматрању овог питања заузео став да је погодан или "природан" суд за решавање овог спора суд у Шкотској, будући да су сви значајни фактори упућивали на њега. Како, по оцени суда, није било оправдања да тужилац води поступак у Енглеској, тужба је одбачена. Израз "природни" форум се после овог случаја често користио у судској пракси, а Лорд Keith, који је судио у овом случају, је истакао да он упућује на земљу са којом тужба има најстварнију и најбитнију везу.[49] Језик који је суд користио у овом случају јасно указује на приступ "најпогоднијег форума", а сама чињеница да је усвојен приговор *forum non conveniens* је сама по себи јак доказ да је ограничен приступ "злоупотребе права" напуштен с обзиром да је просто невероватно тврдити да се тужени шиканира ако се тужи у његовој земљи.[50]

У оба ова случаја енглески судови су одбили да прихвате теорију *forum non conveniens* као део енглеског права. У каснијим одлукама је ипак признато да формулисање принципа на основу којих је енглески суд деловао није далеко од праксе која се базирала на теорији *forum non conveniens.*[51] Коначно признање енглеског суда да је своје дискрециоио право засновао на теорији *forum non conveniens* уследило је 1984. године, у случају *The Abidin Daver*.[52] Лорд Diplock је у овој одлуци истакао да је "судски шовинизам замењен судском учтивошћу, и да је право време да се искрено призна, да се област права која се тиче овог приговора, не разликује од шкотске правне теорије *forum non conveniens*".[53] Он је заступао много флексибилнији приступ проблему одбијања надлежности, с обзиром да је његов став био да дискрециоио право суда у сваком појединoм случају значи вредновање и одмеравање свих релевантних фактора на свакој страни, дакле, како оних који говоре у прилог одбацивања тужбе, тако и оних који су против тога.[54]

Савремена примена теорије *forum non conveniens* је уобличена 1987. године, у случају *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*[55] Чињенично стање овог случају је следеће: тужилац је био из Либерије, власник брода *Spiliada,* који је пловио под либеријском заставом; тужени су били

---

[49] Cheshire & North, o.c. стр. 224. У пракси, овај израз се користио као синоним изразима "подесан" или "одговарајући".
[50] Види: Robertson, o.c. стр. 412.
[51] Види: (1978) A.C. 795, стр. 812 (Lord Diplock), 822 (Lord Fraser), kao i *Hesperides Hotels Ltd. v. Aegean Turkish Holidays Ltd.* (1979) A.C. 508. na 537 (Lord Wilberforce) i 544 (Lord Fraser). цит. према: Dicay & North, o.c. стр. 399.
[52] (1984) A.C. 398.
[53] Id. 411.
[54] Cheshire, o.c. стр. 223.
[55] *Spiliada Mar. Corp. v. Cansulex Ltd.,* 1 A.C. 460 (H.L.1987).

извозници сумпора из Британске Колумбије; тужилац је 1984. године енглеском суду поднео тужбу за надокнаду штете коју је његов брод претрпео због корозије, а која је настала услед утовара влажног терета сумпора у Британској Колумбији 1980. године. Два захтева је тужени истакао у овом спору. Један се односио на поништај одлуке суда о прихватању надлежности над страним туженим, коју је енглески суд донео примењујући Order XI Правила Врховног суда.[56] Тужени је безуспешно оспоравао надлежност енглеског суда јер је овај прогласио да је *forum conveniens*, односно да је подесан за решавање овог спора, па је надлежност прихватио.[57] Други приговор који је тужени истакао, био је приговор *forum non conveniens*.[58]

Разматрајући питање надлежности за наведени случај, суд је истакао да формулација Лорда Diplock-а даје превише важности "легитимним личним или правним предностима" тужиоца за настављање поступка у Енглеској, па је постављен основни принцип који одређује да ће се одбити надлежност по приговору *forum non conveniens*, само у случају ако је суд уверен да постоји неки други форум, који поседује надлежност и који је одговарајући за суђење по тужби, односно, у коме ће суђење бити много подесније у смислу интереса свих странака и захтева правде.[59] У складу са овим основним принципом, Лорд Goff је поставио шест тачака за примену модерне теорије *forum non conveniens* у Енглеској и Шкотској:

а) Суд ће одбити надлежност само у случају да се докаже да постоји други доступан суд, који је надлежан, и који је подесан да суди у датом спору;

б)Терет доказивања је на туженом који треба да увери суд да одбије надлежност.

в)Тужени треба да докаже, не само да енглески суд није природни и одговарајући суд за решавање датог спора, већ и да установи да постоји други доступан суд који је јасно и изразито, много подеснији него што је енглески суд;

г)У одређивању подесног форума, са којим спор има стварну и битну везу, суд мора да испита бројне везне факторе као што су доступност сведока, меродавно право за дати спор, место (земља) у којој су странке домицилиране или имају седиште (уколико су у питању правна лица);

д) Уколико не постоји други алтернативни форум који је "јасно подеснији за суђење у датој ствари", суд неће одбити своју надлежност;

---

[56] Id. 467.
[57] Id. 460-61.
[58] Id. 467.
[59] Id. 476.

ђ) Ако суд утврди да "постоји неки други суд који је *prima facie* много подеснији да суди у датом случају" он ће одбацити тужбу, осим ако тужилац докаже да постоје околности које из разлога правде захтевају да се тужба не одбаци.[60]

У разматрању ових тачака пажњу посвећујемо неким од питања за које сматрамо да траже шире објашњење. Најпре, у погледу терета доказивања, из овог случаја јасно произилази да је он подељен између странака. Наиме, тужени треба прво да докаже да постоји надлежан форум у другој држави који је много подеснији за суђење датог спора него што је то енглески суд. Уколико у томе не успе, суд неће одбити надлежност, односно судиће у датој ствари. Напротив, ако тужени у томе успе, онда терет доказивања прелази на тужиоца, који треба да увери енглески суд да интерес правде захтева да се поступак спроведе у Енглеској.

Питање терета доказивања указује на две ствари. Прво, да сам поступак одлучивања о приговору *forum non conveniens* суд спроводи у две фазе или два степена. У првој фази тужени доказује да постоји погоднији алтернативни форум, а у другој фази тужилац треба да оправда зашто тужи пред енглеским судом. Друго, оваквим постављањем ствари, Лорд Goff је јасно раздвојио разматрање "подесности суда", од разматрања питања "правде". У испитивању да ли постоји суд у другој држави који је за решавање датог спора јасно и изразито погодњи од енглеског суда, заправо се тражи суд оне земље са којом је дати спор у стварној и битној вези.[61] У ту сврху суд испитује везне факторе у које спадају не само они који се односе на погодност или трошкове (какви су доступност сведока), већ такође, и друге факторе, као што су меродавно право за дати спор или место пребивалишта или седишта странака. У сваком случају, ради се о дискреционом праву суда, а оно што произилази из *Spiliada* случаја је чињеница да суд није дао јасан водич како све ове факторе вредновати. Исто тако, Лорд Goff у овом случају не дефинише и тиме ближе не одређује, шта се подразумева под "правдом" у случају примене ове теорије, већ у ту сврху користи став Лорда Diplock-а, изражен у случају *Abidin Daver:*[62] " Не може се искључити могућност да још увек има неких земаља пред чијим судовима постоји ризик да страни тужилац, за посебне врсте тужби, може остварити принцип правде, било из идеолошких или политичких разлога, било због неискуства или неефикасности правосуђа, било због недостатка расположивих правних средстава". Наравно, ретко ће суд у образложењу рећи да страни суд не испуњава основне критеријуме

[60] Vidi: Beaumont, *Great Britain*, u: Fawcett, o.c. стр. 210-11.; Brand, o.c. стр. 471-72.
[61] Случај *Spiliada*, o.c. 477-78.
[62] Id., 478. Više: Beaumont, o.c. стр. 211.

природне правде,[63] али ће у примени свог дискреционог права, у сваком конкретном случају, сигурно водити рачуна и испитати све чињенице које треба да га увере да ће тужилац пред страним судом остварити правичну правну заштиту.[64] Чињеница да се према енглеском праву може остварити већа накнада штете, или виша камата, него да се суди пред страним судом, према ставу лорда Goff-а, није добар разлог да се, позивањем на захтев правде, задржи надлежност енглеског суда и одбаци тужба по приговору *forum non conveniens*,[65] али ће зато чињеница да тужилац не може да оствари правду пред страним судом зато што, на пример, судови у тој земљи нису независни, или зато што је рок застарелости и тиме могућност утужења пред алтернативним форумом истекао, сигурно бити од значаја у детерминисању захтева правде.[66]

Приступ најподеснијег форума захтева анализу очигледно великог броја фактора који немају једнак значај у свим спорним односима тако да утврђивање надлежности суда остаје углавном дискрециоино право судије, за које се мора признати да је прилично широко, тако да његова одлука обично неће бити промењена у другостепеном преиспитивању.[67] Да би се постигла одређена униформност у оцени фактора и тиме обезбедила већа извесност и сигурност у примени теорије *forum non conveniens*, случајеви који су уследили после *Spiliada* дали су даљу, промишљену анализу. На основу ње, све значајне тачке у анализи и оцени "подесности суда" би могле да се сумирају на следећи начин:

а) Меродавно право је значајан фактор онда када су га саме странке, споразумом одредиле. Уколико странке о томе немају споразум, и уколико би потенцијални судови применили различита права, меродавно право на које би упутиле шкотске или енглеске колизионе норме, се не би сматрало значајним фактором у одређивању погодног форума;

б) Чињеница да се спор води пред другим судом (случај *лиѿиспенденције*) је значајан фактор уколико је тај поступак достигао фазу која има утицаја на спор међу странкама;

---

[63] Тако је у случају *The 'Al Battani* (1993) 2 Lloyd's Rep. 219, судија Sheen одлучио да је суд у Египпту погоднији за решавање спора од енглеског суда, али није одбио надлежност позивајући се на принцип правде. Он је сматрао да би финансијски терет вођења поступка у Египту био толико тежак да интерес правде захтева да се тужба не одбаци. Наиме, истакао је да би се поступак у Египту одуговлачио пет година, а за то време би могли само судски трошкови, и ниједни други, да се надокнаде и да се камата обрачунава од дана правоснажности одлуке апелационог суда. Такође је истакао високе трошкове превођења уговора и других докумената са енглеског на арапски језик.

[64] Види: Cheshire & North, o.c. стр. 226-27.

[65] Види: Beaumont, o.c. стр. 211.

[66] Cheshire & North, o.c. стр. 227.

[67] Robertson, o.c. стр. 413.

в) Доступност сведока је значајан фактор, осим ако је спор претежно везан за неко правно питање, јер у том случају, не постоји потреба за саслушањем сведока. Међутим, ово ће бити значајан фактор ако се ради о случају у коме је спорно неко чињенично стање и када добар део доказа, међу којима и саслушање сведока, треба да се спроведе на страном језику;

г) Пребивалиште или седиште странака је такође значајно;

д) Ако се у суду једне земље тужба може проширити на друге тужене, и ако се у поступку могу појавити трећа лица, али то не може и у алтернативном форуму, онда је ово значајан фактор који говори у корист првог суда;

ђ) Ако је поступак већ покренут пред једним судом, али не и пред алтернативним судом, и уколико адвокати пред судом у коме поступак тече могу да предложе и остваре потребна вештачења, онда је ово значајан фактор у корист тог суда;

е) Разлике између једног и другог (алтернативног) форума у смислу трошкова, накнаде штете и одуговлачења поступка, је од малог значаја или без икаквог значаја у одређивању адекватности суда;

ж) Уколико тужени није у стању да у меритуму заштити своја права пред једним судом, али ни пред другим (алтернативним) судом, значајан фактор говори у прилог првог, са циљем да се избегне губљења времена;

з) Правни систем у коме је настала штета или је извршен деликт, је *prima facie* најпогоднији форум за спровођење поступка по тој тужби.[68]

Када се чинило да су сва питања везана за примену теорије *forum non conveniens* разјашњена, Велика Британија је 1978. године приступила Бриселској конвенцији о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима и питање примене ове теорије је поново актуелизовано. Наиме, ова конвенција, као примарно законодавство Европске Уније не регулише принцип *forum non conveniens,* па се поставило питање да ли ово традиционално *common law* правило може и даље да се примењује. Закон о судској надлежности и одлукама који је Велика Британија донела 1982. и тиме имплементирала Конвенцију, у чл. 49. одређује да "Ништа у овом закону неће спречити било који суд у Уједињеном Краљевству да прекине или обустави поступак по основу *forum non conveniens* или по другом основу, уколико то није противно са Конвенцијом". Међутим, овај закон не одређује када приговор *forum non conveniens* није конзистентан са Конвенцијом, па није од велике помоћи у решавању овог питања. Судови су се нашли пред великим проблемом. Доктрина је наглашено покушавала да оправда примену свог националног правила, а коначну одлуку о овоме је донео

[68] Више о свакој од наведених тачака: Beaumont, o.c. стр. 212-221.

Европски суд правде и о томе ће бити речи у делу разматрања која се односе на Бриселску конвенцију.

5. *Forum Non Conveniens* и Уредба бр. 44/ 2001 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима

Теорија *forum non conveniens* није наишла на исти пријем у свим државама. У Енглеској се сматра да је развој ове теорије значајно побољшање процесних правила с обзиром на то да она представља једно софистицирано средство које обезбеђује међународну хармонију одлучивања и адекватан распоред ресурса.[69] С друге стране, у националним правима земаља *civil law* система она се међутим, не признаје, те се и не примењује.

Оно што је за наша даља разматрања значајно, је питање какав однос према теорији *forum non conveniens* има право Европске Уније, као наднационално право држава чланица ове Уније. Другим речима, да ли је ова теорија, као изразито национални институт енглеског и других *common law* права у оквиру Европске Уније, призната као правило комунитарног права о одређивању међународне надлежности судова или не. Ако је одговор негативан, остаје питање да ли судови земаља *common law* система ову теорију ипак могу да примењују, бар у случајевима за које су конкурентно надлежни судови земаља које нису чланице ЕУ.

Примарни извор права који данас регулише и уређује питање међународне надлежности судова земаља чланица Европске Уније је Уредба Савета Европе о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима од 22. децембра 2000. (у даљем тексту – Уредба).70 Ова Уредба у основи представља готово идентичан текст Бриселске конвенције о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима која је донета 29.07.1968. године, а ступила на снагу, за тадашњих шест чланица ЕЕЗ, 1. 02. 1973. године, као и Лугано конвенције, донете у истој ствари, 16. 09. 1988. године за земље чланице ЕФТА. 71 Циљ ових докумената је исти, и он је био постављен при доношењу Бриселске конвенције, а то је унификација или уравнотежавање грађанских процесних права држава

---

[69] Kennett, *Forum Non Conveniens in Europe*, Cambridge Law Journal, 54(3) (1995), стр. 553.

[70] Council Regulation (EC) No. 44/2000, OJ L 12 od 16.01. 2001.

[71]Бриселска конвенција, OJ C 189 од 28.07.1990. Прве новеле Бриселска конвенција је претрпела 1978.године пошто су јој приступиле нове чланице ЕЕЗ (Данска, Велика Британија, Ирска), а односиле су се на неке одредбе које се тичу надлежности, будући да је требало да јој приступе *common law* земље, док су се све касније измене у суштини сводиле само на проширење броја држава у којима је Конвенција ступала на снагу; Лугано конвенција, OJ C 15 од 15.01.1997.

чланица ЕУ у одређеној групи правних ствари,72 како би се ојачала правна заштита лица која се налазе у ЕУ. У циљу јединственог тумачења и примене Бриселске конвенције, као и Лугано конвенције, усвојен је 1971. године посебан Протокол о тумачењу,73 према коме је надлежност за тумачење одредаба Конвенције изричито поверена Европском суду правде.74

Основно опште правило о међународној надлежности у смислу Уредбе је установљено у чл. 2. и оно гласи:

"Према овој Уредби, лица која имају пребивалиште у једној држави уговорници, без обзира на њихово држављанство, могу бити тужена пред судовима те државе уговорнице.

Лица која нису држављани државе у којој имају пребивалиште подвргавају се надлежности која важи за држављане те државе."

Оно што недвосмислено произилази из цитираног основног правила, јесте прихватање традиционалног правила *actor sequitur forum rei*, односно, да се у територијалном смислу, надлежност одређује према пребивалишту туженог. Са пребивалиштем физичког лица се изједначује седиште правног лица, и за оба појма се користи један термин – домицил. Уредба не дефинише појам домицила, већ оставља државама чланицама да у складу са својим националним правилима одреде шта се има сматрати домицилом.[75] Одступање од домицила као тачке везивања је ипак могуће,

---

[72] Види: Kropholler, *Europaeisches Zivilprozessrecht,* Heidelberg, 1987. стр. 21.; Конвенција уређује само три групе процесноправних односа који имају међународни значај и то у областима: надлежности; вишеструке литиспенденције; и међународног признања и извршења судских одлука. Више: Водинелић, Кнежевић, *Грађанско процесно право Европске Уније,* Београд, 1988. стр. 18.

[73] Протокол је донет 3.06.1971. године и то на основу чл.177 Римског уговора и чл. 150 уговора ЕУРОАТОМ.

[74] Чл. 1(1) Протокола. Европски суд правде је Врховни суд ЕЗ, "чувар" Уговора који су примарно европско право од могућих повреда и једини меродавни тумач одредби Уговора о ЕЗ и других правних аката Заједнице. У тумачењу европског права ЕЦ користи комбинацију познатих метода тумачења, а посебно телеолошко више се управљајући сврхом одредби Уговора и других правних аката ЕЗ, него граматичким тумачењем изричитих његових норми. Поступак прелиминарног тумачења од стране ЕЦ иницира овлашћени суд државе чланице својим захтевом – другостепени судови то могу чинити ако се у поступку пред судом државе чланице јави спорно питање тумачења и важења норми европског права. Обавезу да иницирају овај поступак имају највиши судови држава чланица (врховни судови), наиме, они судови против чијих одлука не постоји правно средство. Одлука ЕЦ се сматра обавезујућом за странке у поступку, односно, национални суд који је покренуо поступак, као и оне судове који ће поводом правних лекова доносити одлуке у том поступку.

[75] Према чл. 59 Уредбе, суд ће применити право своје земље да би одредио да ли странка има домицил у држави-уговорници пред чијим се судовима поступак води. ако странка нема домицил у држави пред чијим се судовима поступак води, суд ће применити право друге државе-уговорнице, да би одредио да ли странка има домицил у тој држави. За потребе Уредбе, чл.11(1) ревидираног текста из 2002.г. предвиђа да је лице домицилирано у оној држави где му је уобичајено боравиште. У погледу седишта правних лица чл.60.

али само у случајевима који су Уредбом изричито одређени. Ово значи да лице може поднети тужбу суду државе-чланице у којој тужени *нема* пребивалиште у једном од следећих случајева: а) посебне месне надлежности (чл. 5-7); б) посебне међународне надлежности у стварима осигурања (чл 8-14); ц) посебне међународне надлежности за потрошачке уговоре (чл. 15-17); д) посебне међународне надлежности за индивидуалне уговоре о раду (чл. 18-21); е) искључиве надлежности (чл. 22); и е) пророгације међународне надлежности (чл. 23-24). Ван ових случајева, тужба се може поднети само суду оне државе на чијој је територији тужени домицилиран.[76] У погледу примене националних права држава–чланица, Уредба изричито и непосредно одређује које конкретне правне норме националног права држава–чланица судови не могу применити у циљу заснивања надлежности над туженим који на њиховој територији немају домицил.[77]

Будући да је основно правило за одређивање међународне надлежности судова држава-чланица Европске Уније чврсто утемељено на домицилу туженог, отвара се питање његовог дејства на forum non conveniens. Другим речима, поставља се питање да ли на пример, енглески или ирски суд, коме је поднета тужба и на чијој територији је домицилиран тужени, може да одбије надлежност зато што сматра да је други суд, у држави- неуговорници, због битних веза са спорним односом, погоднији за његово решавање. Односно, поставља се питање да ли је теорија forum non conveniens (не)конзистентна са Уредбом.

Став енглеских судова о овом питању је био различит. Према једном гледишту, правило постављено у чл. 2 Уредбе је императивно, што значи да суд државе–уговорнице мора засновати надлежност, чак и у случају да је суд државе–неуговорнице много погоднији за решавање датог спора.[78] Према другом мишљењу, теорија forum non conveniens се може примењивати, јер није неконзистентна са Уредбом. Тако је Апелациони суд у случају Pe Harrods (Buenos Aires) Ltd (1992) Ch. 72, заузео став да се

Уредбе одређује да предузеће или друго правно лице или удружења физичких или правних лица имају домицил у месту где се налази њихово статутарно седиште или стварно седиште или главно место пословања. Да би одредио да ли је домицил траста у држави-уговорници пред чијим се судовима поступак води, суд ће применити сопствена правила међународног приватног права (чл.60. ст.3 Уредбе).

[76] Више: Водинелић, Кнежевић, о.ц. стр. 98. и сл.

[77] У односу на национално право Уједињеног Краљевства на пример, Уредба, у делу Anex I, изричито одређује да се не могу применити правила која омогућавају да се надлежност заснује на: а) чињеници да је тужба достављена туженом за време његовог привременог присуства у Уједињеном Краљевству; или б) чињеници да се у Уједињеном Краљевству налази нека имовина која припада туженом; или ц) заплени имовине која се налази у Уједињеном Краљевству.

[78] Случај *S and W Berisford plc v New Hampshire Insurance Co* (1990) 2 QB 631. цит. према: Kennedy, Cahil, Power, *European Law*, 2006. s. 229.

енглески судови могу позвати на теорију *forum non conveniens* и одбити надлежност која произилази из чл. 2 Бриселске конвенције (по основу домицила туженог у Уједињеном Краљевству) уколико постоји погоднији суд у држави-неуговорници, и уколико надлежност судова држава-уговорница ван Уједињеног Краљевства није на било који начин везана за тај спор.[79] Овај суд је закључио да Бриселска конвенција не спречава енглески суд да на основу приговора *forum non conveniens* одбије надлежност када је једини алтернативни форум у држави-неуговорници, па је одбио надлежност закључивши да је суд у Аргентини погоднији за решење тог спора. Врховни суд који је одлучивао по жалби у овом спору је поводом овог питања упутио захтев за прелиминарно тумачење Европском суду правде, али је захтев повучен, јер су странке постигле поравнање, па Европски суд о овоме није донео одлуку.

Одлуку о томе да ли суд државе-чланице може одбити надлежност позивајући се на *forum non conveniens,* Европски суд правде је коначно донео 1. марта 2005. године, када је на захтев енглеског Апелационог суда, а поводом случаја *Owusu v Jackson,*[80] дао прелиминарно тумачење чл. 2 Конвенције и коначно одлучио о овом питању. Суд је заузео став да Бриселска конвенција не дозвољава суду државе-уговорнице да одбије надлежност, засновану на чл. 2 Конвенције, са образложењем да је суд државе-неуговорнице погоднији форум за решавање тог спора, чак и у случајевима када се не поставља питање надлежности суда неке друге државе-уговорнице или сам поступак није у било каквој вези са било којом државом-уговорницом. На овај начин суд је јасно изразио став да енглеска теорија *forum non conveniens* није у складу са Бриселском конвенцијом уколико је тужени домицилиран у Уједињеном Краљевству. Чињенице да природни или погоднији форум може бити у држави-неуговорници, или да сам спорни однос ниједном околношћу није везан за било коју државу-уговорницу, па према томе није доведена у питање надлежност суда ни једне државе-уговорнице, нису од значаја да би се дозволила примена *forum non conveniens.*

Пре него што размотримо образложење ове одлуке желимо да укажемо на чињенично стање датог случаја и питања која су упућена Европском суду. Owusu, британски држављанин, домицилиран у Уједињеном Краљевству, је претрпео озбиљне телесне повреде у несрећи која га је задесила док је ронио у време летовања на Јамајци 1997. године. Године 2000. он је енглеском суду поднео тужбу против Jackson-а, лица које је такође имало домицил у Уједињеном Краљевству и које је Owusu изнајмило вилу за летовање. Основ тужбеног захтева је била повреда

[79] Opinion of Advocate General Lėger on the Case C-281/02, од 14 децембра 2004.г. Збирка одлука ECR, 2005, I- 1383., тачка 38.

[80] Случај C-281/02, *Owusu v. Jackson (t/a Villa Holidays Bal Inn Villas),* Збирка одлука ECR, 2005, I-1383

уговора јер сигурност зоне за пливање није била обезбеђена. Поред тога, он је тужио за накнаду штете неколико компанија са Јамајке које су одржавале плажу, због тога што нису упозориле пливаче на опасности које могу проузроковати несрећу. Тужилац и тужени су дакле, били домицилирани у Уједињеном Краљевству, али по свим другим релевантним чињеницама спор је био везан за Јамајку. Несрећа се десила тамо, вила је била тамо лоцирана, пет од шест тужених су биле компаније са Јамајке. Сходно овим чињеницама тужени су пред енглеским судом истакли да је природни форум за решење овог случаја суд Јамајке, па су у складу са тим, ставили приговор *forum non conveniens.*[81]

У овом случају је један од тужених (Jackson), био домицилиран у Енглеској што је отворило питање примене чл. 2 Бриселске конвенције, односно, питање да ли примена Конвенције одбацује могућност примене *forum non conveniens.* Суд прве инстанце је закључио да нема право да одбије надлежност над Jackson-ом. Подршку за овакву одлуку суд је нашао у случају *UGIS v Group Josi,*[82] поводом кога је Европски суд правде дао мишљење према коме Бриселску конвенцију треба применити на туженог који је домицилиран у држави уговорници, без обзира на домицил тужиоца. Суд није уважио приговор *forum non conveniens* ни у случају тужених са Јамајке, (иако је ово у принципу било могуће), са образложењем да је постојао ризик од дуплирања напора и могућности доношења различитих судских одлука, уколико би се поступак водио и пред судом Јамајке.[83]

У поступку по жалби Апелациони суд је констатовао да Суд правде никада није донео одлуку о кључном питању - да ли је могуће да суд који је надлежан по основу домицила туженог, односно чл. 2. Конвенције, може да одбије надлежност у корист судова држава- неуговорница, и ако може, онда у којим ситуацијама.[84] Онда се Апелациони суд обратио Европском суду са следећим питањима: 1) да ли је противно режиму Бриселске конвенције ако суд који је надлежан према чл. 2 Конвенције, користећи дискреционо право, које има по свом националном праву, одбије да спроведе поступак, односно одбије надлежност у корист држава на које се Конвенција не примењује (*Non-Contracting State*) и да ли има каквих разлика ако поступак нема веза са другим државама-уговорницама; и 2) ако је тако, да ли је то противно Конвенцији у свим случајевима или само у ограниченим ситуацијама.

Европски суд правде је, као што смо рекли, дао прелиминарно мишљење у форми одлуке (што је уобичајена процедура), 1. марта 2005. године, по којој је примена енглеске теорије *forum non conveniens*

---

[81] CPR 3.1(2)(f).
[82] Случај Ц-412/98, Збирка одлука ECR, 2000, I-5925.
[83] Види: Harris, *Stays of proceedings and the Brussels Convention*, 54 ICLQ (2005)., стр. 933.
[84] Види (2002) IL Pr 45. Više: Harris, o.c. стр. 934.

противна режиму Бриселске конвенције уколико тужени има домицил на територији државе-чланице Конвенције. Суд је у врло опширном образложењу тумачења најпре истакао да у формулацији чл. 2 Конвенције ништа не указује да спорни однос треба да буде везан само за државе-чланице, и да оно што је неопходно за примену Конвенције је да спор буде са елементом иностраности.[85] Суд је као суштинска, навео три разлога за своју одлуку. Прво, да је одредба члана 2. Конвенције по својој природи императивна и да су због тога једини изузеци од њене примене они који су изричито као такви предвиђени самом Конвенцијом.[86] Пошто аутори Конвенције нису предвидели *forum non conveniens* као изузетак, иако се о овом питању дискутовало када су Данска, Ирска и Велика Британија 9. октобра 1978. године приступали Конвенцији, суд је закључио да нема места примени ове теорије.

Као други аргумент за свој став, суд је навео да би примена *forum non conveniens* нарушила правну сигурност и извесност коју обезбеђују конвенцијска правила о судској надлежности. Он је посебно истакао да је принцип правне сигурности један од основних циљева Бриселске конвенције и да је он "основ" ове Конвенције.[87] По оцени суда, то потврђује преамбула Бриселске конвенције јер је у њој јасно изражена намера да се, у циљу јачања правне заштите лица која се налазе у ЕУ, донесу заједничка правила о надлежности која ће гарантовати извесност у погледу разврставања надлежности између различитих судова пред којима се могу водити поступци. Због овога суд сматра да принцип правне сигурности посебно захтева да правила о судској надлежности која одступају од чл. 2 Конвенције треба тумачити на такав начин који ће омогућити нормално добро информисаном туженом да разумно предвиди пред којим судовима, ван државе у којој је домицилиран, може бити тужен.[88] Ако би се дозволило судовима да примењују *forum non conveniens* основни циљеви због којих је Конвенција донета се не би могли остварити јер ова теорија овлашћује судове да доносе одлуку о својој надлежности балансирањем великог броја различитих фактора. То сигурно не би водило јединственој примени Конвенцијских правила о надлежности што се управо желело постићи.

Коначно, суд је констатовао да је теорија *forum non conveniens* призната у ограниченом броју држава и да би дозвола њене примене осујетила униформност у примени Конвенције, што је још један од њених циљева.[89] На питање да ли се примена *forum non conveniens* одбацује у свим ситуацијама, суд није дао одговор.

---

[85] Тачка 24. и 25. наведене одлуке Европског суда правде
[86] Id. тачка 37.
[87] Id. тачка 38. и 41.
[88] Id. тачка 40. и 42.
[89] Id. параграф 43.

Ова одлука Европског суда правде је наишла на различите коментаре, пре свега критичке и то од стране енглеске Владе и заступника теорије *forum non conveniens*. Најпре, на став Суда да чл. 2 Конвенције не дозвољава било какво одступање, осим у ограниченом броју случајева који су изричито одређени Конвенцијом, коментар је био да је тачно да *forum non conveniens* није предвиђен Конвенцијом, али да он није ни искључен.[90] Конвенција о томе једноставно ћути јер не садржи ни једну одредбу о овом питању. У погледу става Суда да примена *forum non conveniens* доводи до превелике правне несигурности, коментар је "несигурности за кога?" Истиче се да Суд помиње само тужене и њихову потребу да се бране код куће, у средини коју најбоље познају, и у том погледу одговарају да је *forum non conveniens* једно процесно средство које судови у *common law* земљама нуде управо туженима који су несрећни са избором суда коме је тужилац поднео тужбу. С друге стране, коментари су да је једноставно погрешно сматрати да тужени имају потпуну правну сигурност ако се спор решава у домаћој земљи. Истакнуто је такође, да принцип правне сигурности мора да заштити не само туженог, већ и тужиоца.[91] Међу критикама одлуке Суда је било и оних које су наглашавале да Суд није дао било какво убедљиво оправдање за искључење могућности примене *forum non conveniens* у случајевима када је алтернативни форум суд државе која није чланица Конвенције.

Ма какве критике биле, одговор Европског суда правде није мишљење, већ претходна или прелиминарна одлука о тумачењу Бриселске конвенције као правног акта ЕУ. Ова одлука делује *inter partes* па се сматра обавезујућом за странке у поступку, тј. за национални суд који је и покренуо поступак, као и националне судове који ће поводом правних лекова доносити одлуке у том поступку. Шта више, она такође обавезује и друге националне судове уколико се сусретну са истим проблемом јер је сврха доношења одлука о претходном тумачењу да се осигура једнако тумачење и јединствена примена законодавства Заједнице на целом подручју Уније.

Остаје као закључак да се доктрина *forum non conveniens* не може примењивати у поступцима које спроводе међународно надлежни судови држава чланица Европске Уније. На овом простору наведена теорија остаје само као питање могућих академских расправа, што јасно указује да је у пракси европских судова она изгубила третман и значај који је имала. Но, она и даље постоји и примењује се у земљама *common law* правне традиције ван Европске Уније.

---

[90] McEleavy, *Forum non Conveniens and the Brussels Convention,* 54 ICLQ (2005), стр. 974.; Harris, о.с. стр. 937.
[91] McEleavy, о.с. стр. 977.

Dr Milena Petrovic,
an associate rpofessor

FORUM NON CONVENIENS **AND INTERNATIONAL PROCEDURAL LAW OF THE EUROPEAN UNION**

Forum non conveniens is a legal doctrine used in countries of *common law* tradition. It relates to the issue of international jurisdiction of court and denotes discretionary power of the court to decline to decide upon a dispute which is within his jurisdiction, when it decides that some other, international court is more appropriate for its settlement. There are two basic preconditions for implementation of this doctrine. The first is that the dispute in question is under the jurisdiction of courts of at least two countries, and the other one is that the court to which the indictment is raised has a dicretionary power to decide upon its jurisdiction.

The doctrine *forum non conveniens,* whose origins are in Scottish law, was first accepted and developed by USA and England, and later by other countries of *common law* system. It is an integral part of the legal systems of those countries and it represents their national regulations on international court jurisdiction. Since Great Britain has joined the Brussels Convention on jurisdiction and acknowledgement and execution of court decisions in civil and commercial issues from 1968, which regulates these issues between the members of the European Union and which does not envisage implementation of this theory, the question raised is whether British courts can implement their national regulation and in which cases. The practice of English courts varied until the last year, when the European Court of Justice finally gave an answer to this question. The answer is that the *forum non conveniens* theory shall not be implemented even in cases when the alternative forum is the court of the country which is not a member of the European Union.

Мр Славко Ђорђевић,
асистент-приправник

UDK: 347.9

УБЛАЖАВАЊЕ (ФЛЕКСИБИЛИЗАЦИЈА) ДЕЛИКТНОГ СТАТУТА

Најраспрострањеније колизионо правило на основу кога се одређује меродавно право за вануговорну одговорност за штету је lex loci delicti commissi. Иако је овај принцип и данас преовлађујући и препознатљив за међународно деликтно право, од друге половине двадесетог века у упоредном међународном деликтном праву се јављају нове тачке везивања које га потискују.

Наиме, повезница loci delicti commissi се данас сматра преуском да обухвати комплетно подручје међународног деликтног права. Својом искључивошћу, како се истиче, ова повезница занемарује примену других правних поредака чија би меродавност била правичнија у колизионоправном смислу, с обзиром на релевантне околности датог случаја[1]. У ствари, реч је о једном општем проблему континенталног међународног приватног права: што је колизиона норма чвршће формулисана (са непосредно везујућом тачком везивања каква је lex loci delicti), већа је опасност да се у примени на конкретни случај не оствари њен циљ, тј. да се одреди правни поредак којем правни однос са елементом иностраности претежно припада[2]. Зато упоредна законодавства последњих деценија прописују и друге тачке везивања на основу којих се одређује меродавно право за деликте, а које имају првенство у примени у односу на lex loci delicti commissi. Ова «револуција» у области међународног деликтног права се у европској литератури назива «ублажавање или флексибилизација деликтног статута»3.

Флексибилизација loci delicti commissi се спроводи на више начина: прописивањем посебних тачака везивања за посебне врсте деликата, клаузулом одступања, акцесорно везивање, примена права затворене групе и примена аутономије воље. Обзиром да у нашем ЗРСЗ још увек није дошло до флексибилизације деликтног статута (основно и једино правило

---

[1]В.Томљеновић, Поморско међународно приватно право – Извануговорна одговорност за штету и проблем избора мјеродавног права, Ријека, 1998, стр. 67.

[2]Staundinger Julius von, Kommentar zum Bürglichen Gesetzbuch mit Einfürungsgesetz und Nebengesetzen: Einfürungsgesetz zum Bürglichen Gesetzbuch/IPR, Art. 38-42, Neubearbeitung von Bernd von Hoffmann, Berlin, 2001 (у даљем тескту цитирано: Staundinger/von Hoffmann), стр. 644.

[3] Заправо је реч о флексибилизацији крутог правила lex loci delicti, а не деликтног статута. Види Staundinger/von Hoffmann, ibid.

је lex loci delicti commissi), у овом раду се ослањамо на искуства упоредних законодавства, упоредну доктрину и судску праксу.

1. Посебне тачке везивања за посебне врсте деликата

У појединим законодавствима ублажавање деликтног статута се постиже тако што се, поред loci delicti commissi као општег правила које важи за све вануговорне захтеве са елементом иностраности, прописују посебне тачке везивања за посебне врсте деликата. Тако је, на пример, учињено у швајцарском међународном приватном праву. Швајцарски IPRG из 1987.г., поред општег правила у чл. 133, у чл. 134-139 предвиђа посебне колизионе норме за друмске саобраћајне незгоде, одговорност за производе, нелојалну конкуренцију, ометање конкуренције, имисије и повреду права личности.

2. Клаузула одступања

Ублажавање деликтног статута се постиже и прописивањем клаузуле одступања[4].

Клаузулом одступања се овлашћује суд или други орган да примени оно право које, с обзиром на одговарајуће околности случаја, има ближу везу са деликтом него lex loci delicti commissi. Према томе, клаузула одступања истиче у први план најближу везу као тачку везивања. Свакако, норме које прописују клаузулу одступања дају одговарајућа упутства судовима и другим надлежним органима, односно елементе којима се они руководе приликом оцене да ли неки други правни поредак има тешњу везу са спорним односом од правног поретка на који упућује редовна колизиона норма[5].

Клаузула одступања у међународном деликтном праву се комбинује са различитим колизионим правилима (тачкама везивања). На пример, у Немачкој клаузула одступања се комбинује са принципом убиквитета и заједничким уобичајеним боравиштем странака, у Аустрији са местом радње, у В. Британији са местом последице (В. Британија), у Швајцарској са посебним тачкама везивања за посебне врсте деликта. Пошто швајцарско МПП познаје општу клаузулу одступања, а остала три наведена права посебне клаузуле за деликте са елементом иностраности, нашу пажњу ћемо посветити последњим правима.

---

[4] Уопште о клаузули одступања види М. Костић, Клаузула одступања у МПП-у, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, 2002; С.Стојановић, Генерална клаузула одступања - излаз из кризе међународног приватног права, Правни живот, 1/1982.

[5] На пример, чл. 15 швајцарског IPRG захтева да је «чињенично стање само небитно» повезано са правом на које упућује колизиона норма, а «очигледно тешње повезано» са правом неке друге државе.

У Аустрији функција клаузуле одступања (пар. 48 ст. 1. реч. 2 IPRG[6]) се огледа у примени готово свих облика флексибилизације деликтног статута[7]. Позивањем на ову клаузулу се, дакле, на деликте са елементом иностраности може применити заједнички персонални статут штетника и оштећеног (наравно, ако је то право у ближој вези са деликтом него право места радње), као и право затворене групе. Такође, клаузулом одступања се оправдава и акцесорно везивање деликта за статут који је меродаван за посебан правни однос, ако деликтно понашање уједно представља повреду неке обавезе из тог односа[8]. Обзиром да аустријско међународно деликтно право не познаје правило убиквитета, већ клаузулу одступања комбинује са местом радње, клаузулом одступања се оправдава и примена права места последице, ако је то право у ближој вези са деликтом него право места радње[9].

У СР Немачкој клаузула одступања има сличну улогу као и у аустријском међународном деликтном праву, с тим што је немачки EGBGB прецизнији. Чланом 41. ст. 1. EGBGB је прописано да уколико постоји ближа веза са правом неке друге државе него са правом које би било меродавно на основу општег правила примениће се то право, а ставом 2. истог члана да значајно тешња веза нарочито произилази из посебног правног или чињеничног односа између учесника који су у вези са облигационим односом. Одатле произилази да је немачки законодавац путем клаузуле одступања на првом месту озаконио правило акцесорног везивања, тј. примене меродавног права постојећег правног односа између штетника и оштећеног на деликт[10]. Затим, значајно тешња веза може, према слову EGBGB-а, проистећи и из фактичких односа. Ова ситуација се односи превасходно на случајеве затворених група, тј. учесника који нису у правном односу, али их је спојио неки животни догађај (заједничко путовање, на пример). Када се изузму ова два случаја, остаје једно опште правило које, према немачким коментаторима, служи за развијање посебних тачака везивања за посебне врсте деликата (нарочито повреда права конкуренције, повреда права индустријске својине)[11]. Немачки EGBGB клаузулу одступања комбинује са правилом убиквитета и заједничким уобичајеним боравиштем штетника и оштећеног. Клаузула одступања у овом праву има примат и примењује се по службеној

---

[6] Пар. 48 ст. 1: «Захтеви за накнаду вануговорне штете се оцењују према праву државе у којој је остварено понашење којим је проузрокована штета. Ипак, ако за странке постоји чвршћа веза са правом једне и исте друге државе, тада је то право меродавно».
[7] Види G.Beitzke, Neues Österreichisches Kollisionsrecht, RabelsZ 43, 1979, стр. 272.
[8] Ibid.
[9] Види наводе аустријске литературе и судске праксе код von Hein Jan, Das Günstigkeitsprinzip in internationalen Deliktsrecht, Tübingen, 1999, стр. 16.
[10] Staundinger/von Hoffmann, стр. 648 и даље.
[11] Ibid, стр. 661-662; von Hoffmann, IPR, 7. Auflage, 2002, стр. 458-459.

дужности, што значи да може водити искључењу већ употребљеног принципа повољнијег права (нпр. оштећени је оптирао за право места последице, али ближа веза постоји са правом места радње и оно постаје меродавно) и права заједничког уобичајеног боравишта[12].

Интересантан пример посебне клаузуле одступања, у комбинацији са местом последице као примарне тачке везивања, представља section 11 (2) (c) и 12 британског PIL Act од 8.11.1995.г. Овим актом је установљено начело lex loci delicti commissi као основно правило, што је супротно од уобичајеног (common law) double-actionability rule енглеског права[13].

У sec. 11 (1) PIL Act британски законодавац веома прецизно прописује да је меродавно право места повреде правног добра[14]. У ставу 2 је посветио пажњу дистанционим деликтима и, при том, изричито регулисао (под (a) и (b)) одређење меродавног права за две значајне групе случајева, за повреду живота и тела као и за повреду права својине[15]. За остале случајеве дистанционих деликата (sec. 11 (2) (c)) предвидео је клаузулу одступања којом се одређује меродавно право на основу «most significant element or elements» деликтног догађаја[16]. Међутим, британски PIL Act садржи још једну клаузулу одступања у sec. 12 (1 и 2)[17] која је општег

---

[12] Staundinger/von Hoffmann, стр. 662-663; Kropholler, IPR, стр. 503.

[13] Види Morris, The Conflict of Laws, London, 2005, стр. 375; Morse, Torts in Private International Law: A New Statutory Framework, International and Comparative Law Quartely, vol. 45, 1996, стр. 888 и даље.

[14] Sec. 11(1) PIL Act: « The general rule is that the applicable law is the law of the country in which the events constituting the tort or delict in question occur.»

[15] Став 2. се односи на дистанционе деликте:
«Where elements of those events occur in different countries, the applicable law under the general rule is to be taken as being –
for a cause of action in respect of personal injury caused to an individual or death resulting from personal injury, the law of the country where the individual was when he sustained injury;
for a cause of action in respect of damage to property, the law of the country where the property was when it was damaged; and
in any other case, the law of the country in which the most significant element or elements of those events occured.»

[16] Види претходну фусноту под (c).

[17] Sec. 12 (1):
«If it appears, in all circumstances, from a comparison of –
the significance of the factors which connect a tort or delict with the country whose law would be the applicable law under the general rule; and
the significance of any factors connecting the tort or delict with another country, that it is substantially more appropriate for the applicable law for determinig the issues arising in the case, or any of those issues, to be the law of other country, the general rule is displaced and the applicable law for determining those issues or that issue (as the case may be) is the law of that other country.»
Став 2 s. 12 помаже тумачењу става 1:
«The factors that may be taken into account as connecting a tort or delict with a country for the puprposes of this section include, in particular, factors relating to the parties, to any of the events

карактера, садржајнија, и примењује се на све деликте, без обзира да ли је реч о дистанционим деликтима или не. Према sec. 12 (1), ако из значаја чињеница које повезују деликт са државом чије право би било меродавно према општем правилу (sec. 11 (1) и (2)) произилази да су те чињенице значајније повезане са правом друге државе, чија би примена била суштински погоднија (substantially more appropriate), примениће се право те државе на спорна питања или на спорно питање у зависности од околности конкретног случаја18. У ставу 2 овог члана су наведене чињенице на које посебно (али не и искључиво) треба обратити пажњу приликом примене ст. 1: чињенице у односу на странке, чињенице у односу на догађај који конституише деликт, чињенице у вези са околностима или последицама овог догађаја. Чињенице у односу на странке могу, нпр., укључити чињеницу да странке имају заједнички домицил, уобичајено боравиште односно држављанство, или чињеницу да између њих постоји неки посебан правни однос од раније као што је уговор или неки други правни однос итд19. Чињенице у односу на догађај који конституише деликт су обично чињенице које показују да између догађаја и државе, чије је право меродавно према општем правилу, с једне стране, и спорних питања која произилазе из тих догађаја, с друге стране, нема значајне везе20. Чињенице у вези са околностима и последицама штетног догађаја је тешко разликовати од самих догађаја, тако да ове чињенице омогућују да се у обзир узму све околности релевантног случаја21.

Могло би се поставити питање међусобног односа клаузула из sec. 11 (2) (c) и sec. 12 (2)[22]. Наиме, очито је да клаузула у sec. 11 (2) (c) има у виду само дистанционе деликте, док sec. 12 (2) не прави никакву разлику између деликата. Каталог критеријума на основу којих се одређује меродавно право у sec. 12 (2) је обухватнији него у sec.. 11 (2). Sec. 12 (2) познаје, како смо видели, три групе чињеница (чињенице у односу на странке, чињенице у односу на догађај који конституише деликт у питању, чињенице у вези са околностима или последицама овог догађаја), док sec. 11 (2)(c), напротив, говори само о најзначајнијем елементу или елементима догађаја који конституишу деликт, тако да је овом одредбом «покривена» само друга категорија чињеница из sec. 12 (2). Из тога следи да узимање у обзир чињеница прве и треће категорије приликом одређења меродавног права за дистанционе деликте произилази преко sec. 12 (1), а

which constitute the tort or delict in question or to any of the circumstances or consequences of those events.»

[18] О тумачењу и разумевању овог правила види детаљно Morris, ibid., стр. 381 и даље; Morse, ibid., стр. 897-900. У хрватској литератури види V.Tomljenović, ibid., стр. 113-114.

[19] Види Morse, ibid., стр. 899.

[20] Ibid.

[21] Ibid. О вредновању свих категорија чињеница на основу којих се тражи значајнија веза види преглед судске праксе код Morris, ibid., стр. 382-385.

[22] О овом питању види Morse, ibid., стр. 898; von Hein, ibid., стр. 19-20 са даљим наводима литературе.

не преко sec. 11 (2)(c). Према томе, sec. 12 (1) има самостално поље примене у коме омогућава везивање дистанционих деликата за право државе у којој се не остварују елементи деликта[23].

3. Акцесорно везивање (примена меродавног права за посебни правни однос)

Одступање од примене lex loci delicti commissi је могуће и у ситуацијама када уследи деликтноправно релевантно понашање (штетни догађај) у оквиру једног посебног правно уређеног односа (нпр. уговора, породичноправног односа). У том случају, оцена деликтноправног понашања се подвргава праву које је меродавно за дотични правни однос[24] (акцесорно везивање).

Акцесорно везивање одговара међународноприватноправној правичности. Њиме се омогућава да се целокупни животни однос подвргне јединственом правном поретку, а не да се дели на различите правне односе који се подвргавају различитим правним порецима[25]. Раздвајање деликта и посебног правног односа између странака изгледало би самовољно, ако је недозвољена радња почињена у вези са тим односом[26]. Стога, акцесорно везивање поједностављује одређење меродавног права и при том се јасним и простим решењем избегава прилагођавање које би код подељеног везивања било, највероватније, неминовно[27].

Само постојање одговарајућег правног односа (уговорни однос, породичноправни однос – однос родитеља и деце, брак) између странака није довољан услов за подвргавање штетног догађаја под посебни статут овог правног односа. Напротив, мора да постоји и нарочита веза између посебног правног односа и штетног догађаја. Захтев постојања такве везе представљао би границу акцесорног везивања. За конкретизацију овог услова дају се различити предлози. Према једном мишљењу, вануговорна одговорност се одређује према праву државе које се примењује на уговорни или законски правни однос између штетника и оштећеног, само ако штетни догађај у исто време представља повреду обавезе која произилази из тог правног односа[28]. На тај начин се штетни догађај интегрише у одговарајући правни однос[29]. Други предлог сматра да ово није

---

[23] Ibid.
[24] Види V.Tomljenović, стр. 76; K.Müller, Delikte mit Auslandsberührung, JZ 5/1986, стр. 214.
[25] Staundinger/von Hoffmann, стр. 648.
[26] J.Kropholler, Anknüpfungsystem für das Deliktsstatut, RabelsZ 33, 1969 (у даљем тексту цитирано: J.Kropholler, RabelsZ 33, 1969), стр. 631.
[27] Staundinger/von Hoffmann, стр. 648.
[28] K.Müller, ibid., стр. 215.
[29] Ibid.

довољно, већ је потребно да постоји и стварна (материјална, суштинска) веза између радњи, које се предузимају ради спровођења (извршења) посебног правног односа који постоји између странака, и штетног догађаја[30]. Када постоји таква веза, питање је колизионоправне оцене[31].

Акцесорно везивање, као вид ублажавања loci delicti commissi, нормирано је, на пример, изричито у швајцарском IPRG-у (чл. 133 ст. 3), док се у неким правима, видели смо, примењује као конкретизација клаузуле одступања (немачки EGBGB). У државама чија међународно приватна права не садрже овакве одредбе, као што је случај са нашим ЗРСЗ, акцесорно подвргавање деликтног понашања под статут посебног правног односа требало би прихватити на основу општих принципа међународног приватног права.

4. Право затворене групе

Одступање од lex loci delicti commissi се предвиђа и за ситуације када се почини деликт између чланова затворене групе. Тешко је дати општу и прецизну дефиницију «затворене групе», па је зато треба препустити суду да је оцени за сваки појединачни случај[32]. На пример, о затвореној групи се може говорити када су оштећени и штетник персонално везани за једну државу (заједничко држављанство, пребивалиште, уобичајено боравиште), или када се налазе у одговарајућем чињеничном односу, односно у посебним животним ситуацијама (нпр. заједничко путовање, масовне несреће). Такође, заједничку групу могу чинити и чланови једне породице, ако се нађу у посебним ситуацијама у којима је између њих почињен деликт. Наравно, у овом последњем случају треба водити рачуна да штетни догађај не представља повреду неке породичне обавезе, чиме би се иницирало акцесорно везивање.

У свим овим ситуацијама се сматра да се чланови групе само привремено налазе на територији државе у којој је почињен деликт, те су стога везе деликта са овом државом сасвим случајне[33]. Зато lex loci delicti треба да уступи место праву групе. Које је то право, ствар је колизионоправне оцене конкретног случаја. Тако, у ситуацијама у којима су штетник и оштећени везани за једну исту државу (држављанством, пребивалиштем или боравиштем), преовлађују интереси странака за применом њиховог заједничког права, а не интереси заштите промета којима одговара везивање за lex loci delicti[34].

---

[30] Staundinger-von Hoffmann, стр. 650.
[31] J.Kropholler, RabelsZ 33, 1969, стр. 626.
[32] Ж.Матић, Међународно приватно право обвеза из вануговорне одговораности за штету, Зборник за поморско право, 1967, стр. 300.
[33] Ibid.
[34] Ibid.

У доктрини је изнет став да овај случај флексибилизације lex loci delicti не треба прописати као посебан изузетак, већ га треба подвести под клаузулу одступања[35]. Тако немачки EGBGB (чл. 40. и 41.) предвиђа примену права заједничког уобичајеног боравишта као изузетак од lex loci delicti, али и могућност да се у оквиру клаузуле одступања одреде и остале затворене групе на које би се применило неко друго право које је у знатно ближој вези са случајем него што је lex loci delicti.

5. Аутономија воље

Могућност странака да изаберу меродавно право за деликтну одговорност и тиме искључе примену lex loci delicti commissi представља, такође, вид ублажавања деликтног статута. Ова могућност је изричито прописана у чл. 42. немачког EGBGB-а[36], чл. 35. аустријског IPRG-а[37] и чл. 132. швајцарског IPRG-а[38]. Да ли се аутономија воље у деликтним односима са елементом иностраности може прихватити као општи принцип у државама чија међународно приватна права то изричито не прописују, питање је о коме живо расправљају доктрина и пракса[39]. Против прихватања овог принципа истиче се принудни карактер деликтног права[40]. С друге стране, у прилог прихватања аутономије воље у овој области истиче се да материјално деликтно право (баш као и уговорно право) примарно служи регулисању индивидуалних конфликата интереса, тако да начело диспозиције долази у први план - странке могу слободно располагати својим правима и обавезама[41]. Сматрајући да је првонаведени став реликт времена у коме се стварало међународно приватно право, ми се придружујемо другонаведеном ставу и мишљења смо да принцип аутономије воље може бити прихватљив и за наше међународно деликтно право.

---

[35] Тако В.Томљеновић, стр. 80; види чл. 41. ст. 2. немачког EGBGB-а.

[36] Чл. 42. EGBGB: «Након наступања догађаја којим се заснива вануговорни облигациони однос, странке могу изабрати право за регулисање тог односа. Права трећих лица остају недирнута».

[37] Пар. 35. IPRG. Општа правила. «(1) Облигациони односи се оцењују према праву које странке изричито или прећутно одреде (пар. 11); када из околности произилази да су странке прихватиле одређени правни поредак као меродаван, сматра се исто прећутним избором». Ова одредба представља опште правило и односи се на све облигационе односе, дакле и на вануговорне. Види Schwimann, Grundriss des IPR, 1982, стр. 114.

[38] Чл. 132. IPRG: «Странке могу, након штетног догађаја, уговорити у сваком тренутку примену права суда».

[39] Видети преглед фаранцуске и холандске судске праксе код В.Томљеновић, ibid., стр. 84-87.

[40] Тако још von Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII, Berlin, 1849, стр. 278; види и В. Томљеновић, ibid., стр. 84.

[41] Тако von Hoffmann, IPR, стр. 459; Staundinger/von Hoffmann, стр. 669; В.Томљеновић, ibid. стр. 84, али само за накнадни избор права; слично B.Czempiel, Das bestimbare Deliktsstatut – Zur Zurechnung im internationalen Deliktsrecht, Berlin, 1991, стр. 41.

Према преовлађујућем ставу у упоредној доктрини и пракси аутономија воље у међународном деликтном праву има колзионоправну природу[42], тј. упућује и на диспозитивне и на императивне материјалноправне норме[43]. Такође, начелно је становиште да странке нису ограничене у погледу избора права, тј. конекситет – избор права државе која има неку везу са деликтним догађајем[44] - се на захтева[45]. Ипак, швајцарски IPRG је на другачијем становишту, јер према чл. 132. странке могу да изаберу једино право места суда (lex fori).

У погледу тренутка споразумног избора меродавног права, доктрина није уједначеног мишљења. Неспорно је да до избора меродавног права може доћи након наступања штетног догађаја. Међутим, мишљења се разликују када је реч о избору меродавног права пре наступања штетног догађаја[46]. Противници претходног избора права сматрају да, без обзира на доминантно начело диспозиције у материјалном деликтном праву, треба водити рачуна и о конгентности деликтног права, тако да споразум странака о избору меродавног права пре наступања штетног догађаја не би био дозвољен (док би такав споразум био дозвољен након наступања штетног догађаја)[47]. Ипак, у доктрини је владајуће мишљење да је претходни споразум о меродавном праву могућ. Ако је, наиме, начело диспозиције странака примарно у деликтном праву исто као и у уговорном праву, код странака постоји легитиман захтев за калкулацијом ризика одговорности и тиме за предвидивошћу меродавног права[48]. Ако странке могу располагати својим правима и обавезама и ако материјално деликтно право служи у првом реду индивидуалним (приватним) интересима и разрешавању њихове колизије, док су јавни интереси у другом плану, не види се разлог зашто би претходни споразум о избору меродавног права би недозвољен.

Треба напоменути да је, за разлику од накнадног споразума, претходни споразум о избору меродавног права за деликтну одговорност, упркос преовлађујуће подршке у доктрини, готово непознат у упоредној судској пракси[49]. Поред тога, тешко је и замислити ситуације у којима до

---

[42] Као, уосталом, и у међународном уговорном праву. Види Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 366-367.

[43] Тако Staundinger/von Hoffmann, стр. 667; von Hein, Rechtswahlfreiheit im internationalen Deliktsrecht, RabelsZ 64, 2000, стр. 603; J.Kropholler, RabelsZ 33, 1969, стр. 640.

[44] Ако је реч о избору права пре наступања штетног догађаја, онда се ради о вези између тог права и хипотетичког штетног догађаја.

[45] Види ibid.

[46] Види C.Auer, Deutsches internationales Deliktsrecht, München, 2002, стр. 196-200; Staundinger/von Hoffmann, стр. 668-669; von Hein, ibid., стр. 606 и даље; В.Томљеновић, ibid., стр. 84 и даље; Junker, IPR, München, 1998, стр. 387; M.von Hinden, Persönlichkeitverletzung im Internet, Tuebingen, 1999, стр. 226-227.

[47] Види пре свих В.Томљеновић, ibid.

[48] Види Staundinger/von Hoffmann, стр. 669; von Hein, ibid., стр. 601.

[49] У немачкој судској пракси се само OLG München 9.8.1995, RIW 1996, стр. 955 изјаснио у прилог прихватања претходног избора права. Види Staundinger/von Hoffmann, ibid.

споразума о меродавном праву долази пре наступања штетног догађаја. У доктрини се, најчешће, спомиње пример такмичења на међународним спортским борилиштима чији би учесници могли унапред да се споразумеју о меродавном праву за евентуалне неспортске повреде[50]. Или код комплексних инфраструктурних пројеката подизвођачи који нису у међусобном уговорном односу могли би да се споразумеју о меродавном праву за деликтну одговорност[51].

Претходни избор меродавног права је, такође, могућ преко акцесорног везивања за посебан правни однос, тј. када су странке пре наступања штетног догађаја успоставиле посебан правни однос (нпр. уговор) који садржи одредбу о меродавном праву, с тим да штетни догађај представља уједно и повреду обавезе из посебног односа[52]. Деликт се тада интегрише у посебан правни однос и потпада под право које су странке изабрале за регулисање тог односа. Реч је, дакле, о посредном претходном избору права. Ипак, треба нагласити да странке, при оваквом избору меродавног права, нису имале у виду евентуални деликтни догађај који би се догодио у будућности, већ су једино мислиле на регулисање свог посебног правног односа, тако да примена изабраног меродавног права на деликтни догађај искључиво представља последицу акцесорног везивања и допуштеност споразумног избора права се цени у односу на посебан правни однос, а не у односу на деликт.

Mr Slavko Djordjevic
an assistant-beginner

ATTENUATION (FLEXIBILIZATION) OF THE DELICT STATUTE

Attenuation (flexibilization) of the delict statute means that reference to lex loci delicti comissi should cede its place to the law which has tighter connection to the delict. From the point of comparative law, flexibilization is implemented in several ways: by prescribing special counts with reference to special forms of delict, by clauses of departure, accessional bonding, application of the rights of the closed group and application of autonomy of will. In this paper, the Author has paid adequate attention to each of the means of flexibilization. Regarding the fact that flexibilization of delict statute has not yet taken place in our Private

[50] Види von Hein, ibid., стр. 602.
[51] Види Staundinger/von Hoffmann, ibid.
[52] Види више ibid., стр. 670. О акцесорном везивању види горе под 3.

International Law Act (the basic and only rule is lex loci delicti commissi), this paper relies on experiences of comparative legislatures, comparative doctrine and judicial practice.

Одељак IX

Различити правни проблеми

Др Ненад Ђурђевић,
редовни професор

UDK:796.035.3:341.176(4-672EU)

АКТИВНОСТИ САВЕТА ЕВРОПЕ НА СПРЕЧАВАЊУ ДОПИНГА У СПОРТУ

Амфетамин, ефедрин, нандролон, метадон, триамптерон. Ове и сличне супстанце у стању су да повећају способности, односно резултате човека. Професионални спорт је битно оптерећен њиховом употребом. Нажалост, не мали број спортиста и изван професионалног спорта покушава да употребом разних средстава и метода повећа своје способности изнад реалних могућности. Довољно је поменути неке „најпознатије“ случајеве допинговања: Бен Џонсон, Кетрин Крабе, Дитер Бауман. Новији извештаји показују да се употреба допинга проширила и на рекреативни спорт, а нарочито на спортске активности у фитнес центрима (боди-билдинг и сл.).

Побољшање телесних способности уз помоћ фармаколошких супстанци стара је људска «опсесија». Већ у античко доба на спортским такмичењима су коришћење стимулативне супстанце да би се постигла предност и олакшала победа. Са обновом олимпијских игара поновно је актуелизована употреба различитих стимулативних супстанци на спортским такмичењима, при чему је развој фармакологије омогућио производњу до тада непознатих супстанци. У којој мери су такве супстанце коришћене до шездесетих година 20. века, када је почела њихова забрана, може да се само нагађа. Тек су смртни случајеви током такмичења нагнали олимпијски покрет да приступи забрани стимулативних средстава - прво стимулансе и наркотике, а временом и друге класе супстанци и различите допинг методе. Непосредан повод за увођење антидопинг забрана био је смртни случај бициклисте Тома Симсона 1967 на Трци кроз Француску. Узрок смрти је било узимање амфетамина у садејству са екстремним температурним оптерећењем.

Прве озбиљније покушаје да се допинг дефинише на међудржавном нивоу начинио је Савет Европе још 1963. године, прихватајући следећу дефиницију: „Допинг је давање или употреба здравом лицу супстанци страних телу, у било ком обиму, и физиолошких супстанци у абнормалном обиму или на абнормалан начин, са јединим циљем да се на такмичењу вештачки и непоштено повећа учинак“. Дефиниција допинга је од тог доба знатно еволуирала, захваљујући између осталог и великим напорима Савета Европе на спречавању допинга у спорту.

1. Савет Европе и допинг у спорту

Савет Европе међувладина је организација чији су главни циљеви:1 заштита људских права, плуралистичка демократија и владавина права; унапређење свести о европском културном идентитету и потицање његова развоја и разноликости; тражење решења за проблеме с којима се суочава европско друштво (мањине, ксенофобија, нетрпељивост, заштита околине, клонирање, сида, дрога, организовани криминал итд.); развој демократске стабилности у Европи кроз подршку политичким, законодавним и уставним реформама.

Савет Европе је 1949. основало десет земаља (Белгија, Данска, Француска, Ирска, Италија, Луксембург, Норвешка, Холандија, Велика Британија и Шведска). Данас савет Европе име 46 чланова. Државна заједница Србија и Црна Гора постала је пуноправни члан 2003. године. Сједињене Америчке Државе, Канада, Мексико, Света Столица и Јапан имају статус посматрача при телима за сарадњу влада земаља чланица Савета Европе. Од јуна 2006. године Србија и Црна Гора су самосталне чланице Савета европе, с тим да је Србији признат континуитет са државном заједницом СЦГ.

Одбор министара (Министарски комитет) је тело Савета Европе које доноси одлуке. Чине га министри спољних послова 46 земаља чланица или њихови стални дипломатски представници у Стразбуру. Министри иностраних послова земаља чланица састају се барем два пута годишње како би размотрили актуелна политичка питања и питања европске сарадње, и дали потребан политички подстицај активностима организације. Одлуке Одбора министара шаљу се владама у облику препорука или пак као европске конвенције и споразуми који су правно обавезујући за оне државе које их ратификују. Одбор министара усваја и изјаве или резолуције о актуелним политичким питањима.

Парламентарна скупштина Савета Европе прва је европска скупштина у историји нашега континента. Сачињена од делегација из националних парламента. Парламентарна скупштина је саветодавно тело. Према препоруци бр. 1464 (2000) Парламентарне скупштине Савета Европе, од држава чланица се тражи да се према промету допинг супстанци односе на исти начин као према промету дроге.

Конгрес локалних и регионалних власти Европе је саветодавно тело које представља локалне и регионалне власти.

Савет Европе редовно организује **специјализоване министарске конференције** (правосуђе, просвета, породична питања, здравство, заштита животне средине, локалне власти, миграције, једнакост жена и мушкараца, рад, медији, култура, **спорт**, омладина, итд.). На тим се

[1] Према брошури: «The Council of Europe, 800 million Europeans», Council of Europe, 2001.

састанцима анализирају главни проблеми појединих ресора и омогућују стални контакти између министарстава земаља чланица. Разрађују се и пројекти који ће се заједнички проводити и предлажу активности које ће се укључити у програм рада Савета Европе.

Конвенције су главни инструменти правне сарадње међу државама. Оне су обавезујуће за државе које их ратификују. Конвенцијама се, међутим, не могу уредити сва питања. Одбор министара усваја и препоруке владама земаља чланица, дајући им смернице за промене националног законодавства или управне праксе. **Препоруке владама** јесу начин предлагања практичних решења нових проблема. Већина конвенција Савета Европе отворене су за земље нечланице те се стога овај облик међународне правне сурадње проширио изван његових чланица. Једна од тих конвенција се односи и на спречавање допинга у спорту.

Савет Европе је донео читав низ докумената у оквиру борбе против допинга**:**[2] Anti-doping Convention (European Treaty Series, n°135), 1989; Aditional Protocol – Anti-doping Convention, 2002.; European Anti-Doping Charter for Sport, 1984.; Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the „European Anti-Doping Charter for Sport“(84/19); Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on common core principles to be introduced into national legislation to combat the traffic in doping agents (2000/16); Resolution on the fight against doping (2000/1); Declaration on the International protocol for doping control (ISO/PAS 18873) (March 2000); Declaration on the use of altitude rooms/hyperbaric chambers (March 2000); Conclusions of Extraordinary Meeting of the Monitoring Group (1998); Recommendation on standard operating procedures at doping control laboratories [procedures for non-analytical phases] (98/1); Recommendation on basic principles for disciplinary phases of doping control (98/2); Recommendation on blood sampling for doping medical controls (98/3); Revised Rules of Procedures of the Monitoring Group of the Anti-Doping Convention; Recommendation on disciplinary measures to be taken with regards to members of the athlete's entourage and protection of minors, in application of Article 7.2e of the Convention (97/1); Resolution on the approval of a new reference list of prohibited pharmacological classes of doping agents and doping methods (97/1); Reference list of prohibited pharmacological classes of doping agents and doping methods; Recommendation to Parties on disciplinary measures to be taken with regard to members of the athlete's entourage in application of Article 7.2.e of the Convention (96/1); Recommendation of the Monitoring Group of the Anti-Doping Convention to Parties, on Standard Urine Sampling Procedures for Doping Control in and out of Competition (95/1); Recommendation of the Monitoring Group of the Anti-Doping Convention to Parties, on Measures to restrict the availability of Anabolic Steroids

[2] Документа се могу наћи на сајту:
http://www.coe.int/T/E/Cultural_Cooperation/Sport/Resources/list_texts_doping.asp

(94/2); Explanatory Memorandum to Recommendation (94/2); Resolution on Doping in sport and the draft Anti-doping Convention (89/1); Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Institution of Doping Controls without Warning outside Competitions (88/12); Resolution Doping in Sport (86/4); Recommendation of the Committee of Ministers to Member States concerning Doping in Sport (79/8).; Resolution on Ethical and Human Problems in Sport (78/3); Resolution on the Doping of Athletes (67/12)

Поред наведених докумената, за борбу против допинга у спорту од значаја су и два најзначајнија документа у области спорта Савета Европе: Европска спортска повеља и Кодекс спортске етике. Европска повеља спорта за све послужила је као основа за доношење 1992. године Европске спортске повеље и Европског кодекса спортске етике, који су ревидирани 2001. године (проширење забрана и на сексуална искоришћавања и злоупотребе, посебно деце, младих и жена). Националне политике (свих нивоа јавне власти) у области спорта као и правила и поступци свих организација у области спорта требају да се заснивају на "Европској спортској повељи" и "Европском кодексу спортске етике".

Европска спортска повеља представља основни документ Савета Европе за вођење спортске политике. У њој је изражена сагласност европских држава о заједничком европском оквиру за развој спорта, заснованом на идејама плуралистичке демократије, владавине права и људским правима, као и етичким принципима постављеним у Кодексу спортске етике. Циљ Европске спортске повеље је: омогућавања сваком појединцу да учествује у спорту; заштита и развој моралних и етичких основа спорта, као и људског достојанства и безбедности оних који су укључени у спорт. У члану 2. Европске спортске повеље утврђено је да та повеља допуњује етичке принципе и смернице за вођење политике постављене у Конвенцији о спречавању допинга у спорту Савета Европе.

Кодекс спортске етике дефинише фер-плеј у спорту као понашање које је пуно више од играња по правилима. Он је начин размишљања, не само начин понашања. Њиме су обухваћена питања везана за укидање варања, некоректне колегијалности, **допинга**, насиља (физичког и вербалног), сексуалног злостављања и злоупотребе деце, младих људи и жена, искоришћавања, неравноправних шанси, претеране комерцијализације и корупције. Основни принцип Кодекса спортске етике је да су етички обзири који воде фер-плеју саставни, а не опциони чиниоци свих спортских активности, спортских политика и управљања, и да се примењују на све нивое способности и ангажованости, убрајајући ту како рекреативни тако и такмичарски спорт.

2. Европска конвенција о спречавању допинга у спорту

Мото Конвенције: „За здрав и чист спорт“.

Антидопинг Конвенција Савета Европе отворена је за потписивање 16. новембра 1989. године у Стразбуру и ступила је на снагу 1. марта 1990. године.[3] Она је израз политичке воље држава потписница да се одлучно и активно боре против допинга у спорту. Основни циљ Конвенције је да подстакне хармонизовање мера против допинга у спорту на националној и интернационалној равни. Она не поставља државама потписницама захтев да усвоје јединствени модел борбе против допинга већ утврђује одређен број заједничких норми и правила која обавезују потписнице да предузму законодавне, финансијске, техничке и друге мере за спречавање допинга у спорту.[4]

СФРЈ је ратификовала Европску конвенцију против допинговања у спорту још 1991. године.5 Законом о ратификацији Европске конвенције против допинговања у спорту, прописано је да су за спровођење те конвенције надлежне републике чланице. Распадом СФРЈ и формирањем СР Југославије остао је нерегулисан положај СРЈ у погледу Конвенције. Такво стање се задржало све до 2001. године. У документацији Савета Европе се за Србију и Црну Гору као датум ратификације водио 28. фебруар 2001. године, а као датум од када је Конвенција ступила на снагу за СЦГ 1. април 2001. године, уз назнаку „сукцесија“. Након распада државне заједнице Србија и Црна Гора, Република Србија је задржала континуитет чланстава у Савету Европе, укључујући и примену Конвенције, док је за Црну Гору Конвенција ступила на снагу 6. јуна 2006. године.

У Конвенцији су дате основне дефиниције везане за допинг у спорту. Под допингом у спорту подразумева се „прописивање спортистима или коришћење од стране спортиста фармаколошких врста средстава или метода за допинговање“. Под фармаколошким врстама средстава или метода за допинговање подразумевају се „оне врсте средстава или метода за допинговање које су одговарајуће међународне спортске организације забраниле и које се налазе на листама које је одобрила група за праћење у складу са условима из члана 11.1.б“ Конвенције. Израз „спортисти“ означава лица која редовно учествују у организованим спортским активностима.

---

[3] За ступање на снагу је било потребно 5 ратификација, укључујући 4 државе чланице Савета Европе. Текс Конвенције је дат у прилогу овог рада, као и преглед ратификација Конвенције.

[4] Видети: Anti-Doping Convention – Explanatory Report, conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/135.htm; Doping Leaflet, www.coe.int/T/E/cultural_co-operation/ Sport/Doping/DopingLeaflet.asp

[5] Закон о ратификацији, «Сл. лист СФРЈ – међународни уговори», бр. 4/91.

Приликом усвајања Конвенције усвојена је, као додатак, и прва **Листа фармаколошких врста средстава и метода за допинговања**.[6] Чланом 11.1.б Конвенције овлашћена је Група за праћење примене Конвенције да може "одобрити листу и све евентуалне ревизије листе фармаколошких врста средстава и метода за допинговање које су забраниле одговарајуће међународне спортске организације...", и одредити датум када одлуке ступају на снагу. У пракси је Група за праћење периодично одобравала нову Листу, на основу Листе коју је утврђивао Међународни олимпијски комитет. Након усвајања Светског антидопинг кодекса под "одговарајућом међународном спортском организацијом" из чл. 2. Европске конвенције против допинговања у спорту сматра се Светска антидопинг агенција. У том смислу Група за праћење Конвенције своју Листу утврђује од 2003. години на основу листе Светске антидопинг агенције.7 Тренутно важећа Листа за 2006. године одобрена је од стране Групе за праћење на 22. састанку одржаном у Стразбуру 15-16 новембра 2005. године и у питању је Листа коју је утврдила Светска антидопинг агенција.8

Листа забрањених средстава представља 2. ниво Светског антидопинг програма – међународни стандарди.. Светска антидопинг агенција је први пут објавила септембра 2003. године „Међународни стандард за Листу забрањених средстава (The 2004 Prohibited List – International Standard)", која је ступила на снагу 1. јануара 2004. године.

Основна сврха Листе забрањених средстава је да утврди, у складу са правилима Светског антидопинг кодекса, супстанце и методе чија је употреба забрањена у спорту. На Листу забрањених средстава директно упућују следећи чланови Светског антидопинг кодекса: 2.1.2, 2.1.3, 4.1, 4.2, 4.3. и 4.5. Одредбама ових чланова регулисана су питања: објављивање и ревизије листе забрањених средстава; идентификовање забрањених супстанци и метода; критеријуми за укључивање супстанци и метода на Листу; програм надзора.

Полазећи од својих уставно правних оквира, свака држава потписница обавезна је на основу Конвенције да развије своју адекватну антидопинг политику. Том политиком морају бити обухваћени следећи циљеви:

- Стварање националног тела одговорног за координацију борбе против допинга;
- Ограничавање трговине допинг супстанцама и употребе забрањених допинг супстанци;

---

[6] Ова Листа је садржана у Закону о ратификацији Европске конвенције против допинговања у спорту.

[7] Првобитна листа је мењана: on 1 September 1990, on 24 January 1992, on 1 August 1993, on 1 July 1996, on 1 July 1997, on 15 March 1998, on 15 March 1999, on 31 March 2000, 1 September 2001, on 1 January 2003, on 1 January 2004 and on 1 January 2005.

[8] Листа се може видети на сајту Савета Европе:
http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/135-2006.htm

- Појачавање допинг контроле и побољшавање метода утврђивања;
- Подршка васпитним програмима и едукативним кампањама;
- Заједнички рад са спортским савезима и међународна кооперација;
- Олакшавање коришћења (експлоатација) акредитованих антидопинг лабораторија.

Иако је СФРЈ била међу првим земљама која је ратификовала Конвенцију, у пракси ништа није рађено на спречавању допинга у спорту – ни фактички ни правно. Тек се у Закону о спорту Републике Србије9 из 1996. године у члану 15 уопштено утврђује да је забрањена употреба, навођења на употребу и давања допинга. Поред овог члана, још три члана Закона о спорту се баве допингом. Према чл. 22, спортска организација, у обављању спортских активности, нарочито се ангажује на афирмацији духа олимпизма, подстицању фер плеја, борби против лажирања, сузбијању насиља и допинга у спорту. Ова обавеза се сходно односи и на спортске савезе и спортска друштва (чл. 34. ст. 2). Чланом. 79. став 1. тач. 1) прописано је да спортска организација или друго правно лице које наведе спортисту на употребу допинга или му да допинг кажњава се за прекршај казном од 3.000 до 15.000 динара. Одговорно лице у спортској организацији или другом правном лицу кажњава се за прекршај казном од 500 до 3000 динара (чл. 79. став 2). Према чл. 80. тачка 1), физичко лице које наведе спортисту на употребу допинга или му да допинг, кажњава се за прекршај новчаном казном од 500 до 3.000 динара.

Република Србија је донела посебан закон усмерен на спречавање допинга у спорту тек крајем 2005. године. Закон о спречавању допинга у спорту је објављен у „Службеном гласнику РС“, бр. 101/2005.10 Њиме су уређене мере и активности које се у Републици Србији предузимају на спречавању допинга у спорту. У образложењу закона истакнуто је да је један од основних циљева његовог доношења испуњавање обавеза преузетих ратификацијом Европске конвенције о спречавању допинга о спорту. Чланом 7. Закона о спречавању допинга у спорту прописано је да се допинг контрола спроводи по правилима утврђеним од стране Антидопинг агенције Републике Србије, с тим да правила Антидопинг агенције морају бити у складу са Европском конвенцијом о спречавању допинга у спорту и међународним стандардима за допинг тестирање одобреним од стране Светске антидопинг агенције. Антидопинг агенција РС на основу члана 31. Закона о спречавању допинга у спорту утврђује, најмање

[9] „Службени гласник РС“, бр. 52/96

[10] Чланом 54. Закона о спречавању допинга у спорту стављени су ван снаге чланови 79. став 1. тачка 1) и члан 80. тачка 1) Закона о спорту

једанпут годишње, и Листу забрањених средстава (референтну листу забрањених фармаколошких класа допинг супстанци и допинг метода), у складу са Европском конвенцијом о спречавању допинга у спорту и међународним стандардима за листу забрањених средстава одобреним од стране Светске антидопинг агенције. Управни одбор Антидопинг агенције је почетком јуна 2006. године усвојио Правилник о Листи забрањених допинг средстава, који у потпуности одговара Листи за 2006. годину коју је утврдила Група за праћење Европске конвенције за спречавање допинга у спорту, односно Светска антидопинг агенција.

У Закону о спречавању допинга у спорту Републике Србије дата је дефиниција допинга, која је суштински одговара оној из Светског антидопинг кодекса. Према члану 2. став 2: "Допинг у спорту у смислу овог закона, јесте постојање једне или више повреда антидопинг правила утврђених чланом 3. овог закона". Кад постоји прекршај антидопинг правила утврђено је чланом 3. Закона.

Од 1998. године установљен је стални **Програм праћења (Monitoring-Programs)** примене Конвенције. Њиме се прати у којој мери државе потписнице испуњавају своје обавезе из конвенције и које практичне мере предузимају. У оквиру програма организују се посете експерата појединим земљама са циљем саветовања локалних званичника у процесу утврђивања адекватне националне антидопинг политике, али и посете које имају за циљ да процене ситуацију у конкретној земљи и поднесу извештај Савету Европе. Поред овога, свака држава потписница обавезна је и да једном годишње поднесе детаљни извештај (на утврђеном обрасцу) о својој државној (националној) антидопинг политици.

Према подацима из националних извештаја за 2002. годину11 земаља потписница Европске конвенције против допинговања у спорту поднетих Групи за праћење Конвенције, на територији земаља потписница Конвенције следећа тела сносе трошкове лабораторијских анализа узорака узетих приликом допинг контроле: Аустралија – Национална антидопинг агенција (1.117.802 евра); Аустрија – Влада; Белгија – Влада; Канада – Влада и Национална антидопинг организација; Чешка – Влада (120.000 евра); Финска – донације; Француска – Влада (4.055.144 евра); Немачка – Влада (1.000.000 евра); Мађарска – Влада (100.000 евра); Италија – спортске организације или федерације и национални спортски фонд (2.100.590 евра); Јапан – Јапанска антидопинг агенција; Норвешка – Влада (287.447 евра); Португал - Влада; Русија – Влада и спортске федерације (277.570 евра); Јужна Африка – Национална антидопинг агенција; Шпанија – Влада (497.581 евра); Швајцарска – Национална антидопинг организација; Велика Британија – спортске организације и федерације и

[11] Архива Министарства просвете и спорта Републике Србије – Управе за спорт.

национални спортски фонд (959.898 евра); УСА – Национална антидопинг агенција и професионални и колеџ спорт (1.088.673 евра).

Ако би се у еврима изразили укупни трошкови спровођења националних антидопинг програма у 2002. години (узимање узорака, лабораторијска анализа, едукација и информисање, истраживања, правне активности, рад антидопинг организација), добили бисмо следеће податке: Аустралија – 4.523.632; Аустрија – 416.250; Хрватска – 50.000; Чешка – 236.500; Данска – 1.276.043; Естонија – 36.600; Финска – 1.649.400; Француска - 12.160.770; Немачка – 1.845.000; Мађарска – 200.000; Русија – 480.943; Словачка – 178.000; Словенија – 50.750; Турска – 155.000; Велика Британија – 2.752495; УСА – 7.148.464.

Према подацима из наведених националних извештаја за 2002. годину, квалификовани допинг контролори су на територији земаља потписница Конвенције везани за националне антидопинг организације, подлежу систему тренирања за узимање узорака и посебној регистрацији, најчешће имају медицинску квалификацију и независни су од спортских организација. Број регистрованих контролора варира од земље до земље. Примера ради: Аустралија – 28; Аустрија – 60; Босна и Херцеговина – 2; Канада – 80; Хрватска – 8; Чешка – 52; Данска – 32; Финска – 38; Француска – 580; Немачка – 42; Мађарска – 12; Италија – 1000; Јапан – 240; Луксембург – 20; Норвешка – 55; Русија – 7; Словенија – 10; Шпанија – 400; Турска – 140; Велика Британија – 94; УСА – 100.

Интересантни су и подаци из наведених националних извештаја за 2002. годину, који се односе на организације, односно тела која су надлежна за досуђивање санкција: Аустралија – национална или међународна спортска федерација; Аустрија - национална или међународна спортска федерација; Азербејџан – Министарство за омладину, спорт и туризам; Белорусија - национална или међународна спортска федерација; Белгија - национална или међународна спортска федерација; Канада - национална или међународна спортска федерација; Данска – Допинг трибунал Националног олимпијског комитета; Естонија – Национални олимпијски комитет; Финска - национална или међународна спортска федерација; Француска - национална или међународна спортска федерација (CPLD преузима санкционисање ако спортска федерација не предузме кажњавање ни у року од 3 месеца од нотификације позитивног резултата); Немачка - национална или међународна спортска федерација; Италија - национална или међународна спортска федерација; Ирска - национална или међународна спортска федерација; Мађарска - национална или међународна спортска федерација; Шпанија - национална или међународна спортска федерација; Швајцарска – Дисциплинско одељење за допинг прекршаје; Велика Британија - национална или међународна спортска федерација и Национална антидопинг организација; УСА – Национална антидопинг агенција. Надлежност је процентуално гледан

подељена, у глобалу, на следећи начин: влада 11,11%; национална или међународна спортска федерација 88,89%; национална антидопинг организација 13,89%; друга тела 11,11%.

Од 1991. године нове државе чланице Савета Европе из источне и централне Европе могу у оквиру програма солидарности названог **SPRINT** (Sport Reform Innovation und Trening) стећи стручна знања и предлоге која су потребна за спровођење реформи. У том циљу се организују и семинари из области допинга у спорту, усмерени на реформу националних законодавстава, стварање националне антидопинг политике, обуке допинг контролора и персонала акредитованих лабораторија. Такви семинари су одржани у Шпанији (1997), Бугарској (1998. и 2002), Португалу (1999), Литванији (2000), Турској (2001) и Грчкој (2002). У 2003. години су спровођени програми обуке допинг контролора у склопу припрема за Олимпијаду 2004. године у Атини.

Орган који прати примену Конвенције зове се званично: **„Група за праћење“** (Monitoring-Gruppe). Свака чланица може у групи за праћење имати једног или више представника. Свака чланица има један глас. Група за праћење држи затворене састанке. Са становишта примене Конвенције посебно су важна следећа овлашћења Групе за праћење: одобравање листе и свих евентуалних ревизија листе фармаколошких врста средстава и метода за допинговање које су забраниле одговарајуће међународне спортске организације; утврђивање критеријума за давање одобрења за рад лабораторијама; давање чланицама препорука у вези с мерама које треба предузети ради примене Конвенције.[12] У оквиру реализовања ових овлашћења, Група за праћење тесно сарађује са Светском антидопинг агенцијом, Међународним олимпијским комитетом и међународним спортским федерацијама. У раду Сталне групе за праћење примене Конвенције поред представника држава потписница редовно учествују као посматрачи и представници већег броја других држава, као нпр. Кине, Јапана, Новог Зеланда, Јужне Африке, Сједињених Америчких Држава.

У **Препоруци бр. 2000/16 од 13. 9. 2000.** године о заједничким основним принципима за национална законодавства у циљу сузбијања промета допинг средстава, усвојеном од стране Комитета министара Савета Европе, од влада чланица Савета Европе се тражи да се за сузбијање производње, транспорта, увоза, извоза, складиштења, нуђења, снабдевања или било ког другог облика промета допинг средстава користе најпримеренија и најефикаснија средства. То се може постићи националним спортским законодавством или другим правним прописима који би укључиле обавезујуће антидопинг одредбе. Посебно се очекује преиспитивање позитивноправних прописа, као што су: кривични закони,

[12] Видети чл. 11. Конвенције. Препоруке које је до сада усвојила Група за праћење раније смо навели.

прописи о фармацеутским производима и лековима, царински закони, прописи о заштити здравља, прописи о заштити деце, прописи који се односе на стручњаке (посебно лекаре, ветеринаре, фармацеуте и лаборанте).

Антидопинг Конвенција Савета Европе је у овом тренутку на међународном (државном) плану једини правно обавезујући инструмент у борби против допинга. Током Округлог стола УНЕСКА одржаног јануара 2003. године у Паризу, министри за спорт (или њихови представници) 103 земље су се договорили да Антидопинг Конвенција Савета Европе, буде основ будућег правног инструмента који би имао дејство за цео свет. То је и учињено на 33 сесији Генералне конференције УНЕСКА, одржане у Паризу 19. октобра 2005. године, када је усвојена **Међународна конвенције против допинга у спорту**. У преамбули Међународне конвенције је истакнуто да Конвенција Савета Европе и њен Додатни протокол „представљају јавна међународна правна оруђа која су исходиште националних политика против допинга и за сарадњу међу владама“. Према члану 6. Међународне конвенције против допинга у спорту она не мења права и обавезе које земље учеснице имају према другим међународним уговорима. Према подацима са сајта Светске антидопинг агенције, на дан 24. јула 2006. године 15 земаља је ратификовало Међународну конвенцију против допинга у спорту: Нигерија, Маурицијус, Сејшели, Канада, Данска, Исланд, Летонија, Монако, Норвешка, Шведска, Велика Британија, Аустралија, Кук острва, Науру, Нови Зеланд. Према члану 37. Међународне конвенције, за њено ступање на снагу потребно је да 30 држава ратификује конвенцију. Да није дошло до распада државне заједнице СЦГ, конвенција би била ратификована и у нашој земљи пошто је Савет министара био утврдио предлог закона о ратификацији ове конвенције. Треба очекивати да ће Скупштина Србије брзо ратификовати Међународну конвенцију с обзиром да Министарство спољних послова и Министарство просвете и спорта Србије тренутно предузимају активности да се она ратификује у Скупштини Србије.

3. Додатни протокол уз Европску конвенцију против допинговања у спорту

Уочавајући да је један од озбиљнијих проблема ефикасности борбе против допинга одсуство генералног договора између држава потписница Конвенције о узајамном признавању антидопинг контрола наведених у чл. 4.3.д и 7.3.б Конвенције, на 802. састанку Комитета министара одржаном 3. јула 2002. године усвојен је Додатни протокол уз Европску конвенцију против допинговања у спорту и отворен за потписивање у Варшави 2. септембра 2002. године на 16. неформалном састанку министара за спорт.[13] Протокол ступа на снагу када га прихвати пет држава чланица Конвенције.

[13] Оригинални текст протокола може се наћи:

Додатни протокол је ступио на снагу 1. априла 2004. године.[14] Протокол је први инструмент међународног јавног права који утврђује надлежности Светске антидопинг агенција да врши тестирања изван такмичења. Основна садржина овог Додатног протокола је:

- Протокол је отворен за потписивање за државе чланице Савета Европе и за друге државе потписнице или чланице Конвенције. На одредбе протокола не могу се стављати никакве резерве. Приступање Протоколу се врши депоновањем инструмената приступања код генералног секретара Савета Европе, а ступа на снагу првог дана у месецу који следи након истека рока од три месеца од датума депоновања. Свака држава може у време потписивања или приликом депоновања својих инструмената ратификације, прихватања, одобравања или приступања, да дефинише територију или територије на којима ће се Конвенција примењивати. Свака чланица може у било које време да откаже Протокол путем саопштења упућеног Генералном секретару Савета Европе (чл. 3–8. Протокола);
- Државе чланице Протокола међусобно признају надлежност спортских или националних антидопинг организација у вршењу допинг контрола на њиховим територијама, у сагласности са националним прописима земље домаћина, спортиста и спортисткиња који долазе из других чланица Конвенције. Резултати таквих контрола се истовремено достављају националним антидопинг организацијама и националним спортским федерацијама спортиста и спортисткиња о којима се ради, националној антидопинг организацији државе домаћина и међународној спортској федерацији (чл. 1. ст. 1. Протокола);
- Државе чланице Протокола предузимају мере које су неопходне за спровођење допинг контрола на њиховим територијама, које могу представљати допуну мера које се предузимају на основу претходних билатералних или других посебних уговора. Како би се обезбедила усаглашеност са међународно признатим стандардима, спортске или националне антидопинг организације морају одговарати ISO стандардима квалитета за допинг контролу које признаје Група за праћење установљена на основу чл. 10. Конвенције (чл. 1. ст. 2. Протокола);
- Државе чланице Протокола признају и надлежност Светске антидопинг агенције и осталих организација за контролу допинга које функционишу на основу њеног овлашћења, да врше контролу њихових спортиста и спортисткиња ван такмичења, и то на њиховој територији или на било ком другом месту. Резултати тих контрола се достављају

---

conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/188.doc

[14] Текст Додатног протокола дат је у прилогу овог рада, као и преглед његових ратификација.

националним антидопинг организацијама спортиста и спортисткиња о којима се ради. Свака таква контрола мора се, међутим, вршити у споразуму са спортским организацијама наведеним у члану 4.3.ц Конвенције (контрола допинговања од стране спортских организација, коју траже надлежне међународне спортске организације за време или изван спортских такмичења) и у складу са важећим прописима и одредбама националног права државе домаћина (чл. 1. ст. 3. Протокола);

- Група за праћење примене Конвенције надгледа примену и имплементирање Конвенције у односу на сваку државу чланицу Протокола. Надзор обавља екипа за процену чије чланове именује Група за праћење, на основу њихове компетенције на пољу борбе против допинга. Екипа за процену своја запажања формира на основу националног извештаја и када је то потребно посете месту догађаја. Извештај о процени се доставља Групи за праћење и јавног је карактера. На закључке екипе за процену могу се ставити примедбе, које аутоматски постају саставни део извештаја. Оперативне поступке процењивања, посете и продуженог надзора после њих, конкретно одређује Група за праћење у посебним правилима која усваја (чл. 2. Протокола). [15]

4. Пројекат "respect des engagements"

Од 1998. у оквиру Савета Европе тече пројекат "respect des engagements". Циљ и сврха пројекта је да се провери испуњавање обавеза из три основна текста у вези спорта: "Европске спортске повеље", "Европске конвенције против допинговања у спорту" и "Конвенције против насиља гледалаца на спортским приредбама". Пројекат служи и провери квалитета мера које се предузимају. Пројекат је прихватило више земаља, с тим што оне могу испуњавање обавеза пренети на друге организације. Пројекат има неколико нивоа:

Посета земљи саветодавног тима: овај први степен бирају пре свега земље које желе савете у изградњи одговарајућих структура;

Самоеваулација: Овај извештај припремају пре свега оне земље које желе да документују напредак у испуњавању обавеза али још нису спремне за потпуну проверу;

[15] Крајем 2003. године Група за праћење је била, на основу чл. 2. ст. 4. Протокола, утврдила четврту верзију Нацрта оперативних процедура за процену (Operating procedures for the evaluations – draft, 27. јуни 2003), у коме су дата детаљна правила о: општој процедури процене, припрема за посету, програму, трајању, месту и другим питањима евалуационе посете, извештају, надзору над применом препорука, методу процењивања (квантитативном и квалитативном).

Потпуна провера: она се састоји из експертског извештаја (претежно од стране независних стручњака) земље која се процењује. Извештај се провера од стране Секретаријата Савета Европе. земљу посећује делегација међународних експерата и процењује испуњавање обавеза. У случају постојања недостатака, земља се позива да предузме потребне кораке и да након тога поново поднесе извештај. Од 1998. године потпуној провери су се подвргле следеће земље: Норвешка, Аустрија, Италија, Чешка, Луксембург, Француска, Шведска и Швајцарска.

Додатни протокол уз Европску конвенцију против допинговања у спорту (члан 2) чини трећи ниво Пројекта (потпуна провера) обавезним за земље које прихвате Протокол.

ПРИЛОЗИ

- Закон о ратификацији Европске конвенције о спречавању допинга у спорту
- Преглед ратификација Конвенције
- Додатни протокол уз Конвенцију
- Преглед ратификација Додатног протокола
- Препорука Парламентарне скупштине СЕ бр. 1464 (2000)
- Препорука о мерама за ограничење доступности анаболичких стероида
- Препорука о заједничким основним принципима за национална законодавства у циљу сузбијања промета допинг средстава

ЗАКОН О РАТИФИКАЦИЈИ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ПРОТИВ ДОПИНГОВАЊА У СПОРТУ, СА ДОДАТКОМ

("Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори", бр. 4/91)

ЧЛАН 1

Ратификује се Европска конвенција против допинговања у спорту, са Додатком, сачињена 16. новембра 1989. године у Стразбуру, у оригиналу на енглеском и француском језику.

ЧЛАН 2

Текст Конвенције, са Додатком, у оригиналу на енглеском и у преводу на српскохрватски језик гласи:

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ПРОТИВ ДОПИНГОВАЊА У СПОРТУ

Државе чланице Савета Европе, остале државе потписнице Конвенције о европској културној сарадњи и остале државе потписнице овог документа;

Сматрајући да је циљ Савета Европе да постигне јединство међу чланицама ради очувања и унапређења идеала и начела који су њихово заједничко наслеђе и олакшавања њиховог економског и друштвеног напретка;

Свесне чињенице да спорт треба да игра значајну улогу у заштити здравља, у моралном и физичком васпитању и образовању и у унапређењу међународног разумевања;

Забринуте због све веће употребе средстава и метода за допинговање од стране спортиста у свим спортовима и због последица по здравље за учеснике и за будућност спорта;

Имајући у виду да овај проблем угрожава етичке принципе и васпитне вредности садржане у Олимпијској повељи, Међународној повељи о спорту и физичком образовању УНЕСКО-а и Резолуцији Министарског комитета Савета Европе бр. (76)41 познате као "европска повеља - спорт за све";

Имајући у виду прописе против допинговања, политику и декларације које су усвојиле међународне спортске организације;

Свесне да јавни органи и добровољне спортске организације имају такође додатни задатак да се боре против допинговања у спорту, посебно да на основу принципа фер-плеја обезбеде правилно вођење спортских манифестација и заштиту здравља учесника;

Свесне да ти органи и организације морају заједнички радити у том циљу на свим одговарајућим нивоима;

Подсећајући на резолуције о допинговању које је усвојила Конференција европских министара одговорних за спорт, а посебно на резолуцију бр. 1 која је усвојена на Шестој конференцији 1989. године у Рејкјавику;

Подсећајући да је Министарски комитет Савета Европе већ усвојио резолуцију бр. (67)12 о допинговању атлетичара, препоруку бр. Р(79)8 о допинговању у спорту, препоруку бр. Р(84)19 о Европској повељи против допинговања у спорту и препоруку бр. Р(88)12 о успостављању контроле допинговања без упозорења, изван спортских такмичења;

Подсећајући на препоруку бр. 5 о допинговању која је 1988. године усвојена у Москви на Другој међународној конференцији министара и високих функционера одговорних за спорт и физичко образовање, коју је организовао УНЕСКО;

Решене да поведу даљу и појачану заједничку акцију ради смањења и коначног елиминисања практичних мера садржаних у тим инструментима;

Сагласиле су се о следећем:

Члан 1

Циљ Конвенције

Ради смањења и коначног елиминисања допинговања из спорта, чланице се обавезују да у оквирима својих уставних одредаба предузму потребне кораке у циљу примене одредаба Конвенције.

Члан 2

Дефиниција и делокруг Конвенције

1. За сврхе ове конвенције:

(а) израз "допинговање у спорту" означава прописивање спортистима или коришћење од стране спортиста фармаколошких врста средстава или метода за допинговање;

(б) израз "фармаколошке врсте средства или метода за допинговање" означава у контексту доле наведене тачке 2 оне врсте средстава или метода за допинговање које су одговарајуће међународне спортске организације забраниле и које се налазе на листама које је одобрила група за праћење у складу са условима из члана 11.1.б;

(ц) израз "спортисти" означава лица која редовно учествују у организованим спортским активностима.

2. Док Група за праћење у складу са условима из члана 11.1.б. не одобри листу забрањених фармаколошких врста, средстава и метода за допинговање, примењиваће се листа у додатку ове конвенције.

Члан 3

Координација на националном плану

1. Чланице координирају политику и акције владиних органа и других јавних тела за борбу против допинговања у спорту.

2. Оне обезбеђују практичну примену ове конвенције, а посебно испуњавање обавеза из члана 7, поверавањем, где је то потребно, спровођења неких одредаба Конвенције одређеном владином или невладином спортском органу или спортској организацији.

Члан 4

Мере за ограничење доступности и употребе забрањених средстава и метода допинговања.

1. Чланице усвајају, где је то потребно, законодавство, прописе или административне мере за ограничење доступности (укључујући одредбе о контроли кретања, поседовања, увоза, дистрибуције и продаје), као и употребу забрањених средстава и метода допинговања, а посебно анаболичких стероида.

2. У том циљу, чланице или, где је то потребно, одговарајуће невладине организације уводе критеријум за доделу јавне новчане помоћи спортским организацијама за ефикасно примењивање прописа против допинговања.

3. Поред тога, чланице:

(а) помажу својим спортским организацијама да финансирају контролу и анализе допинговања, или директно новчаном помоћи или дотацијама, или признавањем трошкова за такву контролу и анализу при одређивању укупне новчане помоћи или дотације које се додељују тим организацијама;

(б) предузимају одговарајуће мере за ускраћивање новчане помоћи из јавних средстава за припреме појединих спортиста који су суспендовани због допинговања у спорту, за време трајања суспензије;

(ц) подстичу и, где је потребно, олакшавају обављање контроле допинговања од стране њихових спортских организација, коју траже надлежне међународне спортске организације за време или изван спортских такмичења, и

(д) подстичу и олакшавају преговоре спортских организација о споразумима којима се дозвољава да њихови чланови буду тестирани у другим земљама од стране прописно овлашћених тимова за контролу допинговања.

4. Чланице задржавају право да прописе против допинговања и организовање контроле допинговања усвоје на своју сопствену иницијативу и на своју одговорност, који ће бити у складу са одговарајућим принципима Конвенције.

Члан 5

Лабораторије

1. Свака чланице се обавезује:

(а) да оснује или да олакша оснивање једне лабораторије или више лабораторија за контролу допинговања погодних за разматрање акредитација према критеријумима које су усвојиле одговарајуће међународне спортске организације и које је одобрила група за праћење сходно условима из члана 11.1.б, или

(б) да помогне својим спортским организацијама да им се омогући приступ таквој лабораторији на територији друге чланице.

2. Ове лабораторије ће се подстицати:

(а) да предузимају одговарајућу акцију на запошљавању, узимању у сталну службу, обучавању и преквалификацији квалификованог особља;

(б) да раде на одговарајућим истраживачким и развојним програмима у вези са средствима и методама допинговања који се користе или се сматра да се користе за допинговање у спорту и у вези са аналитичком биохемијом и фармакологијом, ради бољег разумевања ефеката које разне супстанце имају на људско тело и њихове последице за резултате атлетичара;

(ц) да без одлагања објаве и дистрибуирају нове податке на основу својих истраживања.

Члан 6

Образовање

1. Чланице се обавезују да израде и спроведу, где је то потребно, у сарадњи са односним спортским организацијама и са средствима јавног информисања, образовне програме и информативне кампање у којима ће се наглашавати опасности које допинговање има за здравље и штету коју наноси етичким вредностима спорта. Овакви програми и кампање намењени су како младима у школама и спортским клубовима и њиховим родитељима тако и одраслим спортистима, спортским функционерима и тренерима. За оне који се баве медицином, у таквим образовним програмима наглашава се поштовање медицинске етике.

2. Чланице се обавезују да, у сарадњи с надлежним регионалним, националним и међународним спортским организацијама, подстичу и унапређују истраживања путева и начина за изналажење научно заснованих физиолошких и психолошких програма тренирања који поштују интегритет људске личности.

Члан 7

Сарадња са спортским организацијама на предузимању мера

1. Чланице се обавезују да подстичу своје спортске организације, а преко њих и међународне спортске организације, да формулишу и примењују све одговарајуће мере против допинговања у спорту које су у њиховој надлежности.

2. У том циљу оне подстичу своје спортске организације да разјасне и ускладе своја права, обавезе и дужности посебно усклађивањем:

(а) прописа против допинговања на основу прописа усаглашених од стране надлежних међународних спортских организација;

(б) листа забрањених фармаколошких врста средстава и метода на основу листа о којима су се сагласиле одговарајуће међународне спортске организације;

(ц) поступка за контролу допинговања;

(д) дисциплинских поступака, уз примену договорених међународних принципа правде и обезбеђујући поштовање основних права осумњичених спортиста; ови принципи обухватају:

и) прављење разлике између органа који пријављују прекршај и дисциплинских органа,

ии) право таквих лица на правично саслушање, помоћ или заступника,

иии) јасне и извршне одредбе у вези са жалбама на евентуалне пресуде;

е) поступка за доношење ефикасних казни против функционера, лекара, ветеринара, тренера, физиотерапеута и осталих службених или помоћних лица која крше прописе против допинговања спортиста:

ф) поступка за узајамно признавање суспензија и других казни које изрекну друге спортске организације истој земљи или у другим земљама.

3. Поред тога, чланице ће подстицати своје спортске организације да:

(а) уведу контролу допинговања у ефикасном обиму не само уз претходно упозорење већ и без таквог упозорења, у свако прикладно време изван спортских такмичења да се та контрола врши на исти начин за све спортисте и где је то могуће, по принципу случајног избора лица за тестирање и поновно тестирање;

(б) преговарају са спортским организацијама других земаља о споразумима који би спортистима који тренирају у другим земљама омогућили да их тестирају прописно овлашћени тимови за контролу допинговања у тој земљи;

(ц) разјасне и усклађују прописе о критеријумима које спортисти морају да испуне за учешће у спортским манифестацијама, укључујући критеријуме против допинговања;

(д) унапређују активно учешће самих спортиста у борби међународних спортских организација против допинговања;

(е) у потпуности и ефикасно користе могућности које им се пружају за анализу допинговања у лабораторијама предвиђеним у члану 5 како за време тако и изван спортских такмичења;

(ф) проучавају научне методе тренинга и формулишу смернице за заштиту спортиста свих узраста које одговарају за одређени спорт.

Члан 8

Међународна сарадња

1. Чланице тесно сарађују на питањима о којима је реч у овој конвенцији и подстичу сличну сарадњу својих спортских организација.

2. Чланице се обавезују:

(а) да подстичу своје спортске организације да раде на начин којим се унапређује примена одредаба ове конвенције у свим одговарајућим међународним спортским организацијама у које су укључене, укључујући одбијање да ратификују захтеве за признавање светског или регионалног рекорда ако он није пропраћен аутентичним негативним резултатом контроле допинговања;

(б) да унапређују међусобну сарадњу радника у својим лабораторијама за контролу допинговања које буду основане или које раде сходно члану 5, и

(ц) да иницирају билатералну и мултилатералну сарадњу између својих одговарајућих агенција, органа и организација у том циљу, такође и на међународном плану, како је утврђено чланом 4.1.

3. Чланице које имају лабораторије које су основане или раде сходно члану 5 обавезују се да помогну другим чланицама у њиховом настојању да стекну искуство, вештине и технике потребне за оснивање сопствених лабораторија.

Члан 9

Пружање информација

Свака чланица доставља генералном секретару Савета Европе, на једном од званичних језика Европског савета, све релативне податке у вези са законодавним и осталим мерама које је предузела ради поступања у складу са условима Конвенције.

Члан 10

Група за праћење

1. За сврхе ове конвенције, оснива се група за праћење.

2. Свака чланица може у групи за праћење имати једног или више представника. Свака чланица има један глас.

3. Сваку државу споменуту у члану 14.1. која није чланица Конвенције може у Групи за праћење представљати посматрач.

4. Група за праћење може, на основу једногласне одлуке, позвати сваку државу која није чланица Европског савета нити Конвенције и сваку спортску или другу одговарајућу професионалну организацију да пошаље посматрача на један или на више њених састанака.

5. Групу за праћење сазива генерални секретар. Први састанак се одржава што је пре реално изводљиво, а у сваком случају у року од годину дана од дана ступања Конвенције на снагу. После тога састанци се одржавају по потреби, на иницијативу генералног секретара или неке чланице.

6. Кворум за одржавање састанка групе за праћење сачињава већина чланица.

7. Група за праћење држи затворене састанке.

8. Сходно одредбама Конвенције, Група за праћење формулише и усваја консенсусом свој пословник.

Члан 11

1. Група за праћење прати примену Конвенције. Посебно може:

(а) пратити одредбе Конвенције и разматрати потребу евентуалних измена;

(б) одобрити листу и све евентуалне ревизије листе фармаколошких врста средстава и метода за допинговање које су забраниле одговарајуће међународне спортске организације о којима је било речи у члану 2.1 и 2.2; такође и критеријуме за давање одобрења за рад лабораторијама, као и евентуалне ревизије које су горе наведене организације из члана 5.1. усвојиле; одређује датум када одговарајуће одлуке ступају на снагу;

(ц) одржати консултације са одговарајућим спортским организацијама;

(д) давати чланицама препоруке у вези с мерама које треба предузети ради примене Конвенције;

(е) давати препоруке о прикладним мерама за држање односних међународних организација и јавности у току о активностима које се спроводе у оквиру ове конвенције;

(ф) давати препоруке Министарском комитету о државама које нису чланице Савета Европе да буду позване да приступе Конвенцији;

(г) давати евентуалне предлоге за побољшање ефикасности Конвенције.

2. Ради обављања својих функција, Група за праћење може, на своју иницијативу, организовати састанке групе експерата.

Члан 12

После сваког састанка, Група за праћење упућује Министарском комитету Савета Европе извештај о свом раду и о спровођењу Конвенције.

Члан 13

Амандмани на чланове Конвенције

1. Амандмане на чланове ове конвенције могу предложити чланице, Министарски комитет Савета Европе или Група за праћење.

2. Сваки предлог амандмана генерални секретар упућује државама из члана 14 и свакој држави која је приступила или је позвана да приступи Конвенцији у складу са одредбама члана 16.

3. Сваки амандман који предложе чланице или Министарски комитет упућује се Групи за праћење најмање два месеца пре састанка на коме ће се амандман разматрати. Група за праћење подноси Министарском комитету своје мишљење о предложеном амандману, где то одговара, након консултација са одговарајућим спортским организацијама.

4. Министарски комитет разматра предложени амандман и евентуално мишљење које поднесе Група за праћење, а може и усвојити амандман.

5. Текст сваког амандмана који усвоји Министарски комитет у складу са тачком 4 овог члана упућује се чланицама на усвајање.

Сваки амандман усвојен у складу с тачком 4 овог члана ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од месец дана пошто генерални секретар буде обавештен од свих чланица о њиховом прихватању амандмана.

ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 14

1. Ова конвенција је отворена за потписивање свим државама чланицама Савета Европе, другим државама чланицама Европске конвенције о културној сарадњи и државама које нису чланице, а које су учествовале у изради ове конвенције и које евентуално изразе спремност да се обавежу:

(а) потписом да ће је без резерве ратификовати, прихватити или одобрити или

(б) потписом који подлеже ратификацији, прихватању или одобрењу, а коме следи ратификација, прихватање или одобрење.

2. Ратификациони инструменти, инструменти о прихватању или одобрењу депонују се код генералног секретара.

Члан 15

1. Конвенција ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од једног месеца од дана кад је пет држава, укључујући најмање четири државе чланице Савета Европе, изразило спремност да се обавежу Конвенцијом у складу са одредбама члана 14.

2. За све државе потписнице које накнадно изразе спремност да се обавежу овом конвенцијом, Конвенција ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од једног месеца од дана потписивања или депоновања ратификационог инструмента, инструмента о прихватању или одобрењу.

Члан 16

1. После ступања ове конвенције на снагу, Министарски комитет Савета Европе, након консултација са чланицама, може позвати на приступање Конвенцији било коју државу која није чланица Европског савета одлуком донесеном већином гласова као што је предвиђено у члану 20 (д) Статута Савета Европе и једногласним избором представника држава уговорница које имају право на место у Министарском комитету.

2. За све државе које приступе Конвенцији, она ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од једног месеца од дана депоновања инструмента о приступају код генералног секретара.

Члан 17

1. Свака држава може у тренутку потписивања или депоновања ратификационог инструмента, инструмента о прихватању, одобравању или приступању навести на којим територијама или територији се Конвенција примењује.

2. Свака држава може у било ком тренутку касније, изјавом упућеном генералном секретару, проширити примену Конвенције на било коју другу територију наведену у изјави. У односу на такву територију Конвенција ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од једног месеца од дана пријема такве изјаве од стране генералног секретара.

3. Свака изјава дата сходно двема претходним тачкама може у односу на сваку територију која се помиње у таквој изјави бити повучена обавештавањем генералног секретара. Таква одлука о повлачењу ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од шест месеци од дана пријема таквог обавештења од стране генералног секретара.

Члан 18

1. Свака чланица може у свако доба отказати ову конвенцију обавештавањем генералног секретара.

2. Такво отказивање ступа на снагу првог дана месеца који следи након истека периода од шест месеци од дана пријема обавештења од стране генералног секретара.

Члан 19

Генерални секретар обавештава чланице, друге државе чланице Европског савета, остале државе чланице Европске конвенције о културној сарадњи, државе које нису чланице а које су учествовале у изради ове конвенције и све државе које су приступиле или су позване да приступе Конвенцији:

(а) о сваком потписивању у складу са чланом 14;

(б) о депоновању сваког ратификационог инструмента, инструмента о прихватању, одобравању или приступању у складу са чл. 14 и 16;

(ц) о датуму ступања на снагу ове конвенције у складу са чл. 15 и 16;

(д) о свим евентуалним информацијама упућеним сходно одредбама члана 9;

(е) о свим извештајима припремљеним у складу са одредбама члана 12;

(ф) о свим евентуалним предлозима амандмана или амандманима који су усвојени у складу са чланом 13 и о датуму ступања тог амандмана на снагу;

(г) о евентуалним изјавама датим сходно одредбама члана 17;

(х) о сваком евентуалном саопштењу датом сходно одредбама члана 18 и о датуму ступања отказа на снагу;

(и) о свим осталим евентуалним радњама, обавештењима или саопштењима у вези са овом конвенцијом.

У потврду чега су доле потписани, прописно овлашћени у ту сврху, потписали ову конвенцију.

Сачињено 16. новембра 1989. године у Стразбуру, у једном примерку на енглеском и француском језику, при чему су оба текста једнако веродостојна и депонују се у архиви Европског савета. Генерални секретар Европског савета доставља оверене примерке свакој држави чланици Европског савета, другим државама чланицама Европске конвенције о културној сарадњи, државама које нису чланице а које су учествовале у изради ове конвенције и свим државама које су евентуално позване да приступе Конвенцији.

ПРЕГЛЕД РАТИФИКАЦИЈА КОНВЕНЦИЈЕ

Стање у погледу ратификације Конвенције на дан 9. август 2006. године је следеће:[16]

Државе чланице Савета Европе[17]

[16] Извор: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=135&CM=1&DF=&CL=ENG

[17] Ознаке у табели имају следеће значење: Примедба (25) Датум приступања од стране бивше Уније Социјалистичких Совјетских Република; примедба (54) датум приступања

Држава	Потпис	Ратификација	Ступање на снагу	Примедба	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Албанија	2/2/1995	15/11/2004	1/1/2005							
Андора	29/5/2002									
Јерменија	26/5/2000	23/3/2004	1/5/2004							
Аустрија	10/5/1990	10/7/1991	1/9/1991							
Азербејџан	28/6/2002	4/11/2003	1/1/2004							
Белгија	16/11/1989	30/11/2001	1/1/2002							
Босна и Херцеговина		29/12/1994 su	1/2/1995							
Бугарска	24/3/1992	1/6/1992	1/8/1992							
Хрватска		27/1/1993 su	1/3/1993							
Кипар	20/6/1991	2/2/1994	1/4/1994							
Чешка Република	28/4/1995 s	28/4/1995 s	1/6/1995							
Данска	16/11/1989 s	16/11/1989 s	1/3/1990					X		
Естонија	14/5/1993	20/11/1997	1/1/1998							
Финска	16/11/1989	26/4/1990	1/6/1990							
Француска	16/11/1989	21/1/1991	1/3/1991					X		
Грузија	2/7/2001	22/5/2003	1/7/2003							
Немачка	27/5/1992	28/4/1994	1/6/1994							
Грчка	10/10/1990	6/3/1996	1/5/1996			X				
Мађарска	29/1/1990 s	29/1/1990 s	1/3/1990							
Исланд	25/3/1991 s	25/3/1991 s	1/5/1991							
Ирска	25/6/1992	29/1/2003	1/3/2003							
Италија	16/11/1989	12/2/1996	1/4/1996							
Летонија	23/1/1997	23/1/1997	1/3/1997							
Лихтенштајн	16/11/1989	22/5/2000	1/7/2000							
Литванија	1/4/1993	17/5/1996	1/7/1996							
Луксембург	16/11/1989	21/6/1996	1/8/1996							
Малта	9/9/1994									
Молдавија										
Монако	9/9/2003	28/11/2003	1/1/2004							
Холандија	4/12/1990	11/4/1995	1/6/1995					X		
Норвешка	16/11/1989 s	16/11/1989 s	1/3/1990							
Пољска	16/11/1989	7/9/1990	1/11/1990							

(accession) од стране државне заједнице Србија и Црна Гора; a: Accession - s: Signature without reservation as to ratification - su: Succession - r: Signature "ad referendum"; R.: Reservations - D.: Declarations - A.: Authorities - T.: Territorial Application - C.: Communication - O.: Objection. Редослед држава је задржан према оном са оригиналне табеле

Португал	14/6/1990	17/3/1994	1/5/1994							
Румунија	16/6/1994	7/12/1998	1/2/1999							
Русија		12/2/1991 a	1/4/1991	25						
Сан Марино	16/11/1989	31/1/1990	1/3/1990							
Србија		28/2/2001 su	1/4/2001	54						
Словачка	6/5/1993 s	6/5/1993 s	1/7/1993							
Словенија		2/7/1992 su	1/9/1992							
Шпанија	16/11/1989	20/5/1992	1/7/1992							
Шведска	16/11/1989	29/6/1990	1/8/1990							
Швајцарска	16/11/1989	5/11/1992	1/1/1993							
Бивша Југословенска Република Македонија		30/3/1994 su	1/5/1994							
Турска	16/11/1989	22/11/1993	1/1/1994							
Украјина	2/7/1998	29/11/2001	1/1/2002							
Велика Британија	16/11/1989 s	16/11/1989 s	1/3/1990					X		

Државе које нису чланице Савета Европе

Државе	Потпис	Ратификација	Ступање на снагу	Примедба	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Аустралија		5/10/1994 a	1/12/1994							
Белорусија	12/9/2002	15/3/2006	1/5/2006							
Канада	6/3/1996 s	6/3/1996 s	1/5/1996							
Света Столица										
Црна Гора		28/2/2001 a	6/6/2006	54						
Тунис		26/2/2004 a	1/4/2004							
Сједињене Америчке Државе										

Укупан број потписа без ратификације:	2
Укупан број ратификација/приступања:	48

ДОДАТНИ ПРОТОКОЛ УЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ ПРОТИВ ДОПИНГОВАЊА У СПОРТУ

Варшава, 12. септембар 2002

Државе чланице овог Протокола уз Конвенцију против допинговања у спорту (ЕТС бр. 135) потписане у Стразбуру 16 новембра 1989 (у даљем тексту означена као "Конвенција"),

Сматрајући да би генерални договор о узајамном признавању анти-допинг контроле који се наводи у плановима 4.3.д и 7.3.б Конвенције повећао ефикасност тих контрола тиме сто би допринео усаглашавању, транспарентности и ефикасности постојећих као и будућих билатералних или мултилатералних споразума о допингу који се донесу, односно тиме сто би у случају када не постоји никакав споразум на том пољу, дао потребан ауторитет таквим контролама.

У жељи да прошире и оснаже примену одредби Конвенције,

Договорили су се како следи:

Члан 1

Узајамно признавање контроле допинга

1. Имајући на уму одредбе чланова 3.2.д и 7.3.б Конвенције, чланице ће међусобно признати надлежност спортских или националних анти-допинг организација у вршењу допинг контрола на њиховим територијама, у сагласности са националним прописима земље домаћина, спортиста и спортисткиња који долазе из других чланица Конвенције. Резултати таквих контрола ће се истовремено доставити националним анти-допинг организацијама и националним спортским федерацијама спортиста и спортисткиња о којима се ради, националној анти-допинг организацији државе домаћина и међународној спортској федерацији.

2. Чланице ће предузети мере које су неопходне за спровођење таквих контрола, које могу представљати допуну мера које се предузимају на основу претходних билатералних или других посебних уговора. Како би се обезбедила усаглашеност са међународно признатим стандардима, спортске или националне анти-допинг организације морају одговарати ИСО стандардима квалитета за допинг контролу које признаје Група за надзор успостављена на основу члана 10 Конвенције.

3. На сличан начин чланице ће признавати надлежност Светске анти-допинг агенције (ВАДА) и осталих организација за контролу допинга које функционишу на основу њеног овлашћења, да врше контролу њихових спортиста и спортисткиња ван такмичења, и то на њиховој територији или на било ком другом месту. Резултати тих контрола це бити достављени националним анти-допинг организацијама спортиста и спортисткиња о којима се ради. Свака таква контрола мора се вршити у споразуму са спортским организацијама наведеним у члану 4.3.ц ове Конвенције и у складу са важећим прописима и одредбама националног права државе домаћина.

Члан 2

Имплементација и примена Конвенције

1. Група за надзор успостављена на основу члана 10 Конвенције надгледаће примену и имплементирање Конвенције у односу на сваку чланицу. Надзор це обављати екипа за процену чије чланове це именовати Група за надзор. Чланови екипе за процену бираће се на основу њихове компетенције на пољу борбе против допинга.

2. Екипа за процену це размотрити националне извештаје које су поднеле чланице о којима се ради и уколико је потребно посетиће место догађаја. На основу својих запажања о примени Конвенције, екипа це групи за надзор поднети извештај о процени који це садржати закључке и евентуалне препоруке. Извештај о процени мора бити јаван. Чланица о којој се ради има право да улози примедбе на закључке екипе за процену, које це чинити саставни део извештаја.

3. Национални извештаји це се припремати и посете у сврху процене це се обављати у складу са временским планом који је Група за надзор усвојила уз консултације са чланицама о којима се ради. Чланице треба да одобре посете екипе за процену и да своје националне органе подстичу да са њом у потпуности сарађују.

4. Оперативни поступци процењивања (укључујући ту и договорени временски план за процену имплементације Конвенције), посете и продужени надзор после њих биће конкретно одређени у правилима које усваја Група за надзор.

Члан 3

Резерве

На одредбе овог протокола не могу се стављати никакве резерве.

Члан 4

Изричито прихватање обавеза

1. Овај протокол отворен је за потписивање за државе чланице Савета Европе и за друге државе потписнице или чланице Конвенције, које свој пристанак да буду обавезане могу да изразе на следеће начине:

а. Потписивањем без резерве у погледу ратификовања, прихватања или одобрења, или

б. Потписивањем које подлеже ратификацији, прихватању или одобрењу, након којега следи ратификација, прихватање или одобрење.

2. Потписник Конвенције не може да потпише овај протокол без резерве у погледу ратификовања, прихватања или одобрења, нити може да депонује инструмент ратификације, прихватања или одобрења уколико претходно или истовремено није изразио свој пристанак да буде обавезан Конвенцијом.

3. Инструменти ратификације, прихватања или одобрења треба да буду депоновани код Генералног секретара Савета Европе.

Члан 5

Ступање на снагу

1. Овај протокол ступа на снагу првог дана у месецу који следи након истека тромесечног рока од датума када су пет држава чланица Конвенције изразиле свој пристанак да буде обавезане Конвенцијом у складу са одредбама члана 4.

2. За сваку државу која накнадно изјави свој пристанак да буде обавезана протоколом, он це ступити на снагу првог дана месеца који следи након истека рока од три месеца од датума потписивања или депоновања инструмената ратификације, прихватања или одобрења.

Члан 6

Приступање

1. Након отварања протокола за потписивање, свака држава која приступа Конвенцији може такође да приступи и овом протоколу.

2. Приступање се врши депоновањем инструмента приступања код генералног секретара Савета Европе, а ступа на снагу првог дана у месецу који следи након истека рока од три месеца од датума депоновања.

Члан 7

Територијална примена

1. Свака држава може у време потписивања или приликом депоновања својих инструмената ратификације, прихватања, одобравања или приступања, да дефинише територију или територије на којима це се Конвенција примењивати.

2. Свака држава може касније, било ког датума, изјавом упућеном генералном секретару Савета Европе да прошири подручје примене овог протокола на било коју другу територију коју наведе у изјави. У односу на ту територију Конвенција це ступити на снагу првог дана у месецу који следи након истека рока од три месеца од датума када је генерални секретар примио изјаву.

3. Свака изјава дата у складу са претходна два параграфа може бити, у односу на било коју територију наведену у таквој изјави, повучена на основу саопштења упућеног генералном секретару Савета Европе. Такво повлачење постаје важеће првог дана у месецу који следи након истека рока од три месеца од датума када је генерални секретар примио саопштење.

Члан 8

Отказивање

1. Свака чланица може у било које време да отказе овај протокол путем саопштења упућеног Генералном секретару Савета Европе.

2. Отказивање ступа на снагу првог дана у месецу који следи након истека рока од шест месеци након дана пријема саопштења од стране Генералног секретара.

Члан 9

Нотификације

Генерални секретар Савета Европе дужан је да обавести државе чланице Савета Европе, остале државе потписнице или чланице Конвенције и сваку другу државу која је позвана да јој приступи о следећем:

а. о сваком потписивању;

б. о депоновању сваког инструмената ратификације, прихватања, одобрења или приступања;

ц. о сваком датуму ступања на снагу овог протокола у складу са његовим члановима 5, 6 и 7;

д. о сваком отказивању;

е. о свакој другој радњи, саопштењу или комуникацији који се односе на ову Конвенцију;

Потврђујући ово, долепотписани, прописно за то овлашћени, потписали су овај протокол.

Сачињено у Варшави данас, 12 септембра 2002. године на енглеском и француском језику при чему су оба текста подједнако аутентична, у једном примерку који ће бити депоновани у архиви Савета Европе. Генерални секретар Савета Европе ће доставити оверене копије свакој држави чланици Савета Европе, другим државама које су потписнице или чланице Конвенције и свакој држави која је позвана да јој приступи.

ПРЕГЛЕД РАТИФИКАЦИЈА ДОДАТНОГ ПРОТОКОЛА

Стање у погледу ратификације Додатног протокола на дан 9. август 2006. године је следеће[18]

Државе чланице Савета Европе[19]

Државе	Потпис	Ратификација	Ступање на снагу	Примедбе	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Албанија	12/5/2004									
Андора										
Јерменија	12/9/2002									
Аустрија	12/9/2002	3/2/2004	1/6/2004							
Азербејџан	26/3/2003	11/2/2004	1/6/2004							
Белгија										

[18] Извор: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=188&CM=8&DF=8/9/2006&CL=ENG

[19] Ознаке из табеле имају следеће значење:a: Accession - s: Signature without reservation as to ratification - su: Succession - r: Signature "ad referendum"; R.: Reservations - D.: Declarations - A.: Authorities - T.: Territorial Application - C.: Communication - O.: Objection. Редослед држава је задржан према оном са оригиналне табеле

Босна и Херцеговина	3/10/2003									
Бугарска	6/12/2004	13/6/2005	1/10/2005							
Хрватска										
Кипар	12/9/2002	15/12/2004	1/4/2005							
Чешка Република	12/9/2002	12/1/2005	1/5/2005							
Данска	12/9/2002 s	12/9/2002 s	1/4/2004							
Естонија	26/11/2004 s	26/11/2004 s	1/3/2005							
Финска	12/9/2002									
Француска										
Грузија										
Немачка	15/2/2006									
Грчка										
Мађарска	30/3/2004									
Исланд	30/3/2004 s	30/3/2004 s	1/7/2004							
Ирска										
Италија	12/9/2002									
Летонија	12/9/2002	9/12/2003	1/4/2004							
Лихтенштајн	22/11/2005	8/2/2006	1/6/2006							
Литванија	17/9/2003	9/11/2004	1/3/2005							
Луксембург	12/9/2002									
Малта	12/9/2002									
Молдавија										
Монако	9/9/2003	28/11/2003	1/4/2004							
Холандија										
Норвешка	12/9/2002 s	12/9/2002 s	1/4/2004							
Пољска	18/6/2004 s	18/6/2004 s	1/10/2004							
Португал	12/9/2002									
Румунија	29/11/2004									
Русија										
Сан Марино										
Србија										
Словачка	21/7/2003	11/1/2005	1/5/2005							
Словенија										
Шпанија										
Шведска	12/9/2002 s	12/9/2002 s	1/4/2004							
Швајцарска	28/2/2003	4/10/2004	1/2/2005							
Бивша Југословенска Република	12/9/2002									

Македонија										
Турска										
Украјина	7/11/2003	4/11/2004	1/3/2005							
Велика Британија										

Државе које нису чланице Савета Европе

Држава	Потпис	Ратификација	Ступање на снагу	примедбе	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Аустралија										
Белорусија										
Канада	9/12/2002									
Света Столица										
Тунис		26/2/2004 a	1/6/2004							
Сједињене Америчке Државе										

Укупан број потписа без ратификације:	13
Укупан број ратификација/приступања:	19

ПРЕПОРУКА ПАРЛАМЕНТАРНЕ СКУПШТИНЕ САВЕТА ЕВРОПЕ 1464 (2000)

ДОПИНГ У СПОРТУ

- Скупштина изражава своју забринутост због све чешћих допинг скандала у спорту (нпр. током Светског првенства у пливању у Аустралији 1998. године, током Tour de France, у италијанском фудбалу и недавном Светском првенству у клизању одржаном у Ници). Под знак питања стављени су питању су како здравље спортиста, тако и морални и етички темељи спорта.
- Анти-допинг конвенција Савета Европе из 1989. године садржи низ предлога за ефективније анти-допинг програме и политике, и наставља да чини једини правни основ за европску и међународну сарадњу на том пољу, не само међу владама, већ и између влада и међународних спортских организација.

- Скупштина поздравља оснивање Светске анди-допинг агенције (WАДА) и активну улогу коју је Савет Европе при њеном оснивању одиграо. Скупштина са задовољством констатује да су у (извршном) Одбору Wаде представљени како Савет Европе тако и Мониторинг група за Анти-допинг конвенцију. Скупштина поздравља наставак партнерства са Европском унијом на том пољу.
- Скупштина подсећа на своју Препоруку 1292 (1996) о младим људима у врхунском спорту. Неки спортови могу произвести посебно опасан притисак на младе спортисте и навести их на допинг. Те спортове треба надгледати пажљивије од других.
- Скупштина сматра да на нивоу Европе и света треба учинити више у циљу заштите здравља спортиста, посебно младих, и етичких темеља спорта.
- Скупштина стога препоручује да Комитет министара:
  - i. обрати више пажње на питање како усклађивање националних законодавстава, укључујући нормативе о медицинским производима и дијететским додацима, може помоћи у смањивању учесталости допинга у спорту, и с тим у вези потпомогне такво усклађивање;
  - ii. поспеши размену информација и сарадњу на пољу антидопинга;
  - iii. заузме активан став у (извршном) Одбору Светске анти-допинг агенције како би истакла квалитет постигнутих резултата рада одговарајућих тела Савета Европе и њиховог искуства у међународној сарадњи у борби против допинга;
  - iv. повећа ресурсе Мониторинг групе која је установљена на основу Анти-допинг конвенције, ради побољшања њених резултата;
  - v. подстакне неколицину преосталих земаља чланица (Савета Европе) које нису потписале Конвенцију да то учине у што краћем року и по могућности позове друге државе у свету да јој приступе;
  - vi. затражи од држава чланица и, где је то одговарајуће, спортских организација да:
    - a. обезбеде да спортисти, тренери и друге особе за које је установљено да су криви за преступе у вези са допингом (прописивање, снабдевање, нуђење или примена забрањених допинг супстанци спортистима, стварање услова за њихово коришћење или охрабривање на било који начин

спортиста да их користе) буду ефективно кажњени;

b. побољшају заштиту младих спортиста како не би били довођени у искушење допинга, посебно пружајући им одговарајуће информације о негативним последицама допинга на њихово здравље;

c. се према промету допинг супстанци односе на исти начин као према промету дроге и предузму све мере како би међународне организације које се боре против промета дроге у делокруг свог рада уврстиле и борбу против допинга.

Текст је у име Скупштине усвојио Стални комитет, 17. маја 2000. године.

ПРЕПОРУКА О МЕРАМА ЗА ОГРАНИЧАВАЊЕ ДОСТУПНОСТИ АНАБОЛИЧКИХ СТЕРОИДА (94/2)

Група за праћење примене Анти-допинг конвенције, на основу члана 11.1.д. Конвенције,

С обзиром на члан 4.1 Конвенције који прописује да ће «Стране донети, тамо где је то одговарајуће, законске прописе, правила или административне мере у циљу ограничавања доступности (укључујући одредбе о контроли промета, поседовања, увоза, дистрибуције и продаје) као и коришћења у спорту забрањених допинг супстанци и метода, а посебно анаболичких стероида»;

Забринути због широко раширене злоупотребе анаболичких--/андрогеничних стероида у скоро свим спортовима и на свим нивоима бављења спортом, у свим добима спортиста;

Подједнако забринути због још раширеније злоупотребе стероида у пара-спортским круговима и фитнес центрима зарад циљева који не морају нужно бити у вези са постизањем спортских резултата;

Полазећи од чињенице да таква злоупотреба представља изазов не само спортској етици већ и општем здрављу;

Схватајући да недопуштена дистрибуција анаболичких/андрогених стероида постаје све масовнија појава, што многе младе људе ставља у ризик и повећава штетне физиолошке и психолошке последице које су пратећа појава злоупотребе стероида;

Уверени у неопходност међународне сарадње у циљу смањивања злоупотребе стероида и недозвољене трговине њима;

Имајући на уму већ усвојене или предложене за усвајање прописе у странама потписницама Анти-допинг конвенције и другим државама за које је Конвенција од значаја,

Предлаже странама:

(i) да обезбеде, тамо где такав оквир већ не постоји, ефикасну законодавну контролу набавке и промета анаболичких/андрогених стероида;

(ii) да осигурају да та контрола обухвати неовлашћену производњу, увоз или извоз, дистрибуцију, трговину или промет производима који садрже наведене састојке; контрола такође треба да садржи одговарајуће одредбе против неовлашћеног поседовања;

(iii) да осигурају одговарајући распон казни за наведена дела, имајући на уму природу и обим инкриминисане радње;

(iv) да осигурају да се такве контроле и казне односе и на стероиде намењене за примену у ветеринарству, а који се примењују или се намеравају применити на човека;

(v) да размотре могућност да се овлашћени произвођачи, дистрибутери, лекари, фармацеути и ветеринари обавежу на вођење одговарајућих података о количинама и промету стероида.

ПРЕПОРУКА О ЗАЈЕДНИЧКИМ ОСНОВНИМ ПРИНЦИПИМА ЗА НАЦИОНАЛНА ЗАКОНОДАВСТВА У ЦИЉУ СУЗБИЈАЊА ПРОМЕТА ДОПИНГ СРЕДСТАВА (2000/16)

(Усвојена од стране Комитета министара, 13. септембра 2000. године на 72. састанку заменика министара)

Комитет министара, на основу члана 15. б Статута Савета Европе,

Имајући у виду Резолуцију о «борби против допинга» усвојену на 9. конференцији европских министара спорта у Братислави, маја 2000. године,

Узимајући у обзир да члан 4. Анти-допинг конвенције (ETC 135) прописује да ће «Стране донети, тамо где је то одговарајуће, законске прописе, правила или административне мере у циљу ограничавања доступности (укључујући одредбе о контроли промета, поседовања, увоза, дистрибуције и продаје) као и коришћења у спорту забрањених допинг супстанци и метода, а посебно анаболичких стероида»;

Имајући на уму да је, с обзиром на наведени члан, Мониторинг група усвојила Препоруку (бр. 2/94) о мерама за ограничавање доступности анаболичких стероида, која је утицала на одговарајуће области законодавстава више земаља,

С обзиром да су догађаји током последњих година показали да се промет и коришћење допинг супстанци не ограничава на анаболичке стероиде, већ обухвата и друге супстанце као што су еритропоетин и хормони раста;

С обзиром да је одлучујући фактор у борби против допинга политичка воља власти да усвоје и у пракси спроведу одговарајуће законске норме којима се идентификују одговорни, посебно они који контролишу мреже производње и дистрибуције допинг супстанци, и да се тај задатак, који превазилази оквир надлежности министара спорта, такође тиче полиције, царине и других органа власти;

Свесни да су владе одговорне за доношење нормативних аката који ће хармонизовати рад одговарајућих органа у складу са националним позитивним прописима о допингу као и поседовању и промету допинг средстава;

Прихватајући чињеницу да законске мере морају бити ефективно координисане;

Имајући у виду Студију Clearing House-а о законодавству и прописима о допингу у 42 државе,

Узимајући у обзир чињеницу да је неефикасност борбе против добављача забрањених супстанци делимично последица недостатка међународне координације на том пољу;

Стојећи на становишту да Анти-допинг конвенција и пратеће препоруке (посебно Препорука бр. 2/94 о мерама за ограничавање доступа анаболичким стероидима) представљају заједнички оквир за усвајање и стандардизацију националних законских прописа о производњи, промету и поседовању допинг супстанци,

1. Препоручује да владе земаља чланица:

А) Потпишу и/или ратификују Анти-допинг конвенцију (ETC 135) уколико то већ нису учиниле;

Б) У примени Конвенције, усвоје одговарајуће законске прописе и/или ефективно примене постојеће прописе у циљу идентификације и санкционисања (укључујући и изрицање казни затвора) појединаца и правних лица укључених у производњу, транспорт, увоз, извоз, складиштење, нуђење, снабдевање или било који други облик промета допинг средстава. Такви прописи треба да се заснивају на принципима наведеним у прилогу ове препоруке.

2. Налаже генералном секретару да скрене пажњу државама које су стране у Конвенцији и посматрачима које нису чланице Савета Европе на Препоруку.

ПРИЛОГ ПРЕПОРУЦИ (2000)16

Заједнички основни принципи

Треба користити приступ који примењују закони којим се сузбијају тешке дроге. Владе треба да осигурају, у оквиру граница правног система и система власти сваке од земаља, да се за сузбијање производње, транспорта, увоза, извоза, складиштења, нуђења, снабдевања или било ког другог облика промета допинг средстава користе најпримеренија и најефикаснија средства. У том циљу, државе треба да преиспитају своје позитивне прописе одговарајуће врсте, као што су:

- кривични закони;
- закони и прописи о фармацеутским производима и лековима;
- царински закони и прописи;
- норматива о заштити здравља;
- норматива о заштити деце;
- закони који се тичу стручњака (посебно лекара, ветеринара, фармацеута и лабораната);
- све друге релевантне правне акте...

Норматива такође треба да обухвати дела преписивања (у смислу одређивања терапије), набављања, нуђења и примене забрањених допинг средстава спортистима, стварања услова за коришћење тих средстава и подстицања спортиста на било који начин да их користе. То се може постићи националним спортским законодавством или одговарајућим алтернативним режимом управљања спортом на националном нивоу који укључује обавезујуће анти-допинг одредбе.

3. Постоји низ посебних тема и проблема које се морају обрадити од стране влада приликом вршења њихових овлашћења:

а. У случајевима допинга или примене допинг средстава ван спорта код малолетника, а у циљу њихове боље заштите, постоји потреба за оштријим санкцијама за оне који преписују, снабдевају, нуде или примењују наведена средства.

б. Усвајање такве нормативе захтева заједничку дефиницију допинг (и пратећих) средстава. У светлу хармонизације нормативних мера на том пољу, све дефиниције треба да се заснивају на дефиницијама усвојеним од стране Групе за праћење (Monitoring Group) и наведеним у прилогу Анти-допинг конвенције.

ц. Побољшање информисаности о лековима и њиховим допинг ефектима је следећи значајан чинилац. На бочицама би требало штампати стандардизовано упозорење. Такође је потребно да се пропише обавеза назначавања свих састојака хране, дијететских производа, витамина и сл. на паковању. Таква информација посебно треба да садржи податке о томе да ли такозвани дијететски додатак садржи допинг супстанцу или њен основни састојак (на пример стероид и/или његов састојак). Треба обратити пажњу и на чињеницу набавке трговином преко Интернета.

д. Националном нормативом треба омогућити заплену и конфискацију забрањених супстанци и обратити пажњу на прање новца.
е. Било би упутно омогућити примену прописа и управних мера за сузбијање прања новца који потиче од трговине дрогом на профит остварен трговином допинг средствима.
ф. Требало би усвојити додатне законске и управне мере у циљу координације активности полиције, царине и судова.
г. Треба установити систем за размену информација о промету и онима који се баве прометом допинг средстава. Такав систем могао би функционисати између земаља на билатералној основи или уз коришћење већ постојећих међународних организација.
х. У циљу повећавања ефективности међународних мера, треба предузети кораке у циљу компатибилности полицијских и царинских управних поступака у земљама странама у Конвенцији. Треба такође подстицати међународну свест и сарадњу у међународним полицијским и царинским органима и организацијама као што су Светска царинска организација и Интерпол.
и. С обзиром да хемијска сложеност допинг средстава не дозвољава увек могућност да та средства буду откривена од стране полицијских или царинских органа, раднике полиције и царине треба на одговарајући начин посебно обучавати за њихово откривање.

Dr Nenad Djurdjevic,
a full-time professor

ACTIVITIES OF THE COUNCIL OF EUROPE ON PREVENTING DOPING IN SPORT

Contemporary sport, not only professional but recreational sport as well, is significantly burdened by the problem of using unallowed means in order to enhance sporting abilities of the athletes. The first serious attempts to define doping on international level were made by The Council of Europe in 1963 by establishing the definition of doping. Since then, the term doping has considerably changed but The Council of Europe has given a decisive contribution to intensify the fight against doping in sport, especially in the late twenties of the last century and in the beginning of this century. European Convention on preventing doping in sport, Additional Protocol along with The Convention, numerous recommendations of the Group for the following of the

Convention are only some of the measures taken by The Council of Europe in the last twenty years in order to prevent doping in sport.

Anti-doping Convention of The Council of Europe, which entered into force on 1 March 1990 and ratified in 1991 by SFRY, is, at the moment, the only obliging instrument against doping on international level. It is an expression of political will of the signatory countries to decisively and actively fight against doping in sport. The main aim of the Convention is to provoke harmonizing of the measures against doping in sport on national and international level. It does not make the demand on signatory countries to adopt the unique model of fighting against doping, but it determines a number of common norms and rules which oblige the signatory countries to take legislative, financial, technical and other measures for preventing doping in sport.

The Republic of Serbia adjusted its legislature according to the Anti-doping Convention of The Council of Europe in the end of 2005 by passing the Law on Preventing Doping in Sport. The Law very explicitly determines that the rules on doping control and the List of forbidden doping preparations shall be in accordance with the rules set by the European Convention on preventing doping in sport.

Др Емилија Станковић,
ванредни професор

UDK: 378.4(497.11):378(4)

ЗАКОН О ВИСОКОМ ОБРАЗОВАЊУ И ЕВРОПСКИ ОБРАЗОВНИ ПРОСТОР

Потписивањем Болоњске декларације у септембру 2003. године наша земља се придружила групи европских земаља које су се обавезале на координирање својих политика у области високог образовања, како би до 2010. године била успостављена Европска зона високог образовања, уз очување културних, језичких и националних специфичности сваке земље.

Као примарне циљеве – обавезе у овом процесу Болоњска декларација утврђује следеће:

- Успостављање система упоредивих и лако разумљивих академских звања, укључујући имплементацију додатка дипломи;
- Усвајање тростепеног система студија;
- Успостављање система кредита (бодова) као средства за унапређење слободног кретања студената унутар овог простора, превазилажење препрека за ефективну примену мобилности студената, наставника, сарадника и особља високошколских установа, као и унапређење европске сарадње у области квалитета образовања.

Закон о високом образовању који је 10. септембра ступио на снагу, у потпуности имплементира Болоњску декларацију. Ово је модеран системски закон који мења целокупни систем образовања. Он представља праву реформу.

Глава I Закона садржи основне одредбе, које одређују предмет закона и дефинишу делатност високог образовања, као и циљеве и принципе високог образовања. Такође је утврђено право на високо образовање.

Делатност високог образовања третира се као делатност од посебног значаја за Републику, при чему је истовремено саставни део међународног, а посебно европског образовног, научног, односно уметничког простора.

При утврђивању циљева и принципа високог образовања примењена су начела основних европских докумената из области високог образовања.

Глава II Закона садржи одредбе које регулишу институт обезбеђивања квалитета високог образовања.

Национални савет за високо образовање, као високо стручно тело има главну улогу у процесу обезбеђивања квалитета. Чланове овог тела бира и разрешава Народна скупштина по тачно утврђеној процедури. Овакво решење даје Националном савету самосталност у раду као и одвојеност од органа извршне и управне власти. Ово тело креира политику у области високог образовања, што је и разумљиво, када се зна да је састављено од најкомпетентнијх стручњака бираних по веома строгој и тачно одређеној процедури. Национални савет утврђује стандарде и процедуре, који с једне стране, гарантују одговарајући ниво квалитета у домену високог образовања, а с друге стране, треба да послуже као средство поређења домаћих установа и система студија са установама и системима студија у европском простору високог образовања. Да би тај циљ био остварен надлежност Националног савета је прецизно регулисана чланом 11. Закона о високом образовању.

Комисија за акредитацију и проверу квалитета је радно тело Националног савета. Образује се да за обављање послова акредитације, провере квалитета високошколских установа и вредновања квалитета студијских програма. Комисија је самостална у свом раду и функционише по принципу стручности. Осим спровођења поступка акредитације, као и издавања уверења о акредитацији ова Комисија има веома сложен и одговоран посао предлагања стандарда и поступака које утврђује Национални савет. Надлежност Комисије је предвиђена чланом 14. Закона.

Провера испуњења обавеза самосталне високошколске установе и високошколске јединице у њеном саставу у погледу квалитета, врши се у складу са правилником, који на предлог Националног савета доноси министар, надлежан за послове високог образовања.

Конференција универзитета и Конференција академија струковних студија образују се као тела која имају улогу у координирању рада, утврђивању заједничке политике и остваривању заједничких интереса високошколских установа у њиховом саставу. Ове конференције у ствари имају улогу партнера Националног савета, односно министарства надлежног за послове високог образовања у случајевима када ова тела разматрају питања значајна за обављање делатности одговарајућих високошколских установа.

Студентске конференције су облик повезивања студената. Преко њих се обезбеђује институционални оквир за остваривање улоге студената као партнера у процесу високог образовања, што је такође принцип Болоњске декларације. Закон предвиђа да представници студентских конференција могу учествовати у раду Националног савета када се разматрају питања везана за квалитет високог образовања.

Министарству је дата улога споне између академске заједнице, коју представља Национални савет и других државних органа који су надлежни

за креирање и спровођење политике високог образовања. Управни надзор над радом високошколских установа је такође поверен министарству.

Глава III закона уређује материју студија и студијских програма. Постоје две врсте студија: академске и струковне. Академске студије оспособљавају студенте за примену и развој научних, стручних и уметничких достигнућа док струковне студије дају студентима одређена практична знања чиме их оспособљавају за брже и лакше укључивање у радни процес.

Према нивоу студија постоје: студије првог степена, и то основне академске студије и основне струковне студије. Студије другог степена су: дипломске академске студије-master, специјалистичке струковне студије и специјалистичке академске студије. Студије трећег степена су докторске академске студије.

Обим студија изражава се збиром ЕСПБ бодова, при чему збир од 60 ЕСПБ бодова одговара просечном укупном ангажовању студента у обиму 40-часовне радне недеље током једне школске године. Полазећи од овога утврђен је обим свих врста и нивоа студија. Уколико студент одлази да настави студије на другом студијском програму, остварени број ЕСПБ бодова преноси се на тај програм, а у складу са општим актом самосталне високошколске установе, односно у складу са споразумом високошколских установа.

Посебном одредбом регулисано је стицање заједничке дипломе. На овај начин се уводи могућност да студијски програм организују и изводе две или више домаћих, односно домаћих и страних високошколских установа. Ова могућност даје правни основ за значајније интегрисање студија како унутар граница земље, тако и ван граница наше земље.

Студијски програми се остварују се остварују у оквиру образовно-научних, односно образовно-уметничких поља. Та поља су таксативно набројана: природно-математичке науке, друштвено-хуманистичке науке, медицинске науке, техничко-технолошке науке и уметност. Одговарајуће научне, уметничке и стручне области у оквиру поља утврђује Национални савет а на предлог Конференције универзитета и Конференције академија струковних студија.

Глава IV закона садржи одредбе које регулишу високошколске установе. Делатност високог образовања обављају следеће установе: универзитет, факултет, односно уметничка академија у саставу универзитета, академија струковних студија, висока школа и висока школа струковних студија. При чему су самосталне високошколске установе: универзитет, академија струковних студија, висока школа и висока школа струковних студија.

Самостална високошколска установа оснива високошколске јединице као облике унутрашње организације. Факултет и уметничка академија могу се оснивати као високошколске установе универзитета, при чему могу имати својство правног лица уколико остварују најмање три одобрена односно акредитована студијска програма. Статути високошколских јединица морају бити у складу са статутом самосталне високошколске установе.

Закон промовише концепт интегрисаног универзитета, што значи да је универзитет, а не његове организационе јединице, носилац активности у обављању делатности високог образовања. Сваки универзитет има пуну слободу уређења унутрашње организације. Чланом 48 таксативно су набројани послови који су у искључивој надлежности универзитета.

Ради спречавања злоупотреба назива установа које обављају делатност високог образовања предвиђено је да назив: универзитет, факултет, уметничка академија, академија струковних студија, висока школа и висока школа струковних студија у правном промету могу користити само високошколске установе које имају дозволу за рад.

Глава V закона одређује појам научноистраживачког и уметничког рада, као и његове функције на универзитету. Дата је могућност комерцијализације резултата овог рада оснивањем посебних високошколских јединица у складу са законом.

Глава VI закона прописује органе високошколске установе. Они су: орган управљања, орган пословођења, стручни органи и студентски парламент. Орган управљања је савет, који има најмање 17 чланова, изабраних тј именованих из реда представника установе, студената, као и оснивача. Мандат чланова савета траје три године.

Орган пословођења универзитета је ректор, факултета декан, академије струковних студија председник, а високе школе и високе школе струковних студија директор. Орган пословођења бира савет високошколске установе из реда наставника који су са високошколском установом засновали радни однос на неодређено време са пуним радним временом. Мандат органа пословођења је три године, а исто лице на ову дужност може бити изабрано још једанпут.

Стручни орган универзитета је сенат, а стручни орган факултета, односно уметничке академије је наставно-научно, односно наставно-уметничко веће.

Закон не ограничава број стручних органа високошколске установе већ регулисање овог питања препушта статуту, при чему је обавезна заступљеност студената у расправљању и одлучивању о питањима везаним за осигурање квалитета наставе, реформама студијских програма, анализу ефикасности студирања као и утврђивању ЕПСБ бодова. У овим

случајевима студенти су заступљени до 20% од укупног броја чланова стручног органа високошколске установе, односно 20% од укупног броја чланова посебних тела стручних органа.

Студентски парламент је орган састављен од представника студената високошколске установе, односно високошколске јединице, уписаних на студије у школској години у којој се бира студентски парламент. Мандат чланова студентског парламента је годину дана.

Глава VII закона уређује материју која регулише финансирање високошколских установа чији је оснивач Република. Законска регулатива ове области је одговор на промене које су настале, а везане су за статус субјеката високог образовања, као и значења термина "студент". Све више пажње се поклања добром управљању у погледу стратешких намера, као и потребе другачијег дефинисања циљева, начина употребе финансијских ресурса, другачијег начина организовања као и рационализације високошколске мреже.

Како су захтеви за финансијским средствима по правилу већи од извора, тј потребе превазилазе тренутне могућности друштва да их задовољи, приступа се селективном покривању трошкова. Наравно да се приступа озбиљном тражењу начина за ефикаснијим коришћењем сопствених људских и материјалних могућности.

Глава VIII закона прописује звања као и услове за избор у одређено звање наставника и сарадника. Звања наставника су: предавач, професор струковних студија, доцент, ванредни професор и редовни професор. Наставници у звању предавача или професора струковних студија могу изводити наставу само на струковним студијама. Самостална високошколска установа има могућност да својим општим актом утврди и друга звања наставника у складу са врстом студија за коју је акредитована. Наставници изабрани у звања доцента, ванредног и редовног професора могу изводити наставу на свим врстама студија.

Избор у звање и закључење уговора о раду врши високошколска установа, у складу са актом самосталне високошколске установе којим се уређује начин и поступак заснивања радног односа и стицања звања наставника.

Постоје и звања наставника чије стицање није условљено заснивањем радног односа са високошколском установом. То су гостујући професор и професор емеритус. Са лицем изабраним у неко од ових звања високошколска установа закључује уговор о ангажовању за извођење наставе, а тим истим уговором се уређују и међусобна права и обавезе.

Звања сарадника су: сарадник у настави и асистент, а за студијске програме страних језика: лектор и виши лектор. Постоји и могућност да се општим актом високошколске установе утврде и друга звања сарадника.

Звање сарадника у настави може да стекне студент дипломских академских студија или специјалистичких студија, који је студије првог степена завршио са укупном просечном оценом најмање осам (8). Са сарадником у настави уговор о раду се закључује на годину дана, уз могућност продужења уговора за још једну годину у току трајања студија, а најдуже до краја школске године у којој завршава студије. Ово звање је уведено са циљем да се што већем броју студената специјалистичких студија да могућност провере својих наставничких способности и самим тим одабиру најбољих.

У звање асистента бирају се студенти докторских студија који су претходни ниво студија завршили са просечном оценом, најмање осам (8),а показују смисао за наставни рад.

Глава IX закона уређује права и обавезе запослених на високошколској установи, а посебно право наставника и сарадника на радно ангажовање на другим високошколским установама, као и право пензионисаног наставника да задржи звање које је имао у тренутку пензионисања и преузете обавезе на магистарским и докторским студијама. Предвиђено је да ради спречавања сукоба интереса наставник може бити радно ангажован на другој високошколској установи тек уз сагласност наставно-научног већа високошколске установе на којој је у радном односу. Пензионисани наставник може још две године на основу одлуке стручног органа изводити наставу на докторским студијама, као и да буде члан одговарајућих комисија у поступку израде и одбране завршних радова.

Глава X закона бави се питањем режима студија. У њој је дат правни оквир за детаљно уређивање ове материје општим актом високошколске установе.

Глава XI закона уређује материју која се односи на статус студената, како на стицање и престанак овог статуса, тако и на правила студирања. Статус студента стиче се уписом на акредитовани студијски програм. Кандидати полажу пријемни испит сем у случајевима када имају положену општу матуру.

Обавеза студената финансираних из буџета да у току школске године у оквиру уписаног студијског програма, оствари 60 ЕСПБ бодова. Ако не испуни ову обавезу студент наставља студије финансирајући се сам. Уколико студент који се сам финансира оствари у току године 60 ЕСПБ бодова, може наставити студије на терет буџета уз испуњење додатних критерија које прописује високошколска установа. Ово из разлога што се број овако финансираних студената може повећати највише 20% од броја студената који су у том статусу уписани претходне године.

Студент полаже испит непосредно по окончању наставе из одговарајућег предмета. Уколико студент не положи испит има право да испит полаже још два пута у току исте школске године. Испитни рокови су: јануарски, априлски, јунски, септембарски и октобарски.

Лице које заврши студије одређеног нивоа и врсте, стиче одговарајући стручни, академски односно научни назив. Стручни назив се добија након основних и специјалистичких студија, академски назив је исход академских дипломских студија, а научни назив је исход докторских студија. Листу звања из одговарајућих области, као и скраћенице стручних, академских и научних назива утврђује Национални савет, на предлог Конференције универзитета, односно Конференције академија струковних студија.

Глава XII закона уређује могућност високошколске установе да ван оквира студијских програма реализује и програме образовања током читавог живота. Остављено је да се општим актом високошколске установе ближе уреди поступак и начин реализовања програм образовања током читавог живота.

Глава XIII закона уређује вођење евиденције. Прописује се коју врсту евиденције је дужна да води високошколска установа, начин вођења евиденције,језик на коме се евиденција води. Министар прописује садржај и начин вођења евиденције,као и за које потребе се евиденција води и користи. У складу са стандардима европског образовног простора у области високог образовања као и преузетим обавезама након потписивања Болоњске декларације,прописано је да се уз диплому издаје и додатак дипломи, као и да се диплома и додатак дипломи издају и на енглеском језику.

Глава XIV закона регулише поступак признавања страних високошколских исправа у сврху даљег школовања као и у сврху запошљавања. Тај поступак поверен је високошколској установи ,а уређен је општим актом установе. У поступку вредновања ради признавања домаће високошколске исправе у иностранству, податке о самосталној високошколској установи која је исправу издала, као и о систему образовања даје министарство надлежно за послове високог образовања.

Глава XV закона бави се управним надзором,који је поверен министарству надлежном за област високог образовања. Дакле управни надзор над радом високошколских установа врши министарство. Инспекцијски надзор врше инспектори, при чему је утврђено која су овлашћења инспектора као и питање ко може бити инспектор.

Глава XVI закона прописује новчане износе казни за високошколску установу,као и за одговорно лице у њој у случају учињеног прекршаја.

Глава XVII закона утврђује чињеницу да одређене послове на територији Аутономне покрајине Војводине, као поверене, обављају надлежни покрајински органи.

Глава XVIII закона говори о високошколским установама чији је оснивач Република а налазе се на територији Аутономне покрајине Косово и Метохија. Због успостављеног привременог правног система на овом делу територије, Влада има права и обавезе оснивача, до престанка функционисања привременог правног система успостављеног на основу Резолуције Савета безбедности Уједињених нација бр. 1244.

Главу XIX чине прелазне и завршне одредбе у којима су прописани рокови за усаглашавање са одредбама овог закона,као и престанка важења досадашњих прописа.

Као потписници Болоњске декларације обавезали смо се да до 2010. године извршимо њену потпуну имплементацију и тиме постанемо део европског простора за високо образовање. Наравно, тешкоће у примени ће бити део свакодневнице, што треба схватити као нормалну пропратну појаву сасвим новог система високошколског образовања.

Уосталом, примери земаља из окружења (бивших република СФРЈ), које су пре нас донеле законе, потврђују ову тезу. На пример, Хрватска је већ пет пута изменама и допунама мењала и "поправљала" текст Закона.

Dr Emilija Stanković,
an associate professor

THE LAW ON UNIVERSITY EDUCATION AND THE EUROPEAN EDUCATIONAL SPACE

By signing the Bologna Declaration in September 2003, our country joined the group of European countries which obliged themselves to coordinate their policies in the area of university education so that the European zone of university education could be established by 2010, with preservation of cultural, language and national characteristics of each country.

As primary goals-obligations in the process, the Bologna Declaration defines the following:

- Establishment of the systems of comparable and easily comprehensible academic titles, including implementation of the appendices to the degree;
- Adoption of three-level studies;
- Establishing of the credit (point) system as means to improve free movement of the students within this space, overcoming the obstacles for effective implementation of mobility of students, teachers, associates, and staff of universities, as well as the improvement of European cooperation in the area of quality of education.

The Law on University Education, which entered into force on 10 September, completely implements the Bologna Declaration. It is a modern system law which changes overall system of education. It represents a true reform.

Др Свето Пурић
редовни професор

UDK: 339.76

РИЗИЦИ НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ И ПРОЦЕС ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ

У пракси је веома тешко предвидети којим ће се темпом и у ком облику повећавати снабдевање новцем, поготову ако ту постоји пораст банкарске ликвидности. Разлози за ову немогућност прецизне процене лежи у томе што различите банке могу одабрати различите стопе ликвидности. Уз то, клијенти не морају узети све понуђене кредите, па неће бити јединствене стопе ликвидности. Овоме треба додати да и део кеша отиче из банака, јер се налази код становништва.

Насупрот економистима који су тврдили да је снабдевање новцем независно од висине каматних стопа у пракси се дешава да пораст тражње за новцем прати раст каматних стопа, што доводи до повећања снабдевености новцем.

И поред бројних мера и инструмената који јој стоје на располагању, монетарна политика није увек прецизно средство контроле нагомилане тражње. Ова контрола слаби кад је далеко од очекивања фирми и потрошача, или пак кад је примењена прекасно. Ако монетарна политика делује довољно чврсто и кохерентно - требало би да буде у стању да смањи нагомилану тражњу. Међутим, експанзивна монетарна политика има такође своје слабости. Ако је економија у рецесији, није битно колике су каматне стопе, људи неће желети да позајмљују у таквим околностима.

Контрола каматних стопа, као најчешћи метод монетарне политике у претходним годинама, не даје увек исте резултате. Више каматне стопе смањују тражњу за новцем, али смањују и понуду. Са нееластичном тражњом за зајмовима, каматне стопе могу расти до врло високог нивоа да би се на тај начин смањио монетарни раст. Контрола нагомилане тражње преко каматних стопа - отежана је због флуктуације у тражњи за новцем, због могућих спекулација које се појављују кад се мењају каматне стопе, берзанске стопе и ниво инфлације.

И поред тога, промене каматних стопа и њихова контрола је начин да се брзо одговори на прогнозе у привредним кретањима и упути сигнал тржиштима да ће, као што је то случај у Великој Британији или еуро зони, инфлација бити држана под контролом у строго планираним оквирима.

Израз тржиште новца, мада уобичајен није најпрецизнији. Јер, на тржиштима новца се не тргује готовим новцем у класичном смислу. Међутим, хартије од вредности којима се тргује су краткорочне и високо

ликвидне па се у ширем смислу уклапају у дефиницију новца. Хартије од вредности су обично високе деноминације и скоро да не постоји **ризик неизвршења**. Гаранције на тржиштима новца доспевају за једну годину или мање, рачунајући од датума њиховог емитовања.

велика тржишта новца имају карактеристике велепродајних тржишта, јер се већина трансакција исказује у великим износима, обично преко милион долара. Величина ових трансакција спречава многе мале индивидуалне инвеститоре да учествују на овим грандиозним тржиштима. Уместо тога, дилери и брокери спајају комитенте, обављајући трговину у просторијама великих банака или брокерских кућа. Ови трговци купују или продају 50 или 100 милиона долара у секундама.

Улагачи у тржиште новца обично не рачунају на високе приносе од уложених средстава. Они користе тржиште новца као привремену инвестицију која обезбеђује виши принос него да држе готовину, ако сматрају да нису погодни услови за куповину додатних акција или су пак каматне стопе ниске тако да не желе да купују обвезнице.

Менаџери инвестиционих фондова често држе одређена средства на тржиштима новца тако да могу да искористе предност сваке инвестиционе шансе коју идентификују. Поред тога, већина инвестиционих средстава и финансијских посредника, као што су банке, штедионице и кредитне задруге - држе хартије од вредности на тржишту новца да би покрили инвестиције или одливе депозита.

Држање вишка средстава - неупослено, никада се не исплати, тим пре што готовинска салда не зарађују приход за власнике. Неупослена готовина представља "**трошак опортунитета**", јер се губи могућност камата.

Ризици и управљање ризицима

Под ризицима се обично подразумевају ванредни догађаји услед којих може доћи до економски штетних последица за поједине инвеститоре, банке, фирме, односно особе. Може се, такође, речи да ризици представљају несигурности, које као резултат имају негативан утицај на рентабилност или могу одвести у губитак..

Ризици са којима се сусрећу традиционалне компаније јако су разноврсни. Крећу се од ризика везаних за само пословање као што су разни видови неплаћања, закаснеле испоруке или преваре, па до ризика везаних за физичко оштећење личних добара или имовине фирме - пожари, крађе, ратови или неке природне непогоде као што су поплаве, олује, земљотреси и сл. Различити ризици захтевају пажљиво теоријско дефинисање, да би послужило као основа за квантитативно мерење и исказивање ризика - како би се њиме успешније управљало.

Свест о постојању бројних ризика, као и неопходност човековог деловања у вези са њима, срећемо кроз целу људску историју. За то има примера из праксе древних кинеских трговаца, још из периода и од пре три - четири хиљаде година. Они су робу коју је требало транспортовати реком преко јако опасних места - делили на неколико чамаца, како сва роба не би била изложена истој опасности, тј. ризику.

Сигурност је, међутим, један од најважнијих захтева електронског банкарства, ако не и најважнији. Истраживања показују да код пословања и мобилног банкарства, као и код он-лине банкарства, корисници имају мало поверења у безбедност апликација. Највећи број испитаника се плаши да шаље своје поверљиве податке путем мреже, а такође велики број брине за безбедност трансакција. Мобилно банкарство и трговина су рањивији од осталих система комуникација и често се налазе на мети хакера. Када подаци пролазе кроз мобилно окружење већина провајдера и институција нуди веома слабу заштиту. Мере безбедности се, углавном, своде на оне које пружа провајдер мобилне телефоније. Зато се ризици морају упоредити са користима фирме, а банке морају бити у стању да управљају ризиком, да га контролишу и да, евентуално, апсорбују и надокнаде губитке.

Пословни људи су данас свесни да се у новонасталим тржишним економијама (земље у транзицији) јавља велики број обећавајућих прилика за профитабилно инвестирање. Међутим, несигурна политичка ситуација и неповољна пословна политика појединих земаља често обесхрабрује инвестиције. Као резултат тога, већина страних директних инвестиција - кључних фактура економског раста - одлази у мањи број проверених региона и тзв. "сигурних" земаља.

Јасно је да се компаније које послују у страним државама морају повиновати тамошњим законима, а политички ризик је најчешће последица промена државних закона и правне регулативе. Поред тога, политички нестабилна подручја (попут подручја Балкана током последњих ратних сукоба, надмашивале су жељу страних инвеститора за стицањем профита).

Честе измене пореза су велика опасност за стране инвеститоре и представљају најчешћи облик политичког ризика. Промене фискалне политике битно утичу на профит компаније, приходе или зараде запослених, па их се инвеститори веома плаше.

Видно ометање пословања је такође веома чест облик политичког ризика. Наиме, владе предлажу правну регулативу, односно **уредбе о контроли цена**, добијању дозвола и слично. Такав облик ометања пословања је прилично транспарентан. Међутим, постоје и много **суптилнији облици ометања који подразумевају разне лажне оптужбе против фирме слање инспекција, изнуђивање мита или друге бирократске препреке**. Такође, ометање може бити директно усмерено на

неку иностранy компанију, или пак на све, да би се фаворизовала домаћа производња. Тако домаће фирме често добијају кредите по много повољнијим условима од страних. **Ограничења се постављају и код деоница, дивиденди и висине каматних стопа. Од иностране фирме се може захтевати и да конвертује своја средства по крајње неповољном девизном курсу, и да остварену добит уложи у домаћу економију. Може се десити и да се продаја деоница иностраних компанија ограничи само на домаће компаније и појединце.**

Ризик безбедности јавља се у вези с контролом приступа поверљивим менаџмент и рачуноводственим системима банке, информацијама које она размењује с другим странама, а у **случају електронског новца, мерама које банка користи за сузбијање и откривање фалсификата.**

Контрола приступа банкарским системима постала је веома сложена, због све већих могућности савремених рачунара, географске дисперзије приступних тачака и коришћења различитих комуникационих путева, укључујући и јавне мреже какав је Интернет.

Важно је напоменути да пробојем обезбеђења код електронског новца, **могу да се путем преваре креирају лажне обавезе банке.** Код осталих облика електронског банкарства, неовлашћени приступ може довести до директних губитака, повећавања обавеза према клијентима или других проблема.

Читав низ специфичних проблема може настати и у вези с приступом и ауторизацијом. На пример, **неадекватна контрола може довести до успешних напада од стране хакера, који крстаре Интернетом**, и који могу приступити, користити и преправљати поверљиве информације о клијентима. У одсуству адекватне контроле, нека трећа страна може приступити рачунарском систему банке и у њега убацити **вирус.**1

Поред екстерних напада на систем електронског новца, **банке су изложене оперативном ризику и због могућности преваре од стране својих запослених.** Они могу тајно доћи до података потребних за ауторизацију, како би приступили рачунима клијената или могу украсти картице са ускладиштеном вредношћу. **Али и ненамерне грешке запослених, такође, могу компромитовати одређену банку**.

Једна од највећих брига надзорних органа јесте ризик од фалсификовања електронског новца, који је већи ако банке не спроведу адекватне мере за спречавање и откривање фалсификата. **Банке се суочавају са оперативним ризиком од фалсификовања,** али због тога не могу бити одговорне за износ фалсификованог електронског новца.

---

[1] Извор: Вирус је, у рачунарској терминологији врста програма који је способан да информацију сам умножава бесконачан број пута и преноси, без знања корисника са рачунара на рачунар.

Међутим, банке ће вероватно, због тога бити изложене додатним трошковима приликом "поправке" угроженог система.

Репутациони ризик обухвата активности које стварају негативан имиџ пословања банке у јавности. Овај ризик може да се појави ако активности које преузима банка, проузрокују губитак поверења јавности у способност банке да обавља функције које су од суштинског значаја за њено континуирано пословање. **Репутациони ризик може настати као реакција на акције које предузима сама банка или као реакција на акције треће стране.**

Репутациони ризик не мора бити изражен само у односу на неку појединачну банку већ и у односу на банкарски систем у целини. Ако, на пример, једна светски позната и активна банка претрпи значајније нарушавање репутације у вези са својим пословањем у области електронског новца, безбедност система које користе друге банке, такође, може бити доведен у питање. Таква ситуација може произвести системски поремећај банкарства у целини.

Системи електронског новца могу бити погодни за "прање новца" ако нуде релативно слободно формирање максималне вредности трансакција или максималног салда на рачуну или је код њих могућност праћења трансакција ограничена. **Примена закона о сузбијању прања новца може бити неадекватна за извесне облике електронског плаћања.** Због чињенице да се електронско банкарство може обављати са удаљености, банке могу да се суоче са повећаним тешкоћама у примени традиционалних метода за откривање и спречавање криминалних активности.

Банке које се баве активностима у вези с електронским новцем могу се суочити са правним ризиком у вези са пружањем података о клијентима и заштитом приватности. Клијенти који нису били адекватно информисани о својим правима и обавезама, могу повести парницу против неке банке. Уколико банка не обезбеди клијентима адекватну заштиту приватности, она, такође, може у неким земљама бити санкционисана.

Ризик ликвидности је она врста ризика која настаје услед немогућности банке да измири своје обавезе о року доспећа а да при том не претрпи знатније губитке, иако ће ова банка касније можда и бити у могућности да ове обавезе испуни. Ризик ликвидности може бити значајан код банака које су специјализоване за активности које су у вези с електронским новцем онда када оне нису у могућности да располажу адекватним средствима за покриће откупа и обрачуна потраживања. Ризик ликвидности односи се на вишеструке величине: немогућност прикупљања новчаних средстава по номиналној цени, ризик ликвидности тржишта, ризик ликвидности активе.

Ризик обезбеђивања средстава зависи од тога колико тржиште сматра да су емитент и његова политика обезбеђивања средстава ризични.

Институција која долази на тржиште са неочекиваним и честим потребама за новчаним средствима шаље негативне сигнале, који могу да ограниче вољу за давањем зајмова овој институцији.

Зајмодавци се устручавају да даље позајмљују институцијама у невољама, па огромна повлачења новчаних средстава или затварање кредитних линија од стране других институција, директни су исход таквих ситуација. Следи брутална криза ликвидности, која се може завршити банкротством. Ризик ликвидности, остаје главни проблем који тренутне технике не приказују у потпуности. **Пракса се ослања на емпиријска и стална посматрања ликвидности тржишта, па је потребно веће истраживање модела и побољшање праксе.**

Већина ставки билансног стања банака стварају приходе и трошкове којима управљају каматне стопе. Ако су каматне стопе нестабилне и зараде постају такве. Свако ко даје и прима зајам, подложан је ризику каматне стопе. Зајмодавац који има зараду са променљивом стопом - изложен је ризику да му приходи буду смањени опадањем каматне стопе. Зајмопрималац који плаћа по променљивој стопи, сноси веће трошкове, када се каматна стопа повећа.

Банке које послују са страним учесницима у електронском банкарству или активностима у вези с електронским новцем, подложне су ризику ако страни партнери постану неспособни да испуњавају своје обавезе због економских, социјалних или пак политичких фактора.

Под управљањем ризиком у електронском пословању, подразумева се следећи скуп активности:

1. Идентификација изложености ризику за све категорије средстава, уз процену потенцијалних губитака.

2. Процена ризика који обухвата процену и анализу губитака у прошлости, како би се проценила будућа дешавања.

3. Контрола ризика у смислу смањења или елиминисања ризика губитака, применом свих врста обезбеђења.

4. Финансирање ризика обезбеђењем резерви, укључујући и осигурање.

5. Развој административних техника и коришћење научних и стручних знања.

Ризик у електронском пословању и активности у вези с електронским пословањем, треба да се процењују у контексту свих осталих ризика. Зато треба очекивати да финансијске институције препознају ризике, да се са њима ухвате у коштац и да их отклоне на мудар начин, у складу са фундаменталним карактеристикама и изазовима све бројнијих и сложенијих електронских услуга.

"Након процене ризика и оквира толеранције, менаџмент треба да предузме кораке за управљање ризиком и његову контролу. Ова фаза процеса управљања ризиком - обухвата активности као што су

имплементација сигурносних политика и мера, координација интерне комуникације, процена и унапређење производа и услуга, примена мера за управљање и контролу ризика услед ослањања на спољне даваоце услуга, достављање извештаја клијентима и њихова едукација и развој резервних планова. Виши менаџмент треба да омогући да особље које је одговорно за примену ограничења ризика, има овлашћења - независно од пословне јединице која обавља електронско пословање. Институције повећавају своју способност да контролишу различите ризике и да управљају њима када су политике и процедуре изложене у форми писменог документа и достављене свим релевантним кадровима".2

Управљање кредитним ризиком треба да створи услов да институција покрива очекиване губитке из формираних резерви. Ако су губици по основу кредитног ризика већи од резерви, они би се покривали из акцијског капитала институције. У случају да губици буду још већи, тј. веома високи - институција не би могла да их покрије из средстава капитала.

У циљу заштите и управљања кредитним ризиком, менаџментска структура користи комбинацију различитих стратегија. Прво, врши се селекција кредитних захтева, уграђују се заштитне клаузуле у уговору, добијају се гаранције у односу на своја кредитна потраживања, примењује се систем лимита, врши се диверзификација кредитних актива. **Савремена организација управљања кредитним ризиком - спроводи се кроз све нивое институције.**

Тржишни ризици се односе на промене каматних стопа, девизних курсева и цене акција. У случају да на тржишту дође до пораста каматних стопа, банке и финансијске институције не могу у исто време да повећавају каматне стопе на кредите и депозите. Оне даље повлаче вредност обвезница које имају у својој активи и пасиви. Пад тржишних каматних стопа повећава тржишну вредност инвестиционог портфолиа, с тим да формирана премија представља нереалну добит. И обратно, пораст тржишних каматних стопа изазива пад вредности обвезница, што представља губитак. Од посебног значаја је дневна изложеност тржишном ризику.

Основна стратегија заштите од каматног ризика у електронском пословању састоји се у ревизији каматних стопа са унапред утврђеним временским интервалима, који обично износе 3 или 6 месеци. Зна се да дужници, ако се очекује пораст каматних стопа, желе фиксне каматне стопе, дуже рокове отплате и што вече износе кредита, а повериоци супротно. Зато се усвајају концепти варијабилних каматних стопа.

---

[2] Извор: Basle Committee on Banking Supervision, Risk management for Electronic Banking and Electronic Money Activates Basle, стр. 10-11, март 1998.

У процесима глобализације и либерализације, дошло је до пораста трансакција, не само по робном него, посебно уочљиво, по финансијском основу. Далеко највећи део укупних трансакција су токови капитала, убрзани великим технолошким прогресом и информатичком техником, што **повлачи и повећава бројне старе и нове ризике, али и креира модерне методе и технике заштите од ризика, посебно у електронском пословању и банкарству.**

Извесност неизвесне будућности

Најважније питање са којим се менаџмент сусреће у избору капиталних инвестиција јесте - које су све информације потребне да разјасне главне разлике међу различитим алтернативама? Уобичајено се узимају важни фактори, као што су тржиште, цене, трошкови и тд. Такође, израчунавање повраћаја инвестиције у будућности, може се свести на неколико метода, од којих било која може да се користи у датој компанији. Ако се испостави да су улазне варијабиле добро процењене и да су повољне било која од метода која се користи за процену инвестиције, требало би да обезбеди задовољавајући повраћај.

У пракси, пак, присутне су још увек конвенционалне методе процене - без прецизне анализе, што реално повећава несигурност. Несигурност која је укључена у сваку процену, може бити донекле ублажена, коришћењем научних знања о несигурности и максималном употребом информација приликом доношења одлука. Ипак, јасно је да се конвенционални приступ показао као непоуздан, чак и кад је употребљен за најбољу процену у једноставном статистичком израчунавању очекиваних вредности.

На другој страни, значај компјутерских програма у јасном калкулисању несигурности и ризика је доказан. Добри програми могу да произведу вредне информације о осетљивости могућих исхода. То може бити од велике важности за доношење одлука. Имати калкулацију шанси за све могуће исходе - даје извесну сигурност менаџерима, под условом да доступне информације максимално користи. Овај приступ има битну предност због своје једноставности. Он захтева само додатно уношење процена у различите могућности.

На крају, храброст да се гледа "смело у лице очигледне несигурности", може бити подржана прецизним приказом ризика и могућег добитка, али потребни су знатно већи напори од оних које улаже већина компанија у ово проучавање - приликом доношења одлука о капиталним инвестицијама.

Ризик и неизвесност су прецизније дефинисани симулацијом варијабилних вредности улагања. Људи из менаџмента почели су да усвајају ове процедуре за бројне, ако не и за све, значајније инвестиције - где год постоји сумња у погледу нивоа ризика. Досадашња истраживања показују да ће се позитиван исход инвестирања стабилизовати око

очекиване вредности, уколико се избор инвестиције врши на основу критеријума везаних за управљање ризиком.

Анализа ризика је временом постала блиско повезана са јавном политиком. Без ове анализе, незамислив је данас било какав важан избор. Анализом, правилно схваћеном и примењеном доносиоци одлука - извршни менаџери, валидни администратори, научници, правници, политичари, имају могућност да ваљано одлуче између више опција и они се све више користе њеним резултатима.

Узалудан је покушај елиминисања сваког ризика у предузећу или у јавним пословима. Ризик је нераздвојни пратилац и текућих подухвата и будућих очекивања. Будући економски развој може бити у једном делу дефинисан и као могућност преузимања већих ризика. Покушај елиминисања ризика, чак и покушај да се он учини што мањим, може да ризик учини нерешивим и неподношљивим питањем. Као резултат може да настане - највећи од свих ризика - ригидност.

Сасвим је јасно да је терминологија умањивања ризика и потцењивачки дух, тј. атмосфера против преузимања ризика, супротна интересима предузећа и јавног сектора. Ваља упозорити, међутим, да још постоји старо технократско становиште, тон и навике ранијих генерација, које гледају на привреду као на сферу физичке активности, а не као на израз одговорне и слободне креације.

Ово је недостатак поштовања за вредне резултате и допринос анализе ризика - што наука не сме себи да допусти и што ниједан научник не може да поднесе. Чак и најбољи рад добрих и озбиљних људи, а њих није мало међу образованим менаџерима, може да буде потцењен овим омаловажавајућим приступом.

Неизвесност је сасвим друга ствар. Ситуација је неизвесна када захтева активност за коју нам не помаже анализа ризика. Коцкар преузима ризик у игри "блек џек", када, знајући шансе, тражи другу карту. Он се, несигуран у погледу шанси и часности игре, налази у неизвесној ситуацији. Може да преузме акцију, али не може да процени ризик или добитак. Чак је и тада у ризичној ситуацији, јер има два избора - да тражи другу карту или да је не тражи.

Концепт ризика заснован је на неизвесности будућих резултата а познато је да већина инвеститора не воли неизвесност. Зато ће нормално захтевати веће стопе профита од пројеката који носе већи ризик. Приликом доношења одлука - не разматра се само ризик који носи појединачни пројекат, већ се анализира и проучава и са становишта - шта тај пројекат значи за фирму као целину.

Изузетно важно питање приликом доношења сваке финансијске одлуке јесте процена и управљање ризиком. На цену акција фирме - у великој мери утиче процена ризика који су инвеститори спремни да преузму. Компанија стално покушава да постигне равнотежу између профитабилности и ризика, да би задовољила оне који учествују у њеним пословима и да би постигла што већу добит за акционаре.

Тешкоћа није у проналажењу инвестиционих алтернатива већ у одређивању позиције конкретног пројекта на скали ризик - профит. Да ли би фирма више волела 20 процената потенцијалног профита за нови производ или сигурних 8 процената за проширење своје производне линије. На питање се може одговорити једино помоћу процене степена профитабилности и ризика за фирму и какав је став руководства и акционара према ризику.

Ризик се, са становишта управљања капиталом, може дефинисати и као неизвесност могућих резултата - који могу произићи из одређене инвестиције. Ако се средства уложе у обвезнице Владе САД са роком доспећа од 30 дана, резултат је познат и нема неизвесности. Ако се та иста средства уложе у истраживање рудника злата у најдивљијим деловима Африке, неизвесност ће бити велика а пројекат пун ризика.

Ризик се не мери само величином могућег губитка - већ и помоћу степена неизвесности.[3]

Не може да се каже да инвеститори или бизнисмени уопште не желе да предузму ризик, већ је тачније да они неће да захтевају већу очекивану вредност или профит за инвестиције по цену превеликог ризика.

У прогнозирању исхода одређене инвестиције приликом управљања капиталом, битно је узети у обзир и фактор време. Што је време дуже, мора се предвидети много више неизвесних ситуација. Узмимо тржиште нафте и нафтних деривата. Пад цене нафте смањио је тражњу за петролеумом и многи дилери су се нашли у озбиљним финансијским тешкоћама у раним 80-тим годинама прошлог века.

Насупрот томе, 90-тих година, углавном због ратних сукоба на Блиском и Средњем Истоку, дошло је до наглог и видног раста цене нафте. Произвођачи авиона и аутомобила су морали да ревидирају производне планове које су донели раније у условима стабилних цена енергената. Тако су се оријентисали више на оне моделе који троше мање овог - сада већ скупог погонског горива, а добра страна ове ситуације јесте што су почела убрзана, озбиљна научна истраживања алтернативних погонских горива, чија се масовнија употреба може очекивати већ наредних 10 до 15 година.

Имајући у виду претходно наведена поглавља, показали смо да је мегатренд глобализације подстакнут технолошким и економским динамичним развојем довео до промена у свим сегментима друштвеног живота. Посебно се то односи на сегмент економије. Глобално финансијско тржиште је један од најважнијих фактора у процесу глобализације. Чак се може утврдити да је процес глобализације почео са финансијским сектором

[3] Овде се користи термини неизвесност, не само у формалном смислу у коме се користи у теорији одлучивања већ и да означи да у оваквим случајевима нема довољно доказа за процену вероватног резултата.

у оквиру кога доминантно место заузимају финансијска тржишта која обезбеђују брже кретање међународног капитала, веће зараде, али и веће ризике.

У глобалној тржишној економији, међуповезаност се непрестано увећава: важност светске трговине наставља да расте; транснационалне компаније, чији обрт веома често превазилази бруто друштвених производа и по неколико мањих земаља, усмеравају своје пословање путем глобалних пословних стратегија; на светском финансијском тржишту свакога дана се обави промет од преко трилион долара, што је само мањи део од нивоа трансакција насталих трговином добрима; гледано кроз поље финансија ми већ живимо у *глобалном друштву*.

На крају се долази до општег закључка да усмеравање ка стратегији глобалног тржишта које тражи време, али и реално сагледавање позиција и могућности појединачних тржишта и корпорација,захтева припреме али и правовремено (брзо) реаговање на ризике и све промене у привредном окружењу. Истовремено, ово представља и *sine qua non* конкурентности модерних економија у свету,па самим тим и императив за нас како би смо повратили економску снагу и на тај начин обезбедили сигурнију и стабилнију будућност својој земљи и њеном народу.

Dr Sveto Puric,
a full-time professor

RISKS ON THE FINANCIAL MARKET AND GLOBALIZATION PROCESS

In global market economics, co-dependence of economies of certain countries has been constantly increasing. Transnational companies, whose trade often overcomes the sum of gross domestic products of several smaller countries, direct their business through global business strategies. On the world financial market, trade of over trillion dollars is made every day, which is only a smaller part of the level of transactions made by trading with goods. Considering the world of finance, we already live in a global society.

Globalization process necessarily brings certain negative issues with it. Firstly, it is the feeling of losing independence in market functioning, but also even broader issues, such as imposing some solutions at all costs by huge global markets. Is faster development of financial sector, which means more investments for small and insufficiently developed countries, enough to overcome its negative effects, is a question which every economy must answer for itself.

Др Нада Тодоровић,
доцент

UDK: 336.76

ХИПОТЕКАРНА ТРЖИШТА У ЗЕМЉАМА ТРАНЗИЦИЈЕ ИЗМЕЂУ РЕАЛНОСТИ И МОГУЋНОСТИ

1. Основне карактеристике хипотекарних тржишта

Низ источноевропских земаља у којима је социјалистички систем привређивања превазиђен, нашао се на путу транзиције, односно преласка на нови економски систем привређивања који је заснован на тржишним принципима и тржишном вредновању свих фактора производње.

На том путу стварања интегралног тржишта (тржиште роба, рада, капитала и услуга) бивше социјалистичке земље су се суочиле са потпуно разграђеним хипотекарним тржиштем. Стари систем стамбене изградње заснован на фондовима за стамбену изградњу је са становишта социјалне правде постигао неке позитивне ефекте, јер је омогућио широким слојевима становништва да реше своје стамбене потребе.

Међутим, овакав систем финансирања стамбене изградње довео је до обезвређивања капитала који је пласиран у области стамбене изградње, до колапса грађевинске индустрије и до економски непримереног трошења друштвеног богатства једне земље.

Према томе, било је неопходно у овим земљама, у које спада и наша земља, оживети индустрију хипотекарног позајмљивања на тржишним принципима. То је подразумевало нов систем стамбене изградње у коме постоји тржиште некретнина на коме купац стамбене јединице мора исплатити тржишну цену непокретности.

Економска снага једног народа мери се количином акумулираног друштвеног богатства и стопом повећања тог богатства процесима инвестиција и штедње. Транзиторне привреде су биле економски ослабљене, са ниском стопом раста друштвеног богатства и ниском стопом инвестиција.

Пошто су некретнине један од основних облика имовине којом располажу појединци и привредни субјекти, неопходно је било створити ефикасно тржиште некретнина, што би подстакло развој читаве националне привреде. Куповна моћ становништва у овим земљама је била врло ниска и веома мали проценат становника је могао да дође у посед стана или куће под тржишним условима. Управо зато је неопходно у земљама транзиције афирмисати поново хипотекарно тржиште као најстарији сегмент тржишта капитала.

У већини источноевропских земаља пошло се од стварања институционалних претпоставки и креирања нормативног оквира за функционисање хипотекарног тржишта. Тако су скоро све ове земље донеле, у периоду од деведесетих година па до данас, законе којима се регулише издавање хипотекарних хартија од вредности и одобравање хипотекарних зајмова.

Тако, Пољска, Мађарска, Република Словачка, Чешка, Русија, Литванија, Естонија, Бугарска, Словенија имају законе у овој области који су у складу са европским стандардима, или су у току израде ових законских аката.

У циљу успостављања новог система хипотекарног позајмљивања на тржишним основама, а по угледу на високо развијене тржишне привреде, у већини ових земаља формирају се и државне агенције за рефинансирање и осигурање хипотекарних зајмова.

Присуство државе је неопходно поготово у фази оживљавања овог тржишта, јер је хипотекарна инфраструктура неразвијена, недостаје хипотекарни тржишни материјал, а куповна моћ становништва је врло ниска. Тражња за хипотекарним зајмовима у овим земљама је висока, али је питање колико понуда може да задовољи ту тражњу и колики број становника може да задовољи тражњу за хипотекарним зајмовима под одговарајућим тржишним условима.

Земље које су предузеле озбиљне кораке на путу стварања и функционисања хипотекарног тржишта су Чешка, Пољска, Мађарска, Словачка Република.

Чешка предњачи у односу на остале земље у транзицији, јер је прва предузела легислативне кораке у овој области и донела Закон о хипотекарној обвезници 1995. године који задовољава минималне европске стандарде. То је била обвезница емитована од стране хипотекарне банке, која је била обезбеђена прописаним покрићем, које не прелази 70% вредности непокретности која је предмет хипотеке.[1] Додатно осигурање за ове обвезнице је и резервно покриће koje је било дозвољено у облику готовине, депозита код Чешке националне банке и др.

Чешка је, према својим прописима, ограничила број банака које могу добити дозволу за издавање хипотекарних обвезница и то могу бити и мешовите хипотекарне и пословне банке, јер не постоје специјализоване хипотекарне банке.

У Пољској је делатност хипотекарних банки и издавање хипотекарних обвезница регулисано Законом о хипотекарним обвезницама и хипотекарним банкама. Хипотекарне банке одобравају хипотекарне

[1] С. Милетић, Хипотекарни кредити и хипотекарне хартије у развијеним земљама и земљама у транзицији, Београд, 2003. стр. 103.

зајмове обезбеђене хипотеком, али могу да дају и кредите без покрића у виду реалне имовине неким јавним корисницима зајма.

Јавни корисници зајма су: пољска влада, централна монетарна установа, Европска Унија, Светска банка, Европска инвестициона банка.

Однос зајма према вредности предмета хипотеке је 60% вредности предмета хипотеке и до тог износа се могу емитовати обвезнице за рефинансирање. Пошто Пољска има хипотекарне обвезнице (list zastawny)[2] и јавне обвезнице, врши се одвајање актива у различите регистре покрића за приватно и јавно позајмљивање. У случају неизвршења обавеза установљен је приоритетан приступ овим активама.

Пољска је најбољи пример земље у транзицији која је осмислила функцију повереника (фидуцијара). У циљу поштовања минималних стандарда ЕУ повереник проверава да ли је заложена актива хипотекарних обвезница унета у регистар, да ли се тај регистар покрића правилно води, као и да ли су хипотекарне обвезнице прописно покривене.[3]

Република Словачка, kао и Чешка, не примењује принцип специјализованих хипотекарних банака, али примењује принцип покрића и однос зајма према вредности предмета хипотеке је 60%. Ова земља је позната по развијеној јавној форми кредитирања, познатој као комунални кредити (зајмови). Управо због тога се свако покриће актива региструје одвојено.

У Републици Словачкој постоје хипотекарне обвезнице (hypotekarny zálozny list) и комуналне обвезнице (komunála obligácia).[4] Овим хипотекарним финансијским инструментима рефинансирају се хипотекарни и комунални зајмови, а потраживања из ових зајмова служе за покриће актива.

Зајмови јавног сектора се обично отплаћују у фиксним ратама, са фиксним датумом отплате.

Мађарска је створила нормативни оквир за функционисање хипотекарног тржишта доношењем Закона о хипотекарним банкама. Овај закон прихвата принцип специјализованих хипотекарних банака. Назив за мађарску хипотекарну обвезницу је jelzálog-hitelin-tézet.[5] Поред класичних хипотекарних зајмова, чији рацио вредности може бити до 60% са стриктним покрићем за главницу и камату, мађарски закон предвиђа и одобравање зајмова који се не заснивају на реалној имовини јавним институцијама.

Мађарске хипотекарне банке имају регистар покрића и све активе који улазе у тај регистар покрића су под надзором фидуцијара (повереника).

---

[2] L. G. Taff, Investing In Mortgage Securities, St. Lucie Press, AMACOM, 2003., стр. 302.
[3] Д. Шошкић, Б. Урошевић, Секундарна хипотекарна тржишта, Economic Annals No 151-2, October 2001-March 2002., стр. 25.
[4] L. G. Taff, исто, стр. 302.
[5] Исто, стр. 301.

Инвеститори у хипотекарне обвезнице су осигурани тим активама, јер се оне могу употребити да задовоље захтеве власника хипотекарних обвезница у случају доцње у извршењу обавеза. Емитовање хипотекарних обвезница у Мађарској, као и у другим земљама транзиције, је под надзором специјалних банкарских надзорних органа и под посебним државним надзором.

Закон о хипотекарним банкама Мађарске прихвата у потпуности начело покрића хипотекарних обвезница. Покриће може бити редовно и то најмање 80% укупне масе покрића и резервно 20%.[6]

Редовно покриће за хипотекарне обвезнице обезбеђује се хипотекарним потраживањима из хипотекарног зајма који је покриће за обвезнице, а резервно се обезбеђује из кредита датих са самосталним државним јемством, државних хартија од вредности, улога код Мађарске народне банке и др.

Присуство државе на неразвијеним хипотекарним тржиштима у земљама транзиције пружа додатну сигурност потенцијалним инвеститорима у хипотекарне финансијске инструменте.

2. Хипотекарно тржиште у Србији

Развој хипотекарног тржишта на нашим просторима може се сагледати кроз неколико основних периода:

- период до I светског рата,
- период после I светског рата,
- период после II светског рата.

Краљевина Србија је, крајем XIX века, Законом из 1862. године основала прву хипотекарну институцију у Србији, под називом Управа фондова. Хипотекарни зајмови су одобравани из фондова (школски, црквени, манастирски, болнички), а kao обезбеђење зајма служиле су непокретности, кућe и земљиште.

Управа фондова је настојала да ојача свој кредитни потенцијал, а подршку за то је пружала држава својим гаранцијама, тако да је Законом из 1898. године[7] ова институција почела да издаје државне заложнице на подлози одобрених хипотекарних зајмова. То је био велики напредак у развоју хипотекарног тржишта Краљевине Србије. Одобравање хипотекарних и комуналних зајмова и финансирање државе биле су основне делатности Управе фондова.

За време I светског рата ова институција је наставила да ради и да измирује своје обавезе по одобреним зајмовима, што указује на њену

[6] С. Милетић, исто, стр.100.
[7] Исто, стр. 109.

финансијску стабилност. Ратне године и прве послератне нису биле просперитетне за индустрију хипотекарног позајмљивања.

После I светског рата дошло је до формирања заједничке државе, Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, и трансформисања Управе фондова у Државну хипотекарну банку Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Према томе, Законом из 1922. године Државна хипотекарна банка Краљевине СХС постаје правни следбеник свих хипотекарних институција на територији тадашње државе.

Ова хипотекарна институција је у периоду до II светског рата била главни снабдевач хипотекарног тржишта. Она је своје пословање започела као државна хипотекарна банка без сопственог капитала. Хипотекарни зајмови одобравани су из фондова који су јој служили као извори и то: јавни фондови, штедни улози, манастирски, црквени капитал, судски депозити.

Ова банка је издавала хипотекарне хартије од вредности (заложнице и обвезнице) поштујући и тада начело покрића koje је значило да број издатих заложница мора бити покривен сумом одобрених хипотекарних зајмова. Основни послови банке су били одобравање хипотекарних и комуналних зајмова. Грађани су масовно користили хипотекарне зајмове и то је био период очувања и увећања националног богатства и реалне имовине грађана, kao и афирмације националне индустрије хипотекарног позајмљивања. Почетком тридесетих година Државна хипотекарна банка се трансформише у приватну кредитну институцију са сопственим капиталом.

Функционисање хипотекарног тржишта до II светског рата код нас је било могуће јер је постојао основни предуслов за то, приватна својина над непокретностима.

После II светског рата код нас је утемељен нови економски систем привређивања (социјализам), који је разградио тржишни систем привређивања и све видове тржишта.

У социјалистичким земљама после II светског рата, уместо тржишта и приватне својине, настаје планско усмеравање привредних токова и афирмише се друштвена и државна својина. Овакав економски миље омогућио је да постоји само тржиште роба у неком неразвијеном облику, док су остали облици тржишта (тржиште радне снаге, капитала, новца) били суспендовани.

Друштвена својина и државна нису омогућиле афирмацију хипотекарног тржишта. Послератно југословенско социјалистичко право није довољно нормативно регулисало институт хипотеке и хипотекарног зајма.

У Југославији је после завршетка II светског рата остварен велики напредак у обнови и изградњи земље. Овај напредак је био праћен одговарајућим политичким одлукама и мерама економске политике, које

су допринеле разградњи приватне својине. Тако је опште познато да је 1945. године извршена национализација приватне индустрије, потом је уследила аграрна реформа и национализација станова. Непокретности су прешле из руку једних власника у руке других, или државе. С друге стране, изграђивани су нови привредни и стамбени објекти, koji су били у друштвеној својини.

Једна од великих својинских промена код нас догодила се деведесетих година када је велики број станова у друштвеној својини прешао у приватно власништво, путем откупа који није одражавао економску цену стана.

Основни проблем код нас, настао је због тога што овако честе својинске промене на непокретностима, нису биле праћене ажурном евиденцијом у земљишним и катастарским књигама. Хипотекарни зајам као обезбеђење има реалну имовину, а како власништво над том имовином није благовремено евидентирано, онда ни хипотекарно позајмљивање код нас у овом периоду није могло озбиљније да заживи.

Према томе, општа оцена је да у периоду после II светског рата хипотекарно тржиште код нас није функционисало. Ипак је вредно поменути неке банкарске институције чија је претежна делатност у овом периоду била одобравање хипотекарних зајмова. То се, пре свега, односи на "Агробанку" Д.Д. Београд и "Инвестбанку" Београд, која је постала правни следбеник Државне хипотекарне банке Краљевине СХС.

"Агробанка" Д.Д. Београд је одобравала пољопривредне хипотекарне кредите за унапређење пољопривредне производње. Ти кредити су одобравани за куповину земље, изградњу пољопривредних објеката, а обезбеђење је била непокретност уписана у земљишне књиге. То су били код нас популарни кредити тзв. "зеленог плана" који су допринели повећању пољопривредне производње, али су ослабили кредитни потенцијал пословних банака. Они су били врло повољни за земљораднике, са ниским каматним стопама, а рокови отплате су прилагођени природи и трајању процеса производње у пољопривреди. У пракси се догађало да они само првих неколико година представљају оптерећење за земљораднике, а касније их је обезвредила инфлација до те мере да су их нека пољопривредна домаћинства искористила бесповратно.

Послове дугорочног позајмљивања на нашим просторима обављала је и "Инвестбанка" Београд, која се данас налази у стечају. Деведесетих година ова банка је имала водећу улогу међу осталим пословним банкама у одобравању стамбених дугорочних кредита.[8]

---

[8] У економској и правној литератури у равноправној употреби су термини хипотекарни зајам и хипотекарни кредит. Суштина је иста. У питању је дугорочни кредит (зајам), покривен реалном имовином. Терминолошко разликовање је више са језичког аспекта. Тако, постоји извесна језичка неуједначеност терминологије коју користе амерички и британски извори литературе. Британска конзервативна литература више наглашава

Кредите за стамбену изградњу "Инвестбанка" Београд је одобравала за куповину стана или породичне куће, за изградњу и доградњу, за куповину и уређење грађевинског земљишта, за кредитирање откупа друштвених станова. Банка је одобравала кредите за стамбену изградњу по следећим основама:

- по основу штедње,
- по основу купљених деоница банке,
- кредити по основу орочавања динарске противвредности од продатих девизних средстава грађана, по основу укључивања средстава предузећа, односно комитената банке.[9]

Новина у пословању ове банкарске институције, после трансформације банака у акционарска друштва, била је одобравање кредита по основу купљених деоница. Тако, банка код депоновања деоница радника 20% одобрава кредит 100%. Корисник кредита депонује деонице на рок враћања кредита, о чему се закључује уговор. Интересантно је запазити да се, за време депоновања деоница, власнику исплаћује дивиденда према уговору.

Обезбеђење стамбених кредита "Инвестбанке" Београд вршено је на неколико начина:

- залагањем менице са потписом три кредитно способна жиранта код друштвено правног лица и давањем изјаве о интабулацији, оверене код суда, о сагласности да Банка може ставити хипотеку на кредитирани стан,
- стављањем хипотеке на другу некретнину корисника кредита, која мора бити у висини двоструке вредности одобреног кредита,
- осигурањем кредита код осигуравајућег завода за цео период до коначне отплате кредита које пада на терет корисника кредита,
- обезбеђењем одговарајуће гаранције о уредном враћању кредита, издате од стране друштвеног предузећа или пословне банке.[10]

Стамбени кредити су били дугорочни са роком враћања до тридесет година, што је зависило од намене и кредитне способности корисника. Пословање ове банке, у домену одобравања стамбених дугорочних кредита крајем осамдесетих и деведесетих година, показује да су уговори

хипотекарни елеменат (mortgage loan). У овом раду преовлађује термин хипотекарни зајам, али је употребљен и термин стамбени кредит, будући да се он користи у пословању банака на нашим просторима, као најчешћи облик хипотекарног кредита.

[9] Одлука о ближим условима за прикупљање и усмеравање средстава грађана, "Инвестбанка" Београд, 1. јануар 1992., стр. 14.

[10] Исто, стр. 20.

о стамбеним кредитима имали клаузулу о променљивој каматној стопи. Банка је вршила ревалоризацију, примењујући важеће каматне стопе у зависности од намене кредита и основа депозита, а на начин прописан Упутством Удружења банака Југославије и интерним упутством Банке. То је за дугорочне стамбене кредите значило да се отплаћују кроз месечне аконтационе ануитете. За израчунавање аконтационог ануитета користи се важећи коефицијент ревалоризације и ануитетни фактор за реалну каматну стопу. Суштина оваквог начина обрачуна камате је да се, на основу законских прописа, обрачун активне камате врши на стање главног дуга. Прво се, применом важеће стопе ревалоризације, ревалоризује главница односно остатак дуга, што представља основицу за обрачун реалне камате.

Овакви стамбени кредити били су врло повољни за кориснике, а неповољни за повериоца, односно банку. Њихов основни недостатак је што нису садржали девизну клаузулу, односно што износ кредита није везан за неку стабилну сватску валуту.

Код нас су наступили неповољни услови привређивања, који су проузроковали раст инфлације, која је 1994. године прерасла у хиперинфлацију. Каматна стопа иако променљива у овим уговорима није могла бити реална, јер није била коригована стопом инфлације. Крајњи резултат овакве пословне политике банке је био знатно слабљење кредитног потенцијала банке. Међутим, оваква пословна политика банке није била резултат пословних одлука менаџмента банке, већ је одражавала макроекономски амбијент у коме је банка пословала у то време, као и позитивно правне прописе који су тада важили. Одобрена дугорочна новчана средства, пласирана кроз стамбене кредите, инфлација је обезвредила. Рата из кредита само је у почетку одражавала економску цену стамбеног кредита, касније је обезвређена и корисници су врло јефтино дошли до кућа и станова.

Хипотеке које су као реално средство обезбеђења биле предвиђене нормативним актима Банке и самим уговорима, скоро ни у једном случају нису реализоване, јер су кредити отплаћени безначајним износима.

У пракси се догађало да се хипотека начелно предвиди као средство обезбеђења, а да не дође до њеног уписа у земљишне књиге из објективних или субјективних разлога и да она не производи никакве правне последице.

Овакав начин дугорочног финансирања стамбене изградње који је био заступљен код нас и који је на примеру "Инвестбанке" презентиран, није допринео оживљавању хипотекарног тржишта. Главни снабдевачи хипотекарног тржишта (банке) остали су без кредитног потенцијала, што је касније са преласком на нови начин тржишног привређивања, допринело њиховој ликвидацији.

Данас се Србија налази у процесу транзиције, који обухвата корените реформе својинског система и изградњу интегралног тржишта.

Интегрално тржиште подразумева функционисање свих облика тржишта па и хипотекарног. Хипотекарно тржиште има правно-економски аспект.

Правни аспект хипотекарног тржишта Србије данас, односи се на стварање нормативног оквира који би био приближан нормативним стандардима земаља са развијеним хипотекарним тржиштима.

У овом тренутку на територији Србије не постоји јединствено - кодификовано хипотекарно право. Закони из области стварног права, облигационог права, управног права, као и берзанска правила примењују се на хипотеку. Код нас постоји читав низ закона који се односе на предмет хипотеке: Закон о основним својинско-правним односима, Закон о облигационим односима, Закон о извршном поступку, Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима.

За функционисање хипотекарног тржишта нарочито су значајни Закон о тржишту хартија од вредности, Закон о Националној корпорацији за осигурање стамбених кредита. Ови су новији закони и они треба да створе неопходне правне претпоставке за оживљавање индустрије хипотекарног позајмљивања, као и да обезбеде утицај државе на тржишту преко одговарајућих регулаторних органа (Комисија за хартије од вредности, Берзе, Удружења берзанских посредника, Народна банка).

Тако је Законом о Националној корпорацији за осигурање стамбених кредита[11] предвиђена делатност Корпорације која се односи на:

- осигурање потраживања по основу стамбених кредита које одобравају банке и друге финансијске организације, која су обезбеђена хипотеком,
- посредовање у преносу потраживања обезбеђених хипотеком,
- издавање хартија од вредности на основу успостављања хипотеке у складу са законом,
- пружање стручне помоћи државним органима, банкама и другим финансијским организацијама и заинтересованим лицима у области побољшавања услова за финансирање стамбене изградње.

У складу са искуствима развијених хипотекарних тржишта у чијем креирању је држава имала значајну улогу, овим Законом су обезбеђене гаранције државе за одобрене хипотекарне кредите. Присуство државе преко државних агенција за осигурање стамбених кредита смањује ризик за кредиторе (повериоце).[12]

---

[11] Закон о Националној корпорацији за осигурање стамбених кредита, Сл. гласник РС, бр. 55, мај 2004., чл. 9.

[12] Са становишта кредитора (повериоца) основни ризици су кредитни, каматни, инфлациони ризик и ризик ликвидности.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената[13], сем општих одредаба које се односе на основна обележја и врсте хартија од вредности, где се помињу дужничке хартије од вредности (обвезнице), није свеобухватно регулисао хипотекарне хартије од вредности.

Према томе, да би наша земља достигла европске стандарде у овој области, потребно је доградити постојећи Закон о тржишту хартија од вредности и по угледу на источноевропске земље донети посебан Закон о хипотекарним банкама и хипотекарним обвезницама.

Законодавна инфраструктура хипотекарног тржишта код нас још увек није до краја изграђена и прилагођена европским стандардима. То се, пре свега, односи на доношење једног сета економских закона и то закона који би регулисали правни и економски статус институционалних инвестора (инвестициони фондови, осигуравајућа друштва, пензиони фондови), као и на нови Закон о тржишту хартија од вредности, Закон о хипотеци и др.

Без обзира на недовољну правну регулативу института хипотеке и хипотекарног кредита код нас, неке основне правне претпоставке су ипак стварне и оне су сигнал за потенцијалне инвеститоре у хипотеке.

Основни проблеми код нас у сфери хипотекарног позајмљивања налазе се у сфери економије. Функционисање хипотекарног тржишта подразумева стабилно макроекономско окружење. Основни макроекономски агрегати, који су показатељи стабилности једне националне економије су: друштвени производ (стопа његовог раста), национални доходак по глави становника, стабилност цена (стопа инфлације), девизни курс, ниво зарада и стање куповне моћи становништва, стање банкарског система (приватизација и реструктурирање банака), степен развијености тржишта капитала.

Неки од ових макроекономских показатеља већ производе позитивне ефекте у привредном животу, као што су започет процес приватизације предузећа, значајан напредак у развоју примарног и секундарног тржишта капитала, контролисана стопа инфлације, односно умерена стабилност цена.

Основна препрека развоју хипотекарног тржишта на нашим просторима је стање у банкарском систему и низак ниво реалних зарада становништва, што утиче на обим и дубину тржишта некретнина. Велика неусклађеност понуде и тражње је основна одредница хипотекарног тржишта код нас. Зато и сматрамо да није недостатак правне регулативе основни проблем, већ недостатак хипотекарног тржишног материјала. Тражња за хипотекарним кредитима на нашим просторима је увек велика. Разлог за то је што велики број становника нема решено стамбено питање.

---

[13] Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Сл. лист СРЈ, бр. 65, новембар 2002., чл. 13. и Сл. гласник РС, бр. 47, јун 2006., чл. 22.

Други разлози су што, у периоду транзиције, хипотекарни кредити налазе велику примену за финансирање малих и средњих предузећа, за финансирање пољопривредне производње.

Висока тражња за хипотекарним кредитима, а оскудна понуда, доводе до поремећаја у функционисању хипотекарног тржишта.

Управо због тога је у овој првој фази развоја хипотекарног тржишта код нас неопходна активна улога државе у снабдевању овог тржишта, у предузимању мера осигурања хипотекарних кредита, формирању државних специјализованих агенција за хипотекарно позајмљивање, стимулисању штедње становништва и вођењу пореске политике која ће такву штедњу ослободити пореза.

Реструктурирање банака је код нас започето и оно би требало да обезбеди нову позицију пословних банака у индустрији хипотекарног позајмљивања. Основни проблем у пословању банака је ослабљен кредитни потенцијал, због недостатка штедње и одсуства поверења у банкарски систем. Банке су традиционално главни снабдевачи хипотекарног тржишта, али пословне банке код нас немају такав статус и тек у последње време врло обазриво крећу у дугорочне кредитне аранжмане.

Осим недостатка тржишног хипотекарног материјала, код нас постоји и недовољно развијена институционална инфраструктура хипотекарног тржишта.

Наиме, на простору садашње Србије постоји релативно добро развијена институционална инфраструктура тржишта капитала и берзи. Постоји Београдска берза као институција тржишта капитала, постоји Централни регистар и велики број берзанских учесника (брокерско дилерска друштва). Функционисање хипотекарног тржишта, поред ове развијене берзанске инфраструктуре, подразумева постојање и неких других институција овог тржишта. По угледу на развијена хипотекарна тржишта, као и на хипотекарна тржишта земаља у транзицији, треба формирати специјализоване хипотекарне банке, штедно-кредитне институције, низ парадржавних агенција и приватних компанија које би пословале у овој области.

Висока тражња за хипотекарним кредитима код нас се не реализује како због оскудне понуде хипотекарних кредита, тако због ниске куповне моћи становништва. За оживљавање хипотекарног позајмљивања неопходно је:

- ојачати капиталну базу банака,
- поспешити кредитну активност банака и створити услове за обарање каматних стопа и њихово приближавање каматним стопама на развијеним хипотекарним тржиштима,
- обезбедити услове за формирање институционалних инвеститора (инвестициони фондови, осигуравајућа друштва и пензиони фондови), који су на развијеним тржиштима водећи улагачи у хипотеке и хипотекарне хартије од вредности.

Закључак

У циљу успостављања новог система хипотекарног позајмљивања на тржишним основама, у већини земаља транзиције пошло се од креирања нормативног оквира за функционисање хипотекарног тржишта. Тако су скоро све ове земље донеле, од деведесетих година па до данас, законе којима се регулише издавање хипотекарних хартија од вредности и одобравање хипотекарних зајмова.

Присуство државе је неопходно у фази оживљавања овог тржишта, па су у већини ових земаља формиране државне агенције за осигурање хипотекарних зајмова.

Хипотекарно тржиште у Србији може се посматрати с правно-економског аспекта.

Правни аспект хипотекарног тржишта у Србији, односи се на стварање нормативног оквира који би био приближан нормативним стандардима земаља са развијеним хипотекарним тржиштима. Основни проблеми код нас у сфери хипотекарног позајмљивања налазе се у сфери економије. Функционисање хипотекарног тржишта подразумева стабилно макроекономско окружење.

Dr Nada Todorovic,
docent

MORTGAGE MARKETS IN TRANSITION COUNTRIES BETWEEN REALITY AND ABILITY

In order to establish a new system of mortgage loan on market grounds, most of the transition countries have started with creating a normative framework for mortgage market functioning. Thus, almost all countries have, from the twenties until now, adopted laws which regulate the issuance of mortgage securities and approval of mortgage loans.

The presence of the state is necessary in the phase of revival of this market, so most of these countries have formed state agencies for the insurance of mortgage loans.

Mortgage market in Serbia can be observed from legal-economic aspect.

Legal aspect of mortgage market in Serbia is related to creation of the normative framework which would be similar to normative standards of countries with developed mortgage markets. Basic problems in our country in the sphere of mortgage loans are in the sphere of economy. Functioning of the mortgage market requires stable macroeconomic surroundings.

Мр Јасмина Лабудовић
асистент

UDK: 368.91

ФОРМИРАЊЕ ЦЕНА ОСИГУРАЊА ЖИВОТА

Општи осврт

Цена осигурања је специфична категорија тржишта осигурања, али не само њега, већ и привреде уопште. Она представља добру комбинацију закона математике и статистике, донекле закона понуде и тражње као иманентних закона формирања цена и, само у извесном смислу, договора између осигураника и осигуравача у коме се они споразумевају о висини суме осигурања, тј. осигуране суме код осигурања живота. Ово последње треба врло уско схватити јер, иначе, договору нема места, и главну реч имају рачун вероватноће и закон великих бројева. Велики значај има актуарство које на систематизован и научно заснован начин одређује висину премије, израђује тарифе, одређује потребну висину фондова у осигурању и сл. Макроекономски услови у земљи и циљеви које поставља осигуравач детерминишу једну димензију актуарских прорачуна. Другу димензију опредељују фактори као што су: ризик, вероватноћа настанка штетног догађаја, трошкови, вредност објекта итд.

Цена осигурања треба да обезбеди потпуну компензацију за ризик који осигуравач преузима. Од тога да ли је цена добро одмерена зависиће способност осигуравача да у неком будућем моменту, када наступи осигурани случај, испуни своју уговорну обавезу, тј. накнади штету. Чак и тада ризикује да фонд, формиран од премија, не буде довољан за измирење обавеза, уколико стварне штете одступају од очекиваних. Отуда се за премију каже да *представља теоретску вероватноћу износа исплата*. Мора се рећи да одређивање праве цене представља веома тежак задатак. Није лако увек утврдити премију према величини (тежини) ризика јер су ризици врло различити и постоји мноштво фактора који утичу на њих. Праведна цена би била она чија је висина довољна да покрије очекиване одштетне захтеве и обезбеди известан профит компанији.

За разлику од цена осталих производа и услуга, специфичност цене осигурања се огледа у томе што она почива на *претпоставкама*. Цена осигурања зависи од висине трошкова. Међутим, коначан износ трошкова биће познат тек када дође до реализације осигураног случаја. *Поступак предвиђања будућих губитака и будућих трошкова, и распоређивања тих трошкова на различите категорије осигураника назива се одређивање цене осигурања*.

Цена осигурања живота

Формирање цена у осигурању живота заснива се на актуарским основима. Правилно обрачуната премија осигурања живота мора: бити конкурентна, садржати добит за осигуравача, обезбедити исплату дивиденди, укључити заштиту од инфлације и садржати провизију која је довољна да стимулише агенте да закључују уговор о осигурању.[1]

Осигурање живота се, по много чему, разликује од осигурања имовине и осигурања од одговорности. Поред низа особености, поменућемо само неке: ризик се остварује на личности осигураника, циљ није обештећење, а услов закључења овог уговора није постојање материјалног интереса јер би то било неморално.

Начин обрачуна премија (цене) осигурања живота има специфичну ноту у односу на неживотна осигурања. Свакако да и овде, као и код неживотних осигурања важе нека општа правила, принципи и циљеви одређивања цена: адекватност (прикупљене премије и добит остварена од пласмана мора бити довољна за исплату осигураних сума и трошкова)[2], забрана дискриминације[3] (цена мора бити правична и праведна, мора одражавати разлике у тежини ризика, тј. болести, године живота, пол..) и захтев да цена не сме бити прекомерна (превисока). Ипак, дешава се, у пракси, да осигураници верују да премија која је обрачуната према актуарским принципима није праведна и да је супротна ономе што они подразумевају под појмом социјалне праведности (нпр. разлика у висини цене за мушкарце и жене).[4]

Формирање цене осигурања живота мора да полази од следећих елемената:

1. вероватноће настанка догађаја од кога зависи наступање обавезе осигуравача,
2. временске вредности новца,
3. очекиване добити и
4. трошкова, пореза, профита и непредвиђених издатака.[5]

Вероватноћа смртности (или неког другог догађаја од кога зависи обавеза исплате осигуране суме) своје утемељење налази у таблицама смртности (mortality tables) које показују вероватноћу смртности и таблицама болести (morbidity tabless) које показују годишњу вероватноћу

---

[1] Види: Kenneth Black, Jr, Harold D. Skipper, Jr In, *Life&Health Insurance*, Prentice Hall, 2001, p.41.
[2] Види: Kenneth Black, Jr, Harold D. Skipper, Jr, исто, p.27.
[3] Исто.стр.28.
[4] Исто
[5] Види: Kenneth Black, Jr, Harold D. Skipper, Jr, исто, стр..29.

промена у здравственом стању.[6] Ове таблице представљају базу (основ) за обрачун премија осигурања живота.

Актуари ће приликом обрачуна тарифа, а осигуравајућа компанија приликом закључивања уговора о осигурању, водити рачуна о годинама живота потенцијалних осигураника. Ово је важно због тога што позније године претпостављају већу смртност и већу вероватноћу различитих болести (обољења). Због тога премија мора да буде различита за различиту приступну старост. Додајмо и то да осигураници плаћају једну просечну премију током трајања осигурања. Да није овог принципа, они би у првим годинама плаћали нижу премију(цену) због мањег ризика, а у познијим годинама већу.

Колико су године важан параметар у калкулацији премије осигурања живота говори ЗОО који године живота третира као битан елеменат уговора о осигурању. Такође, нетачна пријава година старости може бити разлог за поништење уговора. Оправдање за ово лежи у чињеници да је старост кључни елемент за утврђивање тежине ризика, па тако и за израду тарифа премија осигурања живота.[7]

Прикупљене премије се инвестирају преко тржишта капитала будући да нису потребне за измирење обавеза непосредно по закљученом уговору јер овај уговор карактерише дугорочност. На инвестирана средстава остварује се принос који увећава укупно наплаћену премију и тако обезбеђује измирење доспелих обавеза у будућности.

Модалитети закључења уговора о осигурању живота могу бити јако разноврсни а развој тржишта осигурања намеће све шири асортиман понуде ових услуга. Поред наведених елемената који опредељују волумен цене осигурања живота, на формирање цена осигурања живота утиче и начин исплате осигураних сума.[8]

Да ли ће обрачуната премија заиста бити довољна за подмирење свега претходно наведеног и за обезбеђење профита осигуравачу - питање је на које ће одговор дати пракса. Другим речима, број насталих осигураних случајева, већа или мања смртност, као и остварени принос на пласирана средства, могу довести до корекције премије у будућности. Промениће се најчешће онај део који се односи на трошкове, тј. режијски додатак. Ова промена цене може бити део пословне политике самог осигуравача, али може бити и акт условљен понашањем конкурената.[9] Лидерство у области политике цена не мора значити да ће конкуренти наплаћивати ону цену коју наплаћује лидер (водеће друштво за осигурање). Лидерство се може

---

[6] Исто

[7] Види: Перовић, Слободан, Стојановић, Драгољуб, *Коментар ЗОО,* Културни центар – Горњи Милановац и Правни факултет – Крагујевац, 1980, стр.1544.

[8] Исто

[9] Исто, р.773.

односити и на одржавање одређеног распона између цена лидера и осталих осигуравача.

Осигурање живота обезбеђује осигуранику и исплату добити. *Добит је новчани износ који се годишње приписује суми осигурања*,[10] а зависи од успешности пословања осигуравача и није зајемчен уговором. Од остварене добити по основу пласмана математичке резерве, осигуранику припада 85%, а осигуравачу 15%. Осигураник нема право на дивиденду од акција нити на учешће у добити остварене пласманом сопственог капитала друштва.

Обрачун припадајуће добити врши се по протеку две године од закључења уговора за сваку наредну годину. Добит се не исплаћује ако смрт наступи пре истека две године трајања осигурања.[11] Исплата добити није предвиђена код ризико осигурања (осигурања за случај смрти).

У случају да дође до повећања осигуране суме, може се повећати и припадајућа добит по протеку две године од повећања осигуране суме. Основ за обрачун добити мора дуже времена остати непромењен.

У америчкој литератури се може срести питање: "Да ли ваше животно осигурање има разумну цену"?[12] Одговор на ово питање зависи од обима расположивих информација, али и од обављених прорачуна. Тако, мора се знати колики износ компанија исплаћује ако би осигурано лице умрло пре него што истекне полиса; колико се исплаћује у случају одрицања од даљих уплата; колика је откупна вредност полисе у претпоследњој години трајања осигурања; висина дивиденде и финансијска снага осигуравача.

Износ који се добија на 1.000$ заштите, када полиса "сазри", израчунава се овако:

$$(P + CVP)(1+ i) – (CV + D) / (DB- CV)(0.001)$$

P – годишња премија
CVP – откупна вредност на крају године која претходи години истека полисе
D - дивиденда
DB – накнада за случај смрти
CV – откупна вредност у задњој години

Уколико је збир премија које је осигураник уплатио једнак или незнатно већи од износа који добија када полиса "сазри", можемо рећи да

[10] Види: др Здравко Петровић, Томислав Петровић, *Осигурање живота*, Глосаријум, Београд, 2003, стр.35.
[11] Исто, стр.90.
[12] Види:George E. Rejda, Principles of Risk Management and Insurance, eighth edition, Pearson Education, 2003, *p.390*.

нема животног осигурања и тада треба размотрити алтернативне варијанте улагања новца.[13]

(CV+ D) / (P + CVP) – 1

Овај израз омогућује поређење онога што можемо добити у осигурању (када истекне полиса) и онога што можемо зарадити инвестирајући средства у неку другу варијанту штедње. То је износ који се добија множењем (P + CVP) са изразом (1+i), односно каматном стопом.[14] При овим поређењима важно је узети у обзир и висину пореза који би се платио у једном, односно другом случају.

Садашња вредност будућих очекиваних премија мора бити једнака садашњој вредности свих будућих очекиваних исплата, у којој су вредности дисконтоване за камату и морталитет.[15]

Калкулација цене осигурања живота традиционално подразумева следеће техничке основе: таблице смртности, каматну стопу и трошкове.

Таблице смртности

Закон великих бројева и теорија вероватноће су полазне основе за обрачун тарифа премија и у осигурању живота.

Основни елемент који садрже таблице смртности је *вероватноћа смртности* на основу које се израчунавају све остале биометријске функције: вероватноћа доживљења, кретање броја живих и броја умрлих и сл[16]. На основу ових показатеља добијају се комутативни бројеви уз помоћ којих обрачунавамо нето премију. Фактори који утичу на смртност су нарочито: старост, пол, занимање, начин живота, клима, незгоде и болести.[17] Особа која жели закључити осигурање живота, у зависности од здравственог стања, или улази у просек одређене групе и плаћа премију као и остали припадници те групе, или, ако њено здравствено стање битно одступа (због повишеног притиска, наследне болести, тежине, опасног занимања), будући да се ради о већем ризику, плаћа већу премију. Без улажења у детаље актуарских обрачуна тарифа премија, указаћемо, у редовима који следе, само на неке најзначајније кораке у калкулацији цене осигурања живота. Више од тога нам струка не дозвољава.

---

[13] Исто, p..392.
[14] Исто
[15] Kenneth Black, Jr, Harold D.Skipper, Jr, исто, p.716.
[16] Види: др Јелена Кочовић, *Актуарске основе формирања тарифа у осигурању лица*, Економски факултет, Београд, 2000, стр.51.
[17] Anre Petitpierre, *Les mathematiques et l`assurance de vie*, *Revue Suisse d`assurances*, 1991, br.9-10, str.224. Према: др Здравко Петровић, Томислав Петровић, исто,стр.19.

Да бисмо, уопште, приступили обрачуну премија, морамо располагати довољно великим бројем особа одређене старости. Зато је неопходно да се више осигуравајућих компанија удружи у циљу прецизнијег и лакшег обављања овог задатка.[18]

Постоје два основна метода за конструисање таблица смртности. *Директна метода* подразумева посматрање одређеног броја новорођенчади, по листама рођених, ток њиховог живота, листе умрлих и констатовање броја лица која остану жива у првој, у другој години живота и тако редом. Овај метод није без недостатака јер сва лица рођена у једном месту не остају да живе у њему током целог свог живота.[19] Може се користити само за утврђивање смртности новорођених и особа до 20. године живота. Такође, ова метода се користи као допуна индиректној методи обрачуна тарифа. Предност јој је у томе што се на овај начин прати изумирање једне стварне генерације.

Индиректна метода прати више различитих генерација у исто време. Вероватноћа смртности се утврђује за сваку класу старости, као и број живих. Таблица смртности, састављена по овој методи, одражава смртност једне замишљене групе људи.[20] Ова метода се због бројних предности једино користи за израду таблица смртности.

Према једној класификацији[21], постоје три врсте таблица смртности: селективне, коначне и агрегатне.

Селективне таблице се заснивају на подацима о новим осигураницима. Коначне таблице искључују све раније податке за првих 5 до 15 година, а засноване су на морталитету у каснијим годинама трајања осигурања. Агрегатне таблице укључују све податке о морталитету (смртности), укључујући и раније и касније године. Подела ових таблица је извршена у зависности од података на којима се базирају, а који се користе у осигурању.

Као јединица времена за одређивање вероватноће смртности, узима се једна година. То може бити: календарска година, време од једног до другог рођендана и година осигурања. У зависности од тога да ли посматрамо целокупно становништво или само осигурана лица ради утврђивања смртности, говоримо о општим таблицама и таблицама смртности осигураних лица.[22]

Према актуарским начелима, вероватноћа смртности се, уколико се као јединица времена користи време од рођендана до рођендана, израчунава према следећем обрасцу:

---

[18] др Јелена Кочовић, др Предраг Шулејић, *Осигурање*, Економски факултет, Београд, 2002, стр.251.
[19] Види: др Јелена Кочовић, *Актуарске* … исто, стр.52.
[20] Исто
[21] Kenneth Black, Jr, Harold D.Skipper, Jr, исто, p.703.
[22] Кочовић, *Актуарске основе*. исто, стр.53.

$$q_x = m_x / (A_x+(B_x - C_x)/2)$$

$\mathbf{q_x}$ - вероватноћа смртности
$\mathbf{m_x}$ – број смртних случајева
$\mathbf{A_x}$ – број чланова групе који је у осигурање ступио на х-ти рођендан
$\mathbf{B_x}$ – број чланова групе који су ступили у осигурање у току своје (х+1)-ве године
$\mathbf{C_x}$ – број чланова групе који су иступили из осигурања у току своје (х+1)-ве године

Ако се као јединица времена користи година осигурања; ако се пође од претпоставке да делове година старости мање од 6 месеци не треба узети у обзир, а преко 6 месеци као целу годину; ако претпоставимо да сва лица закључују осигурање баш на свој рођендан[23] - вероватноћа смртности у овом случају има следећи израз:

$$q_x = m_x / (A_x - (C_x/2))$$

Ова метода се користи за образовање селективних таблица смртности које, поред старости, за израчунавање вероватноће смртности узимају у обзир и време које је протекло од закључења осигурања.[24]

Истакнимо да се формирање таблица смртности увек заснива на низу претпоставки којима се често апстрахује реалност. Да бисмо добили коначне таблице смртности, морамо их претходно изравнати због тога што сређивање вероватноћа смртности по годинама старости указује на нагле промене поменутих вероватноћа. У ствари, вероватноће смртности морају показивати "низове бројева који не показују нити честе нити нагле промене, већ са растућом старошћу и саме правилно расту".[25]

Врло је важно да приликом избора таблица смртности буду изабране оне које највише одговарају стварној смртности. Тако ће флуктуације бити мање а осигуравајућа компанија ће бити сигурна да је извршила добар прорачун и наплатила праву цену која ће јој гарантовати покриће трошкова и одређени проценат добити. Наше осигуравајуће компаније углавном користе таблице смртности из 1980-1982. године. Међутим, неке користе таблице из 1950-1952. године.

Обрачун тарифа по старијим таблицама значи и већу цену осигурања, тј. премију. Осигуравачи овоме прибегавају да би се осигурали од губитака (случајних одступања у смислу веће смртности од очекиване). Све ово важи када је реч о осигурању за случај смрти. Када је реч о осигурању за случај доживљења, већа вероватноћа смртности и ранија смрт нису од значаја за

[23] Исто, стр.56.
[24] Исто
[25] др Јелена Кочовић и др Предраг Шулејић, исто, стр.255.

осигуравача јер њега првенствено интересује дужина живота због тога што осигурање за случај доживљења, подразумева да ће обавеза осигуравача доспети тек ако је осигураник жив у одређеном моменту, ако, пак, умре, осигуравач се ослобађа обавезе. Зато ранија смрт и већа стварна смртност од очекиване нису штетне за осигуравајуће друштво.[26] Из тих разлога се код ове врсте осигурања живота, користе посебне таблице које се карактеришу мањом вероватноћом смртности и лаганим темпом изумирања.[27]

Каматна стопа

Каматна стопа је други важан фактор код калкулације премије. Као цена новца, камата је разлика између акумулираног износа на крају одређеног периода и главнице, односно уложеног капитала.[28]

Обично се у таблице смртности калкулише каматна стопа која је нижа од тржишне како би се избегле флуктуације. Каматна стопа у свету има тенденцију снижавања. У нашим условима она износи 5%, а на Западу од 3-4%.[29] У САД-у осигуравајуће компаније зарачунавају камату у распону 3-5%.[30] Важно је да каматне стопе не буду исувише ниске јер то доводи до високе премије која није конкурентна. Опасно је ако су каматне стопе сувише високе јер онда осигуравач ризикује да ту стопу неће зарадити на тржишту капитала и може постати инсолвентан. Тако се ризикује да разлика између приноса на активу и гарантованих каматних стопа буде негативна (тзв. негативна ширина).

Због тога је битно да осигуравач приликом избора каматне стопе коју ће да зарачуна изабере ону за коју је сигуран да ће је зарадити сваке године, током дужег временског периода. Ако је не заради, мањак мора исплатити на терет својих фондова.

Раст каматних стопа на светском тржишту 70-их година XX века довео је и до појаве нових модалитета осигурања живота. Тада је настало универзално животно осигурање које, између осталог, предвиђа прилагођавање камата код закљученог уговора на готовинску вредност са текућим каматама, с тим да минимум буде 4%.[31] Једног момента каматне стопе су достигле ниво од 15%, а затим је дошло до наглог опадања. Када су алтернативни облици инвестирања почели да остварују већу камату у односу на ону која је гарантована у полиси, осигураници су позајмљивали средства по основу полисе по нижим стопама и пласирали их по вишим стопама.

---

[26] Види: Ј. Кочовић, исто, стр.256.
[27] Исто, стр.256.
[28] Kenneth Black, Jr, Harold D.Skipper, Jr, исто, p.711.
[29] Кочовић, Шулејић, исто, стр.258.
[30] Kenneth Black, Jr, Harold D.Skipper, Jr, исто, p.714.
[31] Види: Emmett Vaughan, Thereese Vaughan, *Основе осиīурања и уīрављање ризицима* (превод са енглеског), Мате, Загреб, 2000, стр.200.

Осигурање у САД-у познаје и полисе са неодређеним премијама, у којима се премије могу прилагођавати само промени каматне стопе и то су тзв. *каматно зависне доживотне полисе*. Полисе са опадајућом премијом су још један облик осигурања живота који је настао у време високих каматних стопа.[32]

Трошкови

Трошкови представљају елемент цене осигурања који се не сме запоставити и коме се мора обезбедити потпуно покриће. То су: аквизициони (тзв. "први трошкови"[33]), инкасо (трошкови наплате премије) и управни (административни) трошкови. Аквизициони трошкови су, по правилу, једнократни и одмеравају се, најчешће, пропорционално осигураној суми (око 50 ‰ од осигуране суме). У рентном осигурању, одмеравају се пропорционално вредности ренте. Највећи део ових трошкова односи се на провизије агената. Провизија агената се креће у распону од 10-30 ‰ од осигуране суме или 30-70% од годишње премије.[34]

Инкасо трошкови чине 2-3% инкасиране бруто премије. Административни (управни) трошкови се односе на: организационе трошкове, инвентар, зараде, порезе и канцеларијске трошкове. У ову категорију трошкова спадају и средства неопходна за образовање додатних фондова, уз помоћ којих се осигуравајућа компанија обезбеђује од евентуалних губитака због неадекватног пласмана капитала или због промена обрачунских фактора као што су већа смртност од очекиване, промена каматне стопе,[35] феномен "негативне ширине"[36] и сл. Такође, овде убрајамо и средства неопходна за укамаћење акцијског капитала и расподелу добити осигураницима који су закључили осигурање са правом учешћа у добити.[37] Административни трошкови чине 2-3 ‰ од осигуране суме.

Инфлација и осигурање

Инфлација негативно утиче на развој осигурања живота.[38] Она смањује тражњу. У таквим условима долази до опадања реалне вредности дохотка из

---

[32] Исто, стр.238.
[33] Кочовић, Шулејић, исто, стр.273.
[34] Види: др Јелена Кочовић, исто, стр.146.
[35] Исто, стр.147.
[36] Реч је о разлици између загарантоване стопе добити у портфолију осигуравајућих компанија и приноса које се остварују на тржишту капитала. Уколико су ови други мањи, говоримо о "негативној ширини". О томе: др Здравко Петровић, Томислав Петровић, исто, стр.53.
[37] Види: др Јелена Кочовић, исто, стр.147.
[38] Emmett J.Vaughan, Theerese Vaughan, *Fundamentals of Risk and Insurance*, John Wiley&Sons, Inc., ninth edition, 2003, p.291-292.

кога се издвајају премије осигурања. Топе се акумулациони фондови, а одржавање реалне вредности осигураних сума могуће је једино ако се закључи осигурање уз девизну клаузулу или ако се уговори индексација. Инфлација је једна од главних баријера бржем развоју осигурања живота у земљама у развоју. Висока стопа инфлације, са једне стране, и депресирана домаћа валута, са друге стране, чине становништво готово потпуно, незаинтересованим за куповину осигурања. Један од основних (главних) циљева економске политике је стабилни ниво цена, тј. привреда без инфлације и пуна запосленост. Ови циљеви су међусобно супротстављени (конфликтни) тако да се не могу остварити истовремено, бар не у кратком року.

Склоност ка текућој потрошњи, у условима инфлаторног раста цена, има тенденцију изједначења са јединицом, док склоност ка штедњи губи свој удео у структури зараде осигураника. Врло често се прибегава штедњи у "чврстој валути", што води валутној нестабилности на макро плану.[39] Ова валутна нестабилност, изражена кроз опадање куповне снаге динара, изазива неповерење у даљу стабилност националне валуте, а самим тим и у финансијске институције. Инфлација води смањењу динарске компоненте, а депресијација домаће валуте повећава тражњу за страном монетом.

Инфлација спречава и отежава динамичан привредни развој, дестимулише све облике привредног стваралаштва, доводи до дисторзија, неефикасне алокације ресурса, нове прерасподеле дохотка и социјалног диференцирања. Обезвређивање вредности новца оставља своје трагове и у осигурању. Равнотежа осигуравајућег фонда бива нарушена. Дејство инфлације је нарочито евидентно код дугорочних осигурања какво је осигурање живота. Овакав вид осигурања се базира на предвиђањима у дугим интервалима, па је тешко сачувати реалну вредност премија осигурања неопходних за покриће ризика. Поред тога потребно је очувати и вредност резерви (фондова) које служе обезбеђењу извршења обавеза осигуравача у будућности.[40] Из тог разлога је много лакше очувати вредност уговорних престација код краткорочних осигурања. Из овога закључујемо да инфлација, осим што утиче на волумен штедње, утиче и на њену рочност и структуру.

Инфлација утиче на трошкове одштетних захтева, премије, приходе од пласмана и, већ поменуте, резерве.

Превасходно, инфлација делује на образовање основе за обрачун премије, а последице њеног деловања огледају се кроз:[41]

---

[39] Види: др Александар Живковић, *Мере монетарне политике као услов развоја осигурања живота*, Приватизација и перспективе осигурања у земљама у транзицији, зборник радова са саветовања у Врњачкој Бањи, мај 2003,, стр.170.

[40] Види: П.Шулејић, *Утицај инфлације на извршење уговора о осигурању*, Правни живот, бр.11-12/1993, стр.1531.

[41] Види: Д. Огризовић, *Општи развој и положај осигурања у Југославији*, Институт за упоредно право, Београд, 1990, стр.234.

1. кашњење са повећањем основе за обрачун и
2. корекцију основе за обрачун премије која се врши по нижим стопама од стопе инфлације.

Мања основа за обрачун премије резултира нижом премијом. Међутим, инфлација увећава одштетне захтеве. Питање корекција премије и резерви, у условима инфлације, битно је и због одржавања маргине солвентности.

Да би се сачувала реална вредност уговорних обавеза, мора се приступити ревалоризацији. Начело монетарног номинализма (у смислу да се дугује онолико новчаних јединица на које је уговор закључен) губи сваки смисао.

Најзначајнији облици заштите и одржавања реалне вредности су, с једне стране, индексација, а са друге везивање за одређену страну конвертибилну валуту која ће служити као обрачунско средство и која неће потпадати под веће промене вредности новца. Код индексације аутоматски долази до усклађивања односа премије и суме осигурања (индексом цена на мало, цена изградње, цена произвођача индустријских производа, откупна цена стоке).[42] Код валутне клаузуле може се јавити проблем у вези са избором курса који треба применити (званични – официјелни или незванични; разлике могу бити велике)[43]. Најефикаснији модел је индексна клаузула коју користе земље са релативно малим процентом промене цена. Обавезе уговорних страна се везују за одређени индекс (раст цена на мало) и на тај начин се обезбеђује аутоматско прилагођавање суме осигурања и премија осигурања променама вредности новца. Индекс мора да одражава промене вредности осигуране ствар; не може да буде било који, већ мора бити званично објављен од стране надлежних органа. Промене премија и суме осигурања морају се вршити увек вршити са променама овог индекса.

Да би отклонио штетне последице инфлације осигураник би могао да захтева повећање суме осигурања. Ипак, то се не дешава због непознавања права осигурања и из финансијских разлога јер је раст цена увек већи од зарада из којих се плаћају премије.[44]

Терет обезвређивања новца од момента настанка осигураног случаја до момента исплате накнаде штете сноси осигураник јер се тада не може вршити индексирање, а накнада се обрачунава у време настанка осигураног случаја.[45]

Велики проблеми због инфлације настају код осигурања од одговорности и осигурања живота. Индексација у осигурању живота врши се према индексу цена на мало. Овај поступак се примењује и код осигурања ренте, с тим што право на индексацију немају они којима се рента већ исплаћује. Да би се извршила индексација математичке резерве,

---

[42] Види: Шулејић, *Утицај инфлације*., стр.1532.
[43] Исто, стр.1537.
[44] Исто, стр.1535.
[45] Исто, стр.1539.

неопходно је повећати и премије осигурања живота. То је један од начина заштите. Други начин се односи на индексацију пласмана капитала. Када је реч о учешћу осигураника у добити осигуравача, могуће је да овакав начин заштите донекле ублажи дејства инфлације, али не и да га у потпуности неутралише.

Хиперинфлација је имала разорна дејства у нашој привреди и истопила је акумулационе фондове, што је јако уздрмало и поверење осигураника и утицало на то да број закључених уговора буде мањи. Номинални део ДП који се прелива кроз осигуравајуће организације и банке је битно умањен јер је смањен депозитни потенцијал банака и фондова осигуравајућих друштава.[46]

Инфлација утиче само на величину штете, а не и на учесталост. Због тога се приликом одређивања премија посебно разматрају фактори који утичу на њену учесталост (нпр. прошло искуство), а посебно утицај других фактора.

Субвенције на тржишту осигурања

Одобравање субвенција мотивисано је различитим циљевима. Главни циљ који се постиже субвенцијама је омогућавање боље конкурентске позиције мање ефикасним домаћим произвођачима на домаћем и иностраном тржишту у односу на јефтиније и ефикасније стране произвођаче.47 Иако их оправдавају многи разлози, оне изазивају дисторзије на сваком тржишту. Пре свега, узрокују неефикасну алокацију ресурса, нову прерасподелу доходака, нерационалну потрошњу, криве слику о рентабилности привреде и сл. Терет субвенција увек сносе порески обвезници. Оне се финансирају из државног буџета, што, у крајњем случају значи да су амортизер неефикасног пословања управо крајњи потрошачи.

У извесном смислу, о субвенцијама можемо говорити и на тржишту осигурања. Проблем који се јавља у осигурању можемо овако поставити. Пошто је висина премије (цене), пре свега, резултанта величине ризика, то ће овај фактор имати најважнији утицај приликом одређивања њене висине. Поред ризика, морају се узети у обзир и трошкови спровођења осигурања. Долазимо до закључка да сваки осигураник, зависно од величине ризика, треба да плати и цену која је сразмерна тој величини ризика.

“Већа цена за већи ризик” и “нижа цена за мањи ризик” произилазе из правилно извршене класификације осигураника. Последица тога је

---

[46] Види: др Александар Живковић, исто, стр.171.

[47] др Стево Ковачевић, *Међународни економски односи*, Универзитет у Крагујевцу, Економски факултет, 2000, стр.172.

ефикаснија прерасподела дохотка на тржишту осигурања. Тако ће издвајања осигураника са мањим ризиком бити мања у односу на издвајања осигураника са већим ризиком. Друга последица класификације осигураника је *утицање на понашање осигураника.* Наиме, циљ правила, "већи ризик – већа цена" и обрнуто, је такво понашање осигураника које ће довести до смањења ризика путем предузимања превентивних мера (мере за спречавање настанка осигураних случајева и умањење интензитета штетних последица).[48]

Међутим, у теорији осигурања постоје заговорници једног супротног мишљења. То су тзв. заступници социјалног одређивања цене. Нарочито су активни у САД-у, где је расправа добила веће димензије. Они сматрају да није оправдано да разлике у трошковима и факторима који доприносе томе да ризик буде већи или мањи, утичу на формирање различитих цена[49] осигураницима. Њихов је став да је то неоправдано и да води дискриминацији. Није у реду, нпр. групи са већим ризиком (као што су лошији возачи који су имали много саобраћајних удеса, несавесни лекари итд.) одредити већу цену (премију). По њиховом мишљењу, требало би наплатити свим осигураницима исту премију.

То би значило да ће трошкове ризичније скупине сносити они који имају мањи ризик, а који би требало да плате нижу премију. Финансијски губици једних се преносе у облику виших премијских стопа на друге, оне са мањим ризиком.[50]

Техника осигурања не би, свакако, могла да се сложи са овим ставом, будући да актуари све ризике сврставају у сродне групе и тако стварају хомогене групације. На основу ризика, једнаке величине, осигуравачи наплаћују једнаке премије, по принципу једнак ризик - једнака премија.

Да би обезбедила покриће ризика и осигураницима које карактерише велики интензитет ризика а који често прелази границе ризика које осигуравач прима у осигурање, држава може лимитирати висину цене осигурања. Оваква политика доводи до: смањења понуде осигуравајућег покрића, слабијег квалитета пружене услуге и смањења инвестиција у сектор осигурања.[51] Ниже цене од оних које диктирају правила струке и технике пословања стварају губитке. Ови губици бивају расподељени између осигуравача, сразмерно њиховом тржишном уделу.[52]

Тржиште осигурања се суочава са још једном појавом. Реч је о ситуацијама у којима осигуравач преузима ризик који је, иначе, много

---

[48] Harrington, Scott E., Niehaus , Gregory R., *Risk Management and Insurance*, second edition, McGraw Hill, 2004, p.138-139.

[49] Види: Emmett Vaughan, Therese Vaughan, исто, стр.101. и cScott Harrington, Gregory Niehaus, исто, p.156.

[50] Emmett Vaughan, Therese Vaughan, исто, p.408.

[51] Harrington, Niehaus, исто, p.153.

[52] Исто, p. 157.

већи него што је осигураник пријавио. Због тога је премија коју осигуравач наплаћује нижа од оне коју би наплатио да је знао за праву тежину ризика. Ово је последица чињенице да је тржиште осигурања типичан пример тржишта са асиметричним информацијама. Због оваквих случајева и низа других може доћи до антиселекције ризика и излагања осигуравајућег друштва финансијској нестабилности у случају наступања штетног догађаја.[53]

Чести су приговори на рачун осигуравача, да је осигурање сувише скупо. Да бисмо утврдили да ли је то заиста тако, треба проценити да ли је осигурање скупо само за конкретног осигураника или је реч о релативно високим премијама које су високе и за осигуранике са "дубоким џепом". Висока цена може да означава то да је она висока за купца са малим примањима, а с друге стране може да буде последица великог ризика. У првом случају се наводе хуманитарни разлози за субвенције. У другом случају, када је премија висока зато што је ризик велики, осигурању се може приступити, опет, само уз субвенције.[54] Иако се дешава да се губици из једне врсте осигурања преносе на другу врсту осигурања, то није дозвољено код осигурања живота.

Ипак, морамо закључити да пружање субвенција ствара поремећаје на тржишту осигурања и поништава ефекте конкуренције[55]. Требало би их избегавати увек, ако је то могуће. У суштини, терет у сваком случају сносе порески обвезници.

Mr Jasmina Labudović,
an assistant

FORMATION OF PRICE OF LIFE INSURANCE

Formation of price of life insurance is specific procedure, importantly different from other procedures of formation of price of goods and services. Generally, it lays on premises. Price of life insurance is combination of law of mathematics, statistics, law of supply and demand to a certain point, and a way a deal between insured and insurer where they agree about the insured sum.

---

[53] Види: Andrew Sellgren, *The evolution of insurance markets under adverse selection*, Evolutionary Economics, Springer-Verlag, 2001, p.501-526.

[54] Види: Emmett Vaughan, Therese Vaughan, исто, стр.104. Као последица овога, настала је обавеза за осигураваче у САД да, кад је реч о високоризичним осигураницима од аутоодговорности, свако друштво прихвати одређени број ових осигураника, сразмерно величини премије коју остварује у држави у којој послује.

[55] Исто

Fair premium of life insurance must: be competitive, contain income for insurer, provide dividends, including protection from inflation and contain provision which is sufficient to stimulate agents to close the insurance contract.

Formation of price of life insurance must follow these criteria: probability of realization of event on which insurer`s obligation depends; time value of money; expected income; costs, taxes, profit and unexpected expenses.

Technical elements for calculation of price of life insurance are: mortality tables, interest rate and costs.