ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ

Књига II

ПРИРЕДИО:
Проф. др Станко Бејатовић

Крагујевац
2007

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 Станко Бејатовић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Љиљана Ђуровић

ПРИРЕДИО: Проф. др Станко Бејатовић

ШТАМПА: Правни факултет Крагујевац
ТИРАЖ: 100 примерака
ISBN 86 - 80765 - 82 - 1

Штампање Зборника подржало Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије

Одељак I

Правна историја

Др Марко Павловић,
редовни професор

UDK: 342.4(497.11)"1888"
342.4(497.11)"2006"

КАРАКТЕРИСТИКЕ УСТАВА СРБИЈЕ ОД 1888. И 2006.

Иако су један од другог удаљени скоро дванаест деценија, Устав од 1888. и Устав од 2006. имају неколико битних заједничких карактеристика. Пре свега, и један и други замишљени су и оглашени као каменови међаши, тачке преокрета, нови почеци у уставноправном развитку Србије. Затим, и један и други су оглашени као акти раскида са владарским аутократизмом. И један и други су означени као велики улазак Србије у свет европске уставности. И једним и другим ишло се ка идеалу „најлибералнијег и најдемократскијег“ устава. Устав од 1888. је већ „на самоме рођају“ добио епитет „најслободоумнијег устава у Европи. Најзад, устави Србије од 1888. и 2006. имали су неке сасвим конкретне заједничке црте: донети су по истом моделу, имали су проширену уставну материју и доносили су интерпелацију као нови институт.

Коштуница као Краљ Милан

Устав од 2006. донет је по истом уставотворном моделу по коме је донет Устав од 1888. Елементи тог модела били су: 1) косовска мотивација, 2) страначки компромис, 3) способност једног човека за страначко посредовање, 4) усвајање устава „од корице до корице“, 5) идеја да се добар устав може донети за кратко време.

Поступак доношења новог устава, краљ Милан покренуо је 14. октобра 1888, тако што је својом Прокламацијом расписао изборе за уставотворну, Велику народну скупштину. Краљева Прокламација била је сва посвећена петстотој годишњици Косовског боја. Краљ је ту годишњицу узео као опомену за стишавање страначких страсти и разлог за доношење устава. Полазећи од тога да „народи и не треба олако да мењају устав који сам себи дају“, Краљ је у Прокламацији наводио да петстотинита годишњица, „од како је на Косовском пољу пропала стара српска држава“, представља „јединствену, торжанствену и величанствену прилику“ за доношење устава. Поводом годишњице „славног пада нашега“, партије су имале да изнад својих уских интереса ставе „једно више и светије добро, добро мајке нас свију, добро наше миле и драге Србије ... У данима када приступамо петстотинитом Видовдану треба да отачбина види ’ко је вјера ко ли је невера’.“

Краљ Милан је Прокламацију завршио овако: „Срби, дајте да за 1889-ту великом историјском догађају од 1389-те године, сложном радњом између престола и народа створимо новим уставом земаљским најдостојнији споменик, *чврсш и сшалан шемељ*, на коме се може правилно и сигурно развијати народни и државни живот и осигурати будућност слободног и независног народа српског “. Другим речима, Краљ је стављао свима на знање да нови Устав неће бити резултат страначког надгласавања, него страначког компромиса.

Уставотворни посао започет је 15. октобра 1888, када је краљ Милан именовао један одбор који је имао да састави нацрт устава. У њега су ушли прваци све три странке, као и виђенији ванстраначки људи. Шефови странака, Јован Ристић (либерал), Милутин Гарашанин (напредњак) и Сава Грујић (радикалски првак, док је Пашић био у избеглиштву), именовани су за потпредседнике; место председника, који ће страначке прваке наводити на компромис, краљ Милан задржао је за себе. Уставотворни одбор, са преко осамдесет чланова, био је сувише гломазно тело за израду првог уставног нацрта. Због тога је од његових чланова изабран ужи одбор од дванаест чланова: поред потпредседника у њега су ушла још по три члана из сваке странке.

Ужи уставотворни одбор, у току месец дана, на основу страначког консензуса, израдио је Предлог устава који је 24. новембра 1888. (у штампаној форми) дат на разматрање Великом уставотворном одбору. Овај одбор је „брижљиво претресао Нацрт устава, али није могао много измена и допуна учинити“. Његове измене „биле су махом ситније, а ни једна битна“.

Као носилац уставотворног подухвата, још на почетку рада ужег одбора, краљ Милан је изнео своју замисао да Велика народна скупштина има да прихвати у целини предлог устава уставотворног одбора, пошто је у њему окупљено „све најбоље и најодлучније што једна странка може да“. Свестан да мора да попушта Народној радикалној странци, као најбројнијој, краљ Милан је од свих тражио да буду попустљиви. У уставотворном одбору, он се није држао као политичар који жели да протури неке своје идеје, него као посредник коме је најважније да се странке око нечега сложе. Знао је да израчуна средњу линију и на њу доведе страначке прваке. Недостатак стручног уставноправног знања отклонио је захваљујући својој ретској бистрини и памћењу, а још више младом париском доктору права Миловану Миловановићу, од кога је стицао потребна знања пре сваке седнице уставотворног одбора.

На крају рада уставотворног одбора, 9. децембра, краљ Милан је одржао врло дуг говор тражећи од присутних да се изјасне у прилог сачињеног уставног предлога, не само у своје име, него и у име партијских пријатеља. Краљ је нагласио да су у уставотворном одбору биле заступљене све три странке преко својих водећих људи - „преко свога

ђенералштаба“, па да уставни нацрт који су они израдили обавезује и целокупно њихово чланство. „Дакле - поручио је Краљ - знајте да Велика народна скупштина или ће примити овај устав овакав какав је *од корице до корице*, или га неће примити, у ком случају ја ... ћу онда као краљ ове земље, као Србин, чинити своју дужност према земљи...“

Устав од 1888. донела је Велика народна скупштина која се састала 11. децембра. (За њу се бирало 628 посланика, али је у њу ушло 593 посланика, која су имала уредна пуномоћја.) Велика народна скупштина била је једно пасивно гласачко тело, које је само потврдило уставни пројект који је израђен у уставотворном одбору. Она није ни цео један дан расправљала о пројекту устава. Седница од 21. децембра, на којој је Устав усвојен (са 498 гласова) личила је на позориште, „где су сви глумци добили улоге и добро их научили“. Сутрадан, 22. децембра 1888 (по старом календару) краљ Милан је у Скупштини потврдио Устав. Устав од 1888. често је узиман за пример како се брзо може донети добар устав.

Што се Устава од 2006. тиче, у његовој преамбули је садржана косовска мотивација. У преамбули се посебно наглашава „да је Покрајина Косово и Метохија саставни део територије Србије“. Косовска мотивација изгледала је и као пресудни елеменат за успех уставотворног референдума од 28. и 29. октобра 2006. Када је, услед лошег одзива, успех референдума био под знаком питања, В. Коштуница и радикалски прваци (Т. Николић и А. Вучић) су указивали на то да је референдум о новом уставу питање ранга „ко је вјера, а ко је невјера“.[1] Дан по референдуму, *Политика* је осванула с ударним поднасловом: „Изјашњавање половине Србије можда неће спасити Косово, али ни дати алиби за једнострано признавање независности Покрајине“.[2]

Референдум од 28. и 29. октобра имао је улогу Велике народне скупштине (од децембра 1888), која се иначе у своје време сматрала заменом за референдум. Улогу ужег уставотворног одбора, у септембру и октобру 2006, имали су састанци представника парламентарних странака. Улогу великог уставотворног одбора имала је седница Народне скупштине (од 30. септембра 2006) на којој је са импозантном већином од 242 посланика (од укупно 250) усвојен предлог Устава.

Председник Владе, др Војислав Коштуница са ореолом доброг уставног правника, са својим најчешће дискретним посредовањем у току

[1] А. Вучић, генерални секретар СРС, поручивао је да „уколико не изађемо на референдум и не потврдимо нови устав, може се очекивати радост Агима Чекуа и Мартија Ахтисарија и свих српских непријатеља“ (*Политика*, 30. октобар 2006). О радикалском доприносу изгласавању устава на референдуму, вид. С. Антонић, Радикалски мишићи, *Политика*, 7. нов. 2006.

[2] Утицај референдума на будући статус Косова: Глас да се отежа одлука, *Политика*, 31. окт. 2006; М. Павловић, Већ виђени компромис, *Политика*, 3. нов. 2006.

постизања страначког уставотворног компромиса, имао је улогу краља Милана. Затим, у предреферендумској кампањи, Коштуница је слично краљу Милану указивао на судбинско значење постигнутог компромиса и тако одржавао атмосферу свеопште сагласности око новог устава.[3]

Проширена *materia constitutionis*

И Устав од 1888. и Устав од 2006. обилују одредбама које, правно-теоријски, не спадају у стандардне уставноправне одредбе, него су одредбе законског ранга. У Устав од 1888. уношене су одредбе законског ранга због лошег искуства с законодавцем под претходним, Намесничким уставом од 1869. Наиме, права грађана по Уставу од 1869, законодавац је „често стезао у тако уске границе да од њих није остало скоро ништа". Да би предупредио ову појаву, уставотворац од 1888. је прописао обезбеђења права и слобода грађана преко којих законодавац није смео да прелази. За ово је најилустративнији дуги чл. 9, који садржи одредбе тзв. *habeas corpus*-а. У њему се налази не само начелна забрана незаконитог лишења слободе, него комплетан институт *habeas corpus*-а, са одредбама о саопштавању решења о притвору, жалби, роковима. Са уставноправног становништа, било је довољно да се у Уставу наведе став да нико не може бити „лишен слободе без писменога и разлозима поткрепљенога решења истражнога судије". Међутим, уставотворац се није задржао на томе, него је у свој чл. 9, с неким изменама, унео цео §131. Закона о кривичном судском поступку. Ово је учињено због тога што се мислило да ће се одредбе *habeas corpus*-а „успешније заштитити, ако их буду свечано прогласили у Уставу".

Поводом Устава Србије од 1888, млади Слободан Јовановић поставио је правило за све уставе веће дужине: „Што се у једној земљи мање поштују обични закони - вели он - то ће све више чланова морати бити у

[3] „Веома је важно - говорио је Коштуница у једном интервјуу - утицати на јавност да схвати да устав не долази сам од себе и да је потребно да грађани *потврде оно што су народни представници учинили у Скупштини* и да у што већем броју изађу на референдум" (*Политика*, 13. окт. 2006). Најзад, у Коштуничиним иступањима било је и примене његовог знања из америчке уставне историје. У предреферендумских месец дана, он је унеколико играо улогу српског Хејмса Медисона (кључног човека у формулисању и придобијању јавног мнења - чланцима у „Федералистичким новинама" - за амерички устав. Коштуничини „федералистички списи" биле су изјаве и интервјуи. У понеком политичару помало је имао свог Хамилтона и Хеја.) Све у свему, да ли је уставотворни модел од 1888. био предмет инспирације или имитације, неки облик поновљене историје или нешто друго, показаће време. Једно је и сада евидентно: предреферендумске приче - и стручних и нестручних - о томе да је Устав од 2006. плод невиђеног компромиса (слоге) у српској историји нису биле тачне. Ипак, и оне су испуниле своју сврху - у оквирима уставотворног модела од 1888.

Уставу. Другим речима, што је једна земља даља од типа правне државе, то ће све опширнији Устав имати.“ Уз напомену да дужина устава зависи од више фактора, Јовановићево правило ваља свакако имати у виду. То правило би се могло допунити тврђењем да је већа дужина устава у исти мах значила и тежњу приближавању и остваривању идеала правне државе.[4]

Слично Уставу од 1888, и Устав од 2006. испуњен је мноштвом норми законског ранга, с циљем остваривања европског модела правне државе - у коме кључно место има заштита људских слобода и права. Тако, слично Уставу од 1888, и у Уставу од 2006. унет је цео *habeas corpus*. Међутим, номотехнички, а и суштински, *habeas corpus* је боље уређен Уставом од 1888. Прво, уставотворац од 1888. је овај институт дао у једном члану, и то изложивши његове одредбе логичним редом. Уставотворац од 2006. је, пак, *habeas corpus* дао у једном и по члану (чл. 29. ст. 2 и чл. 30), и то тако што је крај ставио на почетак, односно став којим се завршава институт (чл. 29 ст. 2) стављен је у другу половину члана који претходи члану (30) посвећеном самом институту. Најзад, у само четири става посвећена *habeas corpus*-у има понављања које уноси конфузију. Став којим почиње институт *habeas corpus*-а у Уставу од 2006. гласи: „Лице лишено слободе без одлуке суда мора без одлагања, а најкасније у року од 48 часова, бити предато надлежном суду, у противном се пушта на слободу“ (чл. 29 ст. 2). Став из Устава од 1888, којим се завршавао институт *habeas corpus*-а (а каквог нема у Уставу од 2006.) гласио је: „Органи власти који би скривили против ових одредаба казниће се за незаконо лишење слободе.“

Одредбе *habeas corpus*-а, Србијин уставотворац је склопио по угледу на Устав Републике Словеније (од 1991.). На местима где је одступио од узора, кварио је ток логичног нормирања.

---

[4] С. Јовановић, *Велика народна скупштина* / студија о уставотворној власти, Београд, 1900, стр. 4,5; Пре Јовановића, идеју о слабој правној држави износио је на предавањима М. Миловановић: „У уставним законима француским (од 1875. године) нећемо наћи ниједне речи о тим слободама, па ипак зато не треба мислити да су у нас те слободе боље огарантоване но у Француској. Узрок лежи у томе што у француском политичком животу те су се слободе тако рећи оживеле тако да никоме и не пада на ум да их ограничава. Код нас искуство у последњим годинама стечено тражило је да се у уставу не само начелно прокламују те слободе, но да се одреде и услови и начини под којима се и на које се могу ограничавати те слободе зато што код нас се те слободе још нису уживеле, немају прошлости и традиција, што је искуство из последњих година показало да се тражио сваки начин да се те слободе изиграју.“ (М. Миловановић, *Државно право и друге уставноправне студије*, приредио Р. Марковић, Београд, 1997, стр. 160,161); М. Павловић, Форма и уставноправна техника српских устава, *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд, 1990, стр. 183; М. Јовичић, *Велики уставни системи* / елементи за једно упоредно уставно право, Београд, 1984, стр. 340,341; М. Јовичић, *О уставу*, Београд, 1977, стр. 177-180.

Први по интерпелацијама

Сваки у своје време, и Устав од 1888. и Устав од 2006, били су први по томе што су садржавали институт интерпелације. И у случају првог, и у случају другог, институт интерпелације је прво унет у Пословник, па је онда конституционализован.[5]

У Уставу од 1888. речено је само то да „сваки посланик има право управљати министрима питања и интерпелације. Министри су дужни дати на њих одговор у току истог сазива.“ Милован Миловановић је на предавањима овако објашњавао разлику између посланичког питања и интерпелације: „Кад се управи питање на владу, надлежни министар даје одговор и с тим је ствар свршена. Питање се управља кад један или више посланика не разумеју оно што влада смера и тражи од исте о томе објашњења. Из тог питања не види се никакво незадовољство према влади, но просто тражење обавештења. Интерпелација, поред тражења објашњења, садржи још и критику и њоме се од владе тражи не само шта је учинила, но и да оправда оно што је учинила. Питање не изазива дискусију, а о интерпелацији води се дискусија и на крају ове долази гласање о томе да ли скупштина прима оправдање министра или не. Интерпелација је, тако рећи, свакодневно средство контроле Народне скупштине над члановима владе. Помоћу интерпелације народни представници утичу на вршење извршне власти.“[6]

Институт интерпелације разрађен је у Пословнику од 1889. Одлука, којом се завршавао претрес о интерпелацији и прелазило на дневни ред, могла је да буде проста или образложена (мотивисана). У мотивацији се министров рад могао одобрити или осудити. По Пословнику, Влада је имала право „да изјави који ће од предложених прелаза на дневни ред примити као довољан израз поверења скупштинског према њој“. У случају осуде владиног или министровог рада, они су били дужни да одступе. Ипак, та њихова обавеза била је моралне природе, али такве да се на њој могао крунити углед владе и скупштинска већина. Владу, са министрима имуним на интерпелације, Скупштина је могла да сачека на буџету, и неизгласавањем буџета натера на одступање.[7]

Уставом од 2006. прописано је да, „најмање 50 народних посланика може поднети интерпелацију“, на коју је Влада дужна да одговори у року од 30 дана. Ако Народна скупштина „гласањем не прихвати одговор Владе

---

[5] С. Јовановић, *Уставно право*, Београд, 1907, стр. 232; Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2005, стр. 415.

[6] М. Миловановић, *Државно право и друге уставноправне студије*, стр. 178.

[7] С. Јовановић, *Уставно право*, Београд, 1907, стр. 232-235; С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, 1924, стр. 282-286; Л. М. Костић, *Коментар Устава Краљевине Југославије од 3. септембра 1931*. (Југословенско уставно право), Београд, 1934, стр. 181,182.

или члана Владе“ (а председник Владе или интерпелисани министар не поднесе оставку) „приступиће се гласању о неповерењу Влади“.[8] У ствари, према Уставу од 2006. институт интерпелације је срастао са институтом изгласавања неповерења Влади. Исто решење налази се у Уставу Словеније.

Неприхвативши се обнављања Србијине традиције интерпелације, уставотворац од 2006. се определио за модел интерпелације који је двоструко лош. Прво, према моделу из немачког парламентарног права, Србијин уставотворац од 2006. је направио разлику између потребног броја посланика (50) за подношење интерпелације и захтева за гласање о неповерењу Влади (60). Али, уставотворац није принципијелно, него изгледа дневнополитички, одмерио потребан број посланика.[9] Наиме, у логици парламентарног живота је да се он одвија кроз посланичке групе. Следствено, минималан број за једну посланичку групу (фракцију) „морао би у исто време бити и минималан број потписника једне интерпелације“. То је принцип који лежи у природи парламентарног живота, и који је усвојен у немачком парламентарном праву.[10] С обзиром на постојећу парламентарну ситуацију у Србији, право на интерпелацију би могле да користе само две посланичке групе (једна опозициона и једна коалициона). Већ самим тим, идеја интерпелације као кључног опозиционог контролног инструмента је изневерена.[11]

---

[8] У чл. 129. ст. 6, још се каже да „о питању које је било предмет интерпелације не може се поново расправљати пре истека рока од 90 дана“.

[9] Према схватању Л. М. Костића, давањем права на интерпелацију групи (од 10 или 20 посланика), а не појединцу, дејство интерпелација било би јаче и министри их „не би могли неглижирати како је то уобичајено“. (Л. М. Костић, *Коментар Устава*, стр. 181) - Словеначки устав има боље, али не и начелно решење. Интерпелацију може да поднесе 10 посланика (у Парламенту од 90 чланова).

[10] Расправа о интерпелацији, у немачком Парламенту, води се ако то захтева парламентарна група или 5% посланика. Rules of procedure of the German Bundestag (as published in the Notification of 2 July 1980, and as amended by the Notification of 12 November 1990), Documents on Democracy in the Federal Republic of Germany, Press and Information office of the Federal Government Foreign Affairs Division, D-53113 Bonn, стр. 72,73; Д. Стојановић, Посланичко питање у упоредном и југословенском парламентарном праву, *Влада*, (Мала библиотека Југословенског удружења за Уставно право, бр. 5), Београд, 1998, стр. 105-107; Л. М. Костић, О српском уставу, *Сабрана дела*, том 10, Београд, 2000, стр. 980,981.

[11] Речју Л. М. Костића „итерпелације су средство парламентарне борбе опозиције против Владе. Оне су установљене с обзиром на опозицију. Владине присташе у Парламенту имају разних других начина да утичу на министре и да траже од њих обавештења па евентуално и одговорност ... Уколико они подносе интерпелације, оне су махом намештене, јер већ на основу саме партијске дисциплине не би смели позивати на одговорност чланове своје или коалиционе странке, ако им надлежне партијске инстанције то нису дозволиле. ... Ваљало би извесне дане употребити за претресање интерпелација опозиције, а друге за претресање

Везивањем интерпелације за изгласавање неповерења Влади, Србијин уставотворац је из парламентарног живота искључио постепеност. Спортски речено, Србијин уставотворац оставио је опозицији могућност да нокаутира Владу, али не и да је побеђује на поене. Тиме што су интерпелације без задовољавајућег одговора Владе схваћене као увод у изгласавање неповерења, Народна скупштина, односно опозиција, у Србији је лишена могућности да утиче на рад Владе и појединих министара, односно да речју М. Миловановића „утиче на вршење извршне власти".

Народносна дефиниција државе

У Уставу од 1888, као ни у осталим уставима Кнежевине и Краљевине Србије, није било народносне дефиниције. Обележје националне државе произлазило је из самог имена Србија. То обележје уткано је у низ уставних одредби. Тако, каже се: „Сви су Срби пред законом једанки" (чл. 7), „Српски грађани имају право скупљати се мирно и без оружја у зборове" (чл. 24), „Сваки Србин има право да непосредно и без ичијег одобрења тужи суду државне чиновнике и званичнике ..." (чл. 28), „Право бирачко има сваки рођени или прирођени Србин ..." (чл. 85). Ни данас овај тип уставности није анахронизам. Као живи примери уставности националног типа стоје важећи устави Грчке и Немачке. У Уставу Грчке од 1974/1986, на пример, каже се „Сви Грци су једнаки пред законом", „Сваки Грк способан да носи оружје, обавезан је да допринесе одбрани нације", „Судске одлуке доносе се у име грчког народа" (чл. 26).[12] У уставу Немачке наилази се, на пример, на ове одредбе: „Сваки Немац у свакој немачкој земљи има иста политичка права и дужности"; „Сваком Немцу подједнако су доступне све јавне службе ..." (чл. 33)[13]

интерпелација већине, и то по праведној пропорцији ... Ако је број чланова опозиције већи од 30%, онда им треба дати три четвртка у месецу, а приставама Владе свега један." (Л. М. Костић, *О српском уставу*, стр. 981, 982); Вид. Л. Марковић, *Парламентарно право*, Зрењанин, 1991, стр. 191, 192.

[12] The Constitution of Greece, www.celc.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html; Неке од ових или сличне формулације, садржавао је и Устав Грчке од 1968 (нпр. чл. 7, 18, 19) - У Белгијском уставу, према којем је прављен Устав Србије од 1888, коришћене су сличне формулације: „Својство Белгијанца стиче се ...", Белгијанци имају право ..." (чл. 19, чл. 20), „Белгијска нација... (Устав од 7. фебруара 1831. са изменама и допунама од 31. децембра 1970, превод М. Јовичић, *Збирка новијих устава*, В, Београд, 1972, стр. 57,58,72). Данас, међутим, Белгија образује специфичан тип двонационалне државе чијим су уставом (од 1994) до краја конституисане заједнице Фламанаца и Валонаца.

[13] Germany-Constitution(Adopted on: 3 mart 1949), www.vescc.com/constitution/germany-constitution-eng.html

Устав од 2006. народносно дефинише Србију у преамбули и чл. 1. У првој реченици преамбуле се каже да уставотворац („грађани Србије“) полази „од државне традиције српског народа и равноправности свих грађана и етничких заједница у Србији“. У чл. 1. стоји да „Република Србија је држава српског народа и свих грађана који у њој живе ...“ Ова дефиниција, ипак, представља једно еклектичко и комунистичко решење: њоме су обухваћени и национално и „грађанско“, односно „мултикултурално“. Ради се о модификованој дефиницији из Устава од 1974, по којој је „Социјалистичка Република Србија је држава српског народа и делова других народа и народности, који у њој живе и остварују своја суверена права.“ Најзад, ова дефиниција опомиње на кафанску и свадбарску атмосферу кад се наручују песме „само за домаћина ... и остале госте“, ваљда да се нико не наљути.[14]

У ствари, уставотворац је хтео да каже да је Србија творевина српског народа, али да су у њој грађани равноправни, односно једнаки пред законом. То би била дефиниција примерена савременој уставности. Али, Србијин уставотворац, следећи и поправљајући уставотворца од 1990, само је укварио ствар. Прво, првом реченицом преамбуле, Србијин уставотворац је став о равноправности толико раширио да га је учинио нелогичним и мутним. Јер, равноправност (једнакост у правима) етничких заједница повлачила би за собом онолико службених (државних) језика колико има тих заједница, а химна Србије не би могла да буде свечана песма Боже правде (пошто се у њој помиње само један, конститутивни народ), а и Србија не би требало да се зове Србија. Ниједна држава, па ни Србија, не може се организовати на начелу равноправности свих етничких заједница. Равноправност - што значи апсолутна једнакост у правима - свих етничких заједница довела би државу до порицања и пропасти. Србијин уставотворац од 1990, који је био веома увиђаван према припадницима националних мањина (народности), у дефинисању државе није био предусретљив до самоуништења.[15]

[14] М. Павловић, Правноисторијски и упоредноправни поглед на уставне промене, *Уставне промене*, Београд, 2003, стр. 23-26.

[15] По Т. Маринковићу, у Уставу Србије „преплићу се три различите дефиниције Републике Србије: као заједнице засноване на универзалним моралним принципима, ексклузивном етничком пореклу и политици признања различитости ... Присуство овако различитих концепција дефинисања државе речито говори о томе да је на делу, како би Карл Шмит рекао, дилаторни или фасадни компромис који само одлаже доношење коначне одлуке“ (Три дефиниције Србије, *Политика*, 25. окт. 2006).

Службени језик и писмо

Устав од 1888, према данашњој категоризацији, припада уставима који нису изричито дефинисали службени језик и писмо, пошто се то претпоставља. У време Устава од 1888, српски ћирилички језик био је животна чињеница па није било потребе да се у Уставу помиње као службени језик. Устав Србије од 2006. припада већинској категорији устава, којима се један језик одређује као службени језик. У чл. 10. стоји: „У Републици Србији у службеној употреби су српски језик и ћириличко писмо. Службена употреба других језика и писама уређује се законом, на основу Устава.“ Чл. 10 Устава од 2006. отклања све могуће недоумице око службеног писма, које су настајале на подлози наслеђа идеологије југословенства и комунистичке диктатуре. Речју, члан 10 одбацио је ненаучну и денационализаторску категорију хрватске латинице као другог српског писма. Међутим, уз одредбе о службеном језику и писму, Устав од 2006. се на још три места бави језиком (и писмом) у службеној употреби. Тако, по чл. 32 ст. 2, „свакоме се јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду“. Према чл. 33 ст. 1, „свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме, буде обавештен ... “ И чл. 32. и чл. 33. Устава представљају изводе из чл. 6 Европске конвенције за заштиту људским права и основних слобода, с тим што су од две алинеје Конвенције, уз промену распореда, а донекле и смисла, направљена два става за два члана Устава. У Конвенцији, ови ставови (алинеје) односе се на права оптуженог: „Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права: а) да буде без одлагања и детаљно обавештен, на језику који разуме, о природи и разлогу оптужбе поднете против њега ... д) да има бесплатну помоћ тумача ако не може да разуме или да говори језик који се употребљава на суду.“[16]

Трећа одредба о језику у службеној употреби[17] налази се у делу о „уставности и законитости“. Ту се о „језику поступка“ каже: „Свако има право да користи свој језик у поступку пред судом, другим државним органом или организацијом која врши јавна овлашћења, када се решава о његовом праву или обавези. Незнање језика на коме се поступак води не сме бити сметња за остваривање и заштиту људских и мањинских права“ (чл. 199). Овај члан настао је тако што је преформулисан чл. 123 Устава од

[16] *Права човека*, бр. 5-6, 2004, стр. 122.

[17] Има схватања да је један језик (и писмо) у службеној употреби само ако се на њему води поступак, Ипак, по логици ствари, ако појединац може да учествује у једном државном послу на свом језику (па и преко преводиоца), онда је самим тим његов језик у службеној употреби.

1990. Он је знатно ширег домашаја, с обзиром на то да службену употребу неслужбеног језика не везује за својство оптуженог. Као такав, он индиректно угрожава службени језик (и писмо). Наиме, он се заснива на претпоставци да држављани Србије не морају да знају њен српско-ћирилички језик. У упоредном праву, пак, налазе се сасвим супротни примери. Тако, бугарски Устав (од 1991) прописује обавезу учења бугарског језика (и бугарског ћириличког писма, што је излишно и поменути, пошто Бугари нису имали римокатоличког суседа који би им присвојио језик и наметнуо своје латиничко писмо). „Учење и употреба бугарског језика - каже се у чл. 36 Бугарског устава - су право и дужност бугарских грађана. Грађани, којима бугарски језик није матерњи, имају право да, упоредо са обавезним учењем бугарског језика, уче и користе свој језик.“ У чл. 3 прописано је да „службени језик у Републици је бугарски језик“. Употреба мањинских језика (и поред тога што су, 1992, мањине чиниле 15% становништва) је законима сведена на меру Европске конвенције: окривљени може да, преко преводиоца, комуницира са судом на свом језику. Али, осуђеници на издржавању казне затвора морају да говоре искључиво бугарски, па чак и родбина која им долази у посету. Бројним прописима, обавезна употреба бугарског језика проширена је, и ван сфере рада државних органа, на разне области јавног живота грађана.[18]

Француска и Грчка се држе најчвршћег курса државног монолингвизма. У Француски устав је (1993) унета одредба да „језик Републике је француски“ (чл. 2, ст. 1), а посебним законом регулисана је његова искључива употреба. Сличан је случај са Грчком, која није ни потписала Европску повељу о регионалним или мањинским језицима. Чак је и Устав језички шаролике Шпаније прописао обавезу знања службеног језика: „Кастиљански је званични шпански језик државе. Сви Шпанци су дужни да га знају и имају право да га користе.“[19]

Однос према војној обавези

Уставноправно одступање данашње Србије од своје традиције веома је видљиво у погледу војне обавезе. Та обавеза се у Уставу од 2006.

[18] Конституция на Република България (в сила от 13. 07. 1991 г), htt://fbac.net/BulgariaConstitutionBG.htm; Б. Кривокапић, О неким проблемима службене употребе језика у унутрашњим правним порецима држава, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2005, стр. 106-109.

[19] „... Остали шпански језци ће такође бити званични у одговарајућим аутономним областима, у складу са Статутима истих. Богатство различитих лингвистичких модалитета Шпаније је културна баштина која је предмет посебног поштовања и заштите.“ (Шпански устав, чл. 3, *Права човека*, бр. 3-4, 2003, стр. 96); Устав француске републике од 4. октобра 1958 (са изменама и допунама), *Права човека*, бр. 7-8, 2003, стр. 140.

помиње кроз своју негацију, преко приговора савести. „Лице - стоји у чл. 45. - није дужно да противно својој вери или убеђењима, испуњава војну или другу обавезу која укључује употребу оружја. Лице које се позове на приговор савести може бити позвано да испуни војну обавезу без обавезе да носи оружје, у складу са законом."

У упоредном праву, војна обавеза се нормира сасвим другачије. У Уставу Шпаније о војсци се говори већ у чл. 8 (у „прелиминарном" одељку) где се каже да оружане снаге имају задатак „да гарантују суверенитет и независност Шпаније, да бране њен територијални интегритет и уставни поредак". О војној обавези говори се у чл. 30, што је иначе први члан поглавља „о правима и дужностима грађана". Чл. 30. гласи: „(1) Шпанци имају право и дужност да бране Шпанију. (2) Закон ће утврдити војну обавезу Шпанаца и регулисаће, уз одговарајуће гаранције, приговор савести, као и остале узроке изузећа од обавезног служења војне обавезе, с тим што може, када оцени да је то прикладно, наметнути алтернативно цивилно служење. (3) Цивилно служење може се установити за испуњење циљева од општег интереса." Војна обавеза је слично регулисана Уставом Аустрије: „Аустрија се опредељује за свеобухватну одбрану земље ... Сваки мушки аустријски држављанин је војни обвезник. Лице које због приговора савести одбије војну обавезу и од ње буде ослобођено, мора да обавља другу службу. Ближе одредбе доносе се законима."[20]

Прво што пада у очи код ових одредби је свечаност дикције. Друго је исказивање војне обавезе као правила. Најзад, приговор савести се даје као изузетак сасвим одређеног значења. Овом типу одредби о војној обавези био је ближи Устав Србије од 1888, него њен данашњи Устав. „Сваки је Србин дужан да служи у војсци. Рок војне службе, начин одлучивања, и изузећа од личне службе прописује нарочити закон." За разлику од савремених устава, Устав од 1888. није познавао приговор савести. (Према чл. 20, „српски се грађани не могу ослободити својих грађанских и војних дужности позивајући се на прописе своје вере".) Устав Србије од 2006, у ствари, и не регулише војну обавезу, него право њеног одбијања.

[20] Шпански устав, *Права човека*, бр. 3-4, 2003, стр. 97,104; Устав Демократске републике Аустрије, *Права човека*, бр. 3-4, 2002, стр. 201. Према Савезном Уставу Швајцарске конфедерације (од 1999), „1) Сваки Швајцарац је обавезан да служи војну службу. Закон предвиђа цивилну резервну службу. 2) За Швајцаркиње је војна служба добровољна. 3) Швајцарци који не служе ни војну ни резервну службу, дужни су да плате." (чл. 59) - Према Уставу Македоније од 1991, „одбрана Републике Македоније је право и дужност сваког грађанина. Вршење тог права и дужности регулише се законом" (Macedonia - Constitution, http://njnjnj. Oefre.unile.ch/lanj/icl/mkoo000.html)

Територијално уређење

Питање формирања „најширих територијалних заједница“ у оквиру државе [21] било је отворено и 1888. и почетком XXI века, после „Петооктобарске револуције“. Приликом доношења Устава од 1888, краљ Милан је, угледајући се на војну поделу, предложио да се земља, уместо округа, подели на десет жупанија. Краљевом гледишту су се приклонили напредњаци и либерали, па је оно унето у нацрт ужег одбора. У пленуму су радикали опет тражили да се земља подели на 32 среза, чиме би се упростила и појефтинила администрација: народ би лакше долазио до својих права, не морајући да потеже чак у окружну варош. Радикалима је одговарано да би се усвајањем њиховог предлога ослабио надзор централне власти над локалном управом, пошто је из центра теже управљати великим бројем срезова, него малим бројем округа, односно жупанија.

У једном моменту расправе о локалној организацији државе, узета је у обзир могућност појаве проблема влашке мањине. Бранећи свој концепт административне поделе на десет великих јединица (жупанија), насупрот радикалском концепту поделе на мале јединице (срезове), краљ Милан је указивао на влашку („румунску“) мањину. Он је изнео да би се, при административној подели земље само на срезове, могло десити „да се у једном срезу где на пример има много Румуна служи једино румунским језиком, који би добио у том случају карактер некаквог службеног језика“.

Бојазан краља Милана била је оправдана. Идеју употребе влашке мањине за рачун неке велике силе први је лансирао Бењамин Калај, 1869/70. За ову идеју покушао је да употреби румунског дипломатског представника у Београду (Р. Јонескуа): „Мало га подстичем - забележио је Калај у свом *Дневнику* - против Срба у интересу Влаха који живе у Србији.“ Једном приликом, „када се српска влада понашала одбојно“, Калај је неким министрима у Бечу предложио „да у Србији покрену национално питање Влаха, што можда неће бити немогуће, јер у овој малој земљи живи 150.000 Влаха, који су сасвим потлачени од стране Срба“. Као превентивно решење за могући мањински проблем, задржана је стара тростепена административна подела на општине, срезове и округе. [22]

У посткомунистичкој Србији, идеју регионализације лансирао је академик Миодраг Јовичић, и то као средство за елиминисање

---

[21] Израз је из *Предлоīа Европйске йовеље о реīионалној аутōномији* од 1977. (З. Радовић, А. Симић, Б. Мијатовић, З. Вацић, *Реīионализација Србије*, Београд, 2003, стр. 31)

[22] *Дневник Бењамина Калаја 1868-1872*, Београд-Нови Сад, 1976, стр. 221,422; Ф. Никић, *Локална уīрава Србије у XIX и XX веку*, Београд, 1927, стр. 258; М. Павловић, *Срīска īравна историја*, Крагујевац, 2005 стр. 496.

комунистичких *corpus separatum*-а. „Увођење регионалне државе у нас - писао је М. Јовичић, августа 1992. - подразумевало би свакако не само напуштање федералног уређења, него и укидање аутономних покрајина као посебних територијалних јединица. Концепт о увођењу само четири региона - централне Србије, Црне Горе, Војводине и Косова и Метохије - не би никако био у складу с тежњом за исправљање тешких грешака учињених у прошлости у конципирању федерације и територијалне аутономије. Никакви остаци 'авнојске' и 'брионске' Југославије не смеју загађивати нову државну творевину."[23] Следствено, М. Јовичић се залагао да се две комунистичке аутономне покрајине (Војводина и Космет) регионално разложе на „Банат (са седиштем у Петроварадину)", Срем (са седиштем у Сремској Митровици), и Бачку (са седиштем у Новом Саду). Од Космета, по схватању Јовичића, требало је да настану два региона - Косово и Метохија (са седиштима у Приштини и Призрену). У централној Србији (углавном Србији од пре 1913, тзв. прекумановској), М. Јовичић је сматрао да треба образовати седам региона (с Београдом).[24]

Пројект са тринаест региона (са Црном Гором као посебним регионом), Јовичић је изнео у склопу своје идеје о држави „уједињених српских земаља", за коју је направио и један нацрт устава.[25] Ипак, у погледу централне Србије напомињао је да би подела на шест региона „захтевала претходна проучавања и узимање у обзир низа релевантних фактора, па и воље грађана на рубним подручјима". У ствари, Јовичић је, с једне стране, био свестан да су упоришта регионализације у централној Србији веома слаба, а с друге стране, да постојање „мреже региона не може да буде плод арбитрерног повлачења њихових граница". С обзиром на Италију и Шпанију, као једине две регионалне државе, за успостављање региона је најважнија традиционална посебност једне територијалне јединице. У Шпанији оне су се разликовале „у језику, обичајима, традиционалним институцијама, донекле и у праву, непрекидно су се одржавале, често упркос настојањима монархије да уведе строго централистички режим. Тежња за посебношћу, па и одређеним облицима аутономије, која је понекад добијала сепаратистичке облике, била је константа шпанске историје."[26] Сваки од региона „или бар

---

[23] М. Јовичић, *Куда идеш Србијо*? / Хроника српско - југословенске уставности (1990-1994), Београд, 1995, стр. 154.

[24] Региони централне Србије, осим Београда, требало је да буду: Западна Србија (са седиштем у Ваљеву), Источна Србија (са седиштем у Нишу), Јужна Србија (са седиштем у Лесковцу), Подунавље (са седиштем у Пожаревцу), Рашка (са седиштем у Краљеву), Шумадија (са седиштем у Крагујевцу). (М. Јовичић, *Куда идеш Србијо*? стр. 155, 157, 158)

[25] М. Јовичић, *Устав регионалне државе уједињених српских земаља* / организација власти, са објашњењима и коментарима, Београд, 1996.

[26] М. Јовичић, *Регионална држава* / уставноправна студија, Београд, 1996, стр. 37.

већина, мора да има свој идентитет, да представља релативно заокружену целину".

После петооктобарске промене (2000), питање регионализације Србије отвориле су и обликовале неке невладине организације. Тако, у „Предлогу за нови устав Србије", Београдског центра за људска права, нашла се новина да се „цела територија Србије организује у аутономне покрајине, при чему се не задире у територију постојећих аутономних покрајина". Следствено, поред Војводине и Косова и Метохије, имале су да се образују још четири аутономне покрајине.[27] Идеју регионализације Београдског центра похвалила је Венецијанска комисија.[28] Уз то, њен представник је, у једном тренутку уставних расправа у Србији, изашао са императивном поруком: „Србија се мора регионализовати." Та изјава је открила чињеницу да је прави извор идеје о регионализацији Србије изван Србије - у Савету Европе, односно Европској унији. У међувремену, идеју регионализације преузела је Демократска странка Србије, странка популарног Војислава Коштунице, победника над Слободаном Милошевићем. Ипак, у предуставно стање, идеја регионализације Србије доведена је од аутора Центра за либерално-демократске студије. У њиховој публикацији (*Регионализација Србије*) разрађен је став о конституисању целе Србије као регионалне државе, с ослонцем на шпанску девизу о томе да „аутономија није опасна једино ако је доступна свима". Друго, уместо уставног установљења, организовање појединих региона препуштено је самоорганизовању од стране „суседних општина, односно грађана тих општина".[29] Уз све ово, ваља приметити да, док се у

[27] „Аутономне покрајине у Републици Србији су: Београд, Војводина, Југозападна Србија, Југоисточна Србија, Косово и Метохија и Шумадија - Подунавље. Границе аутономних покрајина, осим Војводине и Косова и Метохије, које задржавају досадашње границе, одредиће органски закон." (*Уставна решења за Србију и Југославију*: предлози независне групе експерата / Лидија Баста-Флајнер ..., Београд, 2001, стр. 19, 57)

[28] „Европску комисију за демократију путем права, односно Венецијанску комисију основале су државе-чланице Савета Европе 10. марта 1990. ... Независни правни експерти у оквиру Комисије баве се прилагођавањем правних прописа европском законодавству из области уставног права, националних мањина, питањима федерализма и регионализма, као и правним темељима иностране политике. Земље-чланице и кандидати за чланство у Савету Европе подносе том саветодавном телу на разматрање предлоге, од устава до појединачних закона. Мишљење стручњака-извештилаца државе нису дужне да уваже, али оне то по правилу чине. ... Венецијанска комисија је похвално оценила Нацрт устава Србије који су припремили експерти под покровитељством Београдског центра за људска права. Експерти Венецијанске комисије учествовали су у писању Споразума из Рамбујеа, Прелазног уставног оквира за Косово и Охридског споразума у Македонији. ... (Шта је Венецијанска комисија? http://www.nin.co.yu/cgi-bin/printpage?filename=2002-07/18/24182.html)

[29] З. Вацић, Б. Мијатовић, А. Симић, З. Радовић, *Регионизација Србије*, стр. 34, 37.

Србији јављала и обликовала идеја регионизације, источни сусед Бугарска живела је под уставном одредбом о забрани регионизације: „Република Бугарска је јединствена држава с месном самоуправом. У њој се не допушта образовање територијалних аутономија“ (чл. 2).

Регионалистичке одредбе Устава од 2006. направљене су по угледу на аналогне одредбе Устава Шпаније. То је нарочито видљиво у погледу енумерације надлежности. Покрајинска надлежност у Уставу Србије од 2006. (чл. 183) представља сажету верзију шпанске регионалне надлежности. У шпанском Уставу су наведени и објективни услови за стварање региона (за „коришћење права на аутономију“). У регион се могу конституисати „суседне провинције са заједничким историјским, културним и економским обележјима, острвске територије и провинције са регионалном историјском посебношћу“. Пошто у Србији (не само у тзв. централној, моравској) не постоји ни један од ових (шпанских) услова за формирање региона, уставотворац од 2006. само је навео да „предлог за оснивање нових или укидање, односно спајање постојећих аутономних покрајина утврђују грађани на референдуму, у складу са законом“.[30]

Другим речима, Србијин уставотворац од 2006. није имао пред собом ни један разлог који би грађане могао да подстакне да врше „право на покрајинску аутономију“. Он је имао пред собом две аутономне покрајине, које су успостављене у време комунистичког тоталитаризма. Једна од њих - Космет - је под протекторатом Уједињених нација са обећаном „суштинском аутономијом“, што је и уставотворац од 2006. морао да обећа. За другу - Војводину - уставотворац је, следећи регионалистички принцип обезбеђења прихода, прописао да њен буџет „износи 7% у односу на буџет Републике Србије, с тим што се три седмине од буџета Аутономне покрајине Војводине користи за финансирање капиталних расхода“.

Све у свему, Србија под Уставом од 2006, има два региона: један са суштинском аутономијом, други са „најмање 7%“, уз могућност да јој се регионализује и остала територија (територија некадашњег Устава од 1888).

Однос према узору

Уставотворац Србије од 1888. имао је за узор Устав Белгије од 1831. (који се, иако суштински измењен амандманима, и данас сматра важећим Уставом). Уставотворац Србије од 2006, највећим делом у погледу каталога права грађана, имао је за узор Устав Словеније од 1991. Поред Устава Словеније уставотворац од 2006. се углавном огледао на Устав

[30] Одлуку доноси Народна скупштина апсолутном 2/3 већином (односно по поступку за промену устава).

Србије од 1990, и у једном питању на Устав Шпаније. Однос уставотворца од 1888. према белгијском узору може се означити као стваралачки однос примаоца. Међутим, однос савременог Србијиног уставотворца био је несталан и механички. Док је Србијин уставотворац од 1888. знао и умео да одступи од узора, Србијин уставотворац није одступао од узора када је то требало, или је одступао али му иновације нису полазиле за руком.

Добар пример некритичког слеђења узора представља институт неповредивости стана. Тај институт је и у Уставу Словеније и у Уставу Србије испао окрњен. „Без одлуке суда - каже се у Уставу Србије - улазак у туђи стан или друге просторије, изузетно и претресање без присуства сведока, дозвољени су ако је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом“ (чл. 40 ст. 2). Готово истоветна, али боље формулисана одредба, постојала је и у Уставу Србије од 1990. Суштина одредбе о неповредивости стана лежи у томе да службено лице може ући у туђи стан и вршити претрес по одлуци суда, или у два изузетна случаја: 1) ради непосредног хватања учиниоца кривичног дела; 2) ради спашавања људи и имовине.[31]

Одредба о изузецима од забране неповредивости стана има једну врлину и једнуману која се тумачењем не може отклонити. Врлина ове одредбе састоји се у томе што су - у интересу владавине права - изузеци сведени на два прецизно одређена случаја. Ранији уставотворци су законодавцу остављали одрешене руке. Тако, по одредби Белгијског Устава (од 1831), која је и данас на снази, „нико не може ући у кућу грађанина, осим у случајевима предвиђеним законом и на начин који закон прописује“. По овом моделу била је започета одредба Устава Србије од 1888: „Стан је неповредан. Власт не може предузети никакво претресање ни истраживање у стану српских грађана, осим у случајевима које је закон предвидео и начином како је закон прописао“ (чл. 15).[32] Међутим, у додатним ставовима, Србијин уставотворац је одступио од

[31] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2005, стр. 594,595.

[32] *Устави* Белгије, Грчке, Румуније, Норвешке, Енглеске, Швајцарске, Сједињених Америчких Држава, Београд, 1884, стр. 8; *Збирка новијих устава*, В, стр. 57; Belgium-Constitution, ICL Document Status: 17. Феб 1994; Превод, са енглеског, Белгијског устава (односно његовог стања од 1994) дат је у *Права човека*, бр. 1-2, 2002, стр. 199-239. Овај превод је буквалан, а местимично и комичан, као што је то случај баш код чл. 15. Ту је израз „no visit to the individual's residence can take place except in the cases provided for by law“ преведен са „посета пребивалишту појединца није дозвољена, сем у случајевима“ ... Преводилац (очигледно неправник) није знао да *visit* значи и „*go to in order to inspect or examine officially*“. Чланом 15. Устава Србије од 1888, у ствари, дат је најбољи превод одредбе Белгијског устава о неповредивости стана.

првог (основног) става, па је од становишта „релативне“ (белгијске) неповредивости стана прешао на становиште апсолутне „вансудске неповредивости стана. Док се Белгијским Уставом оставља могућност законодавцу да за неке случајеве пропише претрес стана без судског налога, Србијин уставотворац није оставио ту могућност. Уставом Србије од 1888. прописано је да „пре претреса дужна је власт предати лицу, чији се стан претреса, писмено решење истражнога судије, на основу којега се предузима претрес ... Претрес ће се вршити увек у присуству два српска грађанина ... Ни у коме случају претрес не може бити ноћу.“ Речју, Уставом Србије од 1888. орган истражне власти могао је ући у нечији стан на основу решења истражног судије, али ноћу никако. Уставноправна забрана ноћног претреса данас је права реткост. Има је у Уставу Румуније (чл. 27), где стоји: „Забрањује се претрес ноћу, осим у случајевима *flagrante delicto*“ (очевидног деликта). Данашњи Србијин уставотворац, да је имао потпун увид у Србијину уставну традицију[33], не би заборавио одредбу о начелној забрани ноћног претреса.

Грешка у одредбама о неповредивости стана Устава Србије од 2006. састоји се у непостојању трећег изузетка. Наиме, за кривични поступак, поред хватања учиниоца кривичног дела, посебан значај има обезбеђење доказа, а оно може бити скопчано с неодложним претресом. Став о неодложности истражног посла изричито је наведен у немачком Уставу: „Вршење претреса може наредити само судија или, ако постоји опасност од одлагања, друго службено лице према Закону и на начин предвиђен Законом“ (чл. 13).

Уставом Естоније (од 1992) изричито је предвиђен изузетак претреса без судске одлуке „ради утврђивања чињеница у кривичној истрази“.[34] Уставом Републике Хрватске, изричито је предвиђен овај изузетак, али у ограниченом облику: „Претрес ради проналажења или осигурања доказа за које постоји основана вероватноћа да се налазе у дому учиниоца кривичног дела, може се предузети само у присуству сведока.“ У другим Уставима, изузеци неповредивости стана, односно судске „повредивости“, покривени су ширим формулацијама. Тако, Уставом Шпаније (од 1978) прописано је да „никакав улазак у стан или претрес не може се извршити без судског налога, осим уз сагласност власника или у случају *flagrante delicto* (очевидног деликта)“. Под случај „очевидног кривичног дела“ може се подвести и непосредно хватање учиниоца, али и обезбеђење доказа. Међутим, под „непосредну и озбиљну опасност за људе и имовину“ не

[33] Вид. М. Павловић, *Српска правна историја*, стр. 510, 924.
[34] Estonia - Constitution, http;//www.oefre.unibe.ch/lanj/icl/en0000_.html

може се подвести случај неодложног осигурања доказа.[35] Јер, с једне стране, по правилима тумачења, изузетак треба уско тумачити. С друге, уставноправне стране, уставом прописана људска права и слободе не могу се ограничавати законом, ако законодавац за то нема овлашћење у самом Уставу. Речју, према Уставу Србије од 2006, улазак у нечији стан ради осигурања доказа није могућ без судског налога. Следствено, у данашње време, које обележава тероризам, трговинама људима и дрогама, полиција без судског налога не би смела да врши претрес, без обзира на опасност да услед одлагања дође до уклањања трагова кривичног дела. Према томе, у погледу одредбе о неповредивости стана, Србијин уставотворац требало је да одступи и од узора и од претходног (Милошевићевог) Устава, чијим изменама се подоста гордио.

Слика стања

Србија по Уставу од 1888. изгледала је као јака демократска држава, која може себи да дозволи да никад без судског налога, и никад ноћу не улази у станове својих грађана. Таква Србија је могла себи да дозволи да се, мимо осталог европског света, одрекне мера ванредног стања. Србија од 2006. изгледа тако нејако да њени истражни органи, без судског налога не могу ни у хитним случајевима да уђу у стан грађанина и по цену да буду уништени трагови кривичног дела. Према Уставу од 2006, одлуку о ванредном стању (кад Народна скупштина није у могућности да се састане), доносе тројица, што је решење за које Европа не зна. С обзиром на то да проглашењу ванредног стања претходи „јавна опасност“ која „угрожава опстанак државе и грађана“ (чл. 200), препуштање одлуке о њему договору тројице (Председника Републике, Владе и Народне скупштине) не одговара логици ситуације. Уз то, речју Ратка Марковића, укључење Председника скупштине није оправдано: он није „што и Народна скупштина, он је само председавајући колегијалног органа и његов став се чак може разликовати од става скупштинске већине“.[36] Изгледа да су уставописци, па и уставотворац, направили непромишљену модификацију решења из чл. 12 ст. 1 и чл. 16 ст. 1 француског Устава.

Разлика између устава од 1888. и 2006. нарочито је видљива у погледу језика и правне технике. Док први представља врхунско дело, други представља траљаво штиво. Устави Србије XIX века „су - како је то

[35] Добар аргумент за ово представља одредба естонског Устава у којој су „заштита јавног реда или здравља“ и „утврђивање чињеница у кривичној истрази“ наведени као засебни изузеци.

[36] Р. Марковић, Предговор: Устав Републике Србије од 2006 - критички поглед, *Уставе Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 76, 77; Исто: Р. Марковић, Устав Републике Србије од 2006 - критички поглед, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2006.

приметио Миодраг Јовичић - писани једноставним језиком, приступачним свима, а да од тога суштина ствари нимало није трпела. У уставима, са занемарљиво ретким изузецима, нема нејасноћа и двосмислености. Многе формулације уставних одредби су права мала ремек-дела, тако да поједини институти заиста нису могли добити боље уставно рухо.“ [37] О самом Уставу од 1888, М. Јовичић је забележио да „је редигован по највишим савременим европским стандардима, применом завидне правне технике, уз преовлађујућу употребу кратких и јасних одредби. Каталог права грађана утврђен је на начин непревазиђен у српској уставној историји.“[38]

Језичку и номотехничку оцену Устава од 2006. дао је Ратко Марковић: „У историји уставности у Србији, Устав од 2006. ипак ће остати забележен по једном неславном обележју. До тог устава Србија није имала правно и језички неписменији текст за свој устав, а по свој прилици, после искуства које ће имати са овим, никада га више неће ни имати. Непажња, немар, а не ретко и незнање, којима су формулисане одредбе у том уставу нису карактера случајне омашке, оне су просто ’стил’ овог устава због којег ће он постати случај. ... У номотехничком погледу, Уставом од 2006. обешчашћен је Устав као нормативни акт.“[39]

Устав од 2006. даје слику неуравнотежене и нестабилне државе, и бојажљиве и несигурне конститутивне нације.

---

[37] „Ако се Библија - забележио је још М. Јовичић - и Наполеонов *Code Civil* наводе као примери штива на којима се богати мисао и учи добром језику и стилу, сигуран сам да текстови српских устава могу да имају исту вредност за наше људе. На њих можемо да будемо поносни и због овога.“ (М. Јовичић, Какве нам поруке упућује уставна историја Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5, 1989, стр. 565).

[38] М. Јовичић, *Лексикон српске уставности 1804-1918*, Београд, 1999, стр. 307,308.

[39] Р. Марковић, *Устав Републике Србије од 2006*, стр. 86, 87. - Добар познаник с Војиславом Коштуницом, проф. Ратко Марковић је - у разговору с писцем ових редова - био уверен да председник Владе, по коме се понекад зове Устав од 2006, није ни прочитао уставни текст. По Р. Марковићу, Коштуница је учен човек, човек који не оскудева ни у знању ни у изражавању и који је у току ствари у уставноправној материји. Немогуће је да један такав стручњак пусти правнички и језички неписмен уставни текст. Другим речима, према опасци проф. Марковића, В. Коштуница је дао одлучујући допринос да се Устав донесе, али није учествовао у његовој изради и редакцији његовог текста. Устав су, по речима Председника скупштине (а опет по усменој опасци Р. Марковића) писала „два доктора и један врач“. Под изразом два доктора мислило се на два доктора правних наука. Међутим (да будемо иронични до краја), како је Устав испао и какво стање одсликава, доктори као да нису припадали правничкој, него медицинској струци.

Prof. Dr. Marko Pavlovic,
a full-time professor

THE CHARACTERISTICS OF SERBIAN CONSTITUTIONS OF 1888 AND 2006

The Serbian Constitutions of 1888 and 2006 have some important common traits. They were both intended to mark the beginning of the constitutional development of Serbia as the acts that break away from ruling autocracy and as Serbia's great steps into the world of European constitutionality. Additionally, these Constitutions have some concrete traits in common: they were adopted according to the same model, they had broader *materia constitutionis* and brought with them interpellation as a new institute.

They were adopted according to the model comprising the following elements 1) Kosovo-based motivation 2) compromise between the political parties 3) ability of a man to mediate in the parties' negotiations 4) adoption of the entire text (from cover to cover) 5) idea that a good constitution can be adopted in short period of time. The referendum held on October 28 and 29, 2006 played the role of a Great National Assembly of December 1888 (which at that time served as an alternative to the people's referendum). The Prime Minister, Vojislav Kostunica, with his discrete negotiating skills aimed at reaching the political compromise on this constitution, played the role that once belonged to the King Milan. And on both days (the adoption of 1888 Constitution and 2006 referendum) the party leaders resorted to the famous Kosovo oath "… that remains to be seen who is faithful and who is not…").

Both Constitutions abound in regulations which from legal and theoretical point of view do not fall into the category of standard constitutional regulations, but rather into the category of law regulations. The legislators thought that "the citizens' rights would be more protected if they are solemnly proclaimed in the Constitution". By avoiding to reinstitute the traditional Serbian concept of interpellation, the 2006 legislators opted for the model which is bad not only because of a large number of interpellants, but also because of the fact that interpellation is connected with voting non-confidence in the Government.

Unlike the 1888 Constitution which did not comprise the definition of Serbian state, the 2006 Constitution defines the Republic of Serbia as ".. the state of Serbian people and all other citizens that live in it..". Such a definition resembles the eclectical and communists' solution which could be found in the Constitution of the Socialist Republic of Serbia of 1974.

The 2006 Constitution belongs to the majority of constitutions that define one language (Serbian language and Cyrillic alphabet) as the official language. However, it also contains a regulation (Art. 199) which is based on the

assumption that a citizen of the Republic of Serbia need not know its official language and alphabet, which directly jeopardizes their status.

The regulations of 2006 Constitution referring to regional jurisdictions are analogous to those found in Spanish Constitution. Since nothing similar of the Spanish criteria for setting up a region exists in Serbia, the 2006 Constitution just states that the proposition for setting up an autonomous region should be accepted by the citizens on a public referendum as defined by law.

As for the compulsory military service, the 2006 Constitution does not regulate this issue, but only the right of a citizen to reject it. Also, according to this Constitution, the police are not allowed to conduct search without a proper warrant despite running a risk that its delay will cause the elimination of the evidence of a criminal act. Serbia with its Constitution of 1888 seemed to be a strong democratic state since the police were also not allowed to search the citizens' premises without a warrant and during night.

The largest difference between the Constitutions of 1888 and 2006 is seen in the language and legal technique they were written in. While the first represents a linguistic and technical masterpiece, the second is a sloppy literature. The 2006 Constitution makes Serbia resemble an unstable, inconsistent, unsure and insecure nation.

Мр Зоран Чворовић,
асистент

UDK: 347.97/.99(497.11)"1869/1881"

СУДСКА НЕЗАВИСНОСТ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ ОД 1869. ДО 1881. ГОДИНЕ

Судска независност у намесничкој режији

По први пут у уставу. Међу установама које су се нашле у програму уставне реформе Велике Народне Скупштине, сазване на трећи дан Духова, 10. јуна 1869, у Крагујевцу, била је и «независност судска». Судска независност, како се истицало у скупштинској адреси, спада, поред министарске одговорности, одговорности чиновника за службена противзаконита дела и слободе штампе, у «оне установе, које осигуравају: живот, част, слободу и имовину грађана».[1] На терену судске независности између посланика Духовске уставотворне скупштине и намесника није било размимоилажења, јер је и у предлогу устава, с којим су Намесници изашли пред Велику Народну Скупштину, била «изречена» судска независност.[2] И док је Намесништво, предлажући судску независност, имало у виду свеукупност уставне реформе, којом се «законитости морају усавршити јемства», дотле су неки од посланика на крагујевачкој уставотворној скупштини захтевали да им се објасни шта је то судска независност. Зато је изгледало да је ова установа у адресу Духовске скупштине пре била унета на иницијативу намесничке чиновнике интелигенције, него као плод «жеља и изјава» уставотворне скупштине, у којој је «тако звану интелигенцију представљао један општински писар и један чиновник у оставци».[3]

Како и колико су народни посланици разумели судску независност видело се у крагујевачкој скупштинској расправи, а докле је Намесништво мислило да иде у разради овог начела постало је јасно када је усвојен уставни текст. На почетку дела који говори о судској власти, у члану 109, стоји: «Правда се изриче у име Књаза. При изрицању правде судови су

[1] Ж. Живановић, Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века, књ. I, Београд, 1923, стр. 230; М. Павловић, Српска правна историја, Крагујевац, 2005, стр. 400-401.
[2] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, 1. јануар 1868 – 31. децембар 1876, Београд, 2006, стр. 113-114.
[3] М. Павловић, Српска правна историја, стр. 403; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, Београд, 1990, стр. 70-71; Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. I, стр. 237-239.

независни и не стоје ни под каквом влашћу осим закона». [4] Овим формалним признањем судске независности задовољиле су се амбиције уставотворца од 1869. Он је судску независност оставио необезбеђену, без инструмената који су се у већини европских држава - посебно у Енглеској, отаџбини модерне судске независност - сматрали класичним и неопходним јемствима за истинско остварење овог начела. Реч је, пре свега, о сталности, непокретности и материјалној обезбеђености судија, али и другим неопходним претпоставкама које је ондашња правна теорија редовно везивала за судску функцију, као што су судијска компетентност, судијски имунитет и неспојивост судске функције са другим државним или јавним службама.[5] То је значило да је позиција судија по Намесничком уставу била таква, да су они, како је приметио С. Јовановић, имали «да суде само по закону а не и по упуствима владе, али, ако би се замерили влади, она је могла да их дигне са њиховога положаја».[6] У релативизовању уставне одредбе о судској независности поједини каснији критичари намесничке уставне радње отишли су и корак даље. По њима је и онако крхко здање судске независности озбиљно угрозио већ сам намеснички уставотворац - чланом 38. Устава. У њему се регулише могућност увођења ванредног стања «у случају преке опасности за јавну сигурност», када је влада могла на «неко време обуставити», поред других таксативно наведених грађанских права, и право на надлежан, законом одређен суд из чл. 111. (право на природни суд). Позивањем на ову одредбу, уз коришћење института уредби из нужде из чл. 56, влада је после проглашења ванредног стања могла установљавати ванредне и преке судове и прописивати посебан кривични поступак пред овим судовима.[7]

---

[4] Устав за Књажество Србију, чл. 109, Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије, Београд, 1988, стр. 85.

[5] А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка с погледом на Законик о поступку судском у грађанским парницама за Краљевину Србију, Београд, 1891, стр. 48-52; М. Павловић, Правна историја света, Крагујевац, 2005, стр. 282; J. H. Baker, An Introduction to English Legal History, London, 1971, стр. 74-75; М. Јовичић, Лексикон српске уставности: 1804-1918, Београд, 1999, стр. 281-282, 287-289.

[6] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 76.

[7] Преки суд је, на основу чл. 56. Устава, први пут формиран после проглашења ратног стања 18. јуна 1876. године, «указним законом о Преком суду». Иако су ванредно стање и Преки суд били условљени почетком првог српско-турског рата, за једног радикалског политичара то је био «класичан пример» из кога «се види колику је огромну власт давао у руке Владаоцу Устав од 1869». С. М. Протић, Велика уставна реформа, Одломци из уставне и народне борбе у Србији, књ. II, Београд, 1912, стр. 230-233; М. Поповић, Борба за парламентарни режим у Србији, Београд, 1939, стр. 43; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 75-76. Другачији и уравнотежен став према одредбама о ванредном стању, са кратким

Судска независност - између новог Устава и старих закона. Уставна недореченост у погледу гарантија судске независности, није добила свој законски епилог. Међу законима који су требали да уведу у живот Намеснички устав, а које је усвојила прва редовна Народна Скупштина, није било закона о судијама. Пропали су и неки каснији покушаји појединих посланика да питање доношења «закона о новом судском уређењу» уврсте у скупштинске адресе, што је требало да има тежину законодавне прединицијативе.[8] И у највишим судијским круговима се већ 1871. године јавља мишљење да министру правде «најглавнији задатак треба да буде да о самосталности судија донесе нове законске пројекте и да поправи стање судија».[9] Ипак, нови закон о судијама, који би обезбедио јемства судској независности, није био донет, јер у влади нису показивали «да су ради учинити неки почетак за то да своју прокламовану систему уведу у живот», а Кнез је био једини који је држао кључеве законодавне иницијативе у својим рукама.

Тако је и после доношења новог устава, судијски положај био уређен Законом о чиновницима грађанског реда од 15. фебруара 1864, као и Законом о устројству првостепених и виших судова од 20. фебруара 1865. године. По Закону о чиновницима судије нису биле сталне у својим звањима, већ их је Кнез, на предлог министра правде, када овај «нађе да интереси државне службе то захтевају», могао пензионисати, под условом да су имали десет година указне службе, или једноставно отпустити из службе, уколико нису стекли право на пензију. Уз то судија је могао бити премештен из правосудне у неку другу државну службу.[10] Судијама није била гарантована ни непокретност, јер је министар увек могао судију преместити из једног у други суд.[11] И под новим уставом министри су у циљу реорганизације правосуђа често користили ова овлашћења. Тако су у јесен 1874. године истовремено пензионисани председник и тројица судија Касационог суда, што је «у вароши (Београду) направило сензацију јер су њих толике у једанпут оставили у пензију».[12] Ипак је премештај био

осврtом на упоредноправну праксу, дао је М. Миловановић. М. Миловановић, Државно право и начела спољне политике Краљевине Србије, Београд, 1997, стр. 196, 199-200.

[8] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. I, стр. 282-283.

[9] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 155.

[10] Закон о чиновницима грађанског реда и постављању у стање покоја с пензијом свију чиновника у опште, чл. 71, 76, 33-36. Закони Краљевине Србије: о устројству првостепених и виших судова; о постављању судија за ванпарнична дела; о судијама првостепених и виших судова; о истражним судијама; о чиновницима грађанског реда, Службено издање, Београд, 1891, стр. 109-110, 139, 142; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 422.

[11] Закон о чиновницима грађанског реда, чл. 25, стр.106-107.

[12] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 241-242.

основно средство којим су се у кадровању судством снажно служиле све владе у овом периоду. Један од ондашњих судија се питао да ли су «потребни ти и толики премештаји», додајући да је «неправедно што се људма таквом сеобом чини голема штета, и то без невоље», због чега они «најпосле постају ладнокрвни према јавним интересима и сувише себични».[13] С друге стране, «честа и нагла авансовања гдекојих људи» стварала су у ондашњем правосуђу «општу жудњу за авансовањем». У таквој клими незадовољене амбиције су често односиле победу над судијском савешћу и професионалношћу.[14] Без судијске сталности и непокретности, уставом прокламовану судску независност имале су да остварују нестручне и рђаво плаћене судије. Наиме, Закон о чиновницима није прописивао да лица која се именују за судије морају имати теоријску правничку спрему, па је пракса именовања самоуких судија настављена и после доношења Намесничког устава. Тако је одмах по доношењу новог устава Касациони суд добио двојицу нових судија - «обојица су без науке, али тихи људи», забележио је један судија – правник.[15] Поред свих ових недостатака, судску независност је угрожавала и могућност политичког ангажовања судија. Уставотворац од 1869. није доследно спровео начело неспојивости судске функције са другим државним или јавним службама, јер је оно примењено код избора народних посланика, док су се Кнежеви посланици могли «узети из свију редова грађанства».[16] Бирајући између тога «да се у законодавству, које ће прећи у руке народу, пусти и неки број стручних људи од стране Кнеза» и потребе да се судство заштити од утицаја дневне политике, Намесништво је дало предност функционисању новог законодавног органа. Прва Народна Скупштина сазвана по Уставу од 1869, од двадесетчетри Кнежева посланика, имала је у својим редовима десет судија.[17] Ове судије – посланике «влада је – речју С. Јовановића – имала у џепу», јер је губитак службе повлачио за собом и губитак мандата Кнежевог посланика.[18]

---

[13] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 232.

[14] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 98-99; Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 260.

[15] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 127.

[16] Устав за Књажество Србију, чл. 48, стр. 78; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 73-74; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 405.

[17] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. I, стр. 247.

[18] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 74; О положају чиновника, па и судија, који су постављени за кнежеве посланике, Н. Крстић је у форми реторске дилеме изрекао следеће: «Уз ове све, у Скупштини има и чиновника. Положај овима најаномалнији је. Од владе постављени за скупштинаре, или треба да су влади скутоноше, те да не казују свога мишљења по своме уверењу, али тад су опасан живаљ у Скупштини, јер се појављују као машине да у Скупштини влада с мало муке задобије за себе свагда већину...; или треба да су самостални у

Између европских образаца и Србијине стварности. За младоконзервативце, критичаре Устава од 1869, уставом прокламована судска независност, са судством нееманципованим од управе, био је још један од доказа да је Намесништво завело режим «лажне уставности». Одмеравајући установе према западноевропским теоријским и уставним обрасцима, младоконзервативци су морали доћи до закључка да је судска независност без судијске сталности непокретности само један привид или «празна беспослица», како ће једну другу установу Намесничког устава окарактерисати М. Гарашанин.[19]

Јован Ристић - неспорни творац Устава од 1869 - за разлику од својих опонената, није одмеравао ни једну установу западноевропске правне традиције као егзалтирани идеолошки Европејац, већ као «реалан политичар» чијој је природи био стран «такав идеализам и такав фанатизам».[20] Поборник «средњег пута» и органског развоја државе и друштва, Ристић је истицао да за «установе треба прво да се створе животом и васпитањем народним погодбе, па да те нове слободоумне установе дођу као природна санкција тога већег ступња образованости и развијеног јавног живота». Говорећи на Светоникољском одбору о правцу уставне реформе, он је изнео и следеће: «У политици унутрашњој нема опасније игре, но кад се оно усваја, што се не може одржати; кад се оно натраг узима, што се једном дало. Кад једном утврдимо темељ, на коме ћемо своје установе развијати, каква може бити опасност, ако из обзира смотрености не учинимо све одједном? На против, незгоде би заиста биле велике, ако би узели правац, у коме би принуђени били, да данас рушимо оно, што смо јуче подигли».[21] Овај вредносни став примењен на српске

своме мишљењу, па не гледајући хоће ли им се или не ово или оно замерити, да оно говоре и раде што ће ићи по њиховој памети у општу корист. Но јачи карактери људи су ретки, а код нас су и врло, врло ретки. Код нас има довољно прогањања и без узрока, по сумњи да је неко, не велим непријатељ влади, него да није довољно понизан, шта ли, влади; да не тражи милост од оних што су на влади. И кад је тако, шта би тек било с оним чиновницима који би се усудили да буду противни владиним предлозима, да коре владу за њена дела, да министре позивају на одговор. Уз то, у неку руку и незгодно је да чиновници, органи владини при управи, буду влади опоненти. Јер, кад чиновници неће с вољом и оданошћу радити поверене им послове, хоће ли моћи отуд бити добра за општу ствар?» Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 165-66.

[19] М. Павловић, Српска правна историја, стр. 406-407, 476-477; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 66-67.

[20] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 83-86; Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. IВ, стр.161-163.

[21] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. I, стр. 226; М. Павловић, Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије, Србија и европско право, књ. III, Крагујевац, 1998, стр. 185-187.

друштвене прилике, давао је Ристићеву меру либерализације појединих установа у будућем уставу Србије. Тако се и уставом прокламована судска независност кретала у оквиру граница које је у беседи на Светоникољском одбору поставио идејни творац Намесничког устава.

Ристић је био последњи човек од кога се могло очекивати да ће увести судијску сталност и непокретност, у земљу у којој је крајем шездесетих година деветнаестог века Апелациони суд био без школованих правника, а највиша судска инстанца, Касациони суд, добрим делом била састављена од «људи самоуких».[22] «Није велики задатак у Србији међу судијама заузимати прво место – међу слепцима и ћорав је окат», био је одговор једног од малобројних школованих касационих судија на похвале да је најбољи судија у Србији.[23] Ондашње судство није боловало само од несташице школованих судија, већ и од озбиљног недостатка правне свести, како код самоуких, тако и код учених судија. Не схватајући значај начела правне једнакости, судије нису имале «довољно бриге да буду доследни у своме пословању, откуда излази да о истоветним предметима у различно време различно и често супротно суде».[24] Правна једнакост је у ондашњој судској пракси искушавана, не само судијским незнањем и немаром, већ и поданичким односом судија према највишим представницима управне власти. Случајеви судијске «послушност» према министрима нису се увек могли објаснити притисцима представника егзекутиве и несталношћу судијског положаја, јер се дешавало да се судије «уплашише од министра ... тек од бојазни да се могу замерити».[25]

Судијску савест на пробу нису стављали само људи из власти, већ и обичан свет. Тек ослобођен туђинске власти, Србин се ни према домаћем суду и закону «није осећао нимало морално обавезним».[26] Рођачке и пријатељске интервенције или мито готово редовно су се потезали као кључни «аргументи» за добијање позитивног судског решења. Н. Крстић је, као судија Касационог суда, забележио један догађај, сматрајући га врло илустративним примером Србиновог схватања судске независности и законитости. У Касациони суд је једног дана дошао неки имућни сељак из Шопића, «рад парнице о деоби имања». Како је Касациони суд одлуку да оснажи или поништи пресуду нижег суда доносио само на основу раније пресуде и писмених поднесака парничара, Крстић је упитао странку: «Ма

[22] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 178-179.
[23] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 151.
[24] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 154-55.
[25] Судије Касационог суда су – како бележи Н. Крстић – противно принципу Ne bis in idem, узели у поновно разматрање једном пресуђену ствар, а све из «бојазни да се могу замерити» министру који је био заинтересован у том предмету. Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 142.
[26] М. Павловић, О правној свести код Срба, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-3, 1996, стр. 449-450.

ко вас упућује да долазите амо судијама? То зло радите. Нас има овде петнаест судија. Не зна се коме ће ствар на суђење доћи, па морали би све судије обићи, а не помаже вам ништа, јер судије суде по ономе што је написано, а не по вашем говору, те се трошите, без невоље дангубите и мучите по путу». Ипак, судији Крстићу се сељак, који је уз то «свршио малу гимназију и једну годину Богословије, «допаде», као «млад» и «отворен» човек, па остаде са њим у подужем разговору. Пред полазак странка «метну на орман дукат». «Ех, ту покваримсмо посао - забележио је Н. Крстиић - ...те га испсовах и и избрусих поштено».[27] Као што је обичан свет користио рођачке везе и пријатељства да би утицао на судијску одлуку, тако је и један број народних посланика користио своју функцију да са скупштинске говорнице изврши притисак на судије. Наиме, на адресу Одбора за молбе и жалбе Скупштина сазиваних у периоду од 1870. до 1875. године готово редовно су пристизале и жалбе грађана на поједине судске пресуде. Расправе које су се у Скупштини водиле после читања жалби и извештаја Одбора, дају живу и верну слику о томе како су ондашњи народни посланици схватали уставом прокламовану поделу власти и судску независност. У бурној, често и раздраженој атмосфери посланици су тражили од министра правде да без икаквих доказа и противно законској процедури стави судије под суд, «неки су тражили да се оптужи министар што није судије узео на одговор», други су, пак, од министра захтевали «да контролише судску радњу и да им заповеди да право суде».[28] Ђ. Ценић је, као министар правде, у једној скупштинској расправи, жестоко бранећи независност судија Касационог суда, показао посланицима наличије њиховог схватања правде и законитости: «Хоћете да буду судије независне, и то је највеће право што га судови имају, а овамо хоћете да ви оцењујете како судије суде. Ако сте ради да ја судијама судим без закона, судићу и вами, па ћете видети како ће вам бити».[29] Иза овакве «збрке у појмовима» код народних посланике стајало је не само политичко незнање и неискуство, већ често и лични и фамилијарни интереси, као и јевтина социјална демагогија и специфично патријархално-конвентовско схватање улоге и места народног представништва у уставном поретку државе.[30]

У друштву са неизграђеном модерном правном свешћу, као што је то било српско друштво седамдесетих година XIX века, где је судијска

[27] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 148-149.
[28] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. I, стр. 312-313; Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 276.
[29] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 219-220.
[30] М. Павловић, О правној свести код Срба, стр. 445-450; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део I, стр. 97-100; М. Павловић, Развој демократске мисли у Србији, О демократији, Београд, 2005, стр. 241-245.

савест и професионална етика на свакодневном искушењу, може да се догоди - како је приметио први српски теоретичар грађанског поступка А. Ђорђевић - да «несавесним судијама непокретност служи као гарантија да не могу лако бити премештени или уклоњени са својих звања, а због злоупотреба своје дужности и подмићивања од стране парничара».[31] У политици оклевања да се судство реформише на принципима судијске сталности и непокретности, све Србијине владе из осме деценије XIX века, било конзервативаца или либерала, као да су следиле речи творца уставног поретка од 1869: «Зато је и речено за законе, да без нарави ништа не вреде. Нашто најбољи закони, кад се не поштују».[32]

И док се српско друштво показало као лош супстрат за увођење потпуне судске независности, поједине судије су, одлучно бранећи судску независност у условима потпуне несигурности свог положаја, актуализовале проблем судијске сталности и непокретности, као и самосталности судске власти у односу на егзекутиву и легислативу. Тако се дешавало да министар и Касациони суд у одређеним питањима заузму супростављене ставове и да при том највиша судска инстанца у земљи, и после министрових интервенција, не промени своју одлуку. Осим тога, било је и случајеви да поједине судије, у предметима који су имали публицитет и који су били од значаја за владу, остану у мањини и издвоје своје образложено мишљење супротно интересима владе.[33] После молбе угледног пријатеља да се «заузме за његову ствар у парници», један ондашњи судија је забележио, како «чудно људи суде о судијама», јер кад би «судија по срцу, а не по закону досудио право ономе који га по закону нема, од другог би нешто отео, и то под фирмом судске пресуде», а «то је грех» - закључио је судија.[34] Овај запис сведочи да је седамдесетих година XIX века у Србијином правосуђу, уз мноштво искушења, постепено сазревала свест о томе да судија при доношењу пресуде мора «да изрази једну туђу вољу, законодавчеву, а не своју» и да вршећи јавну функцију не сме да зна за севап, хатар и инат – за три турске речи `које извитопериле су наш јавни живот`.[35]

Судска независност према европским узорима

Падом Ристићеве владе у септембру 1880. године и формирањем нове од стране младоконзервативаца, стекли су се политички услови за

[31] А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 49.
[32] М. Павловић, О правној свести код Срба, стр. 446.
[33] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 142, 157, 240.
[34] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 156.
[35] С. Јовановић, Држава, Београд, 1990, стр. 228-229; М. Павловић, О правној свести код Срба, стр. 453.

реформисање судског уређења на начелима потпуне судске независности. Прећи из стања либералске «лажне уставности» у стање «чисте уставности», за младоконзервативце је пре свега значило, да треба «на терен Србије пресадити западне установе у чистом облику, у оном облику у коме су на Западу постојале».[36] Међу установама западноевропске правне традиције које је требало одмах прихватити, као неопходне претпоставке будућег парламентарног система, била је и судска независност. Тако се и судство нашло у владином реформском пакету оних области у којима су се промене могле извести обичним законодавним путем, без промене постојећег Устава. Да је реформа правосуђа на принципима потпуне судске независности била могућа и без уставне ревизије, указује и кнежева престона беседа којом је отворена Народна скупштина за 1879. годину, где се међу областима у којима Скупштину очекују «многобројни задатци», наводи и «област правде».[37] Овим уставноправним аргументом противници уставног уређења од 1869. дали су за право свима који су тврдили да је «судска независност, и иначе исказана уставом»;[38] додуше, не као потпуна рецепција жељеног теоријског модела, већ као поступно преузимање и прилагођавање једне установе домаћим наравима и приликама. Тако су, од младоконзерваторваца најављене промене у судској струци, учиниле да једна изјава Ј. Ристића из јануара 1880. године, која је личила на накнадну памет политичара у одласку, после годину дана добије обрисе јасне и уравнотежене државничке визије творца уставног здања од 1869: «За десет година, од како наша уставност постоји, ни једна политичка установа, коју смо имали част изнети пред Народно Представништво, није ударила натраг. Све те установе иду напред, истина полако али сигурно».[39]

Први Закон `о независности` судској. Влада је 28. јануара 1881. године изашла пред Народну скупштину са предлогом закона о судијама или «како се онда то називало `о независности` судијској», чиме је «коректно искупила реч дату у Престоној Беседи». Скупштина је Закон акламативно и «са ентузијазмом усвојила», а Кнез је 9. фебруара потврдио, уз премапотпис председника владе и министра правде М. С. Пирочанца, први Србијин закон који се искључиво односио на судску струку.[40] Закон о судијама од 1881. године израђен је по угледу на француске и белгијске законе о судском уређењу. Из законодавстава ових европских држава преузета су сва класична јемства судске независности, о чему сведочи и

[36] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 66-69; М. Павловић, Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије, стр. 190-191; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 476-477.
[37] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. II, стр. 44.
[38] Н. Крстић, Дневник, Јавни живот II, стр. 276.
[39] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. IВ, стр. 162.
[40] Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. II, стр. 173; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 477.

колоквијални назив којим се тада означавао овај Закон.[41] Тако је Законом од 1881. године, судијама, који су од тада морали бити школовани правници, била загарантована сталност и непокретност, а обезбеђена су им и сигурна, законом уједначена примања, осим тога, кроз посебну процедуру именовања судија, дате су значајне гарантије судској независности, а у циљу несметаног вршења судијске функције, судијама је био обезбеђен процесно-правни имунитет.

Без самоуких судија. Закон о судијама од 1881. године учинио је крај дотадашњој пракси именовања нешколованих, самоуких судија. Наиме, чл. 1. Закона који прописује услове «који се ишту за сам судиски положај», предвиђа, између осталог, да се за судије могу поставити само она лица која су «редовно свршила правне науке у Србији или на страни».[42] Да би се стање у правосуђу, у коме је још увек радио велики број судија-лаика, ускладило са захтевима новог Закона, законодавац је одредио, да «Закон овај ступа у живот, на један месец дана, од дана кад га Књаз потпише». У том року је министар правде - у жељи доброг састава судија - могао поједине судије поставити на друга чиновничка звања, «нижа по рангу» или их, ако су стекли законске услове, пензионисати.[43] За такво кадровско реформисање Србијиног правосуђа, министру правде се, мимо предвиђених буџетски средстава, стављао на располагање сто хиљада динара.[44]

Сталност судијске функције. Закон о судијама од 1881. године лапидараним и готово класичним начином прописује судијску сталност: «Судије су у својим звањима стални».[45] То је значило, да по дискреционој вољи извршне власти судија није више могао да изгуби «своје судско звање и с њим скопчане користи»; до губитка звања могло је да дође само у изузетним случајевима, искључиво предвиђеним у Закону о судијама. Сталност судијске функције – како је неку годину касније истакао у свом уџбенику проф. А. Ђорђевић - није уведена «ни с обзиром на достојанство судије ни толико у интересу његовог спокојства, већ поглавито у интересу самих грађана, којима судије треба да суде и у кривичним и у грађанским делима. Грађани морају рачунати на независност и беспристрасност судија, кад су они непокретношћу и сталношћу у својим звањима постављени у могућност да се одупру свима наваљивањима и утицајима како парничара тако и виших управних власти, и претњама њиховим, да ће бити

[41] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 71-72.

[42] Закон о судијама, чл. 1, Зборник закона и уредаба у Кнежевини Србији, изданих од 18. августа 1880. до 26. јуна 1881, 36 (XXXBI), Београд, 1881, стр. 211.

[43] Закон о судијама, чл. 45, 46, стр. 223.

[44] Закон о судијама, чл. 46, 48, стр. 223; Ж. Живановић, Политичка историја Србије, књ. II, стр. 173; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 71.

[45] Закон о судијама, чл. 9, стр. 213. Исту одредбу, само у негативном облику, садржи чл. 10 Закона: «Ни један судија не може се поставити за привременог».

премештени или уклоњени, ако одлукама својим не задовоље жељени исход грађанског или кривичног спора».[46] Само у два случаја, који су у Закону о судијама од 1881. били «изречно предвиђени», судија је могао да буде уклоњен са свога звања: а) ако је пресудом редовних судова за злочине или преступе осуђен на губитак службе и б) ако на општој седници Касационог суда због дисциплинског прекршаја буде осуђен на «дисциплинарну казну губитка службе».[47] Судија је разрешаван дужности против своје воље и «стављањем у пенсију»; за разлику од прописа Закона о чиновницима, министар је, по Закону од 1881, могао судију пензионисати само у случају када је испунио старосни услов од шездесет година или је «због доказане болести», а на основу решења донетог у општој седници Касационог суда, проглашен телесно или душевно неспособним да «врши послове свога звања». Судија није могао бити присиљен да пре испуњења законских услова оде у пензију, али је, као и остали чиновници грађанског реда, могао «сам тражити, да се у пензију стави», када наврши четрдесет година указне државне службе, и тада «не ће се моћи одбити судији ... молба да се стави у стање покоја (пенсију)».[48]

Судијска непокретност. Поред судијске сталности, Закон о судијама је ујемчио и судијску непокретност. Према чл. 9, ни један судија није могао бити у други суд «премештен против његове воље», макар тај премештај био у форми унапређења.[49] Закон предвиђа два изузетка у односу на загарантовану непокретност. Судија се могао без сагласности преместити из једног суда у други, у случају да се «законом преиначи, или устројство или распоред судова, те се или неки судови укину, или се број судова смањи, па у след тога судија остане без опредељења». Такође, судија се морао «преместити и онда, ако се случајно у једном истом суду поставе два рођака», који су, сходно наредби чл. 112. Намесничког устава, сродници «по крви у правој усходећој или нисходећој линији, до ког било степена, или у побочној линији до четвртог, а по тасбини до другог степена закључно». Тада ће из једног у други суд бити премештен «свагда онај, који је по рангу млађи».[50]

Загарантоване плате. Први Србијин Закон о судијама садржавао је одредбу којом се прописују плате судија у зависности од ранга суда и година проведених у судијској струци. Разлике у платама између судија

[46] А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 48-49.
[47] Закон о судијама, чл. 9, стр. 213; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 51; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 422; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 71.
[48] Закон о судијама, чл. 19-23, стр. 216-217; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 51.
[49] Закон о судијама, чл. 9, стр. 214.
[50] Закон о судијама, чл. 24, 25, стр. 217-218; Устав за Књажество Србију, чл. 112, стр. 86; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 50-51.

који раде у судовима различитог ранга биле су значајне. Тако је нпр. судија касационог суда имао почетну плату од шестхиљада динара, док је његов колега у првостепеном окружном суду имао двехиљадепетсто динара. Законодавац је поред тачног износа почетне плате, прописао и износе који су, после «навршене периоде од пет година» службе, следовали свим судијама, а у зависности од тога у ком су суду били запослени.[51] Убрзо након изгласавања Закона, у стручној јавности је примећено да су плате, иако загарантоване, изузетно ниске и да «највећа махна садањег закона о судијама и јесте у томе, што су плате судијама мале». По скромности примања посебно су се издвајале судије првостепених судова, па је истицано да је «крајње време, да се, бар првостепеним, судијама плата повиси».[52]

Постављање судија и судска независност. Судска независност у новом Закону о судијама није била обезбеђена само институтима судијске сталности и непокретности, као и законом загарантованим платама, већ и кроз одговарајућу процедуру избора судија. Све судије у Србији постављао је, на предлог министра правде, Кнез указом. Ова одредба Закона о судијама представљала је само разраду чл. 6. Намесничког устава, у коме стоји да «Књаз поставља све државне чиновнике».[53] Међутим, представници управне власти, имали су неограничен утицај само приликом постављања судија првостепених судова,[54] јер их је по својој вољи бирао министар правде, а именовао Кнез, док је избор председника првостепених судова, као и судија и председника Апелације и Касације добрим дело био у рукама саме судске власти. Код избора председника првостепених судова и судија и председника Апелационог суда сачињавале су се две листе кандидата. Једна кандидатска листа се формирала на заједничкој седници оба одељења Апелационог суда, а друга на општој седници Касационог суда. На свакој кандидатској листи морало је бити два пута више кандидата од броја судија који се бирао, а једно исто лице могло је бити предложено од оба суда. Законом је било прописано да ће се избори за судијске кандидате обавити тајним гласањем. Да би неко лице било изабрано за кандидата, морало је у првом кругу да добије натполовичну већину; међутим, уколико, у првом кругу потребан број лица не добије натполовичну већину, иде се у други круг, у коме је, такође, била потребна натполовична већина. Уколико се ни при овом гласању не добије потребан број судијских кандидата, «онда се чини ужи избор између оних који су

[51] Закон о судијама, чл. 44, стр. 222.
[52] А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 49-50.
[53] Устав за Књажество Србију, чл. 6, стр. 73; Закон о судијама, чл. 6-8, стр. 213.
[54] Првостепени судови су били окружни судови (укупно двадесетједан окружни суд), суд вароши Београд и трговачки суд у Београду. Закон о судијама, чл. 6, стр. 213; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 29-31.

имали највише гласова».[55] Код избора судија и председника Касационог суда сачињава се само једна кандидатска листа и то на општој седници самог Касационог суда, а до ње се долази на истоветан начин као и при избору кандидата за Апелациони суд.[56] На овај начин формиране листе шаљу се министру правде, а он између предложених кандидата бира лице које ће указом Кнеза бити именовано за судију.[57] Овакав поступак за избор председника и судија виших судова, предвиђен првим Србијиним Законом о судијама, са претежним утицајем саме судске власти, строгом процедуром и високим изборним већинама, требао је да обезбеди компетентност у избору судија и тиме неутралише дневнополитичке разлоге у кадровању судством. Колики је значај законодавац придавао овом елементу судске независности, види се и по детаљном регулисању поступка избора, коме је посвећена четвртина целокупног Закона о судијама.

Процесно-правни имунитет судија. Да би омогућио судијама да могу слободно и без притисака да обављају своју функцију, законодавац од 1881. је предвидео неке елементе процесно-правног имунитета. Наиме, поступак против судије по кривичној тужби за «злочинства и преступлења» учињена у вршењу судијске функције, покренут од стране приватног тужиоца или министра као тужиоца «по званичној дужности» или парница по тужби за накнаду штете, «која би се учинила кривицом судије у званичној дужности», нису се могли аутоматски покренути. Најпре је тужилац морао да упути тужбу, подробно поткрепљену са прикупљеним доказима, министру правде или Касационом суду. Министар је тужбу, заједно са доказним материјалом, слао Касационом суду, који је у општој седници решавао «да ли има основа, да се тужени судија даде под суд, било за саму кривицу или за накнаду штете». Уколико Касациони суд реши «да има места давању судије под суд», на истој седници се одређивао и надлежни суд.[58]

---

[55] Закон о судијама, чл. 11-16, стр. 214-215; С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, део II, стр. 71; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 46-47.

[56] Закон о судијама, чл. 17, стр. 216.

[57] Закон о судијама, чл. 7, 8, стр. 213.

[58] Закон о судијама, чл. 26-33, стр. 218-220; А. Ђорђевић, Теорија грађанског судског поступка, стр. 51-52; М. Павловић, Српска правна историја, стр. 422.

M.Sc. Zoran Cvorovic,
an asssistant

THE INDEPENDENCE OF JUDICIARY IN SERBIAN PRINCIPALITY FROM 1869 TO 1881

Among the constitutional reforms that were on agenda of the Great National Assembly, convened on the third day of Pentecost, June 10, 1869 in Kragujevac, the special place was given to the issue of independent judiciary. The members of this constitutional assembly held on Pentecost and the regents did not dispute on this issue, since the regents themselves in their legislation proposed to the Great National Assembly favored the independent judiciary. This concord between the assembly members and regents resulted in, so called, Regents' Constitution. At the beginning of the Section regulating judicial power it was stated that: "Justice is pronounced in the name of the Prince. When pronouncing justice, courts are obliged to act independently, beyond anybody's power, except the power of law." This official recognition of the judicial independence satisfied the ambition of 1869 legislators. However, they did not leave the provisions that would secure this independence, the instruments that would guarantee that judicial independence would be truly enforced. Not only that the positions of judges were not permanent, stationary and financially secure, but the legislation also lacked other necessary prerequisites of good judgeship: competence, immunity and avoiding the conflict of interest with other state and public duties.

These legislative deficiencies did not have an adequate legal epilogue. After the adoption of the Regents' Constitution and according to the provisions given in the Act regulating the work of civil servants of 1984, the judges were not permanently appointed and could be transferred elsewhere. And all other Serbian governments from 1869 to the period of Serbian-Turkish wars (1876 – 1978) hesitated to constitute Serbian judiciary on the principles of permanent and stationary judgeship, opting for the compromise between the European legal and theoretical models and Serbian reality.

When young conservatives came into power, they crated the conditions for passing a new law on judgeship leading to the reform of the judicial system in line of full judicial independence. The first Serbian law on judgeship was passed on February 9, 1881. It was drafted in accordance with French and Belgium laws regulating this matter. The legislators adopted all major European regulations that provided standard insurance of full judicial independence, Thus this law ensured permanent and stationary positions for Serbian judges, as well as their financial security. The procedure of their appointment additionally secured the judicial independence in the sense that they could independently perform their duties and have procedural and legal immunity.

Одељак II

Управно и радно право

Др Невенка Бачанин,
редовни професор

UDK: 35.078.3:336.711

О ПРАВНОЈ КОНТРОЛИ УПРАВНЕ ФУНКЦИЈЕ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ

Управна функција (управна власт, управна делатност, управни рад)[1], као једна од основних функција сваке државе, има изузетан значај не само за њу, већ и за њене правне субјекте, како физичка тако и правна лица и колективитете без тог својства. Без обзира да ли се одређује као ауторативна или неауторитативна правна функција државе, следствено чему обухвата активности различите правне природе, она свакако знатно утиче на свакодневни живот грађана и функционисање државе, као и бројних државних и недржавних органа, организација и количтивитета.

Не улазећи, чак ни у најмањој мери, у анализу појма и садржине управне функције, јер то питање превазилази намену и врсту овог рада, ипак се, као претходно питање, мора констатовати шта је то управна функција, односно које активности она обухвата? У нашем правном систему управа - управна функција је правна функција, и то функција власти која обухвата управне активности – активности доношења управних аката и активности вршења управних радњи, као ауторатитивне активности којима се извршава право.[2]

Обзиром на неопходност заштите објективне законитости и права и правних интереса грађана, као и обезбеђења квалитетног и усклађеног функционисања управе, како у органском, тако и функционалном смислу, управна функција тј. њено вршење, мора бити подвргнуто контроли.[3]

---

[1] У овом раду термини «управна функција», «управна власт», «управна делатност» и «управни рад» су коришћени као синоними, што не значи да су они то увек нити да морају бити.

[2] Овако утврђен појам управе је материјало формалне природе код кога материјални елемент – природа активности које чине управну функцију, има примаран значај, а формални елемент – правни режим управних активности, има секундарни значај и допунски карактер. Овим се не искључује могућност законодавца да једном већ успостављени правни режим прошири и на ситуације које не одговарају почетним идејама, чиме би се могла променити правна природа утврђеног појма управе, али то за сада није учињено.

[3] Иначе, предмет контроле управе зависи од значења које се даје термину «управа». Обзиром на изложено схватање, контрола управе је у овом раду двоструко омеђена. Прво, она обухвата само правну контролу управе и друго, само правну контролу управне делатности. Изван било какве анализе остају

Уколико се управа схвати као јединствен процес, правна контрола управе представља поседњу фазу управе – ону која следи након организовања и вршења управе. Додуше, често је веома тешко повући јасну линију разграничења између вршења и контроле управе и децидирано рећи где се завршава вршење управне функције, а где почиње контрола њеног вршења.

Правна контрола управе је потпуно правно уређена – одређени су субјекти и предмет контроле, правни основ контроле, начин и поступак њеног вршења и врсте и степен контролних овлашћења.

Предмет правне контроле управе је управа као особена функција државне власти која обухвата управне активности доношења управних аката и вршења управних радњи. При том је иревалантно да ли је контролисани субјект орган управе или неки други државни или недржавни субјект. Неопходно је само да се контрола односи на вршење управне функције. Без значаја су питања – ко је вршилац контролисаних управних активности и да ли контролор, при вршењу контроле, непосредно или посредно суделује у јединственом процесу управног деловања.[4]

За вршење правне контроле управне функције контролор мора бити посебно овлашћен, а контролна овлашћења могу бити различитог карактера – процесна и мериторна. Обзиром на организациону припадност контролора и на начин и поступак вршења контроле правна контрола управне функције може бити унутрашњна и спољашња.

Унутрашња правна контрола управе је тзв. управна контрола управе. Врше је органи управе по службеној дужности или поводом уложеног правног средства, редовног или ванредног, од стране процесно легитимисаног субјекта у управном поступку. У њеном вршењу, контролор, по правилу, користи управна овлашћења начелно једнака овлашћењима која је контролисани вршилац управне функције имао при вршењу контролисане управне активности.

Спољашња контрола управе има више модалитета. У оквиру ње се издвајају парламетарна и владина контрола управе које редовно спадају у ванправну контролу управе, ретко у правну контролу управе, а најређе у правну контролу управне функције и судска контрола управе, и то као контрола редовних судова, управних судова и уставних судова. Контрола

ванправна контрола управе и правна контрола неутралних активности вршилаца управе, посебно Народне банке Србије.

[4] Исто мисле и П. Димитријевић и Р. Марковић, док је мишљење З. Томића нешто друкчије. Видти: Димитријевић, П.: Основи управног права, Београд, 1989., стр. 345-346; Марковић, Р.: Управно право, Београд, 1995., стр. 373-377. и Томић. З.: Управно право, Београд, 1998., стр. 74-72.

управне функције од стране уставних судова је ретка и сведена је на уставну жалбу. Иначе, суд, као контролор, контролише управну делатност неког вршиоца управе, најчешће касаторним овлашћењима, и ступајући као арбитар у спору о законитости, насталом у вршењу неке управне активности. Ова контрола се не врши по службеној дужности, већ на основу одговарајућег захтева процесно легитимисаног субјекта у управно судском поступку.

Како је већ речено, за правну контролу управне функције није значајно ко је контролисани субјект – орган управе или други државни или недржавни орган или организација. Но, како су вршиоци управе бројни и међусобно веома различити и како вршење управне функције није свима основна активност, основано се поставља питање да ли правна контрола управне функције, зависно од тога ко је вршилац контролисане управне активности, показује нека одступања од постављених премиса? Друкчије речено, да ли анализа правне контроле управне функције показује постојање неких специфичности када се као контролисани субјект појављује Народна банка Србије?

Пре свега, у правном систему Србије као вршиоци управе појављују се бројни државни и недржавни органи и организације. Државну управу чине органи државне управе и посебне (управне) организације, а јавну управу – органи и организације државне управе, државни неуправни органи (Влада Републике Србије, Народна скупштина Републике Србије, председник Републике Србије и судови), самосталне државне неуправне организације (Народна банка Србије) и недржавни вршиоци управе (предузећа, установе и друге недржавне организације, органи територијалне аутономије и органи локалне самоуправе). [5] Само је органима управе вршење управне функције основна или главна делатност. Осталим вршиоцима управе, управна функција је споредна, помоћна или пратећа делатност.

Народна банка Србије је несумњиво вршилац управе. Њен положај, организацију, циљеве, функције и овлашћења, као и однос са органима Републике Србије и међународним организацијама и институцијама регулисан је Законом о Народној банци Србије.[6] Она је Централна банка Републике Србије, за чије обавезе јамчи Република Србија. Недоводећи у

[5] Појмови «државна управа» и «јавна управа» у правном систему Србије имају одређено значење само уколико се говори о државној и јавној управи у органском смислу. Но, и тада, ови појмови нису изворни, аутономни и примарни. Да би се један орган или организација, државног или недржавног карактера могли сврстати у државну или јавну управу,неопходно је да они буду вршиоци управе. Практично, одређивању појма државна и јавна управа претходи утврђивање појма и садржине управе у функционалном смислу (управна функција).

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

питање остваривање свог основног циља – постизање и одржавање стабилности цена, Народна банка Србије дужна је да подржи спровођење економске политике Владе Републике Србије. Остваривање ових циљева условило је одређивање низа њених функција. Тако, Народна банка Србије:

1. утврђује и спроводи монетарну политику;
2. самостално води политику курса динара и, уз сагласност Владе, утврђује режим курса динара;
3. чува и управља девизним резервама;
4. издаје новчанице и ковани новац;
5. уређује, контролише и унапређује несметано функционисање платног промета у земљи и са иностранством;
6. издаје и одузима дозволе за рад, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација и доноси прописе из те области;
7. издаје и одузима дозволе, односно овлашћенај за обављање делатности осигурања, врши контролу, односно надзор над обављањем те делатности и обавља друге послове, у складу са законом којим се уређује осигурање;
8. обавља законом утврђене послове за Републику Србију и државну заједницу Србија и Црна Гора;
9. обавља друге послове утврђене овим и другим законом у складу са принципима пословања централних банака. У извршавању својих функција, Народна банка Србије сарађује са Владом Републике Србије и другим државним органима и, у оквиру своје надлежности предузима мере за унапређење те сарадње.[7]

Иначе, место Народне банке Србије у систему вршилаца управе непосредно зависи од њене правне природе, а по том питању не постоји сагласност у нашој правној теорији. Напротив, наши правни писци, који су у управно-правној теорији разматрали или само овлаш додиривали ово питање, имају опречна мишљења. Највећи број аутора Народну банку Србије сматра недржавном организацијом, док је мањи број укључује у државни апарат, третирајући је као државну организацију, углавном, или државни орган, изузетно.[8] Са овим питањем непосредно је повезано и

[7] Закон о Народној банци Републике Србије, чл. 4. и 10.
Закон о осигурању имовине и лица, «Службени гласник Републике Србије», 30/96, 57/98, 53/99. и 55/93; чл. 146.

[8] Више: Милков, Д. : Управно право, I – Уводна и организациона питања, Нови Сад, 2001, стр. 94; Марковић, Р.: Управно прав, Београд, 2002., стр. 185-186; Томић, З.: Управно право, Београд, 1998., стр. 246; Поповић, С., Марковић, Б. и Петровић, М.: Управно право, Београд, 1995., стр. 210-212; Стјепановић, Н. и Лилић, С. : Управно право, Београд, 1991., стр. 172 – 173; Милосављевић, Б.: Управно право, Београд, 2003., стр. 14-15; Куниħ, П.: Управно право, Бања Лука,

питање правне природе њене надзорне функције, а одговор наших аутора на њега зависи од њихових схватања правне природе Народне банке Србије.[9]

У погледу правне контроле управне функције Народне банке Србије, као једне од њених делатности, најпре би се могло рећи да се она своди на судску контролу законитости коначних управних аката гувернера Народне банке, односно да је карактерише одсуство двостепене (жалбена) контроле унутар саме Народне банке Србије.

Наиме, према одредбама позитивног права, Народна банка Србије издаје и одузима дозволе за рад, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација и предузима друге мере у складу са законом којим се уређује пословање банака и других финансијских организација.[10] Тако, Народна банка Србије, у оквиру свјих управних активности, поред осталог, одлучује о захтеву (даје или одбија захтев) за прелиминарно оснивање банака и за давање дозволе за рад банака, даје или одбија давање сагласности банкама за отварање филијала или других организационих облика банака у иностранству, као и њихових представништава у иностранству, даје или одбија давање сагласности представништвима страних банака у Републици Србији за упис у регистар привредних субјеката, даје, одбија или укида решење о сагласности за директно или индиректно власништво у банци, изриче различите налоге и мере за отклањање повреде прописа или праксе која угрожава банке, доноси решење о испуњености услова за покретање стечајног поступка, даје дозволу за рад банке која се оснива спајањем две или више банака, даје сагласност банци за припајање другој банци итд.[11] Такође, Народна банка Србије одлучује и о издавању, променама и одузимању дозвола за рад, издавању и одузимању сагласности и надзорним мерама према осигуравајућим организацијама.[12]

Обављајући ове послове Народна банка Србије у поступку утврђеном у законским прописима о банкама и осигуравајућим организацијама, решава о правима, обавезама и правним интересима лица. На поступак се сходно примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, ако посебним законом није друкчије уређено. Иначе, Народна банка Србије одлучује доношењем управног акта, и то коначног управног акта. Против њега се може водити управни спор, али тужба против овог

2001., стр. 312; Бачанин, Н.: Управно право, Крагујевац 2000., стр. 212-214; Рељић, З. : Правна контрола надзорне функције централне банке, са посебним осврtом на Народну банку Србије, магистарски рад, Београд, 2006., стр. 69 и 73.

[9] Више Рељић, М. : наведени рад, стр. 154- 161.

[10] Закон о Народној банци Србије, чл. 4. и 63. став 1.

[11] Закон о банкама, «Службени гласник Републике Србије», 107/05, чл.: 9,15-16,18,89 - 91,94, 96, 98, 112, 130. и 132- 133.

[12] Закон о осигурању имовине и лица, чл. 146.

решења не може спречити ни одложити његово извршење. У управном спору, пак, суд не може решити управну ствар за чије је решавање законом утврђена надлежност Народне банке Србије.[13]

Из наведених законских решења произилази низ закључака, али и питања.

Најпре, у којој мери су наведена законска решења у сагласности са Уставом Републике Србије, по чијој изричитој одредби свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу. На први поглед наведено законско решење, по коме се против првостепеног решења гувернера Народне банке Србије не може изјавити жалба већ само водити управни спор, ни у чему не повређује уставну норму о праву на правно средство, јер искључује жалбу, али дозвољава тужбу за покретање и вођење управног спора, као «друго правно средство». Јасно је, нема жалбе, али има управног спора – правна заштита правних субјеката је обезбеђена. Међутим, ако се мало дубље загребе површина, чини се да законско решење ипак није у складу са уставном нормом – прецизније, са израженом вољом уставотворца. Јер, уставотворац је право на жалбу или друго правно средство против првостепених аката о правима, обавезама и правним интересима правних субјеката прокламовао са намером да овим актима (њиховој законитости и/или целисходности), посредством уложеног правног средства, одлучује неки други орган, свакако не онај који је нападнуту одлуку донео у првом степену. Наведено законско решење управо доводи до тога – «коначно» мериторно решавање конкретне управне ствари поверено је искључиво првостепеном органу – гувернеру Народне банке Србије. Жалба на првостепено решење гувернера Народне банке Србије је искључена – нема двостепеног решавања у управном поступку, нити другостепеног органа. У управном спору, пак, суд не може решити управну ствар за коју је надлежна Народна банка Србије. Друкчије речено, суд у управно-судском поступку може само поништити тужбом оспорени управни акт гувернера Народне банке Србије и ствар му вратити на поновно одлучивање – дозвољен је само спор ограничене јурисдикције. [14] Остаје питање – зашто је законодавац одступио од духа Устава и воље уставотворца? Стоје ли ту

[13] Закон о банкама, чл. 9.

[14] Овде се само мора напоменути да се поводом управне и судске контроле управе, посебно када се судска појављује у облику спора ограничене јурисдикције, може разговарати о томе да ли суд, одлуком којом разрешава спор, истовремено учествује у уређивању управне ствари поводом чијег правног уређивања је спор и настао или не? А, о томе, наши правни писци имају различита мишљења. Више: Бачанин, Н.: Управно право, стр. 565-567.

правни и /или политички разлози или су значај области деловања и врста послова из надлежности Народне банке Србије учинили своје?

Затим, управо зато што истакнуто законско решење предвиђа само спор ограничене јурисдикције, чиме се «коначно» мериторно уређивање управне ствари поверава само једном, увек истом органу, неопходно је увођење принципа двостепености у постојећи законски режим. Јер, жалба увек јесте контролно средство, али никада није само то. Жалилац никада жалбу не улаже са циљем да се исконтролише законитост и/или целисходност ожалбеног решења, већ у намери да се управна ствар, уређена ожалбеним актом, мериторно уреди друкчије. Шта више, наше раније позитивно право познавало је и жалбу против првостепених решења гувернера Народне банке Србије.[15]

Такође, основано се може поставити питање – зашто се законодавац одлучио управо за спор ограничене јурисдикције, нарочито ако се имају у виду проблеми који су у пракси настајали поводом обавезности пресуда донетих у управним споровима у области управног деловања Народне банке Србије. Наиме, наша судска пракса богата је случајевима у којима се гувернер Народне банке Србије доносећи нови управни акт уместо судском пресудом поништеног управног акта, не придржава правних схватања суда и његових примедаба у погледу поступка, иако је на то обавезан одредбама Закона о управним споровима. Са друге стране, спор пуне јурисдикције омогућио би контролу законитости управног деловања Народне банке Србије од стране суда као независног и непристрасног државног органа.

Овим свакако нису исцрпљена сва питања везана за контролу управног рада Народне банке Србије. Пре би се рекло да су само отворена, и то нека од њих. Примера ради, основано би се могло расправљати да ли управни акт гувернера Народне банке Србије карактеришу неке специфичности или не и да ли би, када је реч о његовој судској контроли, требало установити надлежност неког посебног суда?

Могло би се закључити – правну контролу управног деловања Народне банке Србије карактерише одсуство унутрашње жалбене контроле, чије би (поновно) увођење свакако требало не само размотрити. Судска контрола управног рада Народне банке Србије, као спољашња правна контрола, за сада, остаје једини вид правне контроле, и то у облику спора ограничене јурисдикције, праћеног проблемима насталим у вези са обавезношћу судских пресуда донетих у управним споровима. Није ли увођење спора пуне јурисдикције једно од могућих решења проблема ?

[15] Видети, на пример, чл. 30. став 3. Закона о банкама и другим финансијским организацијама. Закон о банкама и другим финансијским организацијама, «Службени гласник Републике Србије» 32/93.

Prof. Dr. Nevenka Bacanin,
a full-time professor

LEGAL SUPERVISION OF THE ADMINISTRATIVE FUNCTION OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA

Since there is an actual need to protect the rights and legal interests of legal subjects and legality in general and bearing in mind that the administrative functioning of the National Bank of Serbia has a great influence on the state and its legal subjects, the execution of this function must be subjected to an adequate control.

The legal supervision of the administration, both internal and external, is entirely regulated by legal acts and it makes no difference who is the subject of control (the executor of the administrative function) – an administrative organ or a non-state subject.

As for the legal supervision of the administration in the National Bank of Serbia, it lacks the means of internal control (complaints) and, therefore, it is necessary to reconsider its reintroduction into our legal system and act quickly on this matter. The only existing means of the legal control of the administrative work of the National Bank of Serbia is the judicial (external) control in the form of a legal dispute of limited jurisdiction which entails many problems related to the binding nature and the execution of the court decisions on such disputes. The solution is to introduce the possibility that such legal disputes receive the full jurisdiction.

Мр Зоран Јовановић
асистент

UDK:331.108(497.11)
342.98(497.11)

УРЕЂЕЊЕ КАДРОВСКОГ СИСТЕМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД СЛУЖБЕНИЧКИХ СИСТЕМА

Уводне напомене

Једно од веома важних питања, која се намећу на самом почетку јесте питање значаја и улоге кадровског система у процесу спровођења реформе државне управе. Професионална и ефикасна државна управа подразумева компетентне, мотивисане и политички неутралне државне службенике који раде у добро организованом систему, са циљем да служе јавном интересу.

У савременом свету значају кадрова одавно се придаје велика пажња, а за нашу државу има посбан значај, с обзиром да смо још тзв. транзиционо друштво. "Уместо снаге оружја и снаге новца, најзначајније средство утицаја и моћи у XXI веку биће знање."[1] Квалитет управе зависи од укупног фонда знања људи који је сачињавају, од њихове лојалности, способности и поштења. "Управни систем не може бити бољи од људи који га воде, у којима се, можемо рећи, тај систем персонофицира. Најозбиљнији недостаци управе произилазе, често, баш из незадовољавајуће персоналне политике. Обратно, повишење нивоа особља често је најстварнији пут да би се постигли трајни резултати у изградњи јавне управе и стабилнијег програма развитка."[2]

Све сложенији и већи број задатака, који се пред управу постављају, "изазивају у њој наглашену тенденцију ка професионализацији".[3] Период "чисте дилетантске управе", тзв. "spoils system" (систем плена)[4] кад су се

---

[1] Наведено према: Кавран, Д.: Организација, кадрови, руковођење (Наука о управљању), Београд, 1991, стр.70.

[2] Standard and Techniques of Techniques of Public Administration, New York, OUN, 1951, стр. 20-21. Наведено према: Пусић, Е.: Наука о управи, Загреб, 2002, стр. 204.

[3] Миловановић, Д.: Правно устројство локалне самоуправе, Београд, 1994, стр. 51.

[4] По вулгарном схватању америчког система плена, партија која освоји власт понекад сматра да то подразумева и постављање нових управних службеника по принципу партијске лојалности, без обзира на стручне квалитете. Тиме се,

службе додељивале као награда за извршене политичке услуге и у коме њихови посленици, као једину своју квалификацију, често нису могли да наведу ништа друго осим да су својој партији верно служили, одавно је иза нас.[5] Уместо "spoils system-a" у савременом свету се данас примењује тзв. "merit - system", односно систем заслуга, способности, где су за пријем у управу потребни одређени услови у погледу стручне спреме и личних квалитета кандидата.[6]

У Републици Србији се на запослене у државним органима, све до доношења Закона о државним службеницима, примењивао Закон о радним односима у државним органима[7], донесен 1991. године. Овај Закон имао је бројне слабости. Један од основних недостатака огледао се у поступку пријема у радни однос, који, иако је предвиђао обавезан јавни оглас, не садржи правила селекције која би омогућила избор најбољих кандидата. То увек може да има за последицу пријем недовољно стручних кадрова. Поред тога, помоћници министара, секретари министарстава, руководиоци посебних организација, директори органа у саставу министарства, директори владиних служби постављају се актом Владе, без спроведеног конкурса, што у пракси води у превагу политичких над стручним мерилима. Запостављање стручних у корист политичких мерила води у промену руководеће структуре у министарствима, посебним организацијама и службама Владе при свакој промени Владе, што даље води у дисконтинуитет рада државне управе и стварање вакуума и криза у раду државне управе.

Само професионална државна управа, која је заснована на принципу заслуга (способности) и одговорности државних службеника (civil servants), може успешно да оствари захтеве који се пред њу постављају у процесу реформе. Да би се променио однос управе према грађанима, потребне су битне промене унутар саме управе. Зато је изградња професионалне управе кључ успешне реформе. Изградња професионалне управе трајан је процес који обухвата више елемената, а чија је почетна фаза у земљама у транзицији захтевала интензивно ангажовање и велике напоре како би се поставиле правилне почетне основе читавог процеса.[8]

несумњиво, чини корак назад у професионализацији управе. Види: Милков, Д.: Управно право I - уводна и организациона питања, Нови Сад, 2001, стр. 28.

[5] Лилић, С., Марковић, М., Димитријевић, П.: Наука о управљању, Београд, 2001, стр. 218.

[6] Исто.

[7] Види: Закон о радним односима у државним органима, „Службени гласник Репубике Србије“ бр. 48/91.

[8] Види: Стратегија реформе државне управе у Републици Стбији, октобар 2004. године, стр. 40.

Одредбе о уређењу кадровског система у Републици Србији обухватају скуп правила којима се уређују институти и организациони облици од посебног значаја за увођење службеничког система и његово функционисање према Закону о државним службеницима.

Кадровски план

Институт кадровског плана уводи се ради континуираног планирања потреба за кадровима, како унутар једног државног органа, тако и на нивоу система државне управе, судова, јавних тужилаштава. Кадровски план састоји се од приказа броја државних службеника по радним местима и броја државних службеника који је, у радном односу на неодређено време, потребан у години за коју се кадровски план доноси, од приказа броја приправника чији се пријем планира у радни однос и броја државних службеника чији се пријем у радни однос на одређено време планира због могућег повећања обима посла[9]. Сваки државни орган припрема нацрт свог кадровског плана истовремено са припремом нацрта закона о буџету, и то тако да с њим буде усклађен.[10] То значи да сваки нацрт кадровског плана мора бити у складу са финансијским могућностима буџета, то јест са средствима која се у буџету планирају за плате. На основу појединачних нацрта кадровских планова органа државне управе, служби Владе и служби управних округа, Служба за управљање кадровима припрема предлог јединственог кадровског плана за све органе државне управе и службе Владе.[11] Предлог кадровског плана за судове и јавна тужилаштва припрема министарство надлежно за послове правосуђа. [12] Припрему нацрта и предлога кадровског плана ближе уређује Влада уредбом. [13] После усвајања закона о буџету, у року од 30 дана, доносе се и кадровски планови. Они морају бити усаглашени са средствима која су законом планирана за плате.[14] Кадровски план за органе државне управе, службе Владе и службе управних округа доноси Влада, а министарство надлежно за послове правосуђа, пошто прибави сагласности министарства надлежног за послове финансија, доноси кадровски план за судове и јавна тужилаштва. [15] Кадровски план састоји се од збирних и појединачних

[9] Члан 154. Закона о државним служеницима, "Службени гласник Републике Србије", бр.79/05.
[10] Члан 155. став 1.
[11] Члан 155. став 2.
[12] Члан 155. став 3.
[13] Члан 155. став 4.
[14] Члан 156. став 1.
[15] Члан 156. став 2.

података за државне органе које обухвата.[16] Сваки државни орган спроводи онај део кадровског плана који се на њега односи.[17] У осталим државним органима кадровски план доноси руководилац ако посебним прописом није друкчије одређено пошто прибави сагласност министарства надлежног за послове финансија.[18] За спровођење кадровског плана одговоран је руководилац државног органа.[19]

Служба за управљање кадровима

Постојање централног управљачког тела, које треба да омогући примену успостављених стандарда при избору кандидата за пријем у радни однос, напредовању и премештају државних службеника, све ради спровођења система награђивања по основу стручности и резултата рада, услов је за стварање ефикасне и професионалне државне управе. Отуда је веома важно питање: Какав положај то управљачко тело треба да има у систему државне управе, посебно у државама које спроводе целовит преображај друштва? Од тога у великој мери зависи и успех напора усмерених на преображај државне управе будући да централно тело треба да врши најважније послове у области управљања кадровима и да је одговорно за развој кадровског система у целини. Његов делокруг простире се на цео систем државне управе, у њему треба да се сакупе повратне информације из целе државне управе. То су добрим делом и разлози због којих земље у транзицији махом образују службе подређене влади или непосредно председнику владе. У упоредном праву све је учесталије и питање образовања самосталних агенција за управљање кадровима. Насупрот томе, послови управљања кадрова не уврштују се у делокруг министарства, јер то не одговара самој природи послова (они су подједнако значајни за сва министарства) нити постулату према коме министарства не могу вршити хоризонталну међуресорску координацију.

С обзиром на то, и будући да се према Закону о Влади службе Владе образују за послове значајне за све органе државне управе, и како је ефикасност и професионализација државне управе посебно значајна и за рад Владе − за послове управљања кадровима, овим Законом предвиђено је образовање службе Владе којом би руководио директор одговоран непосредно председнику Владе.[20] Служба оглашава слободна радна места у органима државне управе и службама Владе, води Централну кадровску евиденцију и евиденцију интерног тржишта рада у органима државне

[16] Члан 156. став 4.
[17] Члан 157. став 1.
[18] Члан 156. став 3.
[19] Члан 157. став 2.
[20] Члан 158. став 1. и 3.

управе и службама Владе, брине за усклађено спровођење преуређења државне управе, саветује органе државне управе и службе Владе како да управљају кадровима, организује стручно усавршавање државних службеника, пружа стручно-техничку помоћ Жалбеној комисији Владе и Високом службеничком савету, води послове значајне за политику Владе у управљању кадровима и врши друге послове одређене законом и прописом Владе који се односе на кадрове у државној управи.[21]

Централна кадровска евиденција

Ради управљања кадровима Законом је предвиђено формирање Централне кадровске евиденције.[22] Централну кадровску евиденцију о државним службеницима и намештеницима у органима државне управе и службама Владе води Служба за управљање кадровима, кроз информатичку базу података.[23] Законом је одређено и који се подаци уписују у Централну кадровску евиденцију, али је остављена могућност да се другим законом или прописом одреде и други подаци.[24] Начин вођења Централне кадровске евиденције и обезбеђивања података потребних за упис података у Централну кадровску евиденцију ближе уређује Влада уредбом.[25]

Подаци уписани у Централну кадровску евиденцију доступни су руководиоцима, другим лицима која одлучују о правима и дужностима државних службеника и управним инспекторима.[26] Према томе, приступ подацима је ограничен и подразумева, како ограничен круг лица која могу бити корисници, тако и ограничен круг података; круг података је такав да је везан само за конкретне потребе државног органа. Сваки државни службеник има право на увид у оне податке из Централне кадровске евиденције који се односе на њега.[27]

Поред Централне кадровске евиденције, Служба за управљање кадровима води и евиденцију интерног тржишта рада за органе државне управе и службе Владе.[28] Евиденција интерног тржишта рада садржи податке о слободним радним местима, другим кадровским потребама, државним службеницима који желе трајни или привремени премештај на

[21] Члан 158. став 2. у вези са чланом 153. став 1, чланом 159. ставом 2, чланом 163. ставом 1.
[22] Члан 159. став 1.
[23] Члан 159. став 2. и 3.
[24] Члан 160. став 1. и 2.
[25] Члан 160. став 3.
[26] Члан 161. став 2.
[27] Члан 161. став 3.
[28] Члан 163. став 1.

друго радно место и податке о нераспоређеним државним службеницима.[29] Интерно тржиште рада треба да делује и у интересу потреба органа државне управе и у интересу државних службеника. Подаци о државним службеницима уписују се у евиденцију интерног тржишта рада из Централне кадровске евиденције.[30] Сваки државни службеник има право да добије све податке о кадровским потребама, садржане у евиденцији интерног тржишта рада.[31]

Високи службенички савет

Високи службенички савет је још једно ново тело које се оснива овим Законом.[32] Његово оснивање има за циљ јачање професионализације државне управе и њену деполитизацију. Његова улога је посебно важна при спровођењу конкурса за предлагање кандидата за положаје. Поред тога што одређује чланове конкурсних комисија за предлагање кандидата које на положај поставља Влада, Високи службенички савет прописује какве се стручне оспособљености, знања и вештине оцењују у изборном поступку, начин њихове провере и мерила за избор на сва радна места (и за извршилачка радна места и за положаје), доноси кодекс понашања државних службеника у органима државне управе и службама Владе и врши друге послове одређене законом.[33] Деловање Високог службеничког савета ограничено је само на органе државне управе и службе Владе. Високи службенички савет у свом раду је самосталан.[34]

Високи службенички савет има девет чланова које именује Влада на шест година.[35] Четири члана именују се између стручњака из области значајних за рад државне управе, на предлог председника Владе, а преосталих пет из реда државних службеника које на положај поставља Влада.[36] Чланови Високог службеничког савета бирају између себе председника, тајним гласањем.[37] За чланове Високог службеничког савета не могу бити именовани функционери у државним органима.[38] Исто лице може бити именовано у Високи службенички савет највише два пута.[39]

---

[29] Члан 163. став 2.
[30] Члан 163. став 3.
[31] Члан 163. став 4.
[32] Члан 164. став 1.
[33] Члан 164. став 2, у вези са чланом 67. ставом 2.
[34] Члан 164. став 4.
[35] Члан 165. став 1.
[36] Члан 165. став 2. и 3.
[37] Члан 165. став 4.
[38] Члан 166. став 1.
[39] Члан 166. став 2.

Председнику и члановима Високог службеничког савета припада накнада за рад, према мерилима одређеним актом Владе.[40]

Дужност члана Високог службеничког савета престаје истеком времена на које је именован, подношењем оставке, завршетком радног века и разрешењем.[41] На место члана Високог службеничког савета, коме је дужност престала пре времена на које је именован, именује се нови, коме дужност престаје са истеком мандата Високог службеничког савета.[42]

Упоредноправни преглед службеничких система[43]

1. Немачка

Службенички систем припада групи затворених каријерних система. Лица из приватног сектора примају се у радни однос само на најнижа службеничка радна места, после спроведеног конкурса, а уз пробни рад који траје три године. Сва остала радна места, укључујући и највиша, попуњавају се интерним конкурсима, дакле, напредовањем државних службеника са нижих радних места. Напредовање је засновано на показаном успеху у раду и могуће је само ако постоји слободно радно место које је уврштено на листу радних места за која се годишње усваја буџет. Државни службеници на положају постављају се на предлог Директората за кадрове после спроведеног изборног поступка у коме се проверава стручност кандидата. Премештаји службеника могући су у оквиру истог органа или у други орган. Рад службеника подлеже оцењивању, с тим што се у неким органима оно спроводи једном у три године. Усавршавање службеника је обавезно, а одобрава га руководилац. Постоје институти за обуку у којима се организује усавршавање државних службеника. Државни службеници подлежу дисциплинској одговорности, али повреде дужности нису законом таксативно одређене. Санкције за повреде дужности одређене су законом. Дисциплински поступак се спроводи у оквиру самог органа и пред дисциплинским судом.

2. Француска

Службенички систем припада групи затворених каријерних система. Радно искуство стечено у приватном сектору не признаје се, што значи да

[40] Члан 167. став 2.
[41] Члан 168. став 1.
[42] Члан 168. став 2.
[43] За упоредноправни преглед службеничких система коришћене су одговарајуће web странице.

се лице из приватног сектора може запослити само на најнижа радна места у државној служби. Запошљавање се врши на основу конкурса који се, углавном, спроводе централизовано. Средствима која су намењена запошљавању руководи Direktion Generale d Administration de la Fonction Publique. Пробни рад постоји, али његово трајање зависи од степена запослења. Напредовање је омогућено путем интерних конкурса, а напредује се у више звање. На највиша руководећа радна места запошљавају се дипломци специјалне школе за јавну управу. Премештаји су уобичајени. Службеници имају право на усавршавање према плановима и програмима обуке. Постоје специјалне школе за обуку (ENA) и центри за обуку у оквиру органа државне управе. Сви службеници подлежу оцењивању једанпут годишње, а у оквиру поступка оцењивања обавезан је интервју непосредног руководиоца са сваким службеником. Постоји институт дисциплинске одговорности, са прописаним санкцијама. Дисциплински поступак води Савет дисциплинског одбора. Правна заштита је омогућена преко права на жалбу и пред управним судом.

3. Велика Британија

Службенички систем припада групи отворених позиционих система. Слободна радна места јавно се објављују и признаје се искуство стечено ван јавног сектора. Поступак запошљавања је централизован за виша радна места. Пробни рад траје до две године. Напредовање, на основу резултата рада, могуће је – виша радна места оглашавају се интерно или јавно. Систем за напредовање може да укључи формалне одборе и потврду сталног секретара министарства. Постављење на највиша радна места спроводи се по препоруци начелника Home Civil Service-а, након обављених разговора са Комитетом за избор и постављење и по одобрењу премијера. Оцењивање запослених је поверено министарствима и агенцијама, тако да распон оцена варира. Премештаји службеника су могући укључујући и премештаје изван места боравка. Усавршавање службеника је у надлежности министарстава и агенција, а одвија се у оквиру органа или при Колеџу за државну управу. Сви службеници подлежу оцењивању, али период оцењивања варира; једанпут годишње је обавезно оцењивање највиших службеника. Закон о менаџменту државне управе садржи принципе и поступак дисциплинске одговорности. Истим законом је предвиђена и унутрашња правна заштита против аката којима се одлучује о правима и дужностима службеника, а уз то постоји и право жалбе индустријским трибуналима.

4. Аустрија

Службенички систем има доста елемената каријерног система. Радна места службеника попуњавају се интерним конкурсом и тек ако он не успе, следи јавни конкурс. Инструмент за контролу попуне радних места јесте план утврђеног броја радних места, који је део акта о годишњем буџету. Поступке запошљавања спроводе независне комисије, и то у више делова. Методе процене способности кандидата зависе од захтева радног места. И за постављења на највиша радна места спроводе се конкурси, а пријемна комисија даје мишљење о прикладности кандидата за та места. Пробни рад је обавезан. Напредовање је могуће постављењем на више радно место, као и преласком у виши платни разред после две године рада на истом радном месту. Да би се подстакла мобилност службеника, основан је Савезни биро рада. Рад службеника оцењује се сваке године. Усавршавање службеника организује се унутар органа или на семинарима на Савезној академији за државну управу. Дисциплинска одговорност службеника је предвиђена, при чему повреде дужности нису посебно прописане. Дисциплинске поступке воде дисциплинске комисије чији су чланови службеници из државног органа. Правна заштита унутар система државне управе обезбеђује се у другостепеним поступцима пред Комисијом за жалбе и Главном дисциплинском комисијом.

5. Словенија

Службенички систем има претежне одлике каријерног система, уз присуство одређених елемената отвореног позиционог система. Ради попуњавања слободних радних места обавезно се спроводи конкурс, интерни или јавни. Поступак запошљавања је централизован за радна места највиших службеника које поставља Влада. Конкурсни поступак спроводе посебне комисије које именује Чиновнички савет за сваки појединачни случај. Пробни рад је могућ. Напредовање је могуће стицањем вишег звања или премештајем на више радно место, а зависи од резултата рада. Премештаји су такође могући укључујући и премештаје у други орган. Усавршавање службеника одвија се према посебним програмима, у оквиру Управне академије и унутар самих органа. Сви службеници једанпут годишње подлежу оцењивању. Државни службеници подлежу дисциплинској одговорности, а повреде дужности и санкције, одређене су законом. Правна заштита обезбеђује се путем жалбе посебној комисији, коју именује Влада, и преко управног суда.

Закључна разматрања

Једна од основних врлина државних службеника мора бити стручност, политичка неутралност и непристрасност. Они морају једнако квалитетно и савесно да служе свакој партији која освоји власт. Само врх управне пирамиде може бити повезан са политиком и само би на њега требало да утичу политичке промене.

Законом о државним службеницима успостављен је службенички систем који је заснован на стандардима прихваћеним у савременим упоредно-правним системима. Посреди је увођење нормативних претпоставки за стварање персоналног супстрата који је спреман и способан да одговори на све сложеније државне задатке. Закон је уредио јединствене принципе деловања запослених у државним органима, запошљавање провером стручних способности и резултата рада. Увео је и савремена начела управљања кадровима која омогућују развој каријере запослених и подстиче стручно усавршавање од кога зависи побољшање рада државних органа.

Овим Законом ствара се нормативни оквир који би омогућио делотворнији и стручнији рад запослених у државним органима, а тиме и јачање правне државе. Уводе се принципи рада који би, и без деловања тржишних принципа, омогућили делотворнији рад државних органа при задовољавању јавног интереса. Послови државних органа морају да се врше стручно и законито, а запослени морају да буду заштићени од утицаја политике на радноправни статус. Ово последње, пре свега, односи се на она лица у министарствима и посебним организацијама која на положаје поставља Влада (помоћници министара, секретари министарстава, итд.). Они, доследно основама постављеним у новом Закону о државној управи, постају државни службеници, чиме им каријера постаје зависна искључиво од стручних мерила.

Истовремено, овим Законом испуњавају се стандарди Европске уније. Европска унија нема посебне прописе у области службеничког система, али постоје принципи и стандарди које су прихватиле све државе чланице Европске уније а које морају да испуне и државе које претендују на улазак у Европску унију.

M.Sc. Zoran Jovanovic,
an assistant

THE STRUCTURE OF THE SYSTEM OF DMINISTRATIVE PERSONNEL IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND COMPARATIVE VIEW OF ADMINISTRATIVE PERSONAL SYSTEMS

The principle virtues of the civil servants are expertise, political neutrality and impartiality. They should perform their work equally well and with full responsibility regardless the fact which political party is in power. Only the top of managing pyramid may be connected with politics and affected by political changes.

The new law on civil servants has established the personnel system based on the standards adopted from comparative contemporary systems. It includes the introduction of normative postulates which enable the establishing of a personnel substrate which is ready and able to respond to the most difficult tasks imposed by the state. The law has set unified work principles for all employed in the state bodies, the criteria for their employment, and regular checking of their skills and performance. It has also introduced the modern principles of human resources management which enable career development and encourage continuous professional upgrading that will eventually lead to raising the quality of work in the state administration.

This law allows the creation of the legal framework for more efficient and professional work of the civil servants, in this way strengthening the rule of law in the state. These new work principles should, even without the influence of the market factors, contribute to more efficient work of the state organs in serving the public interest. All the activities of the state organs should be performed in a professional and legitimate way, and the employees and their jobs should be protected from the political influence. This should be especially applied to those employed in the ministries and other organizations who are appointed by the government (ministers' assistants, secretaries, etc). According to the new Law on state administration, with their appointment they become the civil servants whose career should exclusively depend on their skill and performance.

This law at the same time fulfills all EU standards. EU has specific standards related to the employment and work of state administration, but there are also some EU principles in this field that have been accepted by all member states and that have to be met by the states that pretend to access EU.

Бојан Урдаревић
асистент-приправник

UDK: 347.9

НАСТАНАК И ПОЈАМ РАДНИХ СПОРОВА

1. Теоријске основе спорова и стилови понашања у њима

Шта је уопште спор, где и зашто спорови настају? Правна наука не даје одговор на ово питање јер се дефинисањем појма спора у свом изворном облику није бавила. Због тога ћу се на овом месту осврнути на достигнућа других наука, пре свега психологије, која се посебно бави конфликтима и сукобима између разних друштвених група, као и методама за њихово превазилажење. Оно на шта одмах желим да укажем је да термин „спор" у правној науци има исто значење као и термин „конфликт", односно „сукоб" у психологији[1]. Сукоби и њихово разумевање су веома значајни, јер се јављају у сваком друштву и представљају неизбежну карактеристику сваког од њих. Непознавање извора, тока, структуре и других аспеката сукоба онемогућава њихово конструктивно решавање и неизбежно води ескалацији и увећању друштвених проблема.

Сваки спор, па и радни, представља једну врсту социјалног конфликта. Спорови у области радних односа заправо не представљају ништа друго него врсту конфликата, односно сукоба, који се јављају између послодавца и запосленог као основних субјеката радног односа. Шире посматрано, сукоби представљају саставни део међуљудских односа, а вероватноћа њиховог настанка постоји на свим нивоима социјалног живота. Због учесталости и негативних последица које из њих могу проистећи, сукоби представљају један од најзначајнијих проблема који се проучава у оквиру психологије, али и многих других научних дисциплина.

Постепено успостављање капиталистичког система, карактеристично за актуелну друштвено-политичку ситуацију у нашој земљи, представља потпуну промену социјалне климе. Долази до промене међуљудских односа, јача индивидуалистичка оријентација, сукоби интереса и борба за сопствену добробит су све чешћи.

---

[1] У прилог овој тврдњи видети више у: Требјешанин, Ж (2001): Речник психологије , Стубови културе, Београд, стр. 225.

У оваквој ситуацији неопходно је истраживању конфликата посветити већу пажњу, јер све јача индивидуалистичка оријентација и брига само за сопствене интересе и сопствену добробит чини погодно тло за развој и ескалацију сукоба која представља препреку прогресивном друштвеном развоју.

Постоји велики број дефиниција конфликата. Оне обично укључују изразе као што су „инкопатибилност интереса"[2], „угроженост потреба"[3], односно, „различитост жеља и вредности", што указује на улогу различитости људских потреба, вредности, ставова и интереса у настанку конфликта. Међутим, важно је истаћи да извор конфликата не лежи само у разликама које постоје међу људима, јер су оне често комплементарне и ускладиве, већ се као важан моменат истиче постојање неускладивих разлика, јер само оне воде ка конфликту[4]. Неусклађеност се јавља када једна страна доживљава другу као угрожавајућу. Из овога се може закључити да нису само реално постојеће неусклађености узрок настанка конфликта, већ да је у том процесу један од важних фактора доживљај друге стране као ометајуће и потенцијално угрожавајуће. Руковођени до сада реченим, конфликт можемо дефинисати као интерактивно стање, које се манифестује у опаженој инкомпатибилности разлика двеју или више страна и које може резултирати конструктивном или деструктивном променом.

Сукоби имају своје изворе, своју структуру, динамику и расплет. Извори сукоба су разлике које се јављају међу људима, а које се од стране оних који долазе у сукоб доживљавају као неприхватљиве, несавладиве и неспојиве.

Структура сукоба тј. понашање људи у сукобу је одређено са две важне силе или процене важности два важна фактора[5] .С једне стране налази се процена важности предмета сукоба, оног због чега смо се сукобили. Понашање појединца у ситуацији сукоба ће бити различито у зависности колико се предмет сукоба посматра као лично важан. С друге стране налази се наша процена особе или групе са којом смо у сукобу тј. у коликој мери нам је стало до трајних добрих односа са њом. Обе ове процене, процена важности предмета сукоба и процена значаја друге стране, одигравају се истовремено, и наше понашање биће одређено њиховим укрштеним дејством по моделу двоструке бриге. Наравно,

[2] Deuch, M (1991): Subjective features of conflict resolution: Psychological, social and cultural influences, Sage, London, стр. 26-54.

[3] Mitchell, C.R. (1994): Psychological dimensions of conflict, MacMillan Press, London, стр. 71-119.

[4] Deutch, M (1973): The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes, New Haven, Conn, Yale University Press, стр. 46-77.

[5] Попадић, Д, Дијана Плут и Тинде Ковач Церовић (1996): Социјални конфликти, Група Мост Центар за антиратну акцију, стр. 55.

структуру конфликта одређује и анализа друге стране тј. његова процена значаја нас и значаја предмета сукоба за њега.

У оквиру разматрања динамике сукоба треба истаћи да је основни процес ескалација сукоба. Ескалација сукоба представља једно веома специфично психичко стање, које карактерише сужење пажње и њено усмеравање на регистровање сигнала који потврђују наше претпоставке, памћење постаје селективно, а интерпретативност појачана до те мере да више нисмо кадри да комуницирамо са другом страном, да чујемо било какву дисонантну информацију[6]. У току есклалације одигравају се још два скривена процеса: један се односи на губитак поверења у другу страну која почиње да се доживљава као све више непријатељска, а други процес је преображавање почетног порива за сукоб, где се почетни компетитивни мотиви преображавају у тежњу да се други не само победи већ што више повреди.

Када се говори о исходима конфликата најчешће се мисли на победу или губитак, компромис или обострани губитак. У овој подели компромис би био тај који успоставља равнотежу и стабилност у односима између страна у сукобу. Међутим, оно што бих желео посебно да истакнем када се говори о компромису, јесте да он често не подразумева одустајање само од изречених захтева и неумерених жеља, него и од основних интереса, у име којих је сукоб и настао. Обе стране бивају само делимично задовољне и обе су, када се све сабере, више изгубиле него добиле, тако да можемо тврдити да у оваквој ситуацији ни компромис не гарантује равнотежу. Ово је врло значајно са становишта радних спорова где се дуго времена сматрало да је достизање компромисног решења најбољи могући исход радног спора.

Обострани добитак као расплет сукоба је достижно решење за стране у сукобу само уколико се оне оријентишу, не на разговор о сопственим позицијама, већ о потребама и интересима. Позиције укључују већ формулисано виђење решења. Међутим, насупрот позицијама, разговор о потребама и нтересима чијем се задовољењу тежи преко предложених решења ствара ширу перспективу и већи простор за договор и споразумевање сукобљених страна. Интереси и потребе се могу задовољити на различите начине и различитим исходима, и они се доказују бригама и страховима везаним за неуспех у њиховом задовољењу.

Сучељавање позиција не даје могућност за другачији исход, сем за победу или губитак, обострани губитак или компромис, док сучељавање потреба и интереса отвара шансу за обострани добитак. У већини

[6] Rubin, J. (1991): Some wise and mistaken assumptions about conflict and negotiation, Cambridge, Mass, стр. 3-12.

случајева, потребе и интереси нису неуклопиви тј. могуће је смислити такво решење којим ће се главни интереси обе стране задовољити.

Постоје различити приступи начину решавања конфликата, међутим два се могу сматрати најзначајнијим: дистрибутивни и интегративни приступ[7]. Према дистрибутивном приступу, у конфликту као да постоји фиксирана добит која се мора расподелити странама у сукобу. Ако једна страна добије све што жели, друга неће добити ништа, и што једна страна добије више, то аутоматски значи да ће друга страна добити мање. У овом случају говори се о постојању губитника и победника, сем у случају компромиса тј. половичног решења, где су обе стране подједнако добиле и подједнако изгубиле.

Међутим, модернија схватања омогућавају потпуно другачије сагледавање ситуације сукоба. Најбољи приказ суштине новог приступа конфликтима је садржан у схватању према коме свака страна улази у конфликт са измешаним мотивима, и са кооперативним и са компетитивним истовремено, што чини да такав конфликт у себи садржи испреплетане и конструктивне и деструктивне процесе[8]. Зато је потребно дистрибутивни модел заменити интегративним моделом, према коме у већини сукоба не само да не постоји нека фиксирана добит која се мора поделити, већ сума добитака страна у сукобу која нипошто није константа. Према овом моделу могуће је претпоставити постојање и таквих исхода, који су према дистрибутивном моделу били незамисливи, а то су: обострани добитак и обострани губитак.

Сви напред наведени исходи су могући у свакој конфлитној ситуацији, али они нису и подједнако вероватни. Какав ће бити исход конфликта зависи од тога шта је предмет конфликта, у каквом ширем контексту се конфликт дешава, али веома великим делом и од понашања страна у сукобу.

На крају, издваја се пет специфичних стилова решавања интерперсоналних конфликата:

а) Интеграција или решавање проблема

Стране у конфликту не гледају једни на друге као на противнике, већ као на сараднике који заједнички учествују у разрешењу проблема. Овакво понашање зове се још и сарадничко, кооперативно, а такође се означава и као принципијелни стил или решавање проблема. Ово је стил који

[7] Pruitt, D and Rubin J. (1986): Social conflict: Escalation. stalemate and settlement, McGraw-Hill, стр. 47-57.

[8] Deutsch, M. (1991): A theory of cooperation and competition, Human relations 2, стр. 129-151.

карактерише висок интерес и за себе и за друге, укључује размену информација и преиспитивање разлика како би се дошло до решења које интегрише потребе обе стране у сукобу (тзв. „win-win" решења).

Човек који тежи оваквој врсти понашања се бави нападањем на проблем, а не на другог човека, смишљањем излаза из неодговарајуће ситуације, а не међусобним оптуживањем. Овакав начин понашања подразумева став да је конфликт проблем који се може лакше решити ако се заједнички ради на његовом решавању, а то решење није дато унапред већ се до њега може доћи тек путем заједничког трагања и отворености за нове идеје. За овај стил решавања индивидуалних радних спорова залаже се и аутор овог текста јер он једини доводи до прихватљивог, трајног решења.

б) Попуштање

Стил у коме је интерес за себе низак, док је интерес за друге висок. Страна која одабира овај стил тежи да умањи разлике и истакне сличности како би задовољила интересе друге стране. Бира се у ситуацијама када једна страна сматра да постоји могућност да није у праву или да је исход конфликта битнији другој страни, али такође и у ситуацијама када страна процењује да ће уступци другој страни донети неку корист у будућности.

Особа која тежи оваквој врсти понашања у ситуацији сукоба, више води рачуна о потребама друге стране, него о властитим, и у конфликту им је најважније да задрже добре односе са другом страном. То су најчешће особе које имају пуно поверање у друге људе, али су то уједно и особе које лако подлежу притиску.

в) Доминација или надметање

Интерес за себе висок, а за друге низак. Истрајава се на сопственим предлозима и захтевима, истовремено игноришући потребе и очекивања супротне стране. Овај стил се назива још и позиционо преговарање или крути стил.

Људи који су склони да бирају доминацију као начин понашања у ситуацији сукоба, конфликт посматрају као сукоб у коме само један може бити победник, а други је поражени. Другу страну доживљавају пре свега као противнике које треба победити. Свако показивање бриге о другоме је за њих знак слабости и иде на уштрб вођења рачуна о себи. То су особе које покушавају да путем притисака однесу победу у сукобу воља и да се на тај начин изборе за решење које је само њима прихватљиво. Овакав приступ води ка све мањем поверењу у другу страну и све већој агресивности према њој.

г) Избегавање или повлачење

Низак је интерес и за себе и за друге. Овај стил понашања у конфликтној ситуацији је употребљив у ситуацијама у којима је предмет сукоба небитан или када се сматра да би суочавање са другом страном било штетније у односу на добит стечену разрешењем конфликта.

Ако једна страна у потенцијалном конфликту не показује никакву или малу бригу да задовољи своје интересе, нити брине за другу страну, та страна се по правилу неће ни упуштати у разрешавање конфликта и реаговаће повлачењем тј. избегавањем конфликтне ситуације. Проблем наставља да постоји, а страна ипак не предузима ништа да се конфликт испољи и реши. У основи оваквог држања се може налазити страх од конфликата, али врло често основни узрок лежи у постојању врло слабог поверења и у себе и у друге.

Повлачење не мора означавати само неулажење у конфликт и преговоре, већ може означавати и потпуну неактивност током преговора који формално постоје, или излажење из преговора и престанак бављења конфликтом који и даље постоји.

д) Компромис

У овом случају постоји једнак интерес и за себе и за друге. Подразумева спремност да обе стране одустану од неких својих захтева како би се дошло до прихватљивог разрешења.

Резултат подједнаке, али половичне бриге, биће настојање да се превише не бавимо решавањем конфликта, већ да прихватимо механичко решење по којем ће свака страна одустати од нечега и наћи се на средини. У оваквој ситуацији често се дешава да обе стране остану са осећајем губитка.

Према томе, може се извести закључак да се конфликти неминовно јављају како у интерперсоналним тако и интергрупним односима. Уколико ситуацију сукоба посматрамо као само један вид социјалне интеракције, објашњење избора одређених стилова понашања у сукобу можемо наћи и у објашњенима склоности људи ка деструктивним или просоцијалним облицима понашања, јер се и сами стилови понашања означавају као деструктивни и конструктивни стилови понашања. Међутим, компромис је само условно конструктивно решење сукоба, а решење проблема тј. интеграција једино у потпуности конструктивно решење сукоба.

2. Појам радног спора

У правној теорији и пракси не постоји јединствени појам радног спора и стога није лако дати прецизну дефиницију радног спора у најширем

смислу те речи. Ова потешкоћа произлази из чињенице да се радни спорови међусобно разликују, па тако могу да настану: зато што послодавац не признаје репрезентативност синдиката, или због тумачења појединих одредби колективног уговора, или отказа датог запосленом из неоправданих разлога, итд. Стога је врло тешко једном општом формулацијом и на свеобухватан и довољно јасан начин обухватити све оно што би требало да се подразумева под појмом „радни спор“. Неки теоретичари су покушали да дају једну такву општу дефиницију, према којој је радни спор, заправо сваки проблем настао у радноправном односу, а за који запослени жели да се бори, јер се тиче његових интереса[9]. Међутим, знак једнакости између радног спора и проблема доводи до неоснованог упрошћавања ствари, те наведена дефиниција, иако свеобухватна, јер се односи и на индивидуалне и на колективне радне спорове, не изражава у довољној мери суштину радног спора.

У домаћој правној теорији радни спор се различито дефинише. По једном мишљењу, радни спорови настају између радника, односно службеника и организације (послодавца), поводом повреде права или непосредних личних интереса признатим правним прописима, колективним уговором или уговором о раду и за чије је решавање надлежан одређени орган[10]. Појам радног спора у овом случају одређују два битна елемента, и то: да је дошло до повреде права или интереса који произлази из права, односно да је повређена утврђена обавеза из радног односа, и други, да право, непосредни интерес и обавезе проистичу из радног односа или да су у вези с њим. Тако се сматра да радни спор настаје поводом повреда утврђених права, односно неизвршења утврђених обавеза из радног односа, или у вези с радним односима. Ипак, ово мишљење је временом постало усамљено с обзиром на то да ова два елемента нису довољна да би се одредио генерички појам радног спора, јер недовољно обухватају једну од врста колективног радног спора, тзв. интересне или економске радне спорове[11]. Зато се ова дефиниција углавном односи на индивидуални радни спор, што је и разумљиво ако се узме у обзир да је настала у доба самоуправног социјализма, када су колективни радни спорови били потпуно потиснути из наше стварности. У таквој ситуацији радно право се много више бавило индивидуалним радним споровима и заштитом индивидуалних права радника, због чега је ова област много боље „покривена“ и теоријом и праксом.

---

[9] Lenaerts, H. (1985): Inleiding tot het sociaal recht, Kluwer rechtswetenschappen Belgie, Gent, стр. 14.

[10] Балтић, А. и М. Деспотовић (1978): Основи Радног права Југославије, Савремена администрација, Београд, стр. 327.

[11] Брковић, Р. (2003): Радни суд, Правни факултет у крагујевцу, Крагујевац, стр.18.

По другом мишљењу, радни спор је само онај спор у којем је тужилац запослени, а тужени послодавац,[12] док у супротном случају постоји спор из радног односа, који није радни спор. Ово схватање је доста заступљено у судској пракси, али има најмање присталица у правној теорији, јер и ово дефинисање радног спора, иако новијег датума од претходног, у обзир узима искључиво индивидуални радни спор. Наиме, у случају колективних радних спорова, радни спор се може покренути и на захтев послодавца, а не само запосленог. Тако, на пример, послодавац може захтевати од радника, односно синдиката да се тачно утврди до када се примењује колективни уговор, или како се могу тумачити поједине његове одредбе и сл. Ако се о томе не постигне споразум, послодавац би могао да тражи да се спор реши пред арбитражом или судом. Исто тако, и у случају штрајка запослених послодавац има интерес да се штрајк што пре оконча и да се запослени врате на рад, и зато ће управо он имати иницијативу за изналажење што повољнијих решења која ће допринети бржем окончању штрајка[13].

По трећем мишљењу, радни спорови су конфликти или сукоби који настају између странака радног односа (индивидуалног или колективног) онда када једна странка чињењем или нечињењем онемогућава остваривање права или повређује права или интересе, засноване на праву друге странке за измену постојећих или утврди нова права и обавезе, односно услове рада[14]. Ово је вероватно најпотпунија и најприхватљивија дефиниција радног спора код нас, јер су њоме обухваћени кључни елементи и индивидуалног и колективног радног спора.

У упоредном праву такође постоје различите дефиниције појма радног спора. Једна од њих радне спорове дефинише као правне спорове међу странкама индивидуалног или колективног радног односа, чији је основ у хетерономном или аутономном радном праву, а чији предмет су права, обавезе, правни односи и интереси који настају у радном односу, који се решавају посебним правним средствима у посебном поступку и пред посебним органима[15]. Спор је радни ако је основ правног односа из којег спор настаје у радном праву, које као посебна грана права регулише

---

[12] Ивошевић, З и М. Ивошевић. (2002): Оглеид на трему: Закон о раду, Глосаријум, Београд, стр. 123.

[13] Јовановић, П. (2003): Радно право, Правни факултет у Новом Саду - Центар за издавачку делатност, Нови Сад, стр. 383.

[14] Шундерић, Б. (1991): О радном спору, *Анали Правног факултета*, Београд, бр. 1-3, стр. 354.

[15] Строшак, Б. (1972): Индивидуални радни спорови у СФР Југославији, Теоретски аспекти и анализа на основу фактографског приказа судских радних спорова на подручју СР Словеније, *докторска дисертација*, Љубљана, стр. 21-38. Видети више, Новак, Ј. (2004): Радни спорови, *ГВ заложба*, Љубљана, стр. 67-74.

материјалне и процесне одредбе о индивидуалном и колективном радном односу[16].

Друге дефиниције појма радног спора полазе од изричите законске формулације. Тако, на пример, радни спор представља било какав спор настао између радника и послодавца, односно, синдиката и послодавца у вези са применом закона, колективног уговора, правилника о раду, уговора о раду или обичајних правила, као и сваки споразум који се појави за време колективног преговарања или у вези са колективним споразумом[17].

У афричкој републици Бенин, по тамошњем Закону о раду донетом сада већ далеке 1988. године, радни спор представља спор између синдиката, односно групе радника и послодавца, односно организације послодаваца које се односе на: тумачење, односно примену уговора о раду, колективног уговора или одлуке арбитраже, промену постојећих услова рада и сва остала питања која могу бити предмет колективног преговарања[18].

Уопштено речено, радни спор би могао да се одреди као конфликт између субјеката радног односа поводом повреде утврђеног права или интереса или поводом и у вези с уређивањем права и обавеза из радног односа. То значи да сама чињеница да је неко право повређено или нека обавеза није извршена мора да налази упориште у самом радном односу, чиме се радни спорови и разликују од других врста спорова. Уколико не постоји веза између повређеног права или неизвршене обавезе с радним односом, било да оно проистиче из њега или је само у вези с њим, онда се ради о грађанско-правном или управно-правном спору. Дакле, та непосредна веза с радом је онај битни елемент који чини и најбитнију карактеристику радног спора[19].

Из наведених мишљења домаћих теоретичара и практичара из области радног права може се уочити да и данас не постоји јединствено и опште прихваћено одређење радног спора. Чини се да највећи разлог за то лежи у немогућности да се једном дефиницијом истовремено обухвате све врсте радних спорова, чији број од једне до друге државе у многоме варира. Зато су и многи аутори, покушавајући да дефинишу појам радног спора у једном општем, свеобухватном и генеричком смислу, полазили готово искључиво од ситуације у својој земљи. Ово је често доводило до тога да

---

[16] Стојановић, М. (2004): Радни спорови и поступак њиховог решавања у словеначком праву и пракси, *Часопис за радно и социјално право*, Београд, бр. 1-6, стр. 222.

[17] Етиопија, Уредба о раду бр. 42/1993, члан 136. став 1. тачка 3.

[18] Међународна организација рада (2001): Смернице о радном законодавству, Женева, стр. 143.

[19] Пешић, Р. (1966): Радно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, стр. 208.

променом државног уређења или политичке климе у појединим земљама и саме дефиниције појма радног спора постану превазиђене, непотпуне и једностране.

Ако погледамо законску регулативу ни важећи законски прописи на територији Републике Србије из области радног права нису од велике помоћи, јер ни они не садрже дефиницију појма радног спора. Тако, на пример, Закон о раду[20] као позитивни правни пропис не даје дефиницију појма радног спора, а у чл. 195, који се односи на заштиту појединачних права, прописује да против одлуке којом је повређено право запосленог, или када је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан, ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Из одредаба Закона произлази да је радни спор заправо спор пред надлежним судом где заштиту права из радног односа тражи запослени. Такође, овим чланом у целини се не уређује спор по тужби послодавца против запосленог, који се у правној теорији исто сматра радним спором. Закон о мирном решавању радних спорова[21], као посебан законски пропис у овој области, такође не садржи свеобухватну дефиницију радног спора, већ члановима 2. и 3. разврстава радне спорове на колективне и индивидуалне, при чему, по мом мишљењу и један и други појам дефинише преуско с тенденцијом да се не обухвате сви могући случајеви.

Ипак, чини се да изналажење свеобухватне дефиниције појма радног спора и не треба да буде задатак законодавства већ теорије. Радни спор, могли бисмо дефинисати као спор који настаје због повреда права и обавеза из радног односа између запосленог и послодавца, који решавају надлежни органи у прописаном поступку.

Закључак

Радни спорови и конфликти су својствени свим системима радних односа. Стога, успостављање система за спречавање и решавање радних спорова представља камен темељац добре политике радних односа. Ефикасан систем решавања радних спорова који ће помоћи задржавању конфликата из радних односа у оквиру економских и друштвено прихватљивих граница и унапређивати атмосферу индустријског мира. То са своје стране доприноси стварању и одржавању економске климе која погодује економском расту и развоју, ефикасности и социјалној једнакости.

Будући да ниво задовољавања интереса није, нити може да буде временски омеђен, већ зависи од структуре понуде и потражње на тржишту рада, робе и капитала, радне односе, неминовно, карактерише комбинација

[20] „Сл. гласник РС”, бр. 24/2005, 69/2005.
[21] „Сл. гласник РС”, бр. 125/2004.

сарадње, координације и конфликата између странака радног односа. Конкретна манифестација незадовољавања било индивидуланих, било колективних интереса учесника радног односа, изражава се појавом конфликата и спорних питања у односима социјалних партнера.

Због тога, сваки спор супротставља стране радног односа у вези с предметом спора, доводећи их у ситуације истицања контрадикторних захтева. У најширем смислу, свако питање због којег се запослени сукобљава с послодавцем може се, у случају да га решава треће непосредно лице, сматрати радним спором. Зато се и каже да су радни спорови последица објективно различитог положаја социајлних партнера, легитимности њихових различитих економских, социјалних, профе-сионалних и других интереса.

У теорији радног права, без обзира на мноштво дефиниција радног спора, наводи се да је непосредна веза с правима, обавезама и одговорностима из радног односа најсуптилнија карактеристика радног спора. Уопштено речено, радни спор би могао да се одреди као конфликт између субјеката радног односа поводом повреде утврђеног права или интереса или поводом и у вези с уређивањем права и обавеза из радног односа. То значи да сама чињеница да је неко право повређено или нека обавеза није извршена мора да налази упориште у самом радном односу, чиме се радни спорови и разликују од других врста спорова. Уколико не постоји веза између повређеног права или неизвршене обавезе с радним односом, било да оно проистиче из њега или је само у вези с њим, онда се ради о грађанско-правном или управно-правном спору. Дакле, та непосредна веза с радом је онај битни елемент који чини и најбитнију карактеристику радног спора.

Bojan Urdarevic,
an assistant

THE APPEARANCE AND CONCEPT OF LABOR DISPUTES

Labor disputes and conflicts are imminent in all systems regulating employment relations. Therefore, setting up an adequate system that will prevent and resolve labor disputes means lying up a cornerstone of a good employment. An efficient system of resolving labor disputes should contribute to keeping the work conflicts within economically and socially acceptable limits and upgrading of the atmosphere of economic peace and order. This leads to the creation of a sustainable economic climate which favors economic growth and development, efficacy and social equality.

Since the meeting of interests is not (and cannot be) time limited, but mostly depends on the structure of supply and demand on labor market, as well as goods and capital market, the employment relations are, therefore, unavoidably affected by the combination of cooperation, coordination and conflict situations between the parties involved. Dissatisfaction which appears as a result of unfulfilled personal or collective interests of the parties participating in work relations is concretely manifested in disputes and conflict situations which arise between the social partners.

Each employment dispute makes the conflicting parties oppose each other leading them into a situation of raising contradictory demands. Broadly speaking, every issue that raises a conflict between employees and employer, and is solved with the help of a third person, can be deemed as a work dispute. Therefore it has been said that labor disputes are the consequence of different positions of social partners and legitimacy of their different economic, social, professional and other interests.

The theory of labor law, regardless numerous definitions of work dispute, states that it is mostly (and subtly) reflected through its immediate connection with rights, duties and responsibilities in employment relations. Generally, a labor dispute could be defined as a conflict between the subjects involved in employment relations that appeared as a result of the violation of established rights or interests, or during the establishing of the rights and duties in employment relations. Therefore, the fact that a right has been violated or a duty has not been fulfilled must have grounds in employment relations which makes work disputes distinctive from other kinds of disputes. If there is no connection between the violated right or unfulfilled obligation and employment, either direct or derived, then we can speak about an administrative or civil dispute. The this immediate connection with the employment is the key element which defines this kind of disputes.

Одељак III

Кривично право

Др Станко Бејатовић,
редовни професор

UDK: 343.13:343.9.02(094.5)

КРИВИЧНОПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО КАО ПРЕТПОСТАВКА УСПЕШНЕ БОРБЕ ПРОТИВ КРИМИНАЛИТЕТА

1. Опште напомене о кривичнопроцесном законодавству и његовом утицају на успешност борбе против криминалитета

1. Један од изузетно значајних фактора у остваривању циљева, односно боље речено политике сузбијања криминалитета[1] јесте и кривично законодавство посматрано уопште, а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов нераздвојни део. И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционлна повезаност тако и чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права, као и од организације и функционисања субјеката задужених за њену реализацију зависи, у не малом обиму, и степен утицаја кривичног законодавства на успешност остваривања циљева криминалне политике уопште. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминалитета, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права своде, на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање правосудних и других органа који дејствују на пољу борбе против криминалитета, тј. ако функционише правна држава као целина, онда је улога кривичног законодавства у реализацији циљева криминалне политике не само већа већ и знатно успешнија и супротно.[2] Оваква каузал-

[1] О појму криминалне политике види: Др Милан Милутиновић, Криминална политика, Београд, 1984. год., и Др Зоран Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991. год., Проф. др Станко Бејатовић, Кривично-процесно законодавство и тешки облици криминала, Тешки облици криминала, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 47.

[2] Види: Проф. др Зоран Стојановић, Кривично законодавство и тешки облици криминалитета, Тешки облици криминала, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год., стр. 33-44; Проф. др Станко Бејатовић, Кривично-процесно законодавство и тешки облици криминалитета, Тешки облици криминала... стр. 44-64; Проф. др Ђорђе Игњатовић, Сузбијање

на повезаност између кривичног законодавства и криминалне политике посебно долази до изражаја код тешких облика криминалитета који је неретко пратећа појава транзиционог периода било које па и наше државе. Ово из разлога што је управо код ових облика криминалитета неспорна нужност, неопходност и оправданост што ефикасније примене мера кривичне принуде. Овде као и уопште само ефикасна примена мера кривичне принуде[3] је инструмент успешне борбе против криминалитета и као таква одговара циљевима и генералне и специјалне превенције. Насупрот, неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције и као таква охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности чиме ова проблематика још више добија на свом значају.[4] Из ових разлога обавеза је сваког друштва да створи све предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, тј. за што успешније остваривање циљева криминалне политике. [5]

најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности, Тешки облици криминала, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2004. год. стр. 5-32.

[3] Под ефикасношћу кривичног поступка уопште подразумева се како његова квалитативна компонента (законитост вођења кривичног поступка и доношење правилне и законите судске одлуке) тако и његова квантитативна компонента (тј. временски размак од покретања кривичног поступка па до доношења правноснажне судске одлуке). С обзиром на ово, ефикасним кривичним поступком може се сматрати само онај поступак у којем је у реално кратком временском интервалу од његовог покретања па до окончања, уз пуно поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и законита правноснажна судска одлука. О овоме види: Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, Деликти насиља, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 207-221.

[4] Види: Др Драго Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Зборник радова "Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета", Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187.; Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, Деликти насиља, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 207-221.

[5] Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег процесног кривичног законодавства, 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. 54.

2. Посматрано са аспекта конкретизације предуслова од којих, генерално посматрано, зависи успешност једног друштва у остваривању циљева криминалне политике, тј. политике сузбијања криминалитета можемо констатовати да се они манифестују на четири основна начина. То су: Прво, на нормативном плану јер кривично законодавство представља законску основу за изградњу оног дела криминалне политике који се реализује на репресивном плану. Као такви, конкретни закони да би били у функцији адекватне криминалне политике морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминалитета, да буду усклађени са нашом стварношћу и да буду применљиви. Једном речју морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођени нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно. Тј. да буду адекватни времену и простору на којем се примењују, јер добро је познато и неспорно да превентивна функција законске норме није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени за то прописани законски услови.[6] Друго, општи циљ политике сузбијања криминалитета – заштита друштва од криминалитета остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде адекватна и у складу са интенцијама законодавца, а не само да остане мртво слово на папиру. Треће, у спречавању злоупотребе права. И четврто, ефикасност овог вида борбе против криминалитета уопште а тиме и против његових тешких облика условљена је, у великој мери, и добром организацијом и функционисањем и координираним радом правосудних и других органа непосредно ангажованих на пољу борбе против криминалитета. Преко ова четири аспекта кривично законодавство уопште а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов незаобилазни део инкорпорирано је у политику сузбијања криминалитета и представља њену значајну компоненту у остваривању протективне функције.

3. Ако се прихвати основна хипотеза постављена у овом раду да позитивно кривичнопроцесно законодавство стоји у каузалном односу са степеном реализације политике сузбијања криминалитета, уопште а тиме и његових најтежих облика, односно да је само адекватно – савремено кривичнопроцесно законодавство, законодавство усклађено са нашом друштвеном стварношћу у функцији адекватне политике сузбијања криминалитета, и то посматрано са аспекта сва четири начина његове манифестације, онда се као неминовно намеће пре свега питање: Да ли је наше позитивно кривичнопроцесно законодавство, посматрано са аспекта свог садр-

[6] Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, Деликти насиља, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. год., стр. 207-221.

жаја, као и са аспекта његове примене, такво да одговара захтевима савремене борбе против криминалитета или не? Ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? У наставку рада покушаћемо да кроз конкретну и појединачну разраду сваког од четири могућа начина његове манифестације, дамо одговор на питања која по нама имају у овом периоду посебну тежину у остваривању протективне улоге кривичнопроцесног законодавства. Наравно, поред ових питања постоји и не мали број других питања о којима се у овоме контексту мора водити рачуна, а о којима на овоме месту, како због природе рада, тако и због тога што су нека од њих и предмет посебних реферата неће се говорити, али се и она морају узети у обзир.

Анализа предње наведених питања која се тичу оцене стања нашег позитивног кривичнопроцесног законодавства и његовог утицаја на успешност борбе против криминалитета, посматрано са нормативног аспекта, врши се на основу одредаба Законика о кривичном поступку Републике Србије од јуна месеца 2006. године,[7] а не на основу одредаба још увек (у време писања рада) важећег Законика из 2002. године.[8] Ово из разлога предвиђеног времена почетка примене овог новог законског текста (1. јуни 2007. године).

2. Законска норма као претпоставка успешне борбе против криминалитета

Полазећи од предње изнесене хипотезе у овоме раду, а то је да позитивно кривичнопроцесно законодавство, а то значи превасходно постојећи текст Законика о кривичном поступку стоји у каузалном односу са степеном реализације политике сузбијања криминалитета, односно са степеном реализације криминалне политике друштва уопште неминовно је на самом почетку поставити и питање: Да ли нови текст Законика о кривичном поступку, посматрано са аспекта свога садржаја, одговара савременим захтевима супротстављања криминалитету, односно да ли он као такав представља или не добру нормативну основу за ефикасну борбу против криминалитета уопште? Одговор на ово питање није лако дати, али управо у овоме времену он се мора дати. Ово пре свега због што је само неколико дана протекло од дана почетка примене новог Законика о кривичном поступку, услед чега нема било каквих искустава у његовој примени. Из овог разлога одговор на постављено питање може се дати само ценећи како нормативни квалитет овог законског текста тако и искуства у примени неких од његових нових института у компаративном кривичнопроцесном законодавству уопште. Односно, ценећи ставове кривичноправне науке уопште у

[7] "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).

вези са овим питањима. Полазећи од ових аспеката овог законског текста као прво поставља се питање да ли је овај законски текст одраз залагања у нашој кривичноправној науци и нашој пракси присутних у последње време, а пре свега након доношења сада већ бившег Законика о кривичном поступку из 2001. године. У вези са овим питањем ваља подсетити на две ствари. То су:

1. Према скоро јединственом мишљењу и теорије и праксе претходни Законик о кривичном поступку не само да је био добро примљен и у теорији и у пракси већ је и према схватању и једних и других представљао и једну добру нормативну основу за ефикасну борбу против криминалитета.[9] Истина, овакав један општи став није значио и негацију потребе одређених интервенција у овом законском тексту. Насупрот, у циљу стварања још потпуније нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка уопште, али да то не буде на уштрб међународним актима и националним законодавством већ загарантованих слобода и права грађана уопште, а у складу са решењима која су се дуги низ година показала ефикасним у савременом кривичнопроцесном законодавству и њиховој судској пракси, а тиме и у складу са тенденцијама савремене науке кривичног процесног права уопште чији су ставови инкорпорирани у не малом броју ових законодавства, било је неопходно, само путем одређених интервенција у овом законском тексту, окончати реформу нашег кривичнопроцесног законодавства која је започела доношењем истог. У томе циљу, и теорија и пракса су указивали на криминално-политичку оправданост, пре свега, следећих интервенција у овом законском тексту. То су:

1.1. Преиспитивање судског концепта истраге, и то са циљем увођења тужилачког, тужилачко-полицијског концепта истраге и у наше кривичнопроцесно законодавство;[10]

1.2. Проширивање функционалне надлежности судије појединца у прилог чега су говорили и говоре бројни разлози не само теоретске већ и практичне природе;[11]

---

[9] Види:Проф. др Момчило Грубач, Критика "Новог" Законика о кривичном поступку, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006., стр. 7; Проф. др Ђорђе Лазин, Заштита људских слобода и права према новом Законику о кривичном поступку, Примена Новог Законика о кривичном поступку; Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр. 31; Зборник "Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе", Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год.

[10] Види: Проф. др Станко Бејатовић, Тужилачки концепт истраге и нови Законик о кривичном поступку Републике Србије, Примена новог Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2006. год., стр, 51-76.

1.3. Преиспитивање одредаба Законика о поступцима за изрицање кривичних санкција без главног претреса, и то пре свега уз вези са поступком за кажњавање и изрицање условна осуде од страна истражног судије;

1.4. Преиспитивање одредаба о сведоку сараднику у оквиру којих је посебно апострофирано питање кривичне одговорности овог субјекта у случају када пред судом да исказ у складу са преузетим обавезама;[12]

1.5. Преиспитивање неких решења у вези са начелом опортунитета кривичног гоњења, и то пре свега по питању начина и обима контроле одлуке јавног тужиоца о одлагању кривичног гоњења;[13]

1.6. Озакоњење споразума о признању кривице, као једног од института повећања ефикасности кривичног поступка уопште;[14]

1.7. Јачање слобода права учесника кривичног поступка, и то превасходно на три начина. Прво, прецизнијим одређивањем појединих норми и услова за примену неких од мера и института; Друго, прецизнијим одређивањем појединих законских појмова и прописивањем прецизнијих услова за примену појединих мера и института; Треће, потпуним усклађивањем нашег кривичнопроцесног законодавства са

---

[11] Види: Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 168.

[12] Види: Проф. др Станко Бејатовић, Тужилачки концепт истраге и нови Законик о кривичном поступку Републике Србије, Примена новог Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2006. год., стр, 51-76.

[12] Види:Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 168; Проф. др Милан Шкулић, Нацрт Закона о државним органима у поступку за кривична дела организованог криминала, Ново кривично законодавство Србије, Српско удружење за кривично право, Београд, 2005. год., стр.. 239 - 250.

[13] Мр Јасмина Киурски, Начело опортунитета (оправданост и сврха), Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год., стр. 577-594.

[14] Види: Др Данило Николић, Споразум о признању кривице у Законику о кривичном поступку Републике Србије као супституту суђења, Примена новог Законика о кривичном поступку Србије, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр. 95-114.

ратификованим међународним правним актима и другим општеприхваћеним правним стандардима по питању људских слобода и права;[15]

1.8. Ефикаснијег система правних, и то у све с циљем да новелирани систем правних лекова треба да задовољи два дијаметрално супротна друштвена интереса. Императив да се правним леком омогући исправљање судске одлуке и тиме осигура законитост, и захтев да се обезбеди правна сигурност човека свођењем на разумно време неизвесности окривљеног у погледу права државе на кажњавање (*ius puniendi*);[16]

1.9. Предвиђање притвора (посматрано у његовом класичном смислу) само као изузетне мере за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку;[17]

1.10. Усклађивање кривичнопроцесног законодавства са Кривичним закоником и другим позитивним правним актима Републике Србије[18]

2. Међутим, уместо свега овога приступило се доношењу новог Законика о кривичном поступку, и исти је у изузетно кратком, за законски текст овог карактера незабележено кратком, временском интервалу усвојен. И поред тога што је овај законски текст донео одређени број новина ипак се он не може сматрати законским текстом који на сасвим другачији начин у односу на његов претходник регулише ову материју. Пре би се могло рећи да се ради о неадекватно извршеним изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2001. године. С обзиром на ово, поставља се питање: Да ли су доношењем новог Законика о кривичном поступку из 2006. године остварени предње изнесену захтеви наше кривичноправне теорије и праксе. Ценећи према радовима публикованим у вези са овом питањем и преовлађујућим ставовима наше

[15] О томе види опширније: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год.

[16] Види:Проф. др Војислав Ђурђић, Систем правних лекова и државна заједница Србија и Црна Гора...; Др Горан Илић, Жалба против првостепене кривичне пресуде –осврт на нова законска решења, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006. стр. 117-128.

[17] Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег процесног кривичног законодавства..., стр,. 77-78.

[18] О томе види: Проф. др Момчило Грубач, Постоје ли услови за примену новог Законика о кривичном поступку?, Примена новог Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр, 5-28.; Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег процесног кривичног законодавства, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005., стг. 41-84.

стручне јавности чини се у не малом степену не.[19] Односно, тачније речено, нови Законик о кривичном поступку, начелно посматрано, донео је одређени број значајних и корисних новина. Међутим, њихова нормативна разрада није на жељеном нивоу. Нови Законик о кривичном поступку посматрано са аспекта његове норме карактеришу бројни нормативни, правно-технички и суштински недостаци. Бројни су примери за такву једну констатацију. Но, имајући у виду чињеницу да је у вези са овим написано релативно доста радова и да је у истим указано на скоро све недостатке овог законског текста на овоме месту,[20] само илустрације ради, указујемо на неке од њих. Тако нпр.

2.1. Једно од првих питања које је у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка требало да буде узето у обзир у раду на овом законском тексту јесте питање концепта истраге која је у нашем позитивном кривичнопроцесном законодавству била искључиво судска.[21] Неопходност промене овако датог концепта истраге, и то са циљем преласка са судског на тужилачки или тужилачко-полицијски јавља се из више разлога криминално-политичког карактера.[22] И управо, имајући у види ове разлога 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 су последњих година углавном заступани како у нашој теорији тако и у пракси.[23] Међутим, у вези са новоусвојеним концептом истраге мора се поставити питање: Да ли су решења дата у Законику у сагласности са општеприхваћеним начелима овог концепта истраге, а тиме и у сагласности са општеприхваћеним правним стандардима у овој области

[19] О томе види: Зборник "Примена новог Законика о кривичном поступку Србије", Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год.

[20] О томе види: Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006 (у целости посвећен овој проблематици); Зборник: Примена новог Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2006. год.

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

[22] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић, Тужилачко-полицијски концепт истраге и ефикасност кривичног поступка с посебним освртом на кривичнопроцесно законодавство Србије, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 3/2006., стр. 95-104.

[23] О овоме види: 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., стр. 48.; Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Правни информатор, бр. 11/2005., стр. 76-77.

уопште? Наш је утисак да не, јер предложена решења имају не мали број недостатака и суштинске и правнотехничке природе.[24] Са таквим својим недостацима ове норме 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 субјеката истраге, а на тај начин и искључења 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 водило рачуна ни о другим претпоставкама успешног функционисања оваквог једног концепта истраге. Реч је о организационој, кадровској и техничкој спремности јавног тужилаштва за преузимање оваквог једног концепта истраге. С обзиром на ово, за очекивати је не мали број проблема у практичном функционисању новоусвојеног концепта истраге.

2.2. Једно од питања које спада, начелно посматрано, у категорију решења која су за поздравити у Законику а које би требало да буде у функцији ефикасности кривичног поступка јесте и споразум о признању кривице. Ово, само под условом да је нормиран на адекватан начин. Као што смо то истицали у нашим ранијим радовима озакоњење овог института се јавља оправданим не само зато што је исти присутан у не малом броју компаративних кривичнопроцесних законодавстава већ пре свега због тога што је у својој практичној примени показао релативно добре резултате и што као такав представља један од инструмената поједностављења и убрзања поступка, а тиме и један од инструмената стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка уопште. Ово свакако, само под условом да је нормиран на начин који је у функцији остваривања ових циљева.[25] С обзиром на ово, поставља се питање да ли су усвојена решења у функцији остваривања овако постављених циљева. чини да не у целости. Илустрације ради наводимо само три примера. Прво, није на одговарајући начин решено питање могућности и основа употребе правног лека у оваквом једном поступку. Решење дато у чл. 305. ст. 1. тач. 4 Законика по којем се странке у случају споразума о признању кривице аутоматски морају одрећи права на жалбу није адекватно. Ово из разлога што таква једна одредба значи одрицање од права на жалбу по свим основама, а не само по основама који су

[24] О томе детаљније види: Проф. др Војислав Ђурђић, Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законику о кривичном поступку, Примена новог Законика о кривичном поступку Србије, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007. год., стр. 77-94; Проф. др Станко Бејатовић, Тужилачки концепт истраге и нови Законик о кривичном поступку Републике Србије....., стр. 51-76.

[25] Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег процесног кривичног законодавства..., стр. 27.

обухваћени споразумом, што је у најмању руку доста дискутабилно. Друго, потпуно је нејасна и у супротности са другим одредбама које се тичу овог института одредба ст. 5. чл. 304. у којој се каже да се "Окривљени и његов бранилац могу у приговору против оптужнице позвати на закључени споразум о признању кривице". Треће, није на одговарајући начин решено ни питање улоге оштећеног лица у поступку преговарања о признавању кривице, а што је морало да се уради.[26]

У контексту овог института пажњу заслужује још једна новина у Законику. Реч је о поступку посредовања ради постизања поравнања између окривљеног и оштећеног (чл. 475-478. Законика). Не улазећи у коментар појединих од ових одредаба мада би се и ту могло доста тога да каже наше је мишљење да нема никаквог оправдања за предвиђање оваквог једног поступка. Ово не само из разлога што он није у складу са природом кривичних дела, већ превасходно из разлога што се циљ који се жели постићи истим постиже одлагањем кривичног гоњења од стране јавног тужиоца у смислу одредбе чл. 268. Законика.[27]

2.3. Слично поступку посредовања ради постизања признања између окривљеног и оштећеног чини се да није било никаквих оправданих разлога ни за озакоњењем још једног (трећег) поступка за изрицање кривичних санкција пре главног претреса. Реч је о убрзаном поступку (чл. 469- 474. Законика). Не само да је овај поступак непотребан већ је непотребан и други поступак ове врсте. Реч је о поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. И уместо да се, као што смо се још раније залагали, ишло на укидање овог поступка, дошло је до озакоњења још једног сличног. Озакоњењем овог поступка не постиже се ништа што се већ не може постићи адекватном применом првонаведеног и чини се једино оправданог поступка изрицања кривичних санкција без главног претреса. Једино што је требало у овом поступку мењати јесте даљње проширење могућности кажњавања без главног претреса.[28] Ако се предње изнесеном дода и такође неспорна чињеница да има доста контрадикторности и у извршеном нормирању овог поступка као у осталом и нормирању поступка за кажњавање и изрицање условне

[26] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци..., стр, 57.

[27] У вези са овом одредбом за поздравити је изостављање сагласности суда као једног од, по раније важећем ЗКП – чл. 236. ст. 1., обавезних предуслова могућности одлагања кривичног гоњења од стране јавног тужиоца.

[28] О овоме види: Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр. 145-155.

осуде од стране истражног судије[29] онда изнесени приговор још више добија на значају. На крају у вези са овим поступком додајмо и то да с обзиром на његову архитектонику није уопште јасно у чему се огледа његово убрзање у односу на поступак који треба да замени. С обзиром на све ово оправдано се може претпоставити да ће и овај поступак, као што је то случај и са поступком за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије остати само мртво слово на папиру, а за тако нечим нема никакве потребе. Законик треба да садржи само оно што је животно и криминално-политички оправдано, а што по нашем мишљењу није случај са овако нормираним поступком.

2.4. Ценећи образложење Предлога Законика одредба чл. 205. ст. 3. истог треба да допринесе ефикасности кривичног поступка. Ово из разлога што се истом ствара могућност потпуног препуштања записничару да сам, тј. без гласног диктирања лица које радњу предузима, саставља записник. Имајући у виду садржину записника (чл. 206. Законика) неспорно је да је за његово састављање у духу Законика потребан не само висок степен писмености већ и правно знање, које сасвим нормално не могу да имају записничари услед чега записничар није у могућности да саставља исти на законом прописани начин. Уз то, ако се имају у виду и предвиђени механизми контроле тако састављеног записника (чл. 208. ст. 1. Законика) онда је неспорно да све то скупа не само да није у функцији ефикасности већ је у функцији неефикасности кривичног поступка и то како са аспекта квалитета његовог садржаја тако и са аспекта времена његовог дефинитивног састављања. С обзиром на значај записника као посебне исправе у кривичном поступку овако нешто нема оправдања[30].

2.5. Једно од питања чије решавање у Законику, посматрано начелно, треба поздравити јесу питања везана за процесну заштиту сведока. Начин решавања ових питања у великом степену је у сагласности са нашим ранијим залагањима у вези са овом проблематиком.[31] Међутим, и у регулисању ове проблематике присути су одређени недостаци и недореченост. Тако нпр. није решено питање функционалне надлежности за доношење одлуке о додели статуса заштићеног сведока. Затим, није јасно у којој фази поступка може да се стекне овај статус. Или, у чл. 119. ст. 6. се каже "Окривљеном и његовом браниоцу се у поступку мора дати могућност да оспоре оправданост мере из члана 117. став 3. овог законика". Питање је: Како, на који начин? Ако оваква једна формулација

[29] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и нека питања нашег процесног кривичног законодавства..., стр. 56.

[30] Слично и Проф. др Момчило Грубач, Критика "Новог" Законика о кривичном поступку.., стр. 8.

[31] Види: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције..., стр. 56-57

значи путем жалбе која би се улагала по општим одредбама Законика (а што изгледа једино логично) зашто то није изричито прописано. На крају, у прилог доказа непрецизности и недореченост и ових одредаба наводимо чл. 122. Законика. У истом је прописано да се "Одредбе чланова 117. до 121. сходно примењују и на осумњиченог, окривљеног и оштећеног који је истовремено и сведок у кривичном поступку". Из овакве садржине ове одредбе произилази да осумњичени и окривљени могу да буду истовремено не само заштићени сведоци већ и сведоци уопште, а што је неспојиво.

2.6. Као што је то већ истакнуто у нормирању мера којима се ствара нормативна основа за повећање ефикасности кривичног поступка мора се водити рачуна о томе да то не иде на уштрб међународним актима и домаћим законодавством загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка. Два су веома битна разлога услед којих се мора водити рачуна о оваквом једном ставу. Они су садржани прво у општим тенденцијама данашње кривичноправне науке уопште којих се морамо придржавати. Друго, након прихватања Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода право је сваког грађанина да, под одређеним условима, заштиту својих права затражи и пред Европским судом за људска права, што се посебно мора имати у виду код овог Законика с обзиром на предмет његовог регулисања. Имајући све ово у виду и овде се мора поставити питање : Да ли је и у којој мери испоштован и овај захтев у усвојеном тексту Законика? Одговор и на ово питање је сличан одговору на претходно постављена питања. Више је решења која илуструју овакву једну констатацију. Тако нпр. питање је колико је у складу са одређеним људским правима учесника кривичног поступка уопште и не мали број предложених одредаба о, чини се прераној, употреби интернета и других техничких средстава у кривичном поступку. Случај нпр. са истицањем позива, судских одлука и др. на судском сајту (чл. 194. ст. 3. Законика), позивањем учесника поступка одређеним техничким начинима - СМС порукама (чл. 200. ст. 2. Законика) и сл. Даље, са аспекта општеприхваћених правних стандарда и општепризнатих права појединих учесника кривичног поступка дискутабилне су и одредбе којима се предвиђа обавеза окривљеног, браниоца, оштећеног и његовог пуномоћника предлагања доказа чим за њих сазнају као и могућност њиховог кажњавања због неиспуњење такве једне обавезе (чл. 277. ст. 2 и 3. Законика, чл. 344. ст. 2 и 3. Законика, чл. 405. ст. 2. Законика). Или, посматрано са аспекта његовог процесног положаја у кривичном поступку уопште изузетно је дискутабилна и одредба чл. 388. ст. 4. Законика којом је предвиђено да је " Јавни тужилац дужан да изјави жалбу ако је суд донео ослобађајућу пресуду". Даље, одредбом чл. 390. ст. 2. Законика на основу које суд аутоматски жалбу одбацује ако она не садржи податке предвиђене у ст. 1. овог члана положај

окривљеног се у не малом степену погоршава. Слично је и са одредбом ст. 3. овог члана којом се прописује када суд не разматра у жалби предложене нове чињенице и нове доказе.

2.7. Према чл. 42. ст. 2. Законика у случају "Ако се тражи изузеће само председника суда, или председника суда и судије или судије поротника, одлуку о изузећу доноси заменик председника суда. "Имајући у виду задатак установе изузећа одлучивање о истом може да буде само у функционалној надлежности органа који ни на коју начин није у потчињеном положају у односу на лице чије се изузеће тражи. Да ли је то у овоме случају испоштовано није потребно посебно доказивати. Исто тако нема потребе доказивати и несагласност оваквог једног предлога са општеприхваћеним правним стандардима по овом питању. Овоме додајмо и то да ово није једина одредба везана за проблематику изузеће која се са пуно оправдања може ставити под знак питања. Тако нпр. у чл. 39. тач. 3. Законика разлозима за обавезно изузеће судије или судије поротника додаје се и " кумство судије са окривљеним или оштећеним, односно тужиоцем и другим субјектима". Разлог за овакво нешто, по мишљењу предлагача, је садржан у чињеници да "кумство у Србији има традиционално велики значај". Традиционално велики значај кумства није споран, али, постоје и неки други односи између наведених субјеката који у такође великом степену могу да изазову сумњу у непристрасност судије односно судије поротника, па се они, сасвим оправдано, појединачно не наводе. Нема никакве потребе да се појединачно наводе сви могући случајеви изузећа. У осталом они су обухваћени су тач. 7. чл. 39. Законика.[32]

2.8. Једна од значајнијих новина коју доноси Законик јесте и поприлично широка употреба техничких средстава у кривичном, и не само у кривичном поступку. Тако нпр. у чл. 255. ст. 3. Законика предвиђено је да "спровођење појединих радњи полиција може да забележи и уређајем за звучно и видео снимање. " Или, у чл. 258. ст. 5. Законика прописана је обавеза бележења целог тока саслушања сведока од стране полиције, којем није присуствовао јавни тужилац, уређајем за звучно и видео снимање". Затим, чл. 97. ст. 2. Законика предвиђа могућност звучног и видео снимања тока суочавања окривљеног са другим лицима, односно, чл. 98. ст. 2. Законика уводи као правило, а не само као могућност, звучно и видео снимање тока препознавања предмета од стране окривљеног лица. Даље, у чл. 168. ст. 9. Законика предвиђена је могућност примене "мере

[32] Ово није једина одредба оваквог карактера. Сличан приступ је присутан и код неких других предложених одредаба. Случај нпр. са чл. 100. Законика у којем је сасвим непотребно посебно истакнут само један случај лажног признања ("односно ако постоји основана сумња да је признање дато ради прикривања других учинилаца или других кривичних дела").

електронског надзора окривљеног у циљу контролисања поштовања ограничења која су окривљеном одређена". Или, у чл. 194. ст. 3. Законика предвиђена је могућност истицања позива, одлуке или жалбе на судском сајту. Овоме набрајању додајмо и одредбу чл. 200. Законика која чак шта више предвиђа и могућност позивања учесника у поступку и СМС порукама. Ценећи текст образложења Предлога Законика овакве једне мере су како у функцији ефикасности кривичног поступка тако и у функцији повећане заштите слобода и права лица према којима се примењују. Да ли је то тако? Наше је мишљење да не. Односно, да постоје бројни разлози који говоре против оправданости оваквих решења. Међу њима посебно се истичу следећи: Прво, није тачно да практична реализација оваквих једних мера "није скупо решење ... због тога што је сваким даном техника све јевтинија и јевтинија". И ако се пође од ове чињенице као тачне, а она је релативна посебно у ситуацијама када још увек многе наше установе које делују на пољу борбе против криминалитета немају ни компјутерску опрему, камере нису једино што треба обезбедити за правилну примену ових мера. Шта је са особљем које треба да рукује са том техником, као и са другим трошковима који прате практичну реализацију тих мера (преписивање, снимање, чување материјала и сл). Друго, чему овако широка примена ових мера. Зашто нпр. снимати поступак суочења или препознавања предмета и лица од стране окривљеног? Зашто примена електронског надзора ради контроле поштовања ограничења која су окривљеном одређена. Зар не би било много корисније, ефикасније и у сагласности са општеприхваћеним правним стандардима по овим питањима предвидети мере за адекватнију примену јемства у кривичном поступку?[33] Треће, оправдано се може поставити и питање колико су неке од ових мера у сагласности са општеприхваћеним правима човека на његов физички и психички интегритет и људско достојанство (што се посебно односи на меру електронског надзора). Четврто, питање начина контроле практичне реализације неких од ових мера, а што се посебно мора имати у виду код оних мера које могу да доведу до значајних последица у односу на лице према којем су примењене у случају да оно не поступи по истим (случај пре свега са позивањем учесника кривичног поступка СМС порукама) и сл. Једном речју, наше је мишљење да са применом технике у кривичном поступку не треба претеривати. Примена технике у кривичном поступку треба да буде како у складу са природом тог поступка тако и са економским могућностима конкретне државе односно и у складу са

[33] О томе види: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције..., стр. 47.

општепризнатим правима човека на његов психички и физичким интегритет и људско достојанство. [34]

2.9. Један од задатака који је морао да буде остварен доношењем новог Законика о кривичном поступку јесте и његово потпуно усаглашавање са међународним правним актима који су у међувремену прихваћени од стране наше државе, а што се пре свега односи на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода која је у међувремену ратификована и од стране наше земље [35] као и његово усаглашавање са новим Кривичним закоником Републике Србије [36] и другим националним законодавством донесеним после Усвајања Законика о кривично поступку 2001. године. Није мали број питања које би у циљу остваривања овог задатака требало разрадити у том новом тексту Законика о кривичном поступку. Тако нпр. посматрано само са аспекта његовог усаглашавања са новим Кривичним закоником постоји не мали број питања која су морала да претрпе измене у односу на до тада важећа решења у ЗКП. Међу њима посебну пажњу заслужују питања која се јављају као последица новог дефинисања појма кривичног дела, дефинисања продуженог кривичног дела, извршених промена код мере безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи, прихватања рехабилитације уместо брисања осуде, условног отпуста као судске установе и јавног објављивања пресуде као мере безбедности.[37] Детаљном анализом Законика може се закључити да ни овај задатак није остварен у потребном обиму. Као илустрацију овакве констатације наводимо само неколико примера. Тако. нпр. у чл. 20. Законика дат је појам кривичног дела који није у складу са његовим појмом из чл. 22. Кривичног законика Републике Србије. У вези са овим довољно је истаћи само чињеницу да се одредбама процесног закона не може да мења појам одређен Кривичним закоником. Уз то, за тако нечим нема ни неке реалне потребе. Даље, и поред тога што ЗКП није могуће прописивање појавних облика кривичних дела, то се ипак чини. (Случај нпр. са кривичним делом серијског силовања из чл. 146. ст. 1. тач. 4. Законика). А ако се овоме дода и потпуна непрецизност тако предвиђених појавних облике онда проблем постаје још већи. Или, Законик, односно његово поглавље XXXVI, почевши од назива па до појединачних решења, није усаглашен ни са

[34] Слично и Проф. др Момчило Грубач, Критика "Новог"Законика о кривичном поступку..., стр. 8.

[35] Види: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005. год.

[36] "Сл. гласник РС", бр. 85/05, 88/05 и 107/05.

[37] Опширније о томе види: Проф. др Момчило Грубач, Усаглашавање Законика о кривичном поступку са новим Кривичним закоником - још један необављен посао, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2006. стр. 29-43.

Одредбама Кривичног Законика које се односе на рехабилитацију, уместо брисања осуде и сл. Предње изнесеном додајмо и чињеницу да одредба чл. 550. Законика није у складу са новоусвојеним Законом о рехабилитацији[38] будући да и даље искључује могућност понављања кривичног поступка и накнаде штете због неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе лицима која су осуђена пре 1. јануара 1954. године, односно њиховим наследницима. Доношењем Закона о рехабилитацији одредба чл. 573. ранијег ЗКП није могла бити преузета у нови Законик. Као таква она је морала бити изостављена.

2.10. Поред предње изнесених, изузетно је дискутабилан је и не мали број других одредаба Законика, и то како због своје садржине тако и због бројних правнотехничких недостатака. Међу одредбама овог карактера, због ограниченог обима рада, наводимо само следеће:

1) Једна од значајнијих особености Законика дата је у његовом чл. 3. и према истом предвиђене су санкције за физичка и правна лица за кршење претпоставке невиности. Наиме, према ст. 3 - 5. овог члана истражни судија, односно председник суда (у зависности од фазе поступка) су дужни да по службеној дужности или на предлог одређених учесника поступка лицу које крши претпоставку невиности изрекну јавну опомену која се објављује у средствима јавног информисања, односно новчану казну која се вишеструко увећава за сваки нови прекршај, и то за физичка лица од 150. 000 до 450. 000 динара а за правна лица од 1. 500. 000 до 4. 500. 000 динара. Овако предложене одредбе су вишеструко спорне. Нпр. није јасно о каквој врсти казненог дела се ради, а у зависности одговора на то питање мора да буде зависна и висина прописане новчане казне што сада није случај. Или, спорна је и функционална надлежност за изрицање ових казни, и то посебно за председника суда као несудског органа. Затим, недопустиво је изостављање поступка изрицања ових казни, као и функционална надлежност за одлучивање о евентуалним жалбама против решења о кажњавању. Исто тако, мора се поставити и питање могућности изрицања овако предвиђених санкција изван кривичног поступка и према лицима која са кривичним поступком нису нпр. ни у каквој вези и сл.[39]

2) Међу одредбе о јавном тужиоцу које сасвим оправдано подлежу критици су и чл. 228. ст. 1. и чл. 388. ст. 4. Законика. чл. 228. ст. 1. Законика по питању сношења трошкова у кривичном поступку јавни тужилац је изједначен са приватним тужиоцем и оштећеним као

[38] "Сл. гласник РС", бр. 33/06

[39] О томе детаљније види: Проф. др Момчило Грубач, Презумпција невиности као претпоставка права на правично суђење у одлукама Европског суда за људска права, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2007., стр. 3-19; Проф. др Ђорђе Лазин, Заштита људских слобода и права према новом Законику о кривичном поступку... стр. 36.

тужиоцем. Наиме, овом одредбом је предвиђено да у случају обуставе кривичног поступка, доношења ослобађајуће или одбијајуће пресуде код кривичних дела која се гони по службеној дужности трошкови поступка падају на терет буџетских средстава јавног тужиоца. Оправдање за тако нешто, по ставу предлагача, је чињеница да се у таквом случају "ради о неуспешности његовог тужбеног захтева". Оваква једна одредба је неприхватљива из више разлога. Прво, није у складу са процесним положајем јавног тужиоца као посебног, и по низу својих особености изузетно специфичног државног органа. Друго, јавни тужилац нема својих посебних буџетских средстава. Треће, оваква једна одредба и када не би било предње наведених сметњи, би, нема сумње, негативно утицала на практичну реализацију основне функције јавног тужиоца, а то је кривично гоњење учинилаца кривичних дела која се гоне по службеној дужности.

Чл. 388. ст. 4. Законика прописана је обавеза јавног тужиоца да изјаву жалбу ако је суд донео ослобађајућу пресуду. Поред његове непрецизности предлог је неприхватљив и због своје несагласности како са неким од неспорних дужности јавног тужиоца тако и са циљем и начином његовог поступања у кривичном поступку уопште. Подсећања ради истичемо опште познате и неспорне чињенице а то су да је, поред осталог, дужност јавног тужиоца и заштита законитости и објективно поступање а циљ његовог деловања у кривичном поступку постизање законите а не по сваку цену пресуде на штету окривљеног лица. У осталом, као последица овог предвиђена је, сасвим оправдано, и могућност јавног тужиоца да уложи правни лек и у корист окривљеног лица (чл. 388. ст. 3. Законика). На крају, али не као још и једино, истакнимо и чињеницу да овако нешто није у складу ни са једним од основних особености кривичнопроцесне странке уопште у вези са правним леком, а то је да она има право али не и обавезу улагања правног лека.

3) Једно од основних начела кривичног процесног права јесте и начело непосредности. С обзиром на његов значај у кривичном поступку уопште, одступања од њега морају да буду само изузетна.[40] Међутим, за разлику од овог општеприхваћеног правног стандарда Законика прави, на разноразне начине, неоправдан број одступања од овог начела. Тако нпр.

[40] О томе види: Lutz Mezer-Gossner, Strafprozessordnung, 46. Auflage, Berlag C. H. Beck, Munchen, 2003., seit. 591.; Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично прави и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 168.; др Ђорђе Лазин, Основна начела (опште одредбе и њихова конкретна разрада) у Законику о кривичном поступку, Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2002. год., стр. 175.

чл. 376. ст. 1. Законика на недопустиво другачији начин регулише питање доказа на којима се заснива пресуда. Наиме за разлику од чл. 352. ст. 1. ранијег Законика о кривичном поступку који прописује да "Суд заснива пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу" чл. 376. ст. 1. Законика овоме додаје "или су садржани у записницима, односно другим материјалима, који су у складу са овим законником, на главном претресу прочитани, односно на одговарајући начин изнесени". Сходно овоме, јасно је да Законик дозвољава могућност заснивања пресуде и на било којим доказима које су нпр. у истрази прибавили јавни тужилац и органи унутрашњих послова, што нема оправдања. Проблем постаје још већи ако се констатује да ово није једино, по нама, неоправдано одступање од начела непосредности. Слично је нпр. и са чл. 355. ст. 6. Законика[41] и сл.[42]

2.11. Предње изнесеном додајмо и изузетно велики број контрадикторности, нејасноћа, неспретних формулација, вишеструких понављања једног те истог и других правнотехничких недостатака текста Законика (случај нпр. са чл. 5, 62, 64, 74, 118, 121, 298, 376, 380, 408, 413, 430 и др.)[43]

* * *

На крају рада, уместо закључка, износимо свој лични став у вези са основним питањем овог рада, а то је: Да ли је наше позитивно кривично-процесно законодавство, посматрано са аспекта свог садржаја и са аспекта његове примене, такво да одговара захтевима савремене борбе против криминалитета или не, а ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? Одговор на ово питање није лако дати, али се он управо у ово време мора дати. Ово пре свега због тога што се налазимо на самом почетку примене новог Законика о кривичном поступку као једног од главних инструмената успешности борбе против криминалитета. Према нашем мишљењу једно реално гледање на ову проблематику, говори да је Законик, начелно посматрано, донео одређени број новина које су у функцији ефикасности борбе против криминалитета. (Случај нпр. са променом концепта истраге, споразумом о признању кривице и сл.). Но, оваква једна констатација само је начелно тачна. Не мали број норми

[41] У вези са овим изузецима види чл. 6. ст. 3. тач. д. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.

[42] Види: Проф. др Момчило Грубач, Критика "Новог" Законика о кривичном поступку..., стр. 16; Проф. др Станко Бејатовић, Предлог Законика о кривичном поступку у и општеприхваћени правни стандарди..., стр. 58.

[43] О томе детаљније види тематски број часописа " Ревија за криминологију и кривично право", бр. 2/ 2006.

новог Законика о кривичном поступку, укључујући ту и норме које се односе на те нове, начелно посматрано, сасвим оправдане институте, је разрађен тако да не може да издржи ни најблажу критику. Као што је то констатовано у највећем броју стручних радова и на стручним скуповима одржаним по овом питању након усвајања новог текста Законика[44], законски текст карактерише не мали број недостатака како суштинске тако и правнотехничке природе. Ако се овоме дода такође неспорна чињеница и његове неусаглашености са новим КЗ и новим Уставом, као и чињеница непостојања још увек ни кадровских ни економских поред услова за његову примену онда проблем постаје још већи. Већина недостатака овог законског текста су последица, пре свега незабележене брзине у изради оваквог једног законског текста, и као такве изазваће, нема сумње, низ проблема у својој практичној примени. Чини се да је овога свестан и сам предлагач, па је приступио раду на изради Закона о изменама и допунама Законика и знатно пре почетка његове примене. Сама та чињеница за себе говори довољно. Због свега овога остаје само нада да ће предстојећи рад на доношењу Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку отклонити већ поодавно уочене недостатке, пропусте, нелогичности и контра-дикторности, и на тај начин допринети да овај законски текст у времену које ће следити након тога буде у пуној функцији ефикасности кривичног поступка посматраној са аспекта његове две компоненте (брзина и законитост решења кривичне ствари уз пуно поштовање националним и међународним актима загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка), што тренутно није случај. Само са оваквим једним радом на изменама постојећег текста ЗКП, радом чије обележје и поред његове неопходности не би смела да буде брзина као у претходном случају, била би успешно приведена крају реформа нашег кривичнопроцесног законодавства започета доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године, Законика који је за разлику од овог законског текста био сасвим оправдано добро прихваћен и од стране теорије и праксе. До тада, као што је то истицано у више наврата, биће доста проблема у примени новог, већ сада позитивног Законика о кривичном поступку из 2006. године.

[44] О томе види зборник "Примена новог Законика о кривичном поступку", Удружење за кривично право Србије, Копаоник, 2007. год.

Prof. Dr. Stanko Bejatovic,
a full-time professor

CRIMINAL / PROCEEDINGS LEGISLATURE AS A CONDITION OF SUCCESSFUL FIGHT AGAINST CRIMINALITY

In this paper the author has analyzed the impact of the Criminal Procedure Legislation on efficacy in combating criminality. After the general remarks on Criminal Procedure Legislation and its impact on efficacy in combating criminality, the author analyses certain questions of this relation. From the aspect of actuality and scope of studying, four groups of questions deserve special attention in this section of paper. These are: First, legal norm as presupposition of successful fight against criminality within which the author analyses set of clauses of actual text of the Code of Criminal Pocedure and their impact on efficiency in combating criminality in general. The second group of questions is dedicated to problems of law malpractice as well as its impact on the results of combating criminality. Last but one, third group of questions of this nature is dedicated to the ways and scopes of implementation of the Criminal Procedural Legislation as the factor of efficiency in fight against criminality in general. The last, fourth group of questions of this part of the paper is dedicated to the role of organization and functioning of judical and other organs in successful fighting against criminality. At the end of this paper the author gives his concluding remarks and summarizes the results he gathered in studying the questions of impact of our positive Criminal Procedure Legislation on efficiency in fighting against criminality, viewed from the normative aspect point of view.

Др Бранислав Симоновић,
редовни професор

UDK: 351.74/.75

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗА РАД ПОЛИЦИЈЕ У ВИШЕНАЦИОНАЛНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Савремени концепт рада полиције у заједници (community policing) даје шансу унапређењу и хуманизацији полицијског рада у вишенационалним и вишерелигијским заједницама. Филозофија community policing отвара врата новим решењима која унапређују не само полицијску делатност већ и доприносе унапређењу и хуманизацији читавог друштва. Као што је већ примећено, нове иницијативе и промене доводе до фундаменталних промена у култури полиције – од моно-културне ка мултикултурној организацији, утичући на све аспекте реформе полиције, укључујући и професионализацију полиције и оријентацију ка пружању јавног сервиса.[1]

Голдштаин је истицао да community policing концепт укључује под свој „кишобран“ више интегрисаних стратегија.[2] У последње време „под тај кишобран“ се укључују и посебне полицијске стратегије које имају задатак да унапреде рад полиције у вишенационалним заједницама. Због тога се на основама примера позитивне праксе, у Европи покушавају формирати међународни стандарди за рад полиције у мултиетничкој заједници. Они се темеље на основама међународних конвенција које регулишу људска права. С обзиром на сложеност и специфичност проблематике приступа се усвајању међународних докумената и препорука које специјално третирају увођење стандарда за рад полиције у мултиетничким заједницама. Сматрамо да треба посебно приказати «*Ротердамску повељу*», као један од првих докумената и документ под називом «Препоруке за рад полиције у мултиетничким заједницама» као један од новијих.

а) «*Ротердамска повеља*» (***The Rotterdam Charter)*** је документ усвојен на међународној конференцији под називом «Полицијски рад у

1 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

2 Herman Goldstein, Toward Community-oriented policing, Potencial, Basis Requirement and Threshold Questions, in: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, Waveland Press, 2000. ISBN 1-57766-155-9.

мултиетничкој заједници» одржаној у Ротердаму (Холандија) у периоду мај-јуни 1996.

Основни циљ повеље је идентификовање различитих активности, пре свега организационих, које је неопходно спровести како би се унапредила полицијска служба у вишенационалним заједницама. Између осталог то подразумева једнако поступање полиције према свима и предузимање акција на сузбијању расистичког и ксенофобичног насиља. Ротердамска повеља указује на потребу развијања партнерства између полиције, невладиних организација и локалне власти. Најважнији циљ документа је установљавање механизама помагања полицијама широм Европе како би се пронашли прави одговори на позитиван и проактиван начин у односу на етничке разноликости. Повеља поставља принципе на којима се треба заснивати одговор на проблеме, заједно са целовитом акцијом која је усмерена на имплементирање принципа у реалност (праксу). Ротердамска повеља обухвата пет области:

1) Регрутовање и останак у служби:

У циљу регрутовања у полицију грађана из мањинске етничке популације, од суштинске је важности развијати добре релације са мањинама и формирати позитивну слику о полицији. Грађани из свих етничких група треба да буду подстицани да се запошљавају у полицију независно од етничког порекла.

Постављени циљ запошљавања више полицајаца из мањинских етничких група има за последицу и промену политике регрутовања у полицију у целини. Позитивни ставови усмерени ка културном плурализму морају бити придодати као генерални захтев при регрутовању сваког полицајца. Прихватање етничке разноликости подразумева и одбацивање сваке форме расизма, предрасуда и расно мотивисаног понашања полицајаца као професионалаца.

Повеља наглашава да је важно не умањивати стандарде приликом регрутовања грађана из мањинских етничких заједница. Снижавање стандарда при запошљавању имало би вишеструко негативне последице по мањинске припаднике запослене у полицији. На другој страни, поставља се као неопходна промена стандарда. Захтеви при запошљавању и тестови (језик, психолошки тестови, порекло) морали би да буду евалуирани на основама културне специфичности у циљу гарантовања једнаких шанси. Генерално посматрано, закључује се по овом питању у повељи, биће неопходно редефинисати профил полицајца за 21. век.

Пред тога, повеља сугерира установљавање јасних жалбених поступака. Полиција мора да има процедуре поступања у случајевима притужби на етничку (расну) дискриминацију или злостављање од стране колега полицајаца. Јасне процедуре улагања притужби за дисциплинске прекршаје веома су значајне за општу јавност и мањине посебно.

Супротстављајући се расизму у својим редовима, полиција ће подићи свој кредибилитет у очима друштва.

2) Обука полицајаца

Полицајци треба да буду научени да прихвате потребу промене монокултурног карактера полиције у мултикултурну на свим нивоима организације. Обука може бити ефикасно средство у прихватању ставова о полицији као организацији која може да допринесе кохезији друштва. Изградња ставова код полицајаца у том правцу је од круцијалног значаја за усмеравање процеса промена. Због тога и програми за обуку полицајаца у оквиру полицијског образовног система морају да прихвате нове принципе и промене. Промене полицијске организације од монокултурне ка вишекултурној није само у сфери одговорности оперативног дела полицијске организације.

3) Имплементирање анти-дискриминационог права:

Антидискриминациона легислатива је важно оруђе за обезбеђивање једнаког третмана и сигурног окружења етничких мањина. Међутим, у повељи се истиче, да чак и у оним државама које имају екстензивне правне прописе против расне дискриминације и расизма постоји велики расцеп између теорије и праксе, између закона и њихове примене.

Полицијски официри морају бити подстицани да прибављају доказе о дискриминацији као услов да се право примењује ефективно. Прихватање ставова да се полиција мора супротстављати дискриминацији мора да прожме читаву организацију. Успостављање официра задужених за спречавање етничке/расне дискриминације и поступање у случајевима инцидената ове врсте може да допринесе унапређењу читаве полицијске организације. На другој страни, установљавање специјализованих официра за ову проблематику не може да буде оправдање за друге у случајевима пропуштања мера на спречавању у процесуирању етничке/расне дискриминације.

Праћење и завођење расних инцидената је од највеће важности. Полиција има важну одговорност за прикупљање доказа и сарадњу са другима у прибављању информација. Полиција има значајан задатак у вођењу статистика о расном (етничком насиљу). Чињеница је да се статистике о овим облицима насиља значајно разликују између различитих агенција ка што су невладине организације и полиција. Како би се превазишао тај проблем европски званичници треба да креирају генералну и прихватљиву дефиницију која би се користила приликом регистровања инцидената. Практична радна дефиниција требало би да се сачини и усвоји у сарадњи са представницима мањинских заједница.

Полиција треба да подстакне развој инструмената за надзирање и прикупљање података. Ти инструменти треба да идентификују постојеће

трендове и служе као база за интегрисани стратешки приступ. Редовна анализа свих података који се тичу расних инцидената треба да постане правило на више нивоа и са више стратешких циљева. Подаци треба да буду прикупљани на начин да се могу компарирати и на основу њих сачињавати студије на нивоу суседстава, градова, чак и државе. Треба да буде стимулисана размена информација између обавештајних агенција, полиције и организација које се баве заштитом права мањина. Статистика може бити коришћена за надгледање криминалитета који се спроводи на етничкој основи као и да ли полиција третира етничке мањине праведно и једнако. Анализирајући податке о притвореним лицима и лицима на издржавању казне која припадају различитим етничким групама, полиција може да проверава да ли поједине групе третира строже него остале. Статистички подаци ове врсте могу бити значајни и за читаву заједницу при процени рада полиције.

4) Унапређење позитивних релација између етничких мањина и полиције.

Изградња позитивних релација између етничких мањина и полиције доприноси професионализацији. То је важан део сервисно-оријентисаног приступа полиције у демократском друштву и од есенцијалне је важности при промоцији поверења и кооперације. У циљу промовисања поверења, полиција мора активно да настоји да добије повратне информације из мањинских етничких заједница о ефективости и релевантности примењених програма унапређења релација. Настојања имају за циљ измену антагонистичких ставова и тежњи на обе стране и креирање конструктивних радних веза између полиције, невладиних организација и друштвених организација.

5) Учешће миграната у криминалитету насупрот полицијске партиципације у криминализацији миграната.

Полиција мора да прихвати тезу да нетачно извештавање и стереотипије у медијима имају штетне ефекте на односе у заједници. Због тога мора бити посвећена посебна пажња полицијским односима са медијима са циљем избегавања стереотипа у описивању мањинских етничких заједница. Мора бити уочена опасност од предимензионирања и фокусирања на стопу криминалитета која се бележи у мањинским заједницама. Мора се поставити питање да ли је такав приступ неопходан и шта му је сврха. Треба имати у виду да на тај начин постоји опасност стигматизовања читаве заједнице. Криминализовани стереотипи имају шансу да добију ударно место у популарној штампи и другим масмедијима.

Полиција има обавезу да истражује стопу криминалитета појединих заједница у друштву, у циљу усмеравања пажње на проблеме који

захтевају предузимање превентивних активности. Она мора да подстиче друге организације да преузму одговорност у превенцији и интервенцији у случајевима када би односи у заједници могли да буду нарушени.[3]

б) Недавно је донет веома значајан међународни правни акт који третира рад полиције у мултиетничкој заједници **„Препоруке за рад полиције у вишенационалним заједницама“** (Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies).[4]

Документ је донет у фебруару 2006. од стране канцеларије Високог комесара за националне мањине (Office of the High Commissioner on National Minorities - HCNM). Позиција Високог комесара за националне мањине установљена је од стране Организације за безбедност и кооперацију у Европи (Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) хелсиншком одлуком од јула 1992. У образложењу се наводи да је његов мандат установљен као реакција на ситуацију у бившој Југославији полазећи од страха да би се слична ситуација могла поновити било где у Европи, а посебно у земљама у транзицији ка демократији.

Циљ „Препорука“ је да обезбеде практична упутства државама у креирању политике и права у складу са интернационалним нормама и стандардима. Базиране су на међународном искуству и најбољој пракси која води рачуна о балансу и задовољава потребе и интересе свих делова друштва укључујући и припаднике мањина.

Документ се састоји из шест целина које су потом подељене на двадесеттри препоруке.

1) Општи принципи

Државе треба да усвоје политику која јасно разазнаје потребу унапређења полицијског рада у области интер-етничких релација. Ова политика треба да буде део шире политике и програма промоције и интеграције мањина на националном и локалним нивоима. Они треба да буду координисани широком акцијом промовисања професионализма и сервисном оријентацијом полиције и да осигура да се полицијски рад одвија у складу са интернационалним стандардима људских права укључујући и права лица која припадају мањинама.

Акциони план за имплементацију те политике, као и надзор имплементације треба бити сачињен од стране државне власти и полиције у сарадњи са представницима мањина.

Акционим планом којим се имплементирају принципи треба:

3 http:// www.rotterdamcharter.nl/read/the_rotterdam_charter

4 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

- одредити одговорне особе (на нивоу владе и полицијске организације) за имплементацију политике полицијског рада са мањинама;
- обезбедити континуирану консултацију и кооперацију полиције (нпр. у оквиру професионалних удружења) са мањинама (уз помоћ невладиних организација) на свим нивоима.
- отпочети са имплементацијом локалних пилот пројеката као први користан корак.

2) Регрутовање и представљање

Састав полиције – на локалном, регионалном и националном нивоу укључујући више и ниже чинове, као и цивилни персонал - треба да рефлектује разноликости популације.

Јавна слика о полицији као етнички репрезентативном телу треба да буде активно промовисана.

Треба увести статистичке показатеље како би се показала репрезентативност полиције и ради надгледања етничког састава.

Треба покренути акцију за запошљавање мањина у полицију. То укључује специјалне мере подстицања кандидата и помоћи за постизање стандарда који су предвиђени регрутном политиком са акцијом отклањања било које директне или индиректне дискриминаторске препреке. Мере треба да буду уведене са циљем да осигурају да полицајци из редова мањина буду прихваћени и третирани једнако у оквиру полицијске организације, и треба да обезбеде неутрално радно окружење и једнаке могућности за напредовање у служби. Мере су усмерене ка обезбеђењу учешћа полицајаца из мањинских заједница који ће бити третирани равноправно унутар полицијске организације, која ће им обезбедити неутрално радно окружење и који ће имати једнаке шансе за напредовање у служби.

3) Тренинг и професионална подршка

Препоручује се да обука о мањинским питањима и међуетничким релацијама буде укључена на свим нивоима полицијске едукације и буде обезбеђена како за старије тако и за млађе полицајце. Представници мањинских заједница треба да буду укључени како у планирању, тако и у спровођењу обуке. Прописи који регулишу поступање полиције треба да укључе професионалне стандарде за рад полиције у мултиетничким заједницама, а програми полицијске обуке треба да укључе специфичне делове за постизање тих стандарда.

4) Унапређење релација са мањинским заједницама

Полицајцима треба да буде задата обавеза да развијају методе и праксу комуницирања и кооперације са мањинама у изградњи поверења на локалном, регионалном и националном нивоу.

Треба обезбедити да полицајци комуницирају са мањинама на њиховом језику. Када је могуће треба при регрутовању и тренингу имати старешине који користе и језике мањина у датој средини, или ангажовати квалификоване преводиоце.

Полиција треба да игра проактивну улогу у подршци и подстицању мањина у комуникацији и кооперацији са полицијом, на пример понашати се као партнер у иницијативама промовисања, регрутације и тренинга мањина. Мањине са своје стране треба да буду спремне да комуницирају и кооперирају са полицијом у циљу унапређења безбедности у заједници и приступ правди.

Треба установити механизме демократске одговорности полиције за своје акције у односу на све делове заједнице. То подразумева укључивање ефикасних система подношења и процесуирања притужби које су доступне припадницима националних мањина. Сви делови заједнице треба да буду свесни својих права и одговорности у односима са полицијом, са овлашћењима полиције и услугама које се од ње очекују.

5) Операциона пракса

Треба предузети мере које ће осигурати да полиција поступа на непристрасан и недискриминаторски начин, тако да се не може уочити „расна дискриминација“ у поступању полиције односу на било коју групу грађана. Мере треба да обухвате правила понашања (вршења службе) у оквиру свакодневне оперативне праксе као на пример заустављање и контрола учесника у саобраћају и на јавним местима. Полиција треба да предузме мере којима ће да подстакне подношење кривичних пријава за кривична дела од стране припадника мањинских заједница у циљу промовисања безбедности заједнице и доступности правди.

Када предузима редовне патроле у вишенационалним заједницама, полиција треба, када је могуће, да ангажује етнички мешовите тимове у циљу изградње јавног поверења како би повећала своју оперативну ефективност. Полиција треба да осигура да њене тактике и појава (нпр. број, видљиво истицање оружја, избор униформе) не треба да провоцирају страх и тензије.

Полиција треба да осигура снажно и ефикасно спровођење антидискриминационих прописа. Полиција треба посебно да предузме кораке ка подстицању пријављивања кривичних дела мотивисаних етничком мржњом и осигура да се она потпуно расветле. Државе треба да осигурају механизме за обезбеђење саветовања и помоћи жртвама кривичних дела који су једнако доступни и ефективни и за припаднике националних мањина.

Државе се подстичу да предузимају систематску процену политике полицијског поступања у пракси у односу на етничке групе и националне мањине. Треба да процењују постојећу праксу у односу на међународне

професионалне полицијске стандарде и уважавање људских права. Процена треба да се базира на доказима прикупљеним истраживањима, анализама инцидената и консултацијама са националним мањинама и невладиним организацијама. Акциони план треба да буде сачињен на основу међународних стандарда којима се уређује рад полиције.

6) Превенција и менаџмент управљања конфликтима

Полиција треба да буде обавезана и обучена да игра проактивну улогу у развоју релација са мањинама усмерених на идентификовање и редуковање тензија које могу да доведу до међуетничких конфликата.

Полиција треба да буде тренирана и опремљена да умањује грађанске нереде и међунационалне инциденте на професионалан начин са циљем спречавања ескалације конфликата и њихово решавање кроз медијацију и када је потребно уз најмању примену силе.

Посебно на локалном нивоу, полиција треба чврсто да сарађује са другим јавним службама у циљу превенције и умањења међуетничких конфликата, да се укључи у широку акцију промоције интегрисања мањина и изградњу успешног мултиетничког друштва.[5]

Поред наведених докумената, потребно је поменути и „Акциони план за побољшање положаја Рома и Синта у оквиру ОЕВS простора“ (**Action plan on improving the situation of Roma and Sinti within OSCE area),** усвојен у оквиру ОЕБС-а 2003.[6] Документ сугерише увођење стратешких мера које су значајне за полицијски рад (доношење и имплементирање антидискриминаторских прописа, установљавање антидискриминаторских тела као на пример канцеларију омбдусмана, комисија које треба да расправљају случајеве дискриминације на нивоу заједнице и дисциплинских комисија за дискриминаторско понашање полицајаца, као и оснивање других тела која треба да се баве умањењем тензија између Рома (Синта) и неромске популације).

Посебан наслов у документу посвећен је полицијском поступању у заштити, једнаком третирању ових категорија лица у односу на друге, као и превазилажењу јаза између интернационалних стандарда и постојеће полицијске праксе у појединим државама. У тим активностима поред држава, националне и локалне полиције, препоручује се и укључивање

5 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

6 ACTION PLAN ON IMPROBING THE SITUATION OF ROMA AND SINTI WITHIN THE OSCE AREA, DECISION No. 566, Organization for Security and Co-operation in Europe 27 November 2003,
http://www.osce.org/documents/odihr/2003/11/1562_en.pdf

медија, представника Рома и Синта, невладиних организација уз активно учешће ОЕБС-а.

Активност ОЕБС-а на унапређењу и стандардизацији рада полиције у оквиру читавог европског простора веома је интензивна и значајна. Треба поменути и документ под називом: **„Упутство за демократску полицију“** (Guidebook on Democratic Policing) који, између осталог, даје значајне смернице и за рад полиције у вишенационалним заједницама европских држава.[7]

Потребно је посебно нагласити да залагање за увођење међународних стандарда за рад полиције у мултиетничкој заједници као и имплементација концепта community policing, поред тога што представља велики напредак у односу на класични концепт рада полиције, има озбиљна ограничења у глобалном контексту у коме се дато друштво налази.

Унапређење глобалних економских, политичких и социјалних односа у друштву који ће се одразити на положај мањина представља општи оквир - conditio sine quq non - на који се тек могу надовезати хуманије и мудрије стратегије полицијског рада у вишенационалној заједници. Због тога први суштински услов представља предузимање реалних акција у циљу *побољшања општих услова живота мањинске популације*.[8] Без унапређења економског, социјалног и политичког положаја мањина у друштву међународни стандарди и препоруке приказане у овом раду могу да имају веома ограничено дејство или ће остати само мртво слово на папиру.

У имплементацији нових стандарда за рад полиције у вишенационалним заједницама веома је значајна и политичка воља у конкретној држави, ниво политичке свести, култура и традиција. Југословенско искуство показује да веома ограничавајући фактор може да буде и историјско наслеђе, вековни сукоби и жеља за доминацијом једне националне заједнице у односу на другу.

Без обзира на сва наведена ограничења, изгледа да се може говорити о општим смерницама које треба да буду водиља државама у осмишљавању стратегија за унапређење рада полиције у вишенационалним заједницама и самим тим давању значајног доприноса смањивању тензија о овој области, проактивном утицају на узроке криминалитета који потичу из тог контекста и хуманизацији друштва у целини.

---

7 Guidebook on Democratic Policing, by the Senior Police Adviser to the OSCE Secretary General, OSCE, Bienna, December 2006,
http://www.osce.org/publications/spmu/2007/01/23086_795_en.pdf

8 Steven Brandl, David Barlow, Classic in Policing, Cincinnati, OH, "Anderson Publishing CO", 1996. стр. 54-69.

Једна од новијих пракси од које се пуно очекује представља *увођење антидискриминаторских прописа* који се тичу свих аспеката мањинског положаја у друштву па и запошљавања грађана мањинске заједнице у полицију и поправљање њиховог положаја унутар полицијске организације.[9]

У вези са овим је и сачињавање *јединствених и стандардизованих база података о свим сукобима и кривичним делима заснованим на расној и етничкој основи* као евидентирање праксе полицијског поступања и казнене политике судова у тим сличајевима.

Добра пракса, на коју се треба угледати је и увођење *националних планова за унапређење рада полиције у вишенационалним заједницама*. На пример, Канцеларија секретара Министарства унутрашњих послова Уједињеног Краљевства (Home secretary (UK) сачинила је 1999. национални план за унапређење односа између полиције и мањина који садржи важне стратешке препоруке: међурасне релације траба да буду у центру полицијског рада, потребно је радити на промени културе у полицији као и праксе. Од полиције се тражи да настоји да придобије поверење мањина као и да делује на проблем институционалног расизма.[10] Поменути акциони план се у литератури оцењује као прекретница у побољшању система регрутовања, унапређење положаја и напредовања у служби припадника мањина.[11]

Један од примера добре светске праксе је и оснивање *различитих професионалних удружења*. Запослени у полицији који имају мањинско порекло налазе интерес да оснивају професионалне организације. Полицијски руководиоци треба у принципу да подржавају такве иницијативе и олакшавају њихово оснивање. Оснивање таквих удружења улази у категорију остварења људских права и она се показују значајним у ситуацијама када је мањи број припадника мањинске заједнице и ако су географски изоловани на одређеном простору. Она могу обезбедити боље канале комуникације између руководства полиције и полицајаца који потичу из мањинске популације и

9 Sophie Body – Gendort, Police Race Relations in England and in France, Policy and Practices, In Policing in Central and Eastern Europe, Dilemas of Conterporary Criminal Justice, Faculty of Criminal Justice, University of Maribor, Slovenia, Editors: Gorazd Mesko, Milan Pagon, 2004, стр. 135.

10 Sophie Body – Gendort, Police Race Relations in England and in France, Policy and Practices, In Policing in Central and Eastern Europe, Dilemas of Conterporary Criminal Justice, Faculty of Criminal Justice, University of Maribor, Slovenia, Editors: Gorazd Mesko, Milan Pagon, 2004, стр. 137.

11 Coretta Phillips, Facing inwards and outwards? Institutional racizm, race equality and the role of Black and Asian professional associations, Criminal Justice, 2005, Bol: 5(4), стр. 358.

решити проблеме везане за међуетничке односе запослених у полицији у њиховом зачетку.[12]

На пример, у САД, постоји удружење полицајаца афро-америчког порекла које брине о заштити интереса запослених полицајаца у патролној служби као и запослених на нивоу командних структура полиције. Ова организација је на националном нивоу и формирана је како би остварила промоцију полицајаца, црнаца у оквиру полицијских структура. За ниво командних структура у полицији још у току седамдесетих година прошлог века основано је Национално удружење извршних руководилаца у полицији афро-америчког порекла (Black Law Enforcement Executives). Оно има следеће циљеве: 1) Повећање броја полицајаца који се регрутују из реда мањина; 2) Унапређење квалитета правних процедура; 3) унапређење релација у заједници; 4) повећање заштите угрожености од криминала у појединим областима. Организација је укључена у процес тренинга и консултација са полицијским управама у циљу помагања при регрутовању полицајаца из популације националних мањина. И друге мањинске групе имају своје локалне организације као на пример Полицијско удружење Азијата из Сан Франциска (Asian Police Assotiations in San Fracisco) или удружење правника муслиманске вероисповести (Association of Muslim Lawyers).[13]

Прилагођавање орīанизације полиције потребама вишенационалних, вишерелигијских и мултикултурних средина такође представља активност која има за циљ умањење проблема. То подразумева предузимање читавог низа активности на различитим нивоима: нпр., активно укључивање у пројекте community policing представника грађана свих мањинских група, верских заједница, невладиних организација које се баве питањима заштите мањина, итд. Изграђивање партнерства између полиције и заједнице у вишенационалним локалним заједницама подразумева укључивање и мањина, подстицање запошљавања у полицију представника тих групација.[14] Резултати и искуства поткрепљују значај ове тезе. Истраживања су потврдила да се перцепција полицајаца исте мањинске припадности разликује од перцепције полицајаца који припадају већинској нацији (мада не апсолутно).[15] Значајно је сачинити организовани систем саветовања, потпоре

12 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

13 Coretta Phillips, Facing inwards and outwards? Institutional racizm, race equality and the role of Black and Asian professional associations, Criminal Justice, 2005, Bol: 5(4), стр. 358.

14 Jerry Sanders, Racial and Ethnic Minorities in San Diego, United States, Policing and Society, 2000, Bol. 10. стр. 135.

15 Rod Brunson- Jody Miller, Young Black Men and Urban Policing in the Unuted States, The British Journal of Criminology, 4/2006, стр. 613-638.

и пружања разних врста помоћи жртвама кривичних дела, укључујући и мањине.

Посебна се пажња поклања *унапређењу комуникација* полиције у грађана у вишенационалним, вишерелигијским и мултикултурним срединама. Полиција покушава да успостави, негује и унапређује релације и комуникацију, размену информација, сарадњу и партнерство са свим мањинским групама у локаној заједници. Бројни покушаји чине се у свету како би се унапредиле релације мањиске заједнице са полицијом и њено уклапање у већинско друштво, кроз пројекте развоја мултиетничке (расне) толеранције. Многи од њих дају позитивне резултате и потребно их је имати у виду: разни облици дружења, округли столови, редовни састанци полицајаца из суседства са грађанима, спортски клубови за младе, отварање забавних центара и диско клубова у којима се подстиче комуникација, дружење, оснивају се обданишта, расписују пројекти за младе и разне стипендије. Препоруке за рад полиције у вишенационалним заједницама предлажу увођење следећих мера: форума грађана, јавних расправа и сусрета, радних група које ће сачињавати полицајци и представници заједнице, саветовалишта за грађане, обавезивање полицајаца да редовно обилазе поједине заједнице и негују контакт са њима.[16]

Циљ мера и пројеката је јачање унутрашње кохезије заједнице, интеркултурног и међунационалног дијалога и комуникације. Указује се на значај невладиних и непрофитних организација и финансирање пројеката од стране државе (локалне интеркултурне иницијативе). Посебно се указује на значај укључивања локалних представника мањинских група у активности локалне власти и владе. Предлажу се мере на националном и локалном плану у циљу изграђивања различитих веза, комуникације, укључивања и сарадње.[17] Од полицајаца у више-националним срединама тражи се да науче различите културне и комуникационе обрасце који су карактеристични за те заједнице и то представља основни услов за успешно обављање полицијског посла. Сматра се да ће једино тако полицијски официри имати осећај контроле дешавања у вишенационалној средини, што ће им омогућити развој оптималних стратегија и полицијског предвиђања.[18]

Потребно је поменути експеримент који је предузела холандска полиција у неколико градова који се састојао у стратегији успостављања позитивних релација и проблемски оријентисаном раду са младима мароканске

16 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

17 Ash Amin, Ethnicity and the Multicultural City, Living with Diversity, Report for the ERC CITIES Programme and the Department of Transport, Local Goverment and the Regions, January 2002, University of Durham.

18 For example: Michael Palmiotto, Community Policing, стр. 170-171.

националности који су били склони криминалитету. Програм се састојао у низу сихронизовано предузиманих активности: успо-стављање непосредних контаката и дружења, непосредни разговори о проблемима, изградња социјалне мреже помоћи и надзора малолетника у коју су укључени родитељи, школе, центар за социјални рад, јасним предочавањем у којим ће случајевима полиција предузети хапшење, обуком полиције о специфицностима комуникације са овом категоријом лица.[19]

Унапређење система спољне и унутрашње контроле полиције по питањима релација са мањинама једна је од метода која омогућава побољшање положаја припадника мањинских групација које су запослене у полицији. Истиче се да је важно увести унутрашње механизме за жалбе, тако да полицајци који имају осећај да су дискриминисани у колективу могу да затраже помоћ од виших инстанци. Руководиоци полиције треба да подстичу припаднике мањина да уложе жалбе уколико су дискриминисани или да укажу на друге облике етнички дискриминаторског понашања, тако да се проблеми могу уочити и решавати на почетку њиховог настајања.[20]

Између осталог, у свету се формирају мешовите комисије за оцену приговора који се тичу расне или етничке дискриминације у оквиру полицијске организације или на релацији полиције са мањинским заједницама. Прописи о дисциплинској одговорности полицајаца се мењају и прилагођавају потреби заштите мањина, тако да се расно мотивисана понашања и предрасуде могу класификовати као прекршаји. На тај начин се утиче на промену полицијске културе и система вредности.[21]

На пример у Великој Британији је донет закон који се бави заштитом интеррасних релација (Race Realtions (amendmnt) Act 2000). Подразумева надзирање и процену политике пружања услуга и њихов утицај на расну и етничку једнакост. Посебна се пажња поклања пружању појединих услуга, унапређује се систем регрутовања, задржавања у служби, напредак и долажење на руководећа места у полицији припадника мањинских група.[22]

Посебна се пажња посвећује *едукацији полицајаца који раде у вишенационалним, вишерелигијским и мултикултурним срединама.* Стари

19 W. Ph (Wouter) Stol - E.J.A. Bervoetes, Policing Dutch-Moroccan Youth, Policing and Society, 2002, Bol. 12, No. 3, pp. 191-200.

20 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

21 Michael Rowe, Jon Garland, "Have You Been Diversified Yet?" Developments in Police Community and Race Relations Training in England and Wales, Policing and Society, 2003, Bol. 13, No. 4, стр. 399-411. стр. 409

22 Coretta Phillips, Facing inwards and outwards? Institutional racizm, race equality and the role of Black and Asian professional associations, Criminal Justice, 2005, Bol: 5(4), стр. 368.

програми критички се преиспитују, уводе се у процесе полицијске едукације бројна побољшања на свим нивоима. Између осталог у процесе едукације и радионице укључују се и представници мањинских заједница који су имали различита искуства (и добра и лоша) са полицијом, невладине организације које се баве унапређењем положаја мањина итд.[23]

У циљу дефинисања полицијских професионалних стандарда предлажу се *кодекси понашања за полицајце* и систем надлежности и одговорности за испуњавање стандарда. Они треба да буду укључени у систем полицијске обуке, а посебно полицијске обуке за рад у вишенационалним заједницама.[24] Кодекси би требало да обраде и питања која се тичу контраверзних и спорних активности полицијског рада у вишенационалним заједницама као на пример: поступање и руковођење полицијом у ситуацијама међуетничих конфликата, умањење етничких тензија, спровођење редовних полицијских активности контроле саобраћаја, заустављања возила и лица, прегледе и претресања у етнички сензитивним подручјима, спровођење полицијских операција у насељима у којима је доминантно становништво мањинске популације. Детаљни прописи и упутства треба да помогну полицији у решавању свакодневних задатака у специфичним условима вишенационалних заједница.[25]

Од теорије ка пракси - од добрих прописа ка њиховој примени

Несумњиво је да горе приказани међународни стандарди, најбољи примери позитивне праксе, као и ставови теоретичара са Запада који се баве проблематиком унапређења полицијског рада у вишенационалним/ вишерелигијским срединама представљају највише домете материје заштите људских права примењене у овој специфичној области до којих је тренутно дошла Западна цивилизација. Наведена решења и предлози сигурно да представљају оријентир у трансформацији поли-цијских

23 Kimberly Huisman, Jeri Martinez, Cathleen Wilson, Training Police Officers on Domestic Biolence and Racism, Challenges and Strategies, Biolence Against Women, Bol. 11 No. 6, June 2005 792-821, DOI: 10.1177/1077801205276110.; Michael Rowe, Jon Garland, "Have You Been Diversified Yet?" Developments in Police Community and Race Relations Training in England and Wales, Policing and Society, 2003, Bol. 13, No. 4, стр. 399-411.

24 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

25 Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, Office of the High Commissioner on National Minorities, 2006,
http://www.osce.org/documents/hcnm/2006/02/17982_en.pdf

система и праксе и држава које су у транзицији и имају значајан проценат националних мањина.

Важно је напоменути да се са увођењем антидискриминаторских прописа везаних за рад полиције у вишенационалним срединама на Западу отпочело претежно током деведесетих или почетком двехиљадитих. За сада још нису публикована истраживања која указују на реални ефекат ових прописа у пракси. Нема сумње да су националне и верске предрасуде и дискриминација дубоко укорењене и у државама западне демократије, па имају утицаја и на полицијску делатност. Најновија опасност од муслиманског тероризма која је ескалирала у САД и државама Западне Европе у великој мери подгрева страх и предрасуде код грађана и влада тих држава.

Потребно је имати у виду да радикални ставови појединих екстремистичких група (пре свега муслиманских) ни на који начин не могу се умањити демократизацијом и повећањем права мањина. У питању су супротни стратешки интереси екстремистичких група које имају дуготрајни интерес дијаметрално супротан интересима демократских друштава Запада.

Аутори са Запада истичу да тероризам не утиче само директно на политичке процесе, као на пример у Шпанији, већ доприноси социјалним поделама у друштву које су засноване на етничкој и религијској основи отежавајући успостављање друштвене кохезије. Терористички инциденти имају функцију окидача за распламсавање криминалитета и разних облика нарушавања јавног реда и мира са којима се сусреће полиција. Постоји основана сумња да терористички инциденти могу запалити постојеће тензије у друштву. Полиција и безбедносне агенције Западног друштва јасно уочавају потребу ублажавања било којих штетних последица које може да продукује тероризам.[26]

Проблем се појављује како у вишенационалним/ вишерелигијским заједницама, на једној страни очувати полицијску ефикасност у сузбијању криминалитета, посебно дроге и тероризама, и на другој страни обезбедити праведну испоруку полицијског сервиса поштујући људска права и општеусвојене принципе домократског друштва који се тичу равноправности грађана, фер и поштеног полицијског поступања.

Потребно је имати у виду да је велики безбедносни проблем у мањинским заједницама и повећана криминална активност њених чланова. У ситуацији економске депривације, са другачијим обрасцима културних вредности, појединци чланови мањинских заједница, већином млади, прихватају криминално понашање као модел, као решење. Једно од

26 Martin Innes, Policing Uncertainty: Countering Terror through Community Intelligence and Democratic Policing, 222 ANNALS, AAPSS, 605, May 2006, DOI: 10.1177/0002716206287118, стр. 222-228.

оправдања неповерљивог, енергичног репресивног рада полиције у вишенационалним заједницама наводи се и тзв. рат против тероризма и дрога «war on drugs and war on terrorism». Класичан концепт дистанциране полицијске делатности који приступа мултиетничкој заједници као јединственом колективитету у коме се не уочава појединац осумњичени за криминални акт (нпр. нарко дилер, потенцијални терориста) већ се сви изједначују са појединцима који врше кривична дела само може да погорша безбедносну ситуацију. Неселективно примењена репресија и сила која не издваја криминализованог појединца или појединце из заједнице, већ све чланове заједнице изједначује са потенцијалним или стварним криминалцима је контрапродуктивна јер ствара јединствени фронт једних против других. На једној страни полиција, већинска јавност и медији виде у мањинској популацији потенцијалне наркодилере или терористе и на другој страни, сви чланови мањинске групе осећају да су стигматизовани, осумњичени, угрожени, што неминовно води ка етничкој (расној) мајоризацији. На тај начин тешко је избећи конфронтацију или чак "рат" нас против њих. Имајући у виду да је класични концепт рада полиције у основи реактиван, није проблемски усмерен, није индивидуализован у складу са проблемима и не тежи стварању партнерства са заједницом ради уочавања и решавања проблема пре него што ескалирају, то су његови домети у конфликтним ситуацијама веома ограничени. Он у принципу подстиче конфликте,'*conflict oriented policing'*.

Због тога је Murray у праву истичући да период после 11. септембра 2001. у САД када је проглашен „рат против тероризма" у суштини води ка парамилитаризму. Ова стратегија полицијског поступања има потенцијал да дистанцира полицију од осталог дела друштва, поткопава принципе community policing и њено потенцирање на превенцији. Након терористичког напада 11. септембра, влада САД почела је да врши притисак на полицијске руководиоце да се врате на традиционалније моделе полицијског поступања који су у сагласности „прокламованом рату против тероризма". Традиционални полицијски стил је ауторитативан и одржава дистанцу према заједници. Murray закључује да је традиционални модел рада полиције у великој мери конфликтан на нивоу заједнице, и у суштини је контрапродуктиван. На другој страни community policing и његови веома промишљени принципи омогућавају проналажење далеко ефикаснијих решења која су заснована на консултацијама и превенцији.[27]

Полицијски рад у заједници заснован на принципима community policing омогућава селективни приступ проблемима, прибављање квалитетнијих информација које потичу из заједнице, лакше уочавање потенцијалних

27 John Murray, Criminal Expoloitation of Women and Childern and the Important Role of Community Policing, Police Practice, Research, An Internationa Journal, Bolume 7, N. 2, May 2006, стр. 126, стр. 134.

опасности, потенцијалних извршилаца и потенцијалних жртава. Због своје стратегије максималног прилагођавања полицијског рада конкретним условима локалне заједнице, community policing омогућава значајно (суштински) селективнији приступ него што се може остварити применом традиционалног модела оперативног рада чак када је у питању контрола опасности од тероризма. Успостављајући чврсте везе са мањинском заједницом, партнерски приступ и проблемски оријентисан рад, полиција има селективни приступ и лакше може раздвојити оне који су носиоци криминалног потенцијала од непорочних (поштених) грађана. Негујући проблемски оријентисан приступ са идејом сарадње са заједницом и породицама у мањинској заједници, полиција може у оквиру заједнице да ствара мрежу помоћи онима који су заведени и који се још могу заштити од дефинитивне криминализације. Показивањем добре воље полиције и жеље да се помогне члановима мањинске заједнице и њиховим породицама, а не само да се хапси и примењује неселективна сила, лакше се придобијају непорочни чланови заједнице, подстичу се на сарадњу. Тиме полицијски рад тежи да оствари легитимитет и у мањинској заједници. На тај начин се сужава поље екстремистичким групама.

Мартин Инес истиче да проблемски оријентисан рад полиције у суседству, занован на неговању позитивних релација и партнерству може да се примењује за откривање суптилних индикатора који указују на укљученост појединих чланова заједнице у тероризам или организовани криминалитет. Бољи односи са члановима мањинске заједнице могу обезбедити канале комуникације ка прибављању информација које могу указати на опасности од разних врсти криминалитета. Увећавањем броја контакта полиције и мањинске заједнице полиција може да дође до информација о лицима која су извор проблема или о лицима која су у проблему. На тај начин полиција добија шансу да реагује у самој фази настанка опасности или проблема који могу условити криминалитет. То је по Инесу далеко ефикаснији начин доласка до оперативних или стратешких информација него класични облици полицијске обавештајне делатности, посебно у оним срединама у којима су мањинске групе затворене скупине и где се тешко може продрети класичним оперативним мерама пенетрације.[28]

У сваком случају полицијски рад у вишенационалним заједницама представља веома сложен и вишедимензионални проблем. Нове стратегије сигурно да пружају шансу умањењу проблема, унапређењу релација, селективнијем приступу полиције у случајевима примене репресивних мера. У сваком случају полицијска репресија у вишенационалним заједницама представља озбиљан проблем који може да има вишеструко веће негативне

28 Martin Innes, Policing Uncertainty: Countering Terror through Community Intelligence and Democratic Policing, 222 ANNALS, AAPSS, 605, May 2006, DOI: 10.1177/0002716206287118, стр. 224-236.

политичке последице него у национално хомогеним заједницама. Истраживања јасно показују да свака традиционална полицијска радња у вишенационалним срединама, па и она најбаналнија предузета у рутинској контроли саобраћаја, може у вишенационалним заједницама да има другачију, политичку димензију. Због тога је важно да полиција усвоји међународне стандарде који се тичу поступања полиције у вишенационалним заједницама, да се постави као безбедносни сервис свих грађана. Једино тако може да делује на начин којим се не увећавају постојеће економске, политичке, социјалне тензије. Тиме се екстремистима међу политичарима или онима који подржавају радикализацију и мајоризацију једних против других не убацује кисеоник у ватру како би се распламсао пожар међуетничких сукоба, насиља, евентуално и ратова, што је већ виђена стратегија на балканским просторима.

Prof. Dr. Branislav Simonovic
a full-time professor

THE INTERNATIONAL STANDARDS FOR POLICING IN MULTIETHNIC SOCIETY

The problems of policing in multiethnic society are discussed. The differences, specifics and consequences of traditional and community policing work in multiethnic society are reviewed. New posibilities and the world standards of policing in multiethnic society are reviewed.

Др Снежана Соковић,
редовни професор

UDK: 343.2/.7

АЛТЕРНАТИВНЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ, РЕЛЕВАНТНИ МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ И НОВО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО

1. Традиционални систем кривичноправних санкција и алтернативне мере

Како кривичне санкције константно представљају поље не само великих, него и нереалних и противуречних очекивања, неизбежно је и питање стварне мере у којој систем кривичних санкција доприносе сузбијању криминалног понашања, односно у којој мери систем санкционисања остварује своју сврху.

Имајући у виду глобално кретање криминалитета и глобалне димензије повратa[1] очигледно је да се не остварују ни циљеви генералне превенције (генерално застрашивање и позитивна генерална превенција), нити циљеви специјалне превенције (ресоцијализација и одвраћање учиниоца од криминалног понашања). Однос између изречених и запрећених кривичних санкција[2], при томе, отвара и питање (не)усаглашености законодавне казнене

[1] У нашим условима проценат рецидивизма износи приближно 65%; www.mpravde.sr.gov.yu; приступ маја 2007.

[2] Систем кривичног санкционисања регулисан Кривичним закоником Р Србије предвиђа више различитих врсти кривичних санкција, а статистички подаци показују да домаћи судови најчешће изричу условну осуду, иза које следи казна затвора, па новчана казна. У току 2005. године у Србији је осуђено 36 901 пунолетно лице, при чему је казна затвора изречена у 10 361 случају, или у 28, 07%. Од укупног броја изречених казни затвора, 8843 или 85, 3% изречених казни су у трајању до 1 године. Условна осуда је изречена у 18 051 случају што представља 48,91% свих изречених кривичних санкција, новчана казна 8063, односно 21,88%, судска опомена 298 или 0,81%, васпитне мере 43, односно 0,11%, док је 85 лица, или 0,23%, проглашено кривим али ослобођено од казне. Занимљиво је да се овај редослед изречених кривичних санкција са мањим осцилацијама у домаћој судској пракси задржава прилично дуг период, без обзира на врло различите временске интервале у погледу друштвене стабилности и стања криминалитета. Но, обзиром на то да је у протеклом периоду код највећег броја условних осуда условљавано извршење утврђене казне затвора (у току 2005. године изречена је 18051 условна осуда, при чему је у 17087 случајева, односно 94,65%, условљена казна затвора а у 964 случаја новчана казна), казна затвора је на посредан начин у већој мери присутна у судској пракси. О томе: Саопштење републичког завода за статистику од 07. маја 2007. године. Д. Стојановић:

политике и судске казнене политике. Уз пословично присутне проблеме (не)ефикасности судске процедуре, систем кривичног санкционисања евидентно губи на својој извесности и озбиљности, што доводи у питање и евентуални превентивни ефекат самог законског прописивања кривичних санкција.

Такође треба имати у виду и да је обзиром на веома различите факторе криминалног понашања, као и на селективност кривично-правне заштите, превенција криминалног понашања прописивањем, изрицањем и извршавањем кривичних санкција, остварива је само једним делом. [3] Кривичноправним механизмима, односно пре свега санкционисањем кривичноправно нормираног понашања, може се деловати само у ограниченој мери, само на неке учиниоце и само у односу на одређене факторе криминалног понашања.

Емпиријска истраживања не потврђују укорењено веровање у генерално превентивну учинак прописивања, изрицања и извршавања кривичних санкција. [4] Једино извршење санкција као израз неумитне последице друштвене интервенције након извршеног кривичног дела [5] утиче на редукцију криминалитета, при чему проблеми судске праксе, пре свега селективност, могу да претворе озбиљну претњу санкцијом иза које стоји ауторитет спреман и да изврши оно чиме прети, у празну опомену.

Када је у питању специјална превенција, савремено схватање има за циљ трајно одвраћање конкретног лица од криминалног понашања, али се у

Условна осуда и индивидуализација кривичне санкције, Зборник: Утврђивање чињеничног стања, изрицање и извршење кривичних санкција, Београд, 1998. стр. 197, 198.

[3] З. Стојановић: Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991. стр. 56, 57.

[4] Превентивни учинак кривичних санкција у криминологији се најчешће истражује компаративним (cross-sectional studies) студијама и лонгитудиналним истраживањима. Пажња истраживача је била усмерена на појединачне или лонгитудиналне временске и просторне компарације броја убистава у релацији са смртном казном, варијације броја убистава у односу на учесталост казне затвора, разлике у односу на демографске факторе, хроничне преступнике и примарне кривце, полицијске акције у релацији са бројем кривичних дела пре и после, јавна перцепција закона и запрећених санкција, повољне прилике за преступничко понашање и перцепција ризика кажњавања, лична искуства кажњавања или избегавања кажњавања као фактор превенције, ... итд. Ова истраживања углавном не подржавају веровање да кривичне санкције значајно утичу на ниво криминалног понашања. Док претња строгим санкцијама не показује значајан превентивни ефекат, повећање извесности хапшења и затварања, увећава ризик преступништва и да редукује број кривичних дела. О томе: S. W. Lab: Crime Prevention, Bowling G. S. U, 2004, стр. 128. и даље.

[5] "Казна проистиче из злочина, а закон изгледа као нужни поредак ствари, што омогућује да власт делује под маском тихе неумитне снаге природе." М. Фуко: надзирати и кажњавати, Нови Сад, 1997. стр. 103.

условима реалне примене и то показује као веома дисонантан концепт. Наиме, форма кривичне санкције најчешће долази у сукоб са њеном садржином, посебно у случају институционалних санкција. Установе за смештај и чување лица лишених слободе по својој природи представљају негацију друштвеног живота због чега је нереално очекивати да оне истовремено буду ефикасан инструмент друштвене адаптације. У таквим условима и ресоцијализација као циљ кажњавања долази у контрадикцију са суштином казне. Настојање да се истовремено и застраши и поправи носи озбиљан ризик да се ниједан од постављених циљева не оствари.

Осим концептуалних проблема и недореченості у систему кривичног санкционисања, бројне су и тешкоће у практичном спровођењу нормативних решења. Претрпаност затвора има готово епидемијске размере широм Европе[6], и значи хроничан проблем смештаја у скученим и нехигијенским условима, непрекидан недостатак приватности, драстично смањење активности изван ћелија због недостатка особља и објеката, преоптерећеност здравствених служби, константну појачану напетост која лако ескалира у насиље.[7] Све институционалне санкције, затвор посебно, представљају врло скуп начин бављења учиниоцима кривичних дела ("скуп начин да се оно што је лоше направи још горим"), за који изгледа ниједна држава нема довољно новца. При том не треба губити из вида да је кажњавање институционалном изолацијом двосмеран процес. Скоро сви затвореници поново излазе на слободу, и обзиром на услове изолације, многи од њих тада за друштво представљају већи ризик него у моменту када су у затвор послати.

Такође је познато да се затворска популација глобално састоји од ситних криминалаца, случајних извршилаца, делинквената зависних од

[6] Стандарди CPT-a, CPT/Inf (97) 10, такође: Council of Europe, Committeee of Ministers: Recommendation No. R (99) 22 concernig prison overcrowding and prison population inflation.

[7] Исти проблем има и Р Србија, мада је стопа осуђених лица у Србији износила је у протеклом периоду нешто изнад 100 осуђеника у односу на 100. 000 становника, што је далеко испод квоте у земљама са највећим бројем затвореника (САД, 730; Русија, 670), али и изнад земаља са најнижим бројем затвореника (Словенија, 57; скандинавске земље око 60). Наиме, у казнено-поправним заводима у Р Србији налази се 8.532 лица лишена слободе, односно 6.057 осуђених лица, 1.863 притворених лица и 212 лица кажњених у прекршајном поступку. На извршењу васпитне мера налази се 68 малолетника, а на издржавању казне малолетничког затвора 35 малолетника. У специјализованим установама на извршењу мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања налази се 509 лица. О томе: www. mpravde.sr.gov.yu, приступ: мај 2007. 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.

алкохола и дроге, маргинализованих појединаца, док стварно моћни, опасни и насилни ретко доспевају у затвор.

Изгледа да се савремени казнени системи, упркос постављеним циљевима и пажљиво дефинисаној сврси кажњавања, суштински делују као вид глобалне стратегије управљања незаконитим радњама, при чему се неуспех појављује као саставни део начина на који затвори функционишу. "Затвор доприноси установљавању видљивог и жигосаног типа илегализма, ограниченог на одређену раван и потајно корисног, тврдоглаво упорног и покорног, истовремено. Затвор оцртава, изолује и наглашава онај посебни вид илегализма, који као да симболично сажима све друге, али заправо омогућава да у сенци остану оне незаконитости које је потребно или нужно толерисати. Преступништво као укроћени илегализам постаје оперативни инструменат за незаконите делатности повлашћених кругова."[8]

Очигледно да има много разлога због којих питање алтернативних мера као путева и начина да се постојећи систем кривичног санкционисања хуманизује и рационализује, у неким земљама већ скоро три деценије, изазива посебну пажњу. Мада се под алтернативним мерама најчешће подразумева све оно што одступа од традиционалног режима институционалне изолације, односно затварања, савремено схватање ових мера налаже приступ који подразумева мере не-задржавања које у санкционисању преступничког понашања треба примењивати као прву меру, а не искључиво као замену за мере затварања. У том смислу алтернативне мере санкционисања подразумевају врло широк спектар средстава, мера и поступака којима се може заменити кривични поступак и спречити извођење преступника пред суд, мере незаводског карактера изречене од стране суда којима се редукује или отклања примена казне затвора, као и мере промене и прилагођавања програма поступања са осуђеним лицима на издржавању казне затвора у циљу отклањања негативних последица затварања. По својој садржини то су нове санкције и мере васпитно-образовне, медицинске или терапеутске природе, каје се примењују у оквиру локалне заједнице са циљем да се избегне или умањи непотребна стигматизација осуђених лица и унапреди процес њихове реинтеграције.

2. Алтернативне мере и релевантни међународни стандарди

Алтернативне мере кривичноправног санкционисања не представљају нов концепт. Како у савременим државама постоје крајње различити

[8] М. Фуко: Надзирати и кажњавати, Нови Сад, 1997. стр. 264.

капацитети и велика флексибилност у погледу схватања алтернативних мера и начина њихове имплементације, реална опасност правне несигурности, недостатка јасног усмерења и разумевања циља ових мера захтева успостављање заједничких базних параметара. Криминално политичка основа за примену алтернативних кривичних санкција и постављање стандарда у овој области дефинисана је на Конгресима УН о превенцији злочина и третману учинилаца: 1980. године на шестом конгресу у том смислу је усвојена Резолуција бр. 8 о превенцији злочина и третману учинилаца, 1985. на седмом конгресу Резолуција бр. 16 о редукцији затворске популације, алтернативама затварању и социјалној интеграцији учинилац, да би на наредном заседању 1990. година био усвојен Нацрт стандарда УН о минималним правилима мера не-затварања (тзв. Токијска правила).[9] Најзначајнији документ УН у погледу стандарда алтернативних санкција, ***Минимална стандардна правила о мерама не-затварања, односно Токијска правила*** усвојила је Генерална Скупштина УН децембра 1990. године.

И у оквиру Савета Европе донет је одређени број значајних докумената за ову област: Европска конвенција о надзору над условно осуђеним или условно отпуштеним лицима из 1964. године, Резолуција бр. 1 о условној осуди, пробацији, и другим алтернативама затвору из 1965, Резолуција бр. 10 о пеналним мерама алтернативним затвору из 1976, Европска правила о санкцијама и мерама које се које се извршавају у заједници (део Препоруке R (92)16.), Препорука која се односи на особље које се стара о примени санкција и мера R(97)12, Препорука која се односи на доследност у кажњавању R(97)17, Препорука која се односи на претрпаност затвора и повећање затворске популације R(99)22, Препорука о медијацији у кривичним стварима R(99)19, и Препорука о примени европских стандарда о мерама и санкцијама које се извршавају у заједници R(2000)22 из 2000. године[10]

Основни документи у погледу успостављања основних стандарда дефинисања и примене алтернативних мера, Токијска правила и Пре-

---

9

Види:www.asc41.com/7th%20UN%20Congress%20on%20the%20Prevention%20of%20Crime/7th_congress.htm

10 Види: www.europa.eu.int/eur-lex. Најзначајније и најдуже искуство у примени алтернативних мера имају англоамеричке земље. У САД шира примена ових мера везује са за Juvenile Justice & Delinquency prevention Act из 1974. у оквиру кога је дефинисана и тзв. стратегија динституционализације (DSO), а у UK за Criminal Justice Act из 1972. године на основу кога се установљава, за почетак експериментално, Community service order (CSO) и Day Training Center (DTC). О томе: G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr.: Contemporary Correctiona, Stamford, 2002. стр. 270. и даље; I. Brownlee: Comunity Punishment: A Critical Introduction, London, 1998. стр. 10.

порука R (92)16 и R(2000)22 СЕ немају снагу законског акта и представљају само основу за законску акцију на националном плану. И поред тога, реч је о незаобилазним изворима за националну легислативу, обзиром на политичку и моралну обавезу држава чланица да следе препоруке УН и СЕ. Сврха инструкција садржаних у Токијским правилима није унификација и успостављање узорног система дефинисања и извршења алтернативних мера. Инспирисана потребом хуманизације постојећих система санкционисања и опште прихваћеним стандардима поштовања људских права и слобода, у условима велике разноврсности правних, социјалних, економских и географских услова савременог света, ова правила настоје да поставе основне принципе нормирања и опште прихватљива правила добре организације извршења мера не-затварања и праксе поступању са преступницима према којима се ове мере примењују. Са намером да пре свега послуже као подстицај сталном напору усмереном ка изградњи ефикаснијег и хуманијег система санкционисања преступничког понашања, ова правила представљају, како и сам назив каже, минималне услове неопходне за развијање правила у погледу спровођења мера не-задржавања, као и минималне мере заштите правне сигурности и права и слобода лица која у подвргнута овим мерама.

Токијска правила предвиђају да општи оквир унутар кога се остварују циљеви алтернативних мера представљају принцип недискриминације, принцип минималне интервенције, обавезност надзора и евалуације, предвиђање широког спектра различитих мера и принцип покривености свих фаза кривичноправне интервенције одговарајућим мерама. Правни оквир за примену ових мера чини обавезна предвиђеност сваке мере у закону, нормирање критеријума за избор мере (уз уважавање карактеристика извршеног кривичног дела, самог учиниоца, социјалне средине учиниоца, прва жртве и сврхе изрицања мере), сагласност лица према коме се мера предузима и обезбеђење система заштите његових права, као и ограничавање права само у мери која је неопходна, регулисаност надзора од стране судских или других компетентних органа, искључење било које врсте медицинског или психолошког експе-риментисања и било каквог ризика по ментално и физичко здравље лица према којима се ове мере примењују, константно поштовање достојанства личности преступника, права његове приватности и приватности његове породице, очување потпуне поверљивости података из личног досијеа и нормирање крајње рестриктивног приступа личним подацима од стране трећих лица. При том је неопходна потпуна усаглашеност са релевантним међународним стандардима заштите људских права, посебно оним која се односе на положај лица лишених слободе по било ком основу.

Токијска правила наводе и богат списак алтернативних мера које власти надлежне за њихово предвиђање и изрицање могу имати на располагању: вербалне санкције (опомена, строги укор и упозорење),

условни отпуст, статусна санкција, економске санкције и новчана казна, различити облици налога за конфискацију и експропријацију, накнада штете жртви, налог за компензацију, условне санкције, прекршајни или судски надзор, налог за обављање службе у локалној заједници, налог за јављање центру за надзор, кућно затварање, различити ванинституционални третмани, или комбинација ових мера, уз инструкцију да посебно треба предвидети мере које се могу применити пре (и уместо) спровођења кривичног поступка, у току поступка као замена за традиционалне мере, као и мере које се могу применити после изрицања казне затвора. За сваку меру треба посебно регулисати услове примене, дужину трајања, услове извршења, начин надзирања, примену третмана, дисциплинска питања и услове опозивања, као стандарде и организацију особља потребног за примену мере. Посебно је важно обезбедити партиципацију локалне заједнице, адекватну промоцију програма, јавну подршку и сарадњу, кооперативност и јавног и релевантног приватног сектора, дефинисати услове за учешће волонтера. Неопходно је предвидети и обезбедити услове и за стално праћење и планирање примењених програма, њихову евалуацију и даље развијање, као и за критичко научно праћење резултата и размену искустава у сарадњи са релевантним међународним телима.

Препорука Савета Европе о европским правилима о санкцијама и мерама које се извршавају у заједници бр. R(92)16 са циљем да охрабри подстакне развијање санкција и мера којим друштво може ефикасно да се супротстави криминалитету, а да при томе допринесе да се избегну негативне последице затворских казни садржи детаљну листу упутстава (деведест правила) које државе чланице треба да следе у законском нормирању алтернативних санкција и мера и њиховој практичној примени. Слично као и Токијска правила, Препорука дефинише опште принципе и правни оквир, потребне људске и финансијске ресурсе и различите аспекте управљања новим санкцијама и мерама. У првом делу Препоруке садржане су инструкције правног карактера које одређују основне стандарде за потребан правни оквир, правосудне гаранције и поступак жалбе, стандарде поштовања основних права и стандарде релевантне за нормирање сагласности и сарадње лица према којима се мере примењују. Посебно се наглашава да се алтернативне санкције у складу са принципом легалитета прописују само законом, изричу се само у судском поступку од стране овлашћених органа (државног тужиоца, судије или судског већа), трајање санкције, допунски услови и обавезе које терете осуђено лице такође морају да буду јасно прописани. Неиспуњење одређеног услова или обавезе не може да буде прописано као посебно кривично дело. Да би се за легислативу којом се уводе нови систем алтернативних мера и санкција обезбедио делотворан систем практичног спровођења неопходно је обезбедити професионално едуковано особље, адекватно финансирање и кооперативност локалне заједнице, која се огледа не само у прихватању и

разумевању природе и садржаја нових мера, него и у активном учешћу у остваривању конкретних програма. У том смислу је други део Препоруке посвећен људским и финансијским изворима и садржи посебна поглавља која регулишу основне стандарде који се тичу особља задуженог за спровођење санкција и мера, финансијских параметра битних за успостављање система и извршавање појединачних мера, као и правила која регулишу начин успостављања и одржавања кључних релација важних за укључивање и учествовање локалне заједнице. Трећи део садржи упутства у погледу чувања и саопштавања података о лицима која су у програму алтернативних санкција и мера, правила о заштити података, заштити приватности преступника и његове породице, правила у вези статуса преступника у току трајања мере и природе послова које обавља, принципе дисциплинског поступања у случају непоштовања програма. Посебан сет инструкција посвећен је евалуацији и праћењу и истраживању ефикасности и делотворности нових мера и санкција.

Препорука Савета Европе о примени европских стандарда о мерама и санкцијама које се извршавају у заједници R(2000)22 из 2000. године наглашава важност настављања процеса увођења и примене алтернативних санкција утемељеног на принципима Европских правила садржаних у Препоруци R (92)16. Узимајући у обзир резултате истраживања дотадашње примене ових мера[11] у намери да отвори нове могућности за ширу и делотворнију примену алтернативних мера и санкција ова препорука прецизира нека упутства садржана у Европским правилима, и посебно наводи неке примере таквих мера: алтернативе притвору пре судског поступка (захтев да осумњичени не напушта одређено место и надзор над осумњиченим од стране органа који одреди суд), условна казна као независна санкција која која се изриче без утврђивања казне затвора, суспензија извршења казне затвора под одређеним условима, служење у заједници (обављање одређених послова за заједницу без накнаде), накнада жртви, медијација жртва-извршилац, налог за обавезно лечење алкохоличара, наркомана, налог за обавезно психијатријско лечење, кућни притвор, електронски надзор за време условног отпуста, условљавање казне затвора изрицањем одређених обавеза, изрицање одређених мера током кривичног поступка које доводе до обуставе даљег поступка. Посебно се истиче потреба да националне

[11] Ови подаци су садржани у извештају Европског комитета за проблеме криминалитета који је Комитет министара разматрао септембра 2000. године и на основу њега и узимајући у обзир Препоруке R(97)12, R(99)19, R(99)22, новембра 2000. усвојио Препоруку о примени европских правила о мерама и санкцијама које се извршавају у заједници; European Committee on crime problems (CDPC): Draft Report on achiving a more effective use of community sancions and measures, CM(2000)113 Addendum III 16 August 2000.

власти приликом доношења нових закона размотре могућност да се мере не-задржавања предвиде као основне санкције за одређена кривична дела, да се уведу нове мере рада у корист заједнице које се изричу у кривичном поступку, као и да се анализирају потребни услови под којима ове мере и санкције могу да се примењују и према извршиоцима тежих кривичних дела и према повратницима.

3. Алтернативне мере у новом кривичном законодавству

Позитивна искуства других земаља, позитиван став домаће теорије о оправданости алтернативних мера, као и одговарајућа криминално политичка струјања, утицала су да ново кривично законодавство Р Србије предвиди више простора за примену алтернативних мера.

3.1. Кривични законик Републике Србије

Систем кривичног санкционисања регулисан новим Кривичним закоником Р Србије[12] предвиђа више различитих врсти кривичних санкција. Пунолетним лицима се могу изрећи казне (затвор, новчана казна, рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе), мере упозорења (условна осуда, судска опомена) и мере безбедности (обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара, забрана вршења позива, делатности ли дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимање предмета, протеривање странаца из земље и јавно објављивање пресуде), а малолетним учиниоцима васпитне мере (мере упозорења и усмеравања: судски укор и посебне обавезе; мере појачаног надзора: појачани надзор од стране родитеља, усвојиоца или стараоца, појачани надзор у другој породици, појачани надзор од стране органа старатељства, појачани надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитање и образовање малолетника), малолетнички затвор (само старијим малолетницима) и мере безбедности (изузев забране вршења позива делатности или дужности).

Општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција јесте сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Поред опште сврхе кривичних санкција, сваки тип кривичних санкција има и своју посебну сврху која одражава специфичности те врсте санкција. Сврха кажњавања јесте спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће више не врши кривична дела (специјална превенција), утицај на друге да не чине кривична

[12] Усвојен у септембру 2005. године, ступио на снагу 1. јануара 2006. Сл. Гласник Републике Србије, 85/05.

дела (генерална превенција) и изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона (позитивна генерална превенција).

Приметно ја да нови КЗ уводи две нове мере које се могу сматрати алтернативама казни затвора, једну санкцију, рад у јавном интересу, и посебну меру којом се регулише поравнање учиниоца и оштећеног које може да буде основ за ослобођење од казне учиниоца кривичног дела.

Рад у јавном интересу (чл. 52. КЗ) се може изрећи само за кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна, при чему се под радом у јавном интересу подразумева сваки друштвено користан рад којим се не вређа људско достојанство и који се не врши у циљу стицања добити. Основни смисао ове санкције јесте да буде замена за казну затвора (рад у јавном интересу може заменити и новчану казну која није плаћена (чл. 51. ст. 4. КЗ), у ситуацијама у којима се раније примењивао искључиво тзв. суплеаторни затвор)[13]. Чињеница да ова мера може изрећи само као главна казна, наглашава њено место у систему кривичних санкција. Приликом изрицања ове мере суд узима у обзир сврху кажњавања, врсту учињеног кривичног дела, личност учиниоца, као и његову спремност да обавља друштвено користан рад, обзиром на то да се рад у јавном интересу не може изрећи без пристанка учиниоца. Рад у јавном интересу не може да буде краћи од шездесет часова нити дужи од тристашездесет часова, и траје шездесет часова у једном месецу, а укупан временски период у коме се овај рад обавља не може да буде краћи од месец дана, нити дужи од шест месеци. У случају да осуђени на ову казну не обави све часове рада, суд ће ову казну заменити казном затвора рачунајући сваких започетих осам часова рада у јавном интересу као један дан затвора, а уколико савесно обавља своје обавезе везане за рад у јавном интересу, суд може умањити казну за једну четвртину.

Ова санкција одражава све предности алтернативног приступа санкционисању учинилаца лакших кривичних дела: осуђени задржава своје породичне и друге друштвене релације, наставља са радом у својој професији, нема депривација и стигматизације карактеристичне за казну затвора, трошкови извршења су мањи у поређењу са казном лишења слободе, а рад који се обавља има карактер компензације друштву за штету причињену извршеним кривичним делом и може позитивно и едукативно да делује на учиниоца у смислу прихватања одговорности за своје поступке. У нашим условима проблем може да представља извршење рада у јавном интересу, обзиром на недостатак одговарајућих волонтерских и хуманитарних организација, као и евентуална неразумевање сврхе и карактера ових мера од стране шире јавности.

Поравнање учиниоца и оштећеног (чл. 59. КЗ) могуће је у случају извршења кривичног дела за које је прописана казна затвора до три године

[13] З. Стојановић: Кривично право, општи део, Београд, 2006. стр. 275.

или новчана казна. Под условом да учинилац кривичног дела постигне споразум са оштећеним и испуни све услове из тог споразума, суд може учиниоца ослободити од казне. Очигледно је да се овом мером такође избегава примена казне затвора и истовремено проширује, за сада минимална, могућност накнаде штете за жртву у току самог кривичног поступка, обзиром на то да је најчешћи предмет споразума учиниоца и жртве компензација штете, и да се жртва ради остваривања компензационог захтева најчешће упућује на парнични поступак, који је дуготрајан и у великој мери неизвестан у погледу крајњег резултата.

Ради потпунијег увида у систем алтернација казни затвора треба непоменути да КЗ, уз одређене измене, задржава традиционалне алтернативне санкције: условну осуду и судску опомену, као и условну осуду за заштитним надзором, којима се на учиниоце лакших кривичних дела, само упозорењем, или претњом да ће се применити (утврђена) казна затвора, без примене казне затвора, утиче да више не врше кривична дела.

Узимајући у обзир сврху условне осуде, личност учиниоца, његов ранији живот, понашање после извршеног кривичног дела, степен кривице и друге околности, *условна осуда* се може изрећи када је учиниоцу утврђена казна затвора до две године, с тим што се за кривична дела за која је предвиђена казна затвора од десет година и тежа казна не може изрећи условна осуда, као ни у случају када није протекло више од пет година од правоснажности осуде којом је истом учиниоцу изречена казна за умишљајно кривично дело. Условном осудом суд учиниоцу утврђује казну затвора и истовремено одређује да се она неће извршити уколико осуђени за време које суд одреди, а које не може бити краће од једне нити дуже од пет година не учини ново кривично дело. Суд може у условној осуди одредити да ће се казна извршити и ако осуђени у одређеном року, који суд утврђује у оквиру времена проверавања, не врати имовинску корист прибављену извршеним делом, не надокнади штету коју је проузроковао или не испуни неку другу обавезу предвиђену кривичноправним одредбама. Условна осуда се може у току времена проверавања (или изузетно у року од једне године од истека овог времена, чл. 70. КЗ.) опозвати због новог кривичног дела, раније учињеног кривичног дела или због неиспуњења одређених обавеза.

КЗ, ценећи глобална позитивна искуства и правну и криминално-политичку одрживост теоријског концепта, задржава и *условну осуду са заштитним надзором*, упркос чињеници да је до сада у нашим условима изрицана у занемаривом броју због проблема у извршењу. У неким ситуацијама, имајући у виду личност учиниоца, његов ранији живот и држање после извршеног кривичног дела, посебно однос према жртви, као и друге околности под којима је дело извршено, може се оправдано очекивати да ће сврха условне осуде потпуније остварити, уколико се за учиниоца предвиде и посебне мере помоћи, старања, надзора и заштите. Другим речима, постоји оправдана сумња у погледу учиниоца и његових капацитета

да се уздржи од даљег вршења кривичних дела уколико остане препуштен сам себи. У том случају суд уз изрицање условне осуде осуђеног ставља под заштитни надзор за одређено време у току времена проверавања. Заштитни надзор може да обухвата једну или више од следећих обавеза: јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора у роковима које тај орган одреди, оспособљавање учиниоца за одређено занимање, прихватање запослења које одговара способностима учиниоца, испуњавање обавезе издржавања породице, чувања и васпитања деце и извршење других породичних обавеза, уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредби, ако то може да буде подстицај за поновно вршење кривичних дела, благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места, уздржавање од употребе дроге или алкохолних пића, лечење у одговарајућој здравственој установи, посећивање професионалних и других саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима, отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела. Избор и трајање обавеза суд цени обзиром на године учиниоца, здравствено стање, склоности и навике, побуде из којих је дело учињено, ранији живот, личне и породичне прилике, услове за испуњење наложених обавеза и друге околности које се односе на личност учиниоца.

Судска опомена као посебна кривична санкција не доводи до ограничавања права и слобода учиниоца и представља најблажу санкцију за пунолетне извршиоце. Код примарних извршиоца и извршиоца лакших кривичних дела она представља замену за краткотрајне казне затвора. Може изрећи за кривична дела за које је прописана казна затвора до једне године или новчана казна, а која су учињена под олакшавајућим околностима које их чине нарочито лаким, када суд обзиром на сврху судске опомене, личност учиниоца, његов ранији живот, понашање после извршеног кривичног дела, а нарочито однос према жртви учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело извршено, оцени да је то оправдано. Код одређених кривичних дела где је то посебно прописано, судска опомена се може изрећи и када је прописана казна затвора до три године, а може се изрећи и за кривична дела учињена у стицају ако за свако од тих дела постоје услови за изрицање судске опомене. Судска опомена се не може изрећи малолетним учиниоцима (судски укор, као васпитна мера упозорења и усмеравања, сврхом и садржином одговара судској опомени), нити војним лицима за кривична дела против војске (у ови случајевима је предвиђена замена кривичне одговорности дисциплинском одговорношћу).

3. 2. Законик о кривичном поступку Р Србије

Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије [14] садржи одређене мере процедурално-материјалног карактера, које наравно немају карактер санкција, али имају карактер алтернативних мера јер, уколико су испуњени одређени услови, искључују покретање и вођење кривичног поступка. Наиме, ЗКП предвиђа *могућност опрошта кривичног гоњења осумњиченом који је испунио одређене обавезе* и нормира посебну врсту поступка, поступак посредовања ради постизања поравнања између окривљеног и оштећеног, и у оба случаја омогућава примену одређених мера према учиниоцима лакших кривичних дела, запрећених казном затвора до три године, без вођења кривичног поступка и без изрицања казне затвора.

Јавни тужилац може да одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, уколико осумњичени прихвати да испуни једну или више мера: да отклони последицу кривичног дела или да накнади штету насталу извршењем кривичног дела, да испуни доспеле обавезе издржавања, да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога, да се подвргне психосоцијалној терапији, да се запосли на радном месту које је доступно и одговара његовим радним способностима и квалификацијама, да плати одређени новчани износ у корист неке општепризнате хуманитарне организације, фонда за заштиту жртава кривичног дела, или другог општепризнатог хуманитарног фонда или јавне установе која се искључиво или претежно бави хуманитарним радом, да обави одређени друштвенокорисни или хуманитарни рад. Уз сваку од ових обавеза јавни тужилац може осумњиченом као посебан услов да одреди да испуни имовинскоправни захтев оштећеног, да се лично извини оштећеном. Списак и приоритетни редослед могућих облика друштвено корисног и хуманитарног рада, као и списак и редослед фондова, јавних установа или организација, одређује јавни тужилац. Уколико у року, који не може бити дужи од шест месеци, осумњичени изврши прихваћену обавезу, јавни тужилац одбацује кривичну пријаву, односно обавештење о кривичном делу, а оштећени као приватни тужилац нема право да преузме кривично гоњење (заправо најчешће нема интереса обзиром на карактер обавеза осумњиченог).

Поступак посредовања ради поравнања између окривљеног и оштећеног иницира предлогом окривљени или његов бранилац, оштећени или његов пуномоћник или јавни тужилац по службеној дужности. Уколико се ради о кривичном делу за које је прописана казна затвора до једне године или

[14] Усвојен маја 2006. године (види: Службени гласник Републике Србије, 46/06), требало је да ступи на снагу 1. јуна 2007. године. Скупштине Републике Србије због неиспуњености материјалних техничких услова одложила је примену овог закона до 31. децембра 2008. године (Службени гласник Републике Србије, 49/07.).

новчана казна, и уколико обзиром на кривично дело, последицу дела, околности под којима је дело извршено, ранији живот окривљеног, његово понашање након дела, обзиром на личност и окривљеног и оштећеног, и на њихов ранији однос и будуће могуће и очекиване односе, јавни тужилац процени да евентуално поравнање очигледно оправдано, може позвати оштећеног и окривљеног на посебно рочиште ради испитивања могућности да буду упућени на поступак поравнања. Тужилац може да поступи на исти начин и ако се ради о нешто тежем делу, односно делу за које прописана казна затвора до три године, под условом да је окривљено лице претходно неосуђивано, и да показује искрено кајање због учињеног дела, као и спремност да у потпуности отклони последице кривичног дела, накнади проузроковану штету или испуни друге обавезе.

На овај начин јавни тужилац поступа по пријему кривичне пријаве, односно обавештења о кривичном делу, али и када је већ поднео оптужни предлог, све до завршетка главног претреса, ако процени да је обзиром на изведене доказе и релевантне околности и обзиром на понашање окривљеног и оштећеног током поступка, са становишта интереса правичности и заштите интереса оштећеног, поравнање најадекватније решење. Након прикупљених потребних података и пристанка окривљеног и оштећеног, јавни тужилац доноси решење о упућивању на поступак поравнања у коме може окривљеном наложити и испуњење једне или више обвеза које су предвиђене и за опроштај кривичног гоњења. Сам поступак посредовања ради поравнања има неформални карактер, траје најдуже три месеца и води га, на основу претходне сертификоване едукације за посредовање, овлашћени посредник кога одређује Републички јавни тужилац. Овлашћени посредник прати испуњење наложених обавеза од стране окривљеног и о коначном испуњењу, као и самом исходу поравнања, подноси писмени извештај јавном тужиоцу.

Уколико је поравнање успело, јавни тужилац може да одбаци кривичну пријаву или одустане од кривичног гоњења окривљеног ако оцени да оглашавање окривљеног кривим уз ослобађање од казне (чл. 59. КЗ) није сврсисходно. Међутим, уколико јавни тужилац сматра да је целисходно да се окривљено огласи кривим а ослободи од казне, подноси оптужни предлог или наставља кривично гоњење, а суду подноси доказ о успелом поравнању и предлаже доношење одлуке о ослобођењу од казне. У случају да суд усвоји овај предлог, јавни тужилац нема право жалбе, а уколико суд не усвоји предлог и окривљеном изрекне казну, јавни тужилац је дужан да поднесе жалбу у корист окривљеног.

У случају неуспелог поравнања, јавни тужилац без одлагања подноси оптужни предлог, односно наставља кривично гоњење, или, ако оцени да окривљени не сноси кривицу због неуспелог поравнања, и да кривично гоњење не би било целисходно, односно да су испуњени услови за

опроштај кривичног гоњења, прекида кривично гоњење и примењује институт опроштаја кривичног гоњења.

3. 3. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица

Осим тога што се кривичноправни статус малолетника по први пут у потпуности регулише посебним актом, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[15], као новину уводи и посебну алтернативну меру, васпитни налог, који по својој природи није кривична санкција и може да се примени према малолетнику пре покретања кривичног поступка или у току поступка. Сврха васпитних налога јесте да се према малолетнику не покреће кривични поступак или да се обустави поступак. Непокретањем кривичне процедуре или њеним "скретањем" ка непеналном исходу, применом ове мере, у складу са принципом неинтервенисања или минималне и постепене интервенције, утиче се на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би вршио кривична дела и избегава штетно стигматизирајуће деловање кривичне процедуре и кривичних санкција.

За лакша кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике могу, уколико малолетник признаје кривично дело и обзиром на његов однос према кривичном делу и према оштећеном, према малолетном учиниоцу применити један или више васпитних налога. Закон предвиђа пет посебних васпитних налога: поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја; подвргавање одговарајућем испитивању или одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога; и укључивања у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту. У сарадњи са родитељима, усвојиоцем или стараоцем малолетника и надлежним органом старатељства, надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике врши избор васпитног налога узимајући у обзир у целини интерес малолетника и оштећеног и посебно водећи рачуна да примењивање васпитних налога не омета школовање или запослење малолетника.

[15] Усвојен септембра 2005. године, ступио на снагу 1. јануара 2006. године; Службени гласник Републике Србије, 85/05.

4. Закључак

Досадашња искуства[16] примене алтернативних санкција и мера указују на позитивне резултате, као и на позитивне потенцијале које треба искористити бољом организацијом програма, али на неке негативне ефекте.[17]

Програми који се изводе у оквиру алтернативних мера за неке преступнике су далеко ефектнији него институционализација. Одређене програме рада са преступницима једино је могуће у организовати у "природним", неинституционалним условима. За разлику од артефицијелних услова изолације у којима се о стварним проблемима живота на слободи само дискутује, кроз алтернативне мере које се извршавају у заједници преступници се суочавају са реалним проблемима породичног и професионалног живота и стварним изазовима и искушењима прокри-миналне средине и прилика за вршење кривичних дела. Стигматизација, која прати сваку санкцију чија је садржина краћа или дужа институционална изолација, код алтернативних мера је значајно редукована. Осуђено лице које се налази на извршавању неког од програма алтернативних мера остаје у оквирима својих свакодневних релација и околина га не доживљава као осуђеника. Проблеми реинтеграције у породични и социјални живот након завршетка алтернативних програма не постоје или су минимални, у сваком случају, неупоредиви са редовним тешкоћама реинтеграције после издржане казне затвора. Уз све то, има озбиљних показатеља да је, генерално посматрано, ванинституционално кажњавање за државу економски исплативија опција.[18]

Са друге стране посматрано, очекивања да ће увођење и шира примена алтернативних мера значајно умањити затворску популацију, редуковати трошкове заводског система, подићи ефикасност друштвене реинтеграције и смањити поврат, нису испуњена.[19] Број осуђених лица се није битно променио. Јачање криминално-политичке орјентације која се залаже за репресивнији приступ као одговор на раст најтежих облика криминалитета

[16] European Committee on crime problems (CDPC): Draft Report on achiving a more effective use of community sancions and measures, CM(2000)113 Addendum III 16 August 2000.

[17] О проблемима евалуације алтернативних програма види: G. Mair: Community Penalties and the Probation Service, The Oxford Handbook of Criminology, sec. ed. Ed. by M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, Oxford, 1997. стр.1216. и даље. M. Davies, H. Croall, J. Tyrer: Criminal Justice, London, 2005. стр. 408. и даље.

[18] G. Larry Mays, L. Thomas Winfree: op. cit. стр. 248.

[19] Јасне предности деинституционализације, "The tree R¨s - rearation, restoration and reintegration", долазе до изражаја у стабилним друштвеноекономским приликма, док у периодима криминалнополитичке нестабилности и јачања репресије ови програми показују своју камелеонску природу и примају израженија обележја пунитивноретрибутивног концепта. A. Worral: Punishment in the community, London, 1997. стр. 98, 99.

деведесетих година, повећање броја изречених казни затвора, недовољно коришћење мера неинституционалног карактера, у неким периодима је утицало на раст броја осуђених лица, упоредо са јачањем покрета за алтернацију мера затварања. [20] Искуство показује и тенденцију да су алтернативне мере и програми најчешће коришћени као замена за друге алтернативне мере, или су остваривани у генерално преовлађујућем ретрибутивнопунитивном концепту. Примећено је и да опозив алтернативне мере којом се казна суспендује под одређеним условима, неретко доводи до примене дуже казне од оне која би била изречена одмах без примене алтернативе, обзиром на тенденцију судова да, за разлику од безусловних, условно изричу казне дужег трајања. Примену неинституционалних мера прати и тзв. "ефекат ширења мреже", односно појава да алтернативне санкције и мере уводе више грађана под неки облик социјалне контроле, него што је то случај без примене алтернативних програма. Када се при том узме у обзир и да шири спектар нових мера и програма нужно захтева и укључење већег броја адекватно едукованог особља, и питање економских предности система деинституционализације постаје дискутабилно.[21] Не треба занемарити ни приговоре да алтернативни програми који се извршавају у локалној заједници могу да угрозе јавну безбедност грађана и да "општу сигурност грађана не треба жртвовати ради уштеде трошкова или због убеђења".[22]

Обећања и очекивања која прате алтернативне мере јесу велика и заводљива, али пут њиховог остварења има препрека и нејасноћа у погледу исхода. Очигледно је да програми деинституционализације свакако нису лек за све проблеме савременог система кривичноправног санкционисања. Искуства примене алтернативних санкција и мера показују да почетни ентузијазам и велика очекивања замењује реалнији у умеренији критички приступ.

Ново кривично законодавство Р Србије уводи солидан систем алтернативних мера у складу са релевантним међународним стандардима. Међутим, законска регулатива представља само први корак, спровођење нормираних мера у пракси отвара значајне проблеме, који могу да доведу у питање и

[20] Феномен "бифуркационе стратегије или стратегије дуплог колосека" доводи до истовременог јачања и благости и строгости у кжњавању: у пракси шира примена неиституционалних мера за починиоце лакша кривична дела, парати повећана строгост у кажњавању тешких и најопаснијх облика криминалитета , I. Brownlee: op. cit. стр. 12,13.

[21] P. Cromwell, L. F. Alarid, R. B. del Carmen: Community-based Corrections, Belmont, 2005. стр. 20; T. R. Clear, G. F. Cole: American Correctons, Belmont, 2003. стр. 227.

[22] Грађани не желе "криминалце" у свом непосредном окружењу и тзв. NIMBY синдром ("not in my back yard!") представља типичан одговор окружења у коме треба спровести одређени алтернативни програм. G. Larry Mays, L. Thomas Winfree: op. cit. стр. 254.

нормативно решење и теоријски концепт. Амбициозна законска решења инертна пракса скромних могућности претвара у празно слово на папиру. Осим тешкоћа, које примена ових мера по природи ствари носи и о којима је било речи, у нашим условима обезбеђеност организационих и материјалнотехничких услова за примену закона представља готово хроничан проблем. Тако, иако условна осуда са заштитним надзором постоји у кривичном законодавству неколико деценија, никада није примењивала на адекватан начин, због неизграђености одговарајућег механизма у систему социјалне заштите. Необезбеђеност одговарајућих услова јесте и разлог тренутне суспензије примене новог Законика о кривичном поступку, као и, за сада, незнатне примене нормираних мера у Кривичном законику и Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

Prof. Dr. Snezana Sokovic,
a full-time professor

ALTERNATIVE CRIMINAL SANCTIONS, RELEVANT INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS AND NEW CRIMINAL LEGISLATION

There has been an evident need for a reform of criminal sanctions, not only at the national level, but globally. Despite the fact that the research has shown that imprisonment has not proved as a justifiable criminal sanction since there is not a correlative relation between the increasing rate of prison sanctions and decreasing rate of crime, normative solutions show that repression is still considered as dominant and the most efficient way of combating crime. Unlike the long imprisonment sentences and similar criminal sanctions which lead to the complete social isolation and rejection of the convict, alternative sanctions, which also include punishment, ensure an active engagement of the social community and family and do not favor recidivism. They also cost less and this money can be diverted to more useful purposes.

This work speaks in favor of a larger application of alternative criminal sanctions and measures and closely analyzes relevant legal standards, such as UN Minimum standard rules on non-imprisonment measures from 1990 (Tokyo rules), as well as the recommendations of the European Counsel on the application of European standards on measures and sanctions executed in community from 2000. The author emphasizes that new criminal legislation

of the Republic of Serbia (Criminal law, Law on juvenile delinquency and legal protection of minor delinquents and new Law on criminal procedure) includes a wider range of alternative criminal sanctions and introduces certain elements of restorative justice. This represents a significant step forward in the reform of the system of criminal sanctions, but it should be noted that the key problem of domestic penal system does not lie in the legislation, but in providing the conditions for an adequate application of the existing regulations. Without a thorough change of the system and the method of the execution of criminal sanctions, the existing progress in the legislative reform remains useless, and the social response to crime, inefficient.

Др Ивана Симовић Хибер,
ванредни професор

UDK:343.21

ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИЈА КРИВИЧНОГ ПРАВА И УЛОГА КРИВИЧНОПРАВНЕ НАУКЕ

Идеја интернационализације кривичног права је у последње време једна од популарнијих у кривичноправној литератури. Међутим, по старом добром обичају само значење и обим тог појма није довољно прецизирано.

Обично се подразумева првенствено интернационализација законских прописа. Међутим, концепт интернационализације кривичног права је нужно присутан и у доктринарним размерама.

Ова идеја наравно да није нова. Концептуализација ове идеје се непосредно везује за период после Другог светског рата.

Незаобилазну и важну улогу у томе је имао Jecheck, чувени немачки научник који је још 1949. године својим радом "Одговорност државних органа према међународном праву. Студија о Нирнбершким процесима", као и радом "Казнена власт наддржавних заједница" начинио корак у ново и непознато.[1]

Можда најважнији допринос даје његова идеја да циљ интернационализације није стварање светског или европског јединственог кривичног законодавства, већ концептуална и нужна усаглашавања у циљу заштите људских права и стварања могућности, у виду правила о суђењу на неком међународном кривичном суду. У историјском смислу ова идеја је свакако драгоцена као одраз концептуализације опредељења о нужности формирања ефикаснијег механизма процесуирања међународних злочина.

Међутим, изгледа да су се сад стекли услови да ову идеју претворимо у другом степену баш у идеју стварања наднационалног (наддржавног) кривичног права.

Римски статут је можда најзначајнији документ, који је тренутно највише што је постигнуто на нивоу делимичне кодификације материјалноправних одредби о повредама људских права (чл. 5-8 и 23-33), као и процесноправне одредбе (чл. 53 и даље, 62 и даље и 81 и даље).

Други покушај је пројекат или нацрт или студија европског кривичног права познатији као *Corpus Juris*. Тај пројекат је ограниченог домета, али је важно поменути га у контексту шире европске идеје или концепта кодификације кривичног права на регионалном нивоу.

---

[1] Према Hirch, H. J. ,Zeitschrift fur die gesamte strafrechtswissenschaft, бр. 4/2004., Jescheck, H. H., ZStW, 65, 1953., стр. 496.

Corpus Juris није извор права у класичном смислу првенствено због тога што је предвиђен као инструмент који је експериментално понуђен у оквиру парцијалног циља заштите финансијских интереса Европске уније[2]. Међутим, значајна је општа идеја или циљ овог пројекта, а то је провера могућности за имплементацију кривичних одредби материјалног и процесног карактера овог документа у кривичноправне поретке држава чланица. Схваћен као врста експеримента, овај пројекат је добра илустрација добре идеје, али и свих несугласица које су се поводом даље идеје имплементације појавиле.

Тај проблем би се најлакше могао илустровати, али и објаснити чињеницом да *Corpus Juris* поред индивидуалне кривичне одговорности, предвиђа одговрност овлашћених особа правног лица, али и кривичноправну одговорност самог правног лица. У методолошком смислу пројекат *Corpus Juris* је за ову тему значајан и по томе што је приликом његовог формирања било извршено и упоредно истраживање о правном положају кривичне одговорности правног лица у системима европских држава. Ово истраживање је већ на узорку законских решења показало све контраверзе, показујући да посматрани кривичноправни системи нуде скалу решења која иду од прихватања и инкорпорисања одговорности правног лица у кривичноправни систем до става о неуставности таквог решења.

Не задржавајући се на овом месту на питању суштине решења о кривичноправној одговорности правног лица, указујемо на идеју унификације националних кривичних одредби, који је ова комисија предложила[3], а која би се спровела тако што би се **наднационалном уредбом Европске уније** наложило предложено унифицирано решење.

Овај предлог би практично значио да се уредбом, која према чл. 249 ст. 2 Уговора о Европској заједници има наднационални карактер, и која је самим тим правно обавезујућа за потписнице, има за последицу непосредно примењивање у правним системима држава чланица. Пошто је претходно установљен принцип примата права Европске уније над националним законодавством, тиме би се по мишљењу аутора пројекта *Corpus Juris* избегле све уставне и законске препреке за примену ове норме.

---

[2] Рад на овом пројекту јена иницијативу Европске комисије почео 1995. године, завршен 1997. године, у виду прве верзије, да би после критичке расправе законодавних и извршних органа држава чланица Европске уније оформљена друга верзија 2000. године. Радила га је група професора кривичног права под руководством француске професорке Delmas-Marty, M.

[3] Delmas-Marty, M., Necessity, legitimty and feasibility of the Corpus iuris, u. T*he implementation of the Corpus iuris in the Member States,* Bol. I, Antwerpen. Intersentia, стр. 74-75, 2000.

Међутим, овој идеји је супротстављена чињеница непостојања установљене опште надлежности Европске уније у кривичноправној области, па би за прописивање кривичноправне одговорности правног лица наднационалном уредбом, нужно претходила правна претпоставка да државе чланице пренесу своју законодавну надлежност из области кривичног права на Европску унију.

То су у најкраћим цртама описани тренутни резултати, тако да је важно зауставити се на питању реалних домета и квалитета ових покушаја интернационализације кривичног права.

Ретко се наиме поставља питање шта је доктринарна основа наднационалног кривичног права.

Питање би се у суштини сводило на то који би био усаглашени основ за избор основних опредељења. Кључно је наиме питање и одговор о прихватању или избору општих теорија.

Може се запазити да се у свим досада написаним међународним документима кривичноправне материје прилично озбиљно разрађује скуп инкриминација, или посебни део, али да је општи део још увек рудиментарног карактера.[4] Додуше, трећи део Римског статута садржи Општа правна начела.

Но, не постоји научна утемељеност избора и образложење изабраног опредељења. Није неважно напоменути, а обично се избегава поменути, да је у међународном кривичном праву до сада био доминантан утицај англосаксонског модела кривичног права, што је врста инерције засноване на познатом, провереном моделу који је био "успешан", у случају нирнбергшког процеса.[5] Овај модел је чак синоним за тзв. прву фазу транзиционе правде.[6]

Расправа о методу стварања општег дела међународног кривичног права стога би требало да добије балансиранији израз у тражењу прихватљивог теоријског основа.

Претпоставку да ће за теоријски основ бити изабрана "најбоља" теорија нужно обезнажује чињеница да је чак и избор врсте деликата за која ће се предвидети наднационална кривичноправна надлежност, нужно политичка одлука.

Интернационални карактер целог подухвата даје степен овлашћења чије границе одређују међународни уговори, али би на питање да ли је неки пропис тог типа сагласан основним начелима кривичног права, одговор морала дати доктрина.

---

[4] Theobald, N., ''Defences'' bei kriegsvebrechen am beisppil Deutschlands und der USA, 1998., стр. 6.

[5] Ambos, ZStW, 111, 1999., стр. 597, 622.

[6] Вид. шире Teitel, R., Transitional justice genealogy, Harvard human rights journal, vol. 16, стр. 72-75, 2003.

То се пре свега односи на начело законитости, које чини се, још увек игра небитну улогу на међународном нивоу. Први разлог је претпоставка која је постојала у време обликовања формулација неких међународних злочина, да ће они бити примењени индиректно, односно да ће државе приликом имплементације преузетих обавеза у интерно или сопствено законодавство, адекватно својим позитивним решењима, саме прецизирати обележја кривичног дела и казне. Други, је према Bassiouni-у, реалнији, а наиме чињеница да су оно што се обично назива међународним кривичним правом, а то су конвенције, као његов основни извор креирали политичари или дипломате, који независно од тога што мисле о својим могућностима све најбоље немају потребна знања, чак вештине препознавања општих појмова из области кривичноправне науке.

Но, основни разлог је непостојање заједничке и кохерентне законодавне политике у овој области. Међународна заједница се и поред искуства Другог светског рата, и даље понаша изненађено и панично када је претекну реални масовни злочини, па увек, бар до сада делује *ad hoc i post facto.*

Са друге стране, мора се прихватити чињеница да многим државама одговара стање **правних празнина и преклапања**, односно кумулирања нормативних решења о једном проблему, пошто се примена на тај начин формираног и понуђеног механизама лако релативизује чињеницом могућности различитог тумачења, сходно интересима државе у питању.

Ситуација је још компликованија када се ради о директној примени конвенција као извора међународног кривичног права. Питање је колико се посвећује пажње дефинисању основних и конститутивних обележја појма кривичног дела. Тешко да је присутна. Подразумевано значење појма кривичног дела (или злочина свеједно) није реалан садржај.

Стога је, да понудимо констатацију, улога доктрине незаобилазна, али недовољно присутна.

Појмовни оквири општих претпоставки кривичног дела у теоријском опредељењу, као ег. појмовне границе покушаја и припремних радњи, извршиоца и саучесника, намере и нехата, да се само задржимо на њима, су неспорно основни проблеми кривичног права, и још увек неусаглашени, мада анализирани до најситнијих детаља, сад већ можемо рећи више векова. На различитост одговора на ова питања утиче чињеница да су сама национална законодавства на различитом степену развоја и кохерентности, па је суштина проблема питање како се то онда може решити на наднационалном нивоу.

Класичан одговор је методолошке природе, наиме предлаже се **упоредноправна анализа** и **синтеза преовлађујућег**.

Но, то нужно води поређењу националних законодавстава, а она, како је примећено нису погодан основ за одговор. Све што остаје у границама националног, (законодавство и судска пракса) није довољно неутрално и

стабилно за стварање универзалних, наднационалних појмова. Томе треба додати и већ поменуту чињеницу хегемоније англосаксонског права над континенталним типом, (наметнуто од нирнбершког процеса), док, континентално себе сматра развијенијим у теоријском смислу.

Но, и независно од овог става о коме се много расправљало, важно је истаћи да треба пројектовати теоријска упоришта која ће такође бити наднационална, ако је циљ стварање универзалних појмова и знања. Расправа о **методу** стварања права у значењу стварања општег дела наднационалног кривичног права није завршена. Расправа о методу није ни довољна за решење овог проблема.

Нужно је стога поћи из "супротног" правца.

Још давне 1894. године *Franz von Liszt* је наиме рекао да је наука кривичног права, подразумевајући њену функцију објашњења општих обележја злочина нужно интернационална. [7]

Теоријско констатовање да неки феномен који је неспорно универзалног карактера као што је то несумњиво злочин, који дакле постоји и у преддржавном стању друштва, не мења своју суштину у државном стању друштва, и прераста појединачну државу постајући наднационални феномен, а који до сада није добио адекватно објашњење, неминовно прелази у констатовање немоћи.

Да ли је то немоћ државе или права или политичке воље или доктрине, у савременим оквирима је остало отворено питање. Нови начин постављања овог питања је можда шанса реалнијег приступа проблему.

Национално и упоредно национално право као да губи своју до сада неприкосновеност у светлу ових идеја.

Суверености, као политички и правни појам, као некомпромисни став држава је препознат у литератури као можда најбитнија кочница развоју међународног кривичног права. Наиме, национални државни интереси врше енорман утицај, па неки аутори сматрају да и не постоји "међународна заједница", већ да државе увек поступају у складу са оним што претпостављају да је за њих најбоље.

Не треба никад заборавити, и заборавити се у свим расправама да је кривично право основни идентификатор државе, представљен у трилогији **суверенитет, територијалитет и законитост**. До сада је држава била једино овлашћена да кажњава, и то само у својим границама. [8] Глобализација и интернационализација кривичног права управо "руше" прерогативе који се тичу суверенитета и територијалитета, претварајући их у принципе брисања граница и суверенитета појединачне државе.

---

[77] Bon Liszt., F., Das Strafrecht der Staaten Europas, 1894., стр. 24.

[8] Masse, Michel., Des figure asymetriques de l'internationalisation du droit penal, Revue de science et de droit penal compare, бр. 4/2006, стр. 755.

Кључно питање је да ли тај процес задржава, појачава или слаби начело легалитета. На то питање је немогуће дати одговор, може се само констатовати да основ сумње представља чињеница да наднационалног законодавца нема. Недостатак ове категорије релативизује сваку дискусију.

Но, како је проблем ту, мора се ипак покушати размишљати о будућности међународног кривичног права.

На тај начин постаје преовлађујуће питање односа различитих, или пак постојање основног носиоца права на кажњавање, и суверенитета држава. Да ли међународна заједница може добити улогу основног титулара *ius puniendi* за одређену групу кривичних дела и деловати екстериторијално, насупрот суверенитету државе, је чини се основно питање, и основни извор тензија.

У сваком случају, и кад се занемаре ови проблеми, и кад се приступи процесу интернационализације кривичног права, као основни недостатак се препознаје национални приступ, који је увек зависан од позитивноправних решења. Свако ко се бави овом послом врло добро зна да је прикованост за критику или апологетику, и тражење решења *de lege ferenda,* уз коришћење метода упоредноправне анализе и анализе судске праксе предмет и круг у коме се свака анализа врти, круг у коме су позитивно-правни прописи центар.

Међутим, ипак се не може занемарити корист оваквих расправа. Ако говоримо о методу упоредне анализе, може се закључити да је избор проблема о којима се расправља исти, пошто се расправља о истим питањима основа кажњивости.

Добро је што је то прихваћено као могућност незаустављања на нивоу констатације различитости или подударности, већ се почела тражити минимална тачка усаглашености која би била научно (али и политички) прихватљива за све.[9]

Овај нови пут ка универзализацији је можда још важнији од оног који подразумева стварање међународних кривичноправних прописа, пошто је по природи ствари утемељенији у реалности правних норми, али и, што је вероватно још важније и у светлу прихватљивости нове методологије стварања наднационалног кривичног права.

Да то није нимало једноставно, односно општеприхваћено показује уобичајен став о норми одређеног правног поретка као једином, ексклузивном садржају кривичноправног појма. Ако хоћемо да сам појам има наднацинални садржај и значај, увели смо се у готово логички нерешив проблем.

Артифицијелност апсолутно "нормативистичког" схватања не би требало посебно образлагати и критиковати, јер он значи негирање

[9] Hirsch, H.J., op cit, стр. 162.

постојања стварности и изузимање закона од критике, но питање је шта нам нуди "онтологизам", који полази од идеје да кривичном праву логички претходе суштинске, реалне чињенице које законодавац мора поштовати, ако жели достићи стандард "закона у реду". Тако се ег. наводи да је суштина подстрекавања, изазивање одлуке да се учини кривично дело, онај суштински податак који даје законодавни основ за разликовање овог облика саучесништва од посредног учиниоца.[10]

Везивање законодавца за феномен као део суштине, бића, има за последицу да он мора поштовати све последице које произилазе из структуре законског текста, али и повратка у феномен, у смислу функционисања норме.

Независно од прихватљивости ових догматских праваца, и по свему судећи бескрајне расправе и увек присутних дилема, битно је поштовати основни предмет регулације, и ако се можемо сложити да се ради о смислу општих појмова кривичног права, и ако се можемо сложити да је он универзални, поставља се питање у чему је проблем. Зашто, е.г. питање почетка кажњивог покушаја није могуће решити униформно.

Одговор је да то значи начелно и потпуно прихватање неке од фундамнталних позиција. То даље значи да је једно полазиште нужно прихваћено као доминантно. Тако то може бити кривично дело схваћено у објективном смислу, као полазиште свих објашњења. Ако је претпостављени базични основ учинилац, насупрот томе, питање добија различиту структуру одговора (ег. *animus auctoris* као основ раздвајања саизвршиоца од саучесника, који се у свим "клизавим" питањима појављује као џокер, који функционише независно од квалитета реално предузете делатности).

Тако поново долазимо до ноторне констатације, да независно од често артифицијелних разлика, упоредно законодавство *per se*, ако га у тако дефинисаном парцијалном смислу посматрамо, ипак сложило да су основни појмови, или кривичноправни стандарди кривично дело и кривична одговорност или кривица.

Како је онда могуће да се у наднационалном праву појављује исти проблем у нултом облику, наиме као да никад пре тога није постојао и решаван. Да ли је могуће да је то празан правни простор. Ако јесте, онда га треба добро попунити.

Ако кажемо да није, враћамо се на проблем усаглашавања. У сваком случају, могуће је замислити да решења наднационалног права могу бити и нова, непозната већини традиционалних решења.

Изгледа да се у овом моменту и стању идеје о наднационалном праву води више рачуна о цивилизацијским интересима, бар у фокусу

[10] Kaufmann, A., Die dogmatik der unterlassungsdelikte, 1959, стр.16.

униформног третирања међународних злочина, но о сујети класичних правних система, па је за очекивати да се латентне тензије превазићу.

Но, како се нужно вртимо у кругу недоумица, поставља се питање зашто се у међународним размерама не прати логика решавања проблема, можда не увек најбољег квалитета, али се напросто негде мора успоставити минимум општег.

Но, процес интернационализације пати и од посебног недостатка, а то је постављање парцијално изабраних питања, као што је тренутно актуелно расправљање о удруженом злочиначком подухвату [11] као извршилаштву коришћењем организованог апарата моћи или кривичноправна одговорност правних лица. Неспорно је да та питања нису случајно изабрана, намећу их међународни злочини, али је право питање начина њиховог концептуалног решавања.

Не треба занемарити да она ипак представљају исечак из општег научног концепта који се темељи на познатим полазиштима. Понављање нулте позиције код сваког новог проблема, а старог кривичноправног "института" је можда најкрупније питање интернационализације.

Тако се појављује нови проблем, проблем избора решења који производи потпуно нов и до сада непознат проблем хегемоније решења, или правне колонизације, или научног империјализма, како то неки схватају.

Уколико европска доктрина, најопштије посматрано као основне појмове разликује биће кривичног дела, противправност и кривицу, као тековине континенталног права, морамо прихватити да у источној Азији и Латинској Америци постоје системи који разликују само субјективне и објективне околности, или само обележја која успостављају или искључују кажњивост. [12] Међутим, из чињенице да је немачка или француска догматика кривичног права развијена, не може се аутоматски изводити закључак да та решења треба проширити на светске размере.

Није ретко и да се терминолошки мешају два основна приступа, један је схватање наднационалног кривичног права у функцији међународног кривичног судовања, и други који под истим термином подразумева европско кривично право као наднационално у размерама Европске уније.

Овај извор неразумевања није небитан, пошто је европско усаглашавање могуће лакше извести, бар на нивоу прихватања основних принципа. Ова хипотеза је до сада у пракси непотврђена.

Међутим, већ код нивоа посебних инкриминација могу се појавити озбиљни проблеми, који траже усаглашавање до унификације. Занимљив

[11] Danner, A.M., Martinez, J., Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility and the development of international criminal law, California law review, 2005.
[12] Hirsch, H.J., op cit., стр. 168.

пример даје случај *Bagaragasa.*[13] У том предмету је Норвешка упутила захтев за уступање поступка (према правилу 11бис Статута Међународног кривичног трибунала за Руанду), иако у њеном унутрашњем праву **не постоји кривично дело геноцида.** Важно је нагласити да се одговорност за геноцид у норвешком праву не може успоставити директно из међународног права, пошто национално право има предност над међународним, па се у случају колизије националног и међународног права примењује норвешко. Тако би *Bagaragasa* могао бити суђен само за кривично дело тешког убиства, за које је предвиђена максимална казна од 21 године затвора. Своју јурисдикцију Норвешка је темељила на универзалном начелу, пошто се по њеном правном систему универзална јурисдикција не односи искључиво на међународне злочине, него и на нека дела, између осталих и тешко убиство, инкриминисана само националним законом. Расправно веће Међународног кривичног трибунала за Руанду је одбило овај захтев, сматрајући да се злочин геноцида толико разликује од убиства, па се у конкретном случају не може дати одговарајућа правна квалификација.[14] Овај пример може послужити за објашњење и других принципа на којима се заснива одлука овог суда, али је овде било важно илустровати на које могуће проблеме наилази идеја унификације.

По Hirsch-у, "континентална" догматика је првенствено корисна као могући **метод** за проналажење објективно прихватљивих резултата.

Овде је важно упозорити на две битне претпоставке. Прва је да се заиста почне свесно радити на наднационалном кривичном праву, па онда тражити методолошке одговоре који би били прихватљиви у међународном контексту, а друга је да је на том путу незаобилазна основна идеја кривичног права – правна сигурност и једнакост у примени, које нужно нема кад основни појмови нису јасно и прецизно дефинисани.

Тако долазимо до важног методолошког проблема, уколико прихватимо да посао стварања наднационалног кривичног права припада научницима, а то је како раздвојити питања која траже општеважеће одговоре од питања и одговора који произилазе из упоредних законских решења. Превалентност једног или сличних законских решења, чак не значи аутоматски ни да је добро изабрано питање. Како се наводи у литератури, као добар пример да правна конструкција "особито тежак случај", којој се не може оспорити класичност, нестаје из новијих

[13] Ради се о предмету пред Међународним кривичним трибуналом за Руанду, The Prosecutor v. Michel Bagaragasa, Case no. ICTR-2005-86-R11bis.

[14] Munivrana, M., Приказ семинара: Doktrinarni temelji i karakteristike međunarodnog kaznenog prava, Siracusa, 11.-21. Lipnja 2006, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 13, бр. 2/2006.,стр. 1161.

кривичноправних кодификација. Прећуткује се главни разлог, а то је да она крши начело *nullum crimen sine lege.*[15]

Међутим, нужни повратак у реалност, или у зачарани круг назван "међународна заједница", ентитет кога је тешко идентификовати, у сваком случају значи да једну врсту универзалне законодавне функције поверавамо некој врсти директоријума "свих" држава. Државе се понашају по принципу наметања своје моћи, или бројности, у сваком случају користе привилегију премоћи, увек кршећи принцип једнакости, а тежећи да буду "једнакије" од других.[16]

Могу се набрајати и многи други проблеми, који стоје на путу процесу интернационализације кривичноправне материје, од језичких баријера, терминолошких разлика, различитог садржаја истих термина, разлика континенталног и англосаконског правног приступа до различитих приступа у формирању основних начела и систематизације кривичноправног система.

Стога се као нови израз помиње **"стабилизација норми"**, у значењу кључне речи којом би се означио до сада анализиран процес интернационализације.

То даље значи да се треба концентрисати на **парцијалну универзалну кривичноправну доктрину,** за шта је основна претпоставка стварање механизма за превазилажење поменутих проблема у комуникацији и информисаности.

Парцијалност се пре свега односи на избор предмета анализе, који мора почети од начела законитости, општег појма кривичног дела и других најопштијих питања типа партиципације у извршењу. Парцијалност, ако се схвати као израз који подразумева фокусирање на одређене проблеме, а не на све одједном је добар избор, нарочито уколико подразумева одлуку да то у првој инстанци обухвата основна начела и појмове.

Ако прихватимо да интернационализација превазилази упоредно кривично право, приметићемо да је овај метод ипак нужни почетак, ако подразумева у резултату, у синтези критичку оцену резултата упоређивања.

Није неважно поменути да се у истом циљу морају стварати појмови који су истовремено практично употребљиви, али и довољно апстрактни.

Ово наглашавам стога, што је примећено да у смислу европеизације правне науке већ постоји једно подручје са међународном оријентацијом, а то је ма колико невероватно деловало правна теорија (философија)[17]. То

[15] Hirch, H.J., op. cit., стр. 170. фуснота 36.
[16] Dupuy, P.M., Droit international public, 7ed., Dalloz, 2004, стр. 359.
[17] Према Hirsch, H.J., op cit., стр. 171, Coing-ov пледоаје за европеизацију правне науке.

указује на бар две ствари: да је то технички или методолошки изводљиво на нивоу апстрактних појмова, али и да је ова област за разлику од кривичног права условно речено, али свако непосредно политички неутрална.

Ова констатација је по мишљењу аутора нереална, осим уколико поменута неутралност значи чишћење садржаја од контекста. Пример схватања и еволуције појма владавине права [18] говори да став о метаправним појмовима не може бити на употребљивом нивоу апстракције, а остати неконфликтан.

Већ и расправа о универзалним вредностима које треба штитити, што би требало бити лако усагласити наилази на помињани проблем "правног колонијализма". При стварању међународног кривичног права треба пронаћи баланс између међународног права (у смислу права људских права) и националних кривичноправних система, јер ако се не обрати довољна пажња на праксу, *opinio iuris*, као и међународне правне акте о људским правима, упада се у опасну зону да неко ко утврђује универзалне вредности наметне свој став другима као онај који је *a priori* најбољи за све.

Изгледа да је начин поступног превазилажења, овде само скицираних проблема, у резултату који ће дати борба између државног прагматизма и развијајућих вредности међународне заједнице.

Prof. Dr. Ivana Simovic Hiber,
an associate professor

INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW AND THE ROLE OF CRIMINAL LAW AS A SCIENCE

The modern trends of internationalization, universalization and unification of criminal law have been increasingly present in the contemporary literature which requires their conceptual analysis. Reviewing the existing partial solutions in international regulations, it seems that these concepts have insufficiently adhered to fundamental doctrine. So, the major issue that this work deals with is whether the doctrine has been adequately included into this contemporary trend and whether it offers good solutions.

[18] Teitel, R., Transitional justice genealogy, Harvard human rights journal, vol.16, стр. 94, 2003.

In appearance it seems that it does not offer a lot. The reasons are multiple but we shall take into account the basic ones. The criminal law has always been a principle identifier of a state represented by the trilogy: sovereignty, territorial integrity and legality. The international criminal law tends to be presented as a supranational law, thus annulling the first two principals of this trilogy. And the doctrine confined to national boundaries is not a good basis for internationalization. On the other hand, international criminal law does not imply the legality concept in the strict form. So the conflict between these two issues makes the process of law unification and universalization more difficult. The answer to this problem could be found in methodological solutions, that is through the comparative analysis and synthesis of the prevailing solution. The method of comparative analysis which chooses the issue of the grounds for criminal punishment can be useful, if it is not confined to the statements what is different and what is similar, but searches for the minimum of conformity. These standards are general concepts of criminal act and criminal responsibility. Therefore, a logical question has arisen: how is it possible that the supranational law contains the problem of (re)defining of the basic concepts in their "zero" form, as if they have never existed before. Hence, a new phrase has appeared - **"stabilization of norms",** as a key phrase that defines what has been accomplished in the internalization process. This further means that efforts should be concentrated on the **partial universal criminal law doctrine** which requires the creation of mechanisms for overcoming the problems in communication and information.

Др Божидар Бановић,
доцент

UDK: 343.341(4-672EU)

ТЕРОРИЗАМ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Увод

Упркос чињеници да терористичке активности имају несумњиву међународну димензију, борба против тероризма традиционално се везује за једну од најважнијих надлежности националне суверене државе. Ово је резултат једноставне чињенице да свака национална држава има искључиву надлежност да, кроз кривично законодавство, обезбеди заштиту основних друштвених вредности са једне стране, и специфичне политичке природе тероризма, која је онемогућавала међународни консензус о његовом појму (дефиницији) и сходно томе консензус о јединственом, унифицираном, приступу спречавању и сузбијању тероризма.

Међународни аспекти борбе против тероризма манифестовани су бројним иницијативама, међународним конференцијама, документима глобалних и регионалних међународних организација, до обавезујућих међународних правних аката и прописа. Поред Уједињених нација, Европска Унија, поготово у последњих десетак година, почела је, или боље рећи наставила, са стварањем јединственог правног оквира, чији је основни циљ ефикаснија борба против тероризма, како националног, тако и међународног. На тај начин, одговорност за сузбијање тероризма дели се између Европске Уније и држава чланица, а борба против тероризма на европском простору поприма, све више, и то сасвим оправдано, међународну димензију.

Европске интеграције започеле су на терену економије стварањем Европске економске заједнице (Римски споразум 1957. године). У том споразуму није било говора о тероризму и борби против тероризма на европском простору, с обзиром да су питања безбедности задржана као искључива надлежност држава чланица. Тек крајем шездесетих и почетком седамдесетих година, са таласом терористичких активности, првенствено у Немачкој и Италији, државе чланице постају свесније заједничке опасности од тероризма и уочавају потребу за интегрисанијим приступом овом проблему.

Стварање Европског савета, као међудржавног тела ван оквира споразума, са циљем чвршће политичке сарадње између држава чланица, представља почетак сарадње у области европске унутрашње безбедности и

полицијских послова. Такозвани TREVI споразуми [1] представљају имплементацију и конкретизацију мера и активности држава чланица Европске заједнице на пољу сарадње у области сузбијања криминала, па и тероризма. Та сарадња односила се на размену информација о терористичким активностима, сарадњу у смислу обучавања полицијског особља и техничких аспеката антитерористичких операција, преко борбе против организованог криминала, до проучавања последица уклањања контрола на границама у оквиру Европске заједнице.

Упркос овим напорима, терористичка активност у оквиру европских држава појачала се крајем 70-тих и почетком 80-тих година. Осим тога, уочена су два нова феномена : појава арапско-исламских терористичких група које оперишу и у Европи, с једне стране, и почетак сарадње различитих националних терористичких група преко границе, са друге стране.[2] Због тога, овај период може се сматрати почетном тачком интернационализације тероризма у Европи. Треба имати на уму да у то време сарадња између држава чланица у погледу тероризма није била део институционалног оквира Европске заједнице, али се испољавала кроз класична средства међународних споразума и неформалне политичке сарадње.

Период пре 11. септембра 2001.

Шенгенским споразумом од 14. јуна 1985 3 омогућено је укидање контроле на заједничким границама држава чланица. Ово је водило ближој међусобној сарадњи држава у вези са спречавањем и сузбијањем криминала, услед страха од пораста транснационалног криминала, због одсуства граничне контроле. Сходно томе, Конвенција о примени Шенгенског споразума из 1990. године [4] предвиђа низ мера које конкретизују поменуту сарадњу. Међу тим мерама посебно су истакнуте и регулисане мере прекограничног надзора лица осумњичених за одређена, таксативно наведена, кривична дела (чл. 40.); праћења и непосредног гоњења лица осумњичених за таксативно наведена кривична дела на територији друге државе чланице (чл. 41.); узајамне правне помоћи у кривичним стварима (чл. 48. – 91.) и преноса и размене података о траженим лицима стварањем Шенгенског информационог система (чл. 92. – 119.). Ове мере нису се односиле на борбу против тероризма, али су представљале значајан корак у успостављању и имплементацији међусобне сарадње држава чланица у областима полицијских и

[1] Успостављен децембра 1975. године у Риму на самиту Европског савета
[2] Види *Langguth .G*, Ursprung und Ziele des Terrorismus in Europa, Außenpolitik 37, 1986., стр.164-169.
[3] Official Journal of the European Union L 239 од 22.09.200. год. стр. 13.
[4] Official Journal of the European Union L 239 од 22.09.200. год. стр. 19.

правосудних активности. На тај начин створени су и темељи за сарадњу и у области борбе против тероризма.

Споразум из Мастрихта од 7. фебруара 1992. године [5] којим је успостављена Европска заједница, посебно је значајан у контексту борбе против тероризма, с обзиром да је овим споразумом сардња држава чланица у области правосуђа и унутрашњих послова проглашена за трећи стуб Европске заједнице. На основу члана К.1 Споразума у Maastrichtu: „Ради постизања циљева Заједнице, нарочито у сврху постизања слободног кретања особа, државе чланице су дужне да поштују следеће области као ствар од заједничког интереса: .... 9) остваривање полицијске сарадње ради бољег спречавања и борбе против тероризма, спречавање незаконите трговине дрогама и спречавање других озбиљних облика међународног криминала, укључујући ту и, уколико је то потребно, одређене аспекте сарадње царинских служби, заједно са организовањем заједничког система за целу Унију, система за размену информација у оквиру Европске полицијске службе (Еуропол). Укључивање одредби које се односе на спољне послове у Мастрихтски споразум такође је увело нове могућности сарадње између држава чланица.

Европол је створен 1995. као важна институција на пољу спречавања и сузбијања криминалитета, првенствено кроз размену информација. Према чл. 2 параг. 2. Конвенције о Европолу, борба против тероризма би аутоматски била укључена у мандат Европола две године након ступања Конвенције на снагу.[6]

Важан политички корак предузет је 1995. Декларацијом La Gomera Савета Европске уније.[7] Ова декларација, по први пут, отворено је посветила пажњу промени у природи тероризма. Наиме, тероризам, као разултат акције фундаменталиста, почиње да се испољава на транснационалном нивоу, користи методе организованог криминала и покушава да буде у предности, користећи разлике у кривичним прописима различитих држава, и на тај начин обезбеђује релативни имунитет од кривичног гоњења. Због тога се тероризму мора посветити пажња кроз сарадњу држава чланица.

Након што је Мастрихтски споразум укључивао, по први пут, тероризам међу надлежности Европске уније, Декларација La Gomera посвећује пажњу, теми интернационализације тероризма и новим изазовима који проистичу из овакве ситуације. Декларација чини основу новом приступу, који не само да посматра тероризам као засебно поље деловања у оквиру полицијске и правосудне сарадње уведене Мастрихтским споразумом, већ узима у обзир

[5] Resolution on the state of European Union and ratification of the Maastricht Treaty, Official Journal of the European Community C 299 од 16.11.1992.
[6] Конвенција о Европолу је ступила на снагу 1. X 1998.
[7] Додатак 3 Закључцима председништва Европског савета од 15.-16.12.1995, http://europa.eu.int/council/index.htm доступан 21.06.2007.

везу између тероризма и других кривичних феномена попут организованог криминала, прања новца и сл. Борба против тероризма више није само ствар усвајања посебних оруђа уперених против тероризма, већ је и ствар борбе против криминала и осигуравања ефикасног судског гоњења криминалаца уопште. Уочено је да ће све мере, које појачавају сарадњу у вези са другим кривичним делима, такође бити ефикасна средства у борби против тероризма. Ова декларација, међутим, није имала неког посебног ефекта на непосредно предузимање мера и акција против тероризма.

Као нови подстицај на пољу борбе против тероризма у оквиру Европске Уније Европски парламент донео је 1997. године Резолуцију о борби против тероризма у Европској унији.[8] Ова Резолуција је садржала прву дефиницију тероризма у оквиру Европске Уније.[9] Осим тога, наглашавала је опасност везану за интернационализацију тероризма, а посебно за његове модерне облике попут компјутерског тероризма (тачке Д, Е, К), истакла је потребу да се приликом предузимања мера за спречавање и сузбијање тероризма мора водити рачуна о основним људским правима осумњичених и оптужених (тачке Х, 13) и заузела се за употребу спољне политике за борбу против тероризма (тачка 11). У конкретнијем смислу, Европски парламент се залагао за проширивање мандата Европола на борбу против тероризма (тачке Г, 35) и, у дугорочнијој перспективи, усклађивање материјалног кривичног права о озбиљним кривичним делима са транснационалним аспектом (тачка 19) и позвао државе чланице да ратификују Конвенцију о екстрадицији из 1996. (тачка 17).

Као резултат ове Резолуције, Савет је одлучио у складу са чланом 2 од. 2 Конвенције о Европолу да нареди Европолу да се бави кривичним делима учињеним или оним која би могли бити учињена у току терористичких активности против живота, безбедности, личне слободе или имовине пре истека рока, тј. две године.[10]

---

[8] Official Journal of the European Union C 55 od 24. 02. 1997. стр. 27

[9] У европским оквирима први пут се покушало са дефинисањем тероризма у Европској конвенцији о сузбијању тероризма коју је донео Савет Европе 27. 01. 1977. године у Стразбуру. Међутим, треба истаћи да ни ова Конвенција не нуди свеобухватну дефиницију тероризма, будући да је њена сврха процедуралне природе (рецимо, на који начин државе потписнице треба да кривично гоне извршиоце терористичких дела). Она износи списак терористичких дела, која су дефинисана или аутономно или у складу са међународним конвенцијама. Европска конвенција о сузбијању тероризма је прва која се бавила читавим низом различитих терористичких дела, те прва која је државама наметнула принцип да оваква дела не посматра као политичке преступе, преступе везане за неки прекршај политиче природе нити као преступе инспирисане политичким мотивима

[10] Одлука Савета од 3. 12. 1998, Official Journal of the European Union C 26 од 30. 01. 1999. стр. 22.

Амстердамски споразум којим је формирана Европска Унија потписан је 2. октобра 1997. године, а ступио је на снагу крајем маја 1999. године. Према чл. 29. Споразума о Европској Унији, један од главних циљева Европске Уније јесте да се створи простор у коме владају слобода, безбедност и правда. Ово се нарочито односи на развој ефикасних метода борбе против тероризма на територији Европе. Унија треба да оствари неколико циљева[11] и располаже различитим средствима.[12] Акценат се при

[11] Чл. 29. Споразума о Европској Унији гласи: „Циљ Европске Уније биће да својим грађанима обезбеди висок ниво безбедности у оквиру подручја слобода, безбедности и правде, тако што ће развити заједничку акцију, обавезујућу за све државе чланице, на пољу полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, као и тиме што ће спречавати и борити се против расизма и ксенофобије. Овај циљ ће се постићи уз помоћ акција спречавања криминала и борбе против њега, без обзира на то да ли се ради о организованом криминалу или не, а нарочито тероризма, трговине људима и прекршаја везаних за злостављање деце, незаконите трговине наркотицима и оружјем, затим корупције и преваре, и то путем:

- ближе сарадње између полицијских снага, царинских служби и других компетентних власти у државама чланицама, како директно, тако и путем Европске полицијске службе (Еуропол), а у складу са одредбама Чланова 30 и 32,
- ближе сарадње правосудних и других компетентних власти држава чланица, укључујући ту и сарадњу остварену кроз Европску јединицу за правосудну сарадњу („Еуројуст“), у складу са одредбама Чланова 31 и 32,
- усклађивања, уколико је то потребно, правила која се тичу кривичних питања држава чланица у складу са одредбама Члана 31(е).“

[12] *Види:* Члан 34(2) Споразума : „Савет је дужан да предузме мере и промовише сарадњу, користећи се притом одговарајућом формом и процедурама изложеним овде, доприносећи тако остваривању циљева Уније. У ту сврху, уколико делује једногласно на било коју иницијативу било које државе чланице или комисије, савет може да:

(a) прихвати заједничке ставове који дефинишу приступ Уније по неком питању;
(b) прихвати нацрт одлука ради усклађивања закона и прописа држава чланица. Ови нацрти одлука су обавезујући за све државе чланице како би се постигао резултат, иако од националних власти зависи које ће се методе и форме притом усвојити. Оне не захтевају директну примену;
(c) прихвати одлуке у било коју другу сврху које су усаглашене са циљевима изложеним овде, искључујући било какво усклађивање закона и прописа држава чланица. Ове одлуке ће бити обавезујуће за све и неће захтевати сиректну примену; Савет ће, на основу квалификоване већине, прихватити мере које су неопходне за спровођење ових одлука на нивоу Уније;
(d) утврди конвенције, које ће затим поднети државама чланицама на усвајање, у складу са њиховим националним уставним одредбама.

том ставља на усклађивање кривичног права држава чланица у складу са чл. 31(1)(e) Споразума о Европској Унији.[13] Такође се и у тачки 46 Акционог плана Савета и Комисије за најбољу примену одредби Амстердамског споразума о слободи, безбедности и правди, а који је усвојио Савет за правду и унутрашње послове, 3. децембра 1998. године,[14] истиче потреба за усклађивањем националних кривичних закона који се тичу тероризма.

Користећи нове могућности отворене Амстердамским споразумом, на заседању Европског савета у Тампереу 15. и 16. октобра 1999. године усвојен је акциони план на пољу полицијске и судске сарадње у вези са кривичним делима.[15] Четири најважније мере биле су: оснивање заједничких истражних тимова, оснивање Евросуда (Eurojust) тела састављеног од националних јавних тужилаца, судија, или полицијских официра да би се олакшала сарадња између органа кривичног гоњења и координирале кривичне истраге за кривична дела организованог криминала, мере за спровођење начела узајамног признања судских одлука у вези са кривичним стварима као и усклађивање националног кривичног права у различитим секторима, при чему тероризам није био укључен у листу. План акције Европске уније усвојен након 11. 09. 2001. заснива се на идејама и појмовима које садрже закључци из Тампереа.

Период после 11. септембра 2001. године

Десет дана након терористичких напада у Сједињеним Америчким државама 11. септембра 2001. године, Европски савет је, на ванредном заседању, одлучио да борба против тероризма буде приоритет Европског савета.[16] Истовремено, развијен је конкретан план акције са 6 кључних тачака:

1) Повећање полицијске и судске сарадње увођењем Европског налога за хапшење, усвајање заједничке дефиниције тероризма и заједничке листе

Државе чланице ће затим започети процедуре које је потребно извршити у року који одређује Савет."

[13] Члан 31(1) Споразума о Европској Унији гласи: „Заједничка акција у оквиру правне сарадње о кривичним стварима обухватаће [...] (e) прогресивно усвајање мера уз помоћ којих се утврђују минимална правила која се тичу саставних елемената кривичног дела, као и правила која се тичу казни предвиђених за учествовање у организованом криминалу, тероризму и илегалној трговини дрогама".

[14] Official Journal of the European Union C 19 1999. стр. 1.

[15] http://europa.eu.int/cuoncil/ /index.htm доступан 22. 06. 2007.

[16] Закључци и план акције ванредног састанка Европског савета одржаног 21. септембра 2001. године http://ue.eu.int/Terrorisme/index.asp?LANG=1 доступно 24. 06. 2007.

терористичких организација, размена информација између обавештајних служби, оснивање заједничких истражних тимова, јача интеграција Европола у борби против тероризма и закључење споразума о сарадњи између Европола и САД-а.

2) Развијање међународних законских инструмената у борби против тероризма спровођењем постојећих конвенција и разрадом опште конвенције против међународног тероризма.

3) Борба против финансирања тероризма проширењем законодавства Уније на пољу прања новца и обезбеђивањем замрзавања актива терориста на нивоу Уније, као и потписивањем и ратификацијом Конвенције Уједињених нација о сузбијању финансирања тероризма.

4) Појачано обезбеђивања ваздушног простора.

5) Интегрисање борбе против тероризма у оквир заједничке спољне и безбедносне политике.

6) Спречавање и стабилизација регионалних сукоба развијањем заједничке спољне и безбедносне политике и хитном операционализацијом Европске безбедносне и одбрамбене политике.

На истом састанку постигнут је споразум о обликовању европске дефиниције тероризма и дате су инструкције Савету за правду и унутрашње послове „да том споразуму улије живот и да утврди важне мере и то у најскоријем року, најкасније до састанка заказаног за 6. и 7. децембар 2001. године“.

Што се тиче дефинисања тероризма у овиру законодавства Европске Уније, први пут таква једна дефиниција садржана је у Резолуцији о борби против тероризма у Европској унији коју је донео Европски парламент.[17] Ова дефиниција је онда била поновљена и незнатно прилагођена у Препоруци о улози Европске уније у борби против тероризма од 5. 09. 2001.[18] У овој Препоруци, тероризам је дефинисан као: “било који чин почињен од стране појединаца или група који прибегну насиљу или прете да ће употребити насиље против државе, њених институција, њеног народа уопште или посебних појединаца који је, због сепаратистичких тежњи, екстремистичких идеолошких уверења, религиозног фанатизма или жеље за новчаном користи, намењен стварању климе страха међу званичним властима, посебним појединцима или групама у друштву или јавности уопште.”

По овој дефиницији, морају бити испуњена три услова да би се неки чин сматрао терористичким: (1) објективан елемент, употреба насиља против особа или група спецификована у Препоруци, (2) посебан подстрек за употребу насиља који може да се састоји из сепаратистичких тежњи,

[17] Види фусноту 9.

[18] Види http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PB2&LANGUE=EN доступно 26. 06. 2007.

екстремистичких идеолошких уверења, религиозног фанатизма или жеље за новчаном користи, и (3) као субјективан елемент, намера да се створи клима страха међу посебним групама и особама. Европски парламент ставља борце за слободу ван граница дефиниције тероризма када каже да "дела отпора у трећим земљама против државних структура које саме спроводе терористичке мере" не могу бити сматране терористичким делима насупрот сличним делима европских држава које се руководе владавином права.

Након 11. септембра 2001. године Савет Европске уније усвојио је општу дефиницију појма тероризма која је први пут уведена Заједничком позицијом од 27. 12. 2001. о примени посебних мера у борби против тероризма[19] и преузета Оквирном одлуком од 13. 06. 2002. о борби против тероризма.[20] Циљ Оквирне одлуке Савета о борби против тероризма јесте да се оствари једнообразан правни оквир за кривично гоњење терористичких дела. У складу са тим Оквирна одлука успоставља правила надлежности и узајамне правне помоћи, која треба да постоје између држава чланица, у процесу кривичног гоњења лица које су извршила неко терористичко дело. Оквирна одлука тако представља камен-темељац у борби Европске Уније против тероризма. Сама дефиниција обезбеђује основ за усклађене кривичноправних одредби које се односе на тероризам у државама чланицама Европске Уније.

Према овој дефиницији терористички акт је: „једно од следећих намерних дела, које, узевши у обзир његову природу или контекст, може да озбиљно штети држави или међународној организацији, дефинисан као кривично дело у националном праву државе где је учињен са циљем: 1. озбиљног застрашивања народа, или 2. неоправданог присиљавања владе или међународне организације да изврши или да се уздржи од извршавања било ког дела, или 3. озбиљне дестабилизације или уништавања основних политичких, уставних, економских или друштвених структура државе или међународне организације:

а) напади на живот особе који могу да проузрукују смрт;

б) напади на физички интегритет особе;

в) киднаповање или узимање талаца;

г) проузроковање опсежног разарања владиних или јавних објектата, превозног система, инфрастуктурног објекта, укључујући информациони систем, учвршћеним платформама смештеним на континенталном спруду, јавним местима или приватном власништву, што би вероватно угрозило људски живот, или резултирало великим економским губитком;

д) заплена авиона, бродова или других средстава јавног превоза или превоза робе;

---

[19]Official Journal of the European Union L 344 од 28. 12. 2001. стр. 93.

[20] Official Journal of the European Union L 164од 22. 06. 2002. стр. 3 .

ђ) производња, поседовање, набавка, превоз, снабдевање или употреба оружја, експлозива или нуклеарног, биолошког, или хемијског оружја, као и истраживање и развој биолошког или хемијског оружја;

е) ослобађање опасних супстанци, или проузроковање пожара, експлозија или поплава чији је циљ угрожавање људског живота;

ж) ремећење или прекид довода воде, струје или било ког другог основног природног извора, чији је циљ угрожавање људског живота;

з) претња да ће се починити било које од дела наведених од а) до ж);

и) руковођење терористичком групом;

ј) учествовање у активностима терористичке групе, укључујући и обезбеђивање информација или материјалних средстава, или финансирање њене активности на било који начин, са знањем да ће такво учешће допринети криминалним активностима групе."

Дефиниција усвојена од стране Савета садржи објективан и субјективан елемент. Објективан елемент састоји се у извршењу једног од кривичних дела наведених у тачкама од а) до ј) дефинисаних националним правом, који, по својој природи или контексту, могу озбиљно да штете држави или међународној организацији, а субјективан елемент састоји се, с једне стране, у намери да се почини неко од дела наведених у тачкама од а) до ј) и, с друге стране, у једном од посебних циљева наведених у тачкама од 1. до 3. Посебна одлика терористичких дела састоји се, по овој дефиницији, од посебне намере, с једне стране, и посебне опасности неодвојиве од дела због његовог контекста или природе, с друге стране. Да би неки акт био квалификован као терористички у складу са Оквирном одлуком, правосудни органи треба да одговоре на следећа три питања: а) Да ли је такав акт инкриминисан у националном законодавству? б) Да ли тај акт, по својој природи или контексту, „наноси озбиљну штету некој држави или међународној организацији"? ц) Да ли је тај акт извршен ради постизања неког од горе наведених циљева?

Може се констатовати да Оквирна одлука обухвата све терористичке акте који су наведени у различитим међународним конвенцијама о тероризму. Она, међутим, не представља пуко потврђивање већ постојећих међународних споразума, будући да њен обим превазилази оквире ових споразума појединачно. Ова разлика је последица специфичне природе Оквирне одлуке која се, насупрот међународним конвенцијама, не бави специфичним терористичким делима или облицима тероризма, већ претендује да обухвати све аспекте и облике овог феномена.

Што се тиче субјективног елемента дефиниције, он је везан за одговарајућу намеру, без обзира на евентуалне мотиве (религијске, политичке или друге природе). [21]

[21] Типологија мотива није од важности за дефиницију терористичких аката. Специјални известилац Уједињених Нација о тероризму и људским правима

У чл. 2.(1.) Оквирне одлуке изнета је дефиниција терористичке групе[22] у којој се каже да све државе чланице треба да инкриминишу вођење такве групе или учествовање у њеним активностима. Ова дефиниција у многоме се ослања на дефиницију „криминалне организације“ коју је Савет дао у Заједничкој акцији од 21. децембра 1998. године, а у којој се припадност криминалној организацији у некој од држава чланица Европске Уније проглашава кривичним делом.[23]

Оквирна одлука, међутим, јасније одређује ову дефиницију. Она дефинише концепт „структуиране организације“ зависно од намере аутора терористичког дела, као и од састава саме организације. „Структуирана организација“ је у оба случаја дефинисана уз помоћ негације. На основу чињенице да „у циљу извршења дела оваква организација није формирана насумично“ можемо закључити да је један од основних критеријума процес осмишљавања терористичког дела. Када се ради о другом критеријуму, структуиране организације, можемо закључити да свака

Kalliopi K. Koufa подвукла је у свом додатном извештају, поднетом 8. августа 2003. године следеће: „У сваком случају, док са једне стране широке и генерализоване категоризације једва достижу неки ниво прецизности, и као такве тешко да могу да се баве разноврсношћу и сложеношћу феномена какав је тероризам, са друге стране, покушаји да се створи низ аналитичких и софистицираних подела и разлика на основу којих би се лакше одредиле границе тероризма, или на основу којих би се дошло до опширнијих информација о поделама у оквиру тероризма – као што је рецимо њихова организацијска структура, величина, потенцијални односи са државама и нивои оваквих односа, њихов идентитет, карактеристике, социолошка, политичка, културна и психолошка мотивација, итд. – су исувише компликовани и разноврсни, а пре свега, њихова сврха задовољава потребе само одређених упућених корисника. Колико год да су они корисни у процесу разјашњавања одређених аспеката феномена тероризма и терориста, или за допринос разумевању веома обимне природе проблематичних односа који их окружују, толико су и некорисни за идентификацију тога шта тачно чини тероризам и ко су заиста терористи“. (*Additional Progress Report Prepared by Ms. Kalliopi K. Koufa, Special Rapporteur on Terrorism and Human Rights,* U.N. Doc. n^{o} E/CN.4/Sub.2/2003/WP. 13 (2003)).

[22] „Ради постизања циља Оквирне одлуке, термин „терористичка група“ означаваће: структуирану групу која се састоји од више од две особе, која је организована током неког временског периода, а која тежи томе да извршава терористичке нападе“. „Структуирана група“ односиће се на групу која није насумично формирана за непосредно извршење кривичног дела, те она која не мора да има формално дефинисана улоге за своје чланове, кнтинуитет чланства или развијену структуру“.

[23] Official Journal of the European Union L 351, 1998. Овде је вредно поменути да се Заједничка акција, у свом уводу, о тероризму изражава као о једном облику организованог криминала, чија озбиљност и развој захтевају стварање јаче сарадње између држава чланица Европске Уније.

завера потпада под одредбе изнете у Оквирној одлуци, чак и ако ту заверу не осмишљава хијерархијски уређена организација нити се ради о организацији са сталним саставом. Оквирна одлука зато покушава да изрази што ширу дефиницију структуиране организације, која би могла да обухвати и неформалне структуре за које се верује да могу да изврше терористичко дело.

Како би се избегла појава кажњавања било које особе која је повезана са дотичном групом, чл. 2.(2.) Оквирне одлуке јасно захтева да је особа, која је оптужена за учествовање у некој терористичкој групи, то чинила „свесна чињенице да ће такво учествовање допринети криминалним активностима терористичке групе“. У пракси, често ће, међутим, бити тешко доказати колико је нека особа свесна криминалне активности дотичне групе.

На крају, треба истаћи да су оваквом дефинисању тероризма стављене примедбе, поготово у смислу потенцијала за ограничавање појединих људских права и слобода. Међутим, у предговору одлуке истакнуто је да ништа у Оквирној одлуци не може да се протумачи као намера да се ограниче или забране основна права или слободе, попут, слободе окупљања, удруживања или изражавања.

Предговор Оквирне одлуке о борби против тероризма, такође, садржи особитост, утолико што из свог оквира искључује акције оружаних снага током оружаних сукоба, које су руковођене међународним хуманитарним правом, у смислу ових термина у том праву, и, на исти начин акције оружаних снага кад врше своје службене дужности.

Кривично гоњење терориста

Као последица терористичких напада на САД септембра 2001. године, Европска унија повећала је напоре за обезбеђивање ефикасног кривичног гоњења терориста у Европској унији. Ови напори тичу се усклађивања материјалног кривичног права везаног за тероризам, с једне стране и радикалне промене традиционалног права екстрадиције увођењем Европског налога за хапшење, с друге стране. Осим тога, чињени су значајни кораци у правцу побољшања полицијске и судске сарадње.

Оквирна одлука о борби против тероризма, о којој је горе било речи, усвојена је, између осталог и да би се установила минимална правила везана за саставне елементе инкриминација и кажњавања за терористичке акте. Ово усклађивање материјалног кривичног права сматрано је неопходним, јер је само неколико држава чланица имало специфичне законске одредбе које покривају тероризам.

Оквирна одлука обавезује државе да казне дефинисане терористичке акте казнама тежим од оних које намеће национално право за основна кривична дела извршена без намере карактеристичне за терористичке акте.

Посебне одлике терористичких дела у поређењу са конвенционалним кривичним делима су с једне стране, посебна намера и, с друге стране, опасност наношења озбиљне штете земљи или међународној организацији. Према томе, изгледа да су посебна намера терориста и опасност, неодвојива од дела извршених са том намером, разлог предложеног пооштравања казне.

Следеће питање које се односи на објективан захтев да дело може да, по својој природи или контексту, озбиљно штети земљи или међународној организацији. Оно што се тражи није посебна последица - штета, већ опасност да се та последица јави - „може да нанесе озбиљну штету". Као последица тога јавља се питање који тип опасности је неопходан да би био испуњен овај објективан елемент криминала: да ли је обавезна конкретна опасност или је дело забрањено због опште опасности неодвојиве од њега, без потребе за стварном опасношћу појављивања штете, у ком случају је довољно постојање апстрактне опасности. С обзиром на формулацију може се закључити да се терористичко дело кажњава због неодвојиве апстрактне опасности по структуру државе која произилази из одређене намере.

Према одредбама Оквирне одлуке државе чланице дужне су да осигурају да подстицање, или пружање помоћи терористичким актима, као и покушаји да се почини такав акт буду кажњиви (чл. 4). С обзиром да још увек не постоји општеприхваћено решење о проблему саучесништва у кривичним делима и покушајима у праву Европске уније, државе чланице требало би да дефинишу ове институте сходно свом националном праву.

Такође, дат је списак ублажавајућих околности које могу да резултирају ублажавањем казне. Наиме, казне могу бити ублажене уколико се извршилац одрекне терористичке активности или уколико обезбеди информације које нису другачије могле да се добију, и које помажу да се спрече или ублаже последице кривичног дела, идентификује или омогући кривично гоњење других извршилаца, нађе доказ или спречи даље терористичке акте (члан 6).

Опште правило које се тиче казни за терористичке акте је да морају бити кажњиви ефикасним, сразмерним и одвраћајућим кривичним санкцијама, које могу да омогуће екстрадицију (чл. 5. пар. 1). За терористичке акте, као и за подстицање, и пружање помоћи таквим актима, Оквирна одлука не предвиђа посебне казне, већ само обавезује државу да казни кривична дела затворским казнама тежим од оних које намеће национално право за таква кривична дела када су учињена без посебне намере, осим где су предвиђене казне већ максимално могуће казне у националном праву (чл. 5. пар. 2). Само за дела везана за терористичке групе Оквирна одлука предвиђа посебни минимум казне (чл. 5. пар. 3). Према томе, унификација националних кривичних законодавстава у погледу кажњавања за тероризам није у довољној мери

наметнута Оквирном одлуком. Оквирна одлука прихвата различите казне за терористичке акте у различитим националним правима.

Оквирна одлука усклађује надлежност с обзиром на терористичка дела: она обавезује државе да установе своју надлежност када је терористички акт: 1) извршен делимично или цео на њиховој територији, 2) извршен на броду који носи њихову заставу или авиону који је регистрован код њих, 3) када је извршилац њихов држављанин или становник, 4) извршен у корист правног лица регистрованог на њиховој територији, или, 5) извршен против институција или људи државе која је у питању или институције Европске уније или тела установљеног у складу са Споразумом о европској Унији и са седиштем у тој држави чланици (чл. 9. пар. 1). Али државе чланице не спречавају се да успоставе своју надлежност ван ових случајева, уколико њихово национално право омогућава нпр. универзалну надлежност за терористичка дела (чл. 9. пар. 5).

Оквирна одлука садржи поједина правила за решавање сукоба надлежности. Када је кривично дело у надлежности неколико држава, државе су обавезне да сарађују да би одлучиле која од њих ће кривично гонити извршиоца са циљем, уколико је то могуће, обједињавања поступака у једној држави. Оквирна одлука успоставља хијерархију надлежности које државе треба да узму у обзир: територијална надлежност има превагу над надлежношћу активне националности која има превагу над принципом пасивне националности који има превагу над јурисдикцијом државе у којој је пронађен извршилац (чл. 9. пар. 2.).

На заседању Европског савета у Тампереу 15. и 16. октобра 1999. године проглашен је принцип узајамног признања судских пресуда за камен темељац судске сарадње у вези са кривичним делима у оквиру Европске уније.[24] На основу овога започет је рад на пројекту Европског налога за хапшење, што је резултирало усвајањем Оквирне одлуке о Европском налогу за хапшење од 13. 06. 2002. године.[25] Ова обавезна Оквирна одлука укида традиционални систем екстрадиције који је на снази између држава чланица на основу Европске конвенције о екстрадицији из 1957.[26] и замењује је заједничким признавањем налога за хапшење издатим од стране држава чланица. Постоје две важне разлике између Европског налога за хапшење и традиционалног система екстрадиције. Док се традиционални систем екстрадиције састоји од два корака, при чему се разликују хапшења и изручење,[27] и оба захтевају

[24] http://europa.eu.int/cuoncil/ /index.htm доступан 26. 06. 2007.
[25] Official Journal of the European Union L 190 од 18. 07. 2002, стр. 1.
[26] Европска конвенција о екстрадицији од 13. 12. 1957, European treaty series 24, допуњена Додатним протоколом од 15. 10. 1975. European treaty series. 86 и Другим додатним протоколом од 17. 03. 1978, European treaty series 98.
[27] *G. Gilbert*, Transnational Fugitive Offenders in International Law, 1998. , стр. 70.

независну процедуру, Европски налог за хапшење уједињује ове две процедуре у једну, захтевајући само једну судску одлуку за хапшење и изручење. Истовремено, процедура је постала чисто судска, без административних препрека. Судска тела одлучују о хапшењу и изручењу без мешања владе.[28] Осим ових општих системских разлика, Европски налог за хапшење окончава бројне установљене принципе права екстрадиције: принцип двоструке кажњивости кривичног дела које је у питању бар делимично је напуштен, изузетак политичког кривичног дела је укинут и државе више не могу да одбију изручење својих држављана.[29]

Већ поменуто заседање Европског савета у Тампереу формулисало је став да је за ефикасно кривично гоњење кривичних дела неопходна сарадња држава чланица на судском нивоу. Ради реализације овог става Европски савет одлучио је да установи Јединицу европске судске сарадње (Евросуд) сачињену од националних тужилаца, судија или полицијских официра са задатком олакшавања правилне координације надлежних националних органа кривичног гоњења ради помоћи у кривичним истрагама. Евросуд је био замишљен као еквивалент Европола за судску сарадњу и његово формирање је представљено као прекретница на путу према будућности Европске службе кривичног гоњења. [30] До установљења Евросуда, прелазни, почео је са радом неинституционализовани округли сто тужилаца створен 2000, тзв. Про Евросуд,. [31] Евросуд је формиран фебруара 2002. [32] Евросуд нема сопствене истражне надлежности, већ координирајућу функцију у случају паралелних и некоординираних кривичних истрага и судског гоњења у државама чланицама. Општа надлежност Евросуда покрива сва кривична дела садржана у чл. 2. Конвенције о Европолу укључујући и тероризам. Одлука Савета садржи детаљне прописе за заштиту података (чланови од 14-22), а установљено је и заједничко надзорно тело које се састоји од националних судија или других независних особа, како би се надгледале активности Евросуда с

[28] *C. Churruca Muguruza*, The European Union Reaction to the Terrorist Attacks on the United States, Humanitäres Bölkerrecht 14 /2001, стр. 239

[29] За детаљну анализу Европског налога за хапшење *D. Flore*, Le mandat d'arrêt européen: Première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne, Journal des Tribunaux 121/2002), стр. 273 .

[30] О установљењу службе јавног тужиоца на европском нивоу се расправља с обзиром на заштиту финансијских интереса Заједнице. О расправама о установљењу службе јавног тужиоца на нивоу Европске уније видети *J. González*, Towards a European Public Prosecutors Office, cit. према: *G. de Kerchove/A. Weyembergh*, Bers un espace judiciaire pénal européen, 2000. стр. 119.

[31] Оквирна одлука од 14. 12. 2000, Official Journal of the European Union L 324 од 06. 03. 2002. стр. 2.

[32] Одлука Савета од 28. II 2002., Official Journal of the European Union L 63 од 06. 03. 2002. стр. 1.

обзиром на прикупљање и обраду података (члан 23). Ипак, Евросуд није везан обавезама у односу на људска права садржаним у чл. 6. Споразума о Европској Унији, нити је одговоран пред Европским судом за људска права.

Закључак

Несумњиво је да је од оснивања па до данас, Европска Унија, поклањала мању или већу пажњу сузбијању криминала на свом простору, а у оквиру тога и тероризма. Терористички напади који су повремено потресали поједине државе чланице, а посебно напад терориста на САД септембра 2001. године, практично су диктирали интензивирање напора Уније у спречавању и сузбијању тероризма. Ови напори резултирали су доношењем и усвајањем одговарајућих докумената, од којих су неки имали факултативни, а неки обавезан карактер. Ти документи диктирали су усклађивање законодавстава држава чланица, првенствено кривичног, како материјалног, тако и процесног, са основном идејом јачања сарадње између држава чланица.

На плану материјалног кривичног законодавства основна идеја је покушај прцизног и свеобухватног дефинисања тероризма, уз изузетке у погледу одређених дела. Велики напредак учињен је у погледу дефинисања терористичких група, одговорности припадника тих група и инкриминисања разних облика саучесништва у терористичкој делатности. У погледу кажњавања, односно висине прописаних казни, државама чланицама остављен је широк простор и на том плану национална законодавства имају релативну аутономију.

Што се тиче процесног кривичног законодавства, најзначајнији продори учињени су у домену прецизирања надлежности држава чланица за кривично гоњење и суђење терористима, а посебно у домену формирања Евросуда, заједничког тела са задатком координације паралелних кривичних истрага терористичких и других тешких кривичних дела. Посебан значај, у погледу упрошћавања процедуре хапшења и екстрадиције осумњичених за терористичка дела, има Европски налог за хапшење, који је искључио одлучивање влада у овим случајевима и увео искључиву судску надлежност за процедуру екстрадиције.

Наравно да у будућности треба очекивати даљи напредак у супротстављању тероризму кроз заједничке активности и интегрисанији приступ држава чланица Европске Уније, али и многобројне проблеме приликом усаглашавања појединих решења у националним законодавствима, имајући у виду, првенствено, бројност и различитост држава које су сада чланице Европске Уније и њихових правних система.

Dr. Bozidar Banovic,
a docent

TERRORISM IN EU LAW

The fight against terrorism traditionally relates to one of the core competencies of the national sovereign State, which is, the ultimate guarantor of the security of its citizens. At the same time, we are now confronted with a whole panoply of measures aimed at combating terrorism and emanating from the European Union. in the first section of this article author demonstrates how terrorism emerged as a concern of European Union law, how it has been integrated into the treaty structure and what has changed in the way the European Union deals with terrorism after 11 September 2001. After having outlined the notion of terrorism as it is understood in European Union law, this article focused on the different aspects of the fight against terrorism. Author specially underlined influence European Union law to approximation national criminal legislature of member states.

Одељак IV

Грађанско право

Др Нина Планојевић,
доцент

UDK: 347.232

ПРИНЦИП *"NEMO PLUS IURIS IN (AD) ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET"* У КОНТЕКСТУ СТИЦАЊА СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА

I Структура чињеничног стања стицања својине од невласника и правни положај његових учесника

Чињенично стање које карактерише стицање својине од невласника идентично је у свим државама које га познају и представља "заједнички именитељ" разноврсних регулатива. Из већ изложених концепција стицања својине од невласника у свету оно се лако може уочити и издвојити.

Чињенично стање стицања својине од невласника дотиче се интереса и одређених квалитета три правна субјекта: власника ствари, отуђиоца - невласника и савесног стицаоца.

1) Правни положај власника

Први правни субјекат чијих се интереса тиче стицање својине од невласника је *титулар права својине* на покретној ствари о којој се ради, њен власник. Та ствар се, међутим, у околностима о којима говоримо не налази у његовој непосредној државини, а понекад ни у посредној.

Разлог раздвајања својине од државине власника је најчешће у томе, што је он ствар *поверио* другом лицу, на основу одговарајућег правног односа између њих (стварно или облигационо-правне природе), али без намере њеног отуђења држаоцу. Ради се о раздвајању својине од државине вољом власника, а квантитативне и квалитативне границе раздвајања дефинисане су правним послом власника (као посредног држаоца) и новог непосредног држаоца ствари.[1] За чињенично стање стицања својине од невласника битно је нагласити да правни однос на коме државина почива непосредног држаоца *не овлашћује на располагање са ствари.*

[1] Само у неколико правних система да би се ствар сматрала повереном невласнику није нужно да између њега и власника постоји и правни посао. Довољним се сматра да је ствар из власникове државине изашла добровољно, без обзира што власник тада нема својство посредног држаоца.

Други разлог који може довести до раздвајања правног од фактичког стања независтан је од воље власника. Ствар се нашла у непосредној државини другог лица, јер је оно њен налазач или ју је стекло противправно (крађом или сродним кривичним делима). Власник у овој ситуацији, дакле, није посредни држалац, а без ствари је остао против своје воље.

2) Правни положај отуђиоца - невласника

Други правни субјекат, учесник у чињеничном стању које анализирамо, је лице у чијој се *непосредној или посредној државини* налази власникова ствар. Он је држалац - невласник, који ствар држи у складу са вољом власника или против ње, али ја свакако без овлашћења на располагање њоме. Овај субјекат, међутим, ипак предузима радњу неовлашћеног располагања туђом ствари, кроз њено отуђење трећем лицу. Зато ово лице називамо *отуђиоцем или tradens-ом*, који је истовремено и невласник и неовлашћен на отуђење које врши.

Отуђилац, по правилу, зна да је ствар туђа и да њоме неовлашћено располаже, али се ипак представља као њен власник, али предузимајући радњу преношења својине коју нема. Али, може се догодити да је по питању припадности ствари отуђилац био у заблуди, тј. да верује да је ствар којом располаже заиста његова. Његова савесност, међутим, није битан елемент чињеничног стања о коме говоримо. Оно што је важно је да власник није знао за располагање отуђиоца, па му се није ни могао успротивити; нити га је накнадно одобрио.

Битан елемент чињеничног стања стицања својине од невласника је, дакле, да отуђилац стицаоцу не преноси своје, већ право другог лица које је власник. У правној теорији се појавила дилема да ли чињенично стање стицања својине од невласника ″покрива″ и таква располагања невласника, која значе не преношење права својине које му не припада, већ се ради о праву које не припада ни било ком другом лицу. Ради се о *непостојећем праву*. Отуђилац је невласник у још ширем смислу - ради се о негацији самог права. Аутори G. Cain - A. Trabucchi[2] дају потврдан одговор на ово питање. Други аутори[3] су, међутим, уздржанији, примећујући да у тој ситуацији нема за стицање својине од невласника карактеристичног сукоба интереса власника и савесног стицаоца, зато што власник и не постоји, са чим се морамо сложити.

[2] Commentario breve al codice civile, Падова, 1984. г., стр. 746

[3] L. Mengoni, Gli acquisti ″a non domino″, Милано, 1975. г., стр. 8

3) Правни положај савесног стицаоца

Трећи правни субјекат, учесник у чињеничном стању стицања својине од невласника, је лице које прибавља својину на покретној ствари од отуђиоца, не знајући да он није њен власник нити је овлашћен на отуђење. Његова савесност је неопходан елемент чињеничног стања о коме говоримо. На основу изјава и, пре свега, државине отуђиоца, која ствара привид права својине, он верује да је овај привидни власник прави. У складу са тим овај субјекат, кога називамо *савесним стицаоцем (accipiens-ом)*, предузима уобичајене радње за прибављање својине на ствари: закључује одговарајући уговор са отуђиоцем (као titulus acquirendi) и прима ствар у своју државину, непосредну или посредну (као modus acquirendi). Предаја ствари од отуђиоца стицаоцу је још један кључни елемент чињеничног стања стицања својине од невласника. Државина отуђиоца је управо у функцији предаје ствари стицаоцу.

Стицалац верује да је отуђилац правни претходник из чијег права он изводи своје. У стварности, овде се ради о привидном отуђењу или ″наговештају отуђења″ како неки аутори кажу.[4] Ту, дакле, нема деривације у коју стицалац верује и отуђилац му не преноси својину, али привид ваљаног преноса је неопходан и (као и привид својине отуђиоца) има своју вредност и функцију. Та вредност није суштинске, већ формалне природе.[5] Нужност постојања привида преноса диктира чињеница да институт стицања својине од невласника ″покрива″ само недостатак својине отуђиоца, уз испуњеност одређених услова, али не и друге недостатке односа отуђења. Зато изјаве воља два пословно способна субјекта, сједињене у пуноважно закључен правни посао, на основу кога долази до преноса државине са тзв. отуђиоца на стицаоца, морају егзистирати као и кад се стиче од правог власника.

Савесни стицалац, дакле, мора бити у правном односу са отуђиоцем. Према власнику, савесни стицалац мора имати својство тзв. *трећег лица*. За чињенично стање стицања својине од невласника битно је да стицалац и власник нису ни у каквом правном односу поводом ствари о којој се ради, ни непосредно ни посредством отуђиоца (као овлашћеног заступника власника).

[4] L.Barassi, Diriti reali e possesso, II deo - Il possesso, Милано, 1952. г., стр. 452
[5] L. Barassi, нав. дело, стр. 452

* * *

Питањем како се одређује својство трећег лица, тј. стицаоца у чињеничном стању о коме говоримо бавио се посебно Л. Менгони.[6] Квалитет трећег једно лице може имати у релативном (специјалном) смислу и апсолутном (општем) смислу. За чињенично стање стицања својине од невласника стицалац треба да има својство трећег лица у апсолутном смислу, истиче аутор о коме је реч.

У *апсолутном смислу*, треће лице је оно које уопште није засновало, нити је део неког правног односа са другим. Власник и савесни стицалац су, на пример, трећа лица у апсолутном смислу са аспекта правног односа на релацији стицалац - отуђилац. Власник је издвојен из titulus-а стицања, тј. из правног односа на релацији отуђилац - стицалац. Стицалац, с друге стране, нема causu од власника и за њега није од значаја да ли постоји или не постоји правни посао на релацији власник - отуђилац. За чињенична стања заснована на државини, као што је и стицање својине од невласника, квалитет трећег се утврђује само према апсолутном критеријуму, наглашава Л. Менгони.

Заштита стицаоца, као трећег лица у овој ситуацији, дакле није условљена претходним односом власник - отуђилац (врста, пуноважност правног посла итд.), већ је та заштита апсолутна према *сваком ко није отуђилац*, макар он био и прави власник. Стицање трећег одређено је државином, а не titulus-ом, али ″по мери″ и у складу са titulus-ом од невласника.[7] Евентуални правни однос власника и отуђиоца (који овог другог обавезује на враћање ствари) ирелевантан је за стицање трећег, accipiens-а. *Квалитет трећег се изводи из чињенице да се отуђење одиграло од неког ко се разликује од власника и неовлашћен је на отуђење.* Чак и ако је отуђилац био власник, па накнадно (ретроактивно) постао невласник (поништавањем titulus-а на релацији власник - отуђилац нпр.), то се стицаоца не тиче. Јер, он има квалитет трећег, па претходно стицање отуђиоца не утиче на titulus који accipiens добија од њега и који остаје његова iusta causa.

Ова разматрања су врло корисна, посебно код чињеничних стања за која је тешко проценити да ли се могу или не подвести под правила о стицању својине од невласника.

4) Сукоб интереса власника и савесног стицаоца

Чињенично стање које описујемо представља продају туђе ствари, која према уобичајеним правилима грађанског права не би могла да резултира

[6] Нав. дело, стр. 113-115
[7] Л. Менгони, нав. дело, стр. 113

својином стицаоца, макар он био и савестан. Према општим правилима она може произвести одређене (облигационо) правне последице између отуђиоца и савесног стицаоца, али за власника је res inter alios acta и не тиче га се. Међутим, из посебних разлога правни поредак мимо ових правила описаном чињеничном стању (са или без тражења додатних услова) даје моћ да произведе последицу на коју је правни посао отуђиоца и савесног стицаоца био усмерен - својину стицаоца. Али то истовремено значи и поништавање својине власника, чију неповредивост гарантују сви правни пореци.

Укратко, код чињеничног стања стицања својине од невласника законодавац наилази на *сукоб интереса* два лица: претходног власника ствари и њеног савесног стицаоца од (неовлашћеног) невласника, који је држалац. Он штити интерес савесног стицаоца, истовремено анулирајући својину претходног власника, и ако он ствар није отуђио. Поједностављено речено, он тиме истовремено анулира и начело правне сигурности, неповредивости приватне својине и заштите стечених права кад год постоји чињенично стање о коме је реч. Предност даје вредностима које симболизује позиција akcipiens-a: сигурности правног промета и начелу савесности и поштења у промету.

Штитећи поверење савесног стицаоца у државину отуђиоца правни пореци највећег броја земаља као да *надомешћују* недостатак својине на страни отуђиоца, који је наводно преноси стицаоцу и ако се овде, како један аутор рече[8] ″...уопште не ради о преносу, већ о ″утемељењу″ својине, које се само потврђује формама преноса.″ Право на обештећење које власник има према отуђиоцу не пружа му и објашњење због чега је у овом сукобу његовог са интересом савесног стицаоца управо његов интерес жртвован. Институт стицања својине од невласника постаје ″...тежак за поимање сходно искуству и природном посматрању ствари″,[9] са чим се морамо сложити.

5) Чињенично стање стицања својине од невласника у радовима домаћих и страних правних писаца

И други правни писци који су се бавили стицањем својине од невласника на начин сличан горе изложеном ″виде″ и описују чињенично стање које анализирамо.

Тако **Л. Менгони**[10] износи запажање да стицање својине од невласника није јединствена правна категорија. Оно је заједничка тачка

[8] E. Swoboda, Das Österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Wien, 1941. г., стр. 242
[9] F. Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, München, 1977. г., стр. 458
[10] Л. Менгони, нав. дело, стр. 1-2

″...серије хетерогених чињеничних стања, која у координацији воде решењу истог практичног проблема...″ У складу са тим, он сматра да квалификација ″non domino″ не садржи само један елеменат, већ је она ″део односа отуђивања, који за предмет има право, које не зависи од отуђиоца″. У питању је комплексно чињенично стање које производи ефекат преноса права, упркос недостатку легитимитета отуђиоца. То није једноставно правни посао non dominus-a у корист трећег. Ради се о ефикасном titulus-у и ако произилази од онога, ко нема право које преноси. Non dominus је auctor у формалном смислу (dante causa), али не и суштинском, јер би то била контрадикција логичком принципу ″Nemo plus iuris...″.

По **Д. Стојановићу**[11] стицање својине од невласника значи ″...прибављање својине једне ствари преносом од стране лица које није власник ни овлашћено на располагање″. Стицање својине се врши на рачун правог овлашћеног лица, које губи својину и ако није учествовало у правном послу отуђиоца и трећег савесног лица.

Овај институт подразумева ″...стицање својине уговором са невласником који није овлашћен на закључење уговора о располагању туђом ствари″, истичу и аутори **О. Станковић - М. Орлић.**[12]

Суштина стицања својине од невласника је, по **F. Giehl-у**[13] у томе што се ″чињенично непостојећа правна власт (на страни отуђиоца) сматра егзистентном због заштите поверења трећих стицаоца (уз одређене претпоставке)″.

G. Cain - A. Trabucchi[14] стицање својине од невласника сагледавају као ″чин преношења права, које припада субјекту различитом од отуђиоца или права које у стварности не постоји″.

У **Лексикону грађанског права**[15] стицање својине од невласника се одређује као стицање својине упркос недостатку права својине на страни претходника са којим је закључен правни посао.

N. Gavella[16] стицање својине од невласника види као заштиту ″коју под одређеним претпоставкама правни поредак пружа онима који су се у правном промету поуздали у публицитетно деловање државине, па су од

[11] Стварно право, Београд, 1980. г., стр. 145
[12] Стварно право, Београд, 1989. г., стр. 101
[13] Der gutgläubige Mobiliarerwerb-Dogmatik und rechtswirklickeit, Archiv für die civilistische Praxis, H.4, 1962. г., стр. 363
[14] Нав. дело, стр. 746
[15] Београд, 1998. г., стр. 695
[16] H. Gavella - T. Josipović - B. Delaj - I. Gliha - Z. Stipković, Stvarno pravo, Zagreb, 1998. г., стр. 352

држаоца који није био ни власник ни овлашћен на располагање савесно стекли ствар″.

По **L. Barassi-y**[17] разлог за стицање својине од невласника ″*...није у својини отуђиоца, него у држави стицаоца*, а државина и својина нису чињенице код којих постоји редослед и временска дистанца... већ су то овде истовремене чињенице, па из државине директно и одмах проистиче својина (уз друге претпоставке)″. Стицање својине од невласника, по њему, ″...отвара опште поглавље у теорији субјективних права, у вези *(привидног) феномена технике сукцесије, код кога отуђилац није титулар субјективног права*″.

*** * ***

Оно што се из свих ових описа чињеничног стања стицања својине од невласника већ на први поглед може уочити јесте да овај институт представља одступање од неких важних правила грађанског права. Наиме, он резултира двема значајним правним последицама: својином савесног стицаоца од non dominus-a и истовременим престанком својине дотадашњег власника. Прва правна последица противречи начелу ″Nemo plus iurus...″ и правилу о деривацији права својине. Друга последица, а у вези са првом, супротна је апсолутном, erga omnes дејству права својине; и са тим повезаном праву на следовање и виндикацију своје ствари од сваког лица код кога се она налази противно вољи власника.

Осврнућемо се укратко на оба изложена одступања.

II Стицање својине од невласника као одступање од правила о дериватвном стицању својине и принципа ″Nemo plus iuris...″

Из анализе чињеничног стања стицања својине од невласника јасно произилази његово директно одступање од правила о дериватвном стицању својине, које од римског права до данас важи као општеприхваћено у грађанском праву.

Деривација је правило, које је ″надживело векове″,[18] а важи и за покретне и за непокретне ствари и подразумева кумулативну испуњеност одређених услова. Најпре, мора *постојати право својине*, чији се пренос врши и оно мора припадати субјекту који врши његов пренос, као правном претходнику (власник); мора постојати iustus titulus acquirendi, што је

[17] Нав. дело, стр. 439 и 444

[18] Т. Делибашић, Правни карактер и значај стицања својине од невласника, Судска пракса, бр. 2, Београд, 1996. г., стр. 70

обично правни посао, пуноважно закључен између правног претходника (старог власника) и правног следбеника (новог власника), као средство трансфера својине; и iustus modus acquirendi, што је за покретности (у традиционим правним системима) предаја ствари, као објекта својине.

Стицање својине од невласника очигледно нема све наведене особине деривативног стицања. Оно што недостаје јесте - припадање права својине субјекту који врши његов пренос. Пренос врши једно лице - неовлашћени невласник, а својина припада другом лицу - власнику. Пренос права, дакле, врши лице које га - нема.

Тиме је прекршен један принцип логике и права који је ″уграђен″ у правило о деривативном стицању, а то је да се може располагати само правом које се има, које отуђиоцу припада. Нико не може пренети више права него што сам има, а нарочито не може неовлашћено пренети туђе право својине. Римска изрека каже: ″Nemo plus iuris in (ad) alium transferre potest quam ipse habet″ (D 50, 17, 120 Sec.Paulus); као и: ″Nemo dat quod non habet″.

Могућност стицања својине од невласника је, дакле, истовремено одступање и од правила о деривацији својине (у питању је привид деривације) и од ″Nemo plus iuris...″ принципа. Док од правила о деривацији постоји још изузетака, од ″Nemo plus iuris...″ принципа их практично више и нема.

1) ″Nemo plus iuris...″ као логички принцип нема изузетака

И заиста, ако ″Nemo plus iuris...″ принцип схватимо као *принцип логике*, што он првенствене и јесте, само по себи је јасно и разумљиво да он не може имати никаквих изузетака. Свако може располагати само оним и онаквим правом какво има, па ни на другог не може ни у квалитативном ни у квантитативном смислу пренети више од тога. У складу са тим, својинским правом *само власник може располагати и то лично*, па у овом најдословнијем смислу наведеног принципа стицање својине од невласника никако није могуће, нити су могући било какви изузеци од ″Nemo plus iuris...″ принципа.

2) ″Nemo plus iuris...″ као нормативни принцип и (неправи) изузеци од њега

а) Стицање од власниковог пуномоћника

Принцип ″Nemo plus iuris...″ јесте логички, али и нормативни принцип. То значи да својим правом свакако може располагати само титулар, али му правни поредак даје могућност да то чини не само *лично*,

већ и преко другог лица као свог заступника, ако му тако више одговара. Између власника и заступника мора постојати пуноважно закључен правни посао у том смислу. Власник мора бити пословно способан, а *пуномоћника* бира по сопственом нахођењу. Својином власника у том случају заиста располаже невласник. Али, овде се ради о овлашћеном невласнику - заступнику, који располаже уз сагласност и по упутствима власника, па стицалац (без обзира да ли је савестан или не), стиче својину на ствари која је предмет отуђења као да је располагање предузео власник лично. Лимит овог стицања чини само "приватна аутономија", воља власника.

Стицалац у овом случају нема квалитет трећег о коме смо говорили, јер се налази у правној вези са власником. Описана ситуација се, дакле, не поклапа са чињеничним стањем стицања својине од невласника. И ако је располагање предузео невласник, стицање својине од овог нон dominus-а није у супротности са ″Nemo plus iuris...″ принципом и правилом о деривацији. Ово је главни (неправи) изузетак од ″Nemo plus iuris...″ принципа, он је нормативно могућ и представља уобичајену и масовну појаву у интересу самог власника.

* * *

Проблем који се поставио пред правну теорију био је и утврђивање круга чињеничних стања која се могу изједначити са наведеним ″неправим″ изузетком од принципа ″Nemo plus iuris...″ у нормативном смислу, тј. са стицањем од власниковог пуномоћника као невласника. Ради се о нужности идентификовања чињеничних стања која се могу подвести под правила о стицању својине од невласника и њиховом разграничавању од оних, која то не могу.

Тако се под чињенично стање стицања својине од невласника свакако *не може* подвести ситуација у којој власник није унапред овластио невласника на располагање, али се *накнадно сагласио* са неовлашћеним отуђењем. Накнадна сагласност има исте ефекте као и правни посао с пуномоћником закључен пре отуђења.

б) Стицање од законског заступника власника

Што се тиче законског заступника (у ужем смислу) или заступника кога поставља суд на основу законског овлашћења - неки аутори и ту ситуацију ″уклапају″ у чињенично стање стицања својине од невласника. Истина је да овакав невласник располаже правом власника мимо његове воље, и да му власник није правним послом доделио овлашћење на располагање његовим својинским правом.

Али, неки аутори[20] овакво располагање ипак не виде као случај стицања својине од невласника. Као аргумент они најпре наводе чињеницу да се у овој ситуацији не поставља питање савесности стицаоца, као ни код стицања од власника, што је незаобилазна компонента стицања својине од невласника, са чим се морамо сложити. Поред тога, законски или судски заступник јесте невласник, али не можемо га сматрати сасвим неовлашћеним на располагање, иако његово овлашћење не потиче од власника. На крају, стицалац од невласника - законског заступника није треће лице у односу на власника, јер ефекти заступникових радњи погађају економску и правну сферу управо власника и стицаоца. Према томе, ни законско заступништво не представљају право одступање од ″Nemo plus iuris...″ принципа, нити се ″уклапа″ у чињенично стање стицања својине од невласника.

в) Стицање од лажног пуномоћника власника

И на питање да ли стицање од *лажног пуномоћника* улази у чињенично стање стицања својине од невласника и представља одступање од ″Nemo plus iuris...″ принципа многи аутори дају негативан одговор.[21] Наиме, ово лице не отуђује ствар у своје, већ у туђе име (лажно) и то отворено изјављује. Стицалац тако зна да отуђилац није власник, већ да је то друго лице. Ако стицалац погрешно верује у наводе лажног пуномоћника сматрајући га правим - онда је он и савестан. Зато овакво отуђење производи одређене облигационо-правне последице, тек у зависности од власниковог става (могућност накнадног одобрења) може произвести и стварно-правне ефекте, сматрају ови аутори. У сваком случају, овде нема повреде принципа ″Nemo plus iuris...″; он важи у складу са њим - овакво отуђење је неефикасно.

На питање да ли се у овој ситуацији онда ради о идентичном стању стицања својине од невласника, аутори о којима је реч дају негативан одговор. Овде, по њима, нема ни карактеристичног чињеничног стања стицања својине од невласника, које подразумева (погрешно) веровање стицаоца у *својину* отуђиоца, јер он зна да је власник друго лице. Самим тим, стицалац нема квалитет трећег. Стицалац стиче од лажног пуномоћника који би, *да је управи* - како се представља и у шта стицалац погрешно верује - створио моментални регуларни пренос својине са власника на стицаоца, који би био у непосредном односу са власником.

---

[20] K. Binding, Die ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer, Leipzig,1908. г., стр. 5-6; L. Mengoni, нав. дело, стр. 6

[21] Г. Cain - A. Trabucchi, нав. дело, стр. 746-747; L. Mengoni, нав. дело, стр. 331-335

Ми морамо приметити да би тако заиста и било да је лажни пуномоћник - прави. Али, пошто он није прави пуномоћник власника - савесни стицалац не ступа у правни однос са власником ствари и задржава својство трећег лица.

У правним системима неких држава (Швајцарска), посебно у области трговачког права (Немачка), *признају се* ефекти стицања својине од невласника и за савесно стицање од невласника - лажног пуномоћника.

* * *

Из свега изнетог намеће се закључак да ″Nemo plus iuris...″ принцип, схваћен као логичко правило, не може имати изузетке ни у ком виду, па ни у виду стицања својине од невласника. Логички, стицање својине од невласника представља немогућу ситуацију.

Ако принцип ″Nemo plus iuris...″ схватимо као нормативни принцип, онда је стицање својине од невласника правно могуће, али само ако је власник овластио невласника на отуђење (или се са њим накнадно сагласио), тј. ако је невласник његов пуномоћник, са којим се, по многим мишљењима, изједначавају законски заступник и заступник на основу судске одлуке; али не и лажни пуномоћник.

3) Стицање својине од невласника у односу на принцип ″Nemo plus iuris...″: правило или изузетак?

Из претходних излагања је јасно да прибављање својине од неовлашћених невласника принцип ″Nemo plus iuris...″, и нормативно схваћен, означава као неефикасно. Оно ће, међутим, ипак резултирати својином, али тек у садејству више различитих елемената - услова, који ″уједињени доводе до стицања *на основу закона*, из посебних разлога″.[22] Зато нам се чини оправданом дилема неких правних писаца, да ли је уобичајено означавање чињеничног стања стицања својине од невласника као јединог *правог изузетка* од правила ″Nemo plus iuris...″, заиста језички и суштински исправно.

Ови правни писци сматрају да између принципа ″Nemo plus iuris...″ и могућности стицања својине од невласника и не треба да постоји однос правила према изузетку. Стицање својине од невласника ″...из стања изузетка треба превести у правило″, сматра H. Klang.[23] Принцип ″Nemo plus iuris...″ и стицање својине од невласника треба посматрати као два правила, без

[22] L. Mengoni, нав. дело, стр. 7

[23] Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, 1931. г., стр. 77

изузетака, потврђује М. Вуковић.[24] Јер, ″чак и они системи који остају верни максими ″Nemo plus iuris...″ су принуђени да праве тако широка одступања да је врло мало остало од самог правила ″ - сматрају G. Marty - P. Raynaud.[25] Стицање својине од невласника је ″општеважећи изузетак који је готово постао принцип″ - тврди и Р. Лоренц,[26] а Л. Менгони[27] указује да се стицање својине од невласника, и ако још није прерасло у систематско-аксиоматски принцип, у италијанском праву више и не схвата као изузетак, па не потпада под забрану примене аналогије.[28] По њему, тако би требало да буде и у другим правним системима, ако респектују реалне односе. Он изричито наглашава како се ″мора одбацити идеја да стицање својине од невласника представља изузетак од принципа ″Nemo plus iuris...″ или примедбу на легитимитет non dominus-a, што је очигледније ако стицање својине од невласника схватимо као оригинарно″. Рекли бисмо да у оваквом виђењу ствари свакако има истине.

Одређени аутори примећују да је у неким правним системима стицање својине од невласника *законски* тако регулисано да заиста изгледа као изузетак од принципа ″Nemo plus iuris...″; а у другима се, међутим, стиче управо супротан утисак, да се ради о два паралелна правила, као што је то случај са француским, швајцарским, италијанским, па и немачким правом.[29]

Увиђајући све ово, поједини аутори[30] заузимају ″средњи став″, не називајући могућност стицања својине од невласника ни правилом ни изузетком, већ ″коректуром″ принципа ″Nemo plus iuris...″ чије би круто спровођење отежало промет, а начело савесности и поштења учинило сувишним.

R. Goode[31] међутим овај проблем сматра релативним, јер принципи ″Nemo plus iuris...″ и ″Nemo dat...″ имају изузетке, и то ″у оба правца″, како он каже. Наиме, не само да је понекад могућ пуноважан пренос права које

---

[24] Основи стварног права, Загреб, 1950. г., стр. 113
[25] Droit civil - Les biens, Paris, стр. 493
[26] Стицање права ручне залоге од невласника, Наша законитост, бр. 7-8, Загреб, 1963. г., стр. 305
[27] Нав. дело, стр. 31
[28] Таква забрана се налази у италијанском праву у чл. 14 Предзакона за примену Codice civile-a за све одредбе законика које садрже изузетке и које се стога имају рестриктивно тумачити.
[29] П. М. Јовановић, Прибављање покретних ствари у својину, Архив за правне и друштвене науке, књ. XII, Београд, 1912. г., стр. 468-469; Л. Марковић, Грађанско право - Општи део и Стварно право, Београд, 1927. г., стр. 367-368; Р. Лоренц, нав. дело, стр. 305
[30] М. Ведриш, Основе имовинског права, Загреб, 1971. г., стр. 154-155; М. Ведриш - П. Кларић, Грађанско право, Загреб, 1998. г., стр. 270
[31] Commercial law, London, 1995. г., стр. 62

отуђилац нема; већ је могуће (из разних разлога) и да не стекнемо пуноважну својину од оног ко нам је може пренети. Његов закључак је да се код оваквог стицања и не ради о питању пуноважности или ништавости стицања, већ о *приоритету које им законодавац даје*, па су и пуноважност и ништавост релативни, са чим бисмо ова излагања и завршили.

III Стицање својине од невласника као одступање од принципа апсолутног дејства својине и права власника на виндикацију ствари

Услед поништавања својине правог власника, као последице њеног настанка на страни савесног стицаоца од невласника, институт који анализирамо супротан је још једном кључном начелу грађанског права. То је начело апсолутног, erga omnes дејства права својине.

Ово начело резултира негативном обавезом свих правних субјеката, без обзира да ли јесу или нису у правном односу са власником, да се уздрже од повреде његовог својинског права на одређеној ствари; као и правом власника да се одговарајућом тужбом супротстави евентуалној повреди. Ако је ствар у држави власника, он се од ометања државине и својине може одбранити негаторном тужбом. Уколико је дошло до раздвајања државине и својине, власник ће уз доказ о својини на ствари о којој се ради моћи да поврати њену државину од сваког ко је поседује против његове воље - реивиндикационом тужбом.

Институт стицања својине од невласника је такве природе да негира управо изнето право власника на следовање својине и тражење повраћаја ствари, јер на тој ствари друго лице мимо његове воље, стичући државину - под одређеним законским претпоставкама стиче и својину. Неки аутори сматрају да овде долази до релативизирања дејства апсолутних права, док други објашњавају[32] да се то ипак не дешава, јер је цела ситуација последица управо начела апсолутности својине, али сада на страни стицаоца, са чим се морамо сложити.

Власник губи право на виндикациону тужбу (одмах и трајно или по протеку одређеног рока од савесног стицања својине од невласника - зависно од државе и од околности стицања), јер апсолутно дејство својине подразумева и карактеристику њене искључивости и личне недељивости,[33] па на истој ствари истовремено не могу постојати два права својине, нити два титулара могу ″поделити″ својинска овлашћења међусобно.

---

[32] М. Лазић, Изузетак од правила да нико не може пренети на другог више права него што сам има, Сепарат из Зборника радова Правног факултета у Нишу, бр. XXX, Ниш, 1990. г., стр. 298

[33] О томе више: Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1980. г., стр. 7

Тако се догађа да правни поредак право својине и њену неповредивост на једној страни власнику гарантује, а на другој му је негира. Реивиндикациона тужба власника тако неће имати успеха према савесном стицаоцу од невласника.

Ради се о одступању од веома важног правила ″...које ниједан озбиљан правни поредак не би требало да доводи у питање, јер је то негација својине и начела правичности уопште″, сматра Т. Делибашић,[34] наводећи истовремено и да је изузетак од њега у виду стицања својине од невласника ″...стар готово као својина у грађанским кодексима″. Тиме се ремети ″...сигурност и трајност права, а не само стицања″, примећује Р. Лоренц.[35]

Желећи што директније да истакну чињеницу да стицање својине од невласника поништава право власника на виндикациону тужбу, законо-давци неких земаља овај институт не регулишу међу законским одредбама о стицању својине покретности, већ управо као изузетак од права власника на виндикацију (Српски грађански законик, Аустријски грађански законик, као и Грађански кодекс Руске Федерације). Одређени аутори наводе како право власника на виндикациону тужбу има још изузетака, али њихови разлози су другачије природе него код стицања својине од невласника.

Dr. Nina Planojevic,
a docent

THE PRINCIPLE "*NEMO PLUS IURIS IN (AD) ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET*" IN THE CONTEXT OF ACQUIRING PROPERTY FROM A NON-OWNER

The first part of this work analyzes the structure of the factual state of acquiring property from a non-owner and the legal status of those participating in this process: the property owner, unauthorized transferor and conscientious acquirer, determining their key characteristics in this context. The author here underlines that the conscientious acquirer should be characterized as a third person, in the absolute sense, in relation to the property owner, that the transferor acts beyond his authority in disposing of the property and that there is a conflict of interest between the acquirer and the owner.

[34] Нав. дело, стр. 70
[35] Нав. дело, стр. 306

The second part of this work defines the factual state of this process which yields two legal consequences – the acquirer becomes an owner and the owner loses the ownership without his free will – which represents the violation of some important legal principles. The first consequence contradicts the principle *"Nemo plus iuris.."* and the rule on property derivation and the second opposes the absolute effect of ownership and the right to the vindication of your asset. The author further analyzes both discrepancies with a special interest in this context put on the principle *"Nemo plus iuris.."*. This principle, taken as a logical guideline cannot allow exceptions, not even in the form of acquiring the ownership from a non-owner. If we understand it as a normative principle, then some exceptions of non-legal nature are possible, although, even from this standpoint, such acquiring of property should be deemed unacceptable.

The author concludes that acquiring of ownership from a non-owner is the only real exception to the principle *"Nemo plus iuris…"*, although the author believes that here we have two parallel rules and not the case rule vs. exception which is considered difficult to accept and explain by majority of those involved in legal theory.

Мр Срђан Владетић,
асистент

UDK: 347.466(37)(091)

ПРЕДМЕТ ФИДУЦИЈАРНОГ ПОСЛА

Предмет фидуцијарног посла најчешће се означава као *res fiduciaria* или једноставно *fiducia*[1]. У науци, проблем изазива питање да ли су и res nec mancipi могле бити предмет фидуцијарног посла. Пошто скоро сви класични извори као предмет фидуцијарног посла помињу res mancipi, чији се пренос вршио путем манципације или in iure цесије, у литератури се одбацује могућност фидуцијарног преноса res nec mancipi. Зато Ербе каже: „Да би теорија по којој су и res nec mancipi биле предмет фидуцијарног посла наишла на одобравање, морају се навести сигурни извори“ [2]. Ипак, постоји текст који говори о фидуцијарном преносу покућства које припада res nec mancipi.

D. 33, 10, 9, 2 (Pap. 7 resp.):

Supellectili sua omni legata acceptum argentum [pignori] <fiduciae > continebitur, [quia supellectilem suam legavit] utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.

[1] Res fiduciaria се користи у: P. S. 2. 13. 7: Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, qua impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium. Fiducia се помиње у: P. S. 1. 9. 8: Minor aduersus dictpactiones eorum ignorum et fiduciarum, quas pates obligauerat, si non ita ut oprtuit a creditore dictpacte sint, restitui in integrup potest; P. S. 2. 13. 1: Debitor dictpactis fiduciis a creditore de superfluo aduersus eum habet actionem; P. S. 2. 13. 3: Debitor creditori vendere fiduciam non potest...; P. S. 2. 13. 5: Si inter creditorem et debitorem conuenerit ut fiduciam sibi...; P. S. 5. 26. 4: ...Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequei et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. Servus fiduciarius се помиње у P. S. 2. 13. 2: Quiquid creditor per fiduciarum servum quaesiuit, sortem debiti minuit. Види Bonfante, P., Istituzioni di diritto romano, Torino, 1946, стр. 472; Noordraven, B., Die fiduzia römischen Recht, Amsterdam, 1999, стр. 9. и Egersdorfer, A., Predavanja o institucijama rimskog prava, Zagreb, 1919, стр. 156.

[2] Erbe, W., Die fiduzia im römischen Recht, Weimar, 1940, стр. 14.

Овај текст мора да је првобитно обрађивао fiducia cum creditore, а не pignus[3]. Поверилац из пигнуса не може да завешта ствар per vindicationem јер он није власник[4]. Per vindicationem може да завешта само власник, а то је у овом тексту фидуцијар. Дакле, фидуцијарни пренос res nec mancipi још увек је био могућ.

Постоји још један Папинијанов текст (D. 39, 6, 42 пр.) према коме нека жена преноси целокупну имовину путем in iure цесије да би остварила donatio mortis causa.

D. 39, 6, 42 pr. (Pap. 13 resp.)

Seia cum bonis suis [traditionibus factis] Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi [recepit] <retinuit> et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad em rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent, igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. [bonae fidei] <fiduciae> autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed danegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiem ex persona sua tenebuntur.

[3] Gieb, O., Actio fiduciae und Realvertrag, SZ 8, 1887, стр. 140.; Oertman. P., Die fiduzia im römischen Privatrecht, Berlin, 1890, стр. 122; Noordraven, B., нав. дело. стр. 163. Упореди: Dernburg, H., Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Recht I, Leipzig, 1860, стр. 69.; Jacquelin, R., De la fiducie, Paris, 1891, стр. 183.; Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 521. Казер (Kaser, M., Studien zum römischen Pfandrecht II, actio pigneraticia und actio fiduciae TR 47, 1979, стр. 332 (фус. 288)) сматра да текст има за предмет фидуцију, али у Studien zum römischen Pfandrecht III (Besitzpfand und „besitzloses"), SDHI 45, 1979, стр. 83, Казер говори да текст ипак обрађује пигнус.

[4] Ulp. Reg. 24, 7: Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex iure Quiritium testatoris fuerunt, mortis, quo testamentum faciebat...

За овај текст већина аутора сматра да је интерполиран и да је првобитно обрађивао фидуцију[5]. У тексту се каже да Сеја преноси целокупну имовину свом рођаку по мајци, Тицију. Пренос се вршио путем in iure цесије, уз договор да Сеји остаје службеност плодоуживања и да се, ако Тицијус умре пре ње, имовина враћа њој, а после њене смрти да имовина припадне Тицијевој деци. Реч cessiset указује на in iure цесију која се могла користити како за res mancipi, тако и за res nec mancipi. Зато су речи traditionibus factis интерполиране. Да су ове речи интерполиране, може се закључити из Frag. Vat. 47[6], где се каже да се службеност плодоуживања не може извести путем традиције. Целокупна имовина не може се у овом периоду посматрати као res mancipi[7]. Ту улазе и res nec mancipi као и укућани који се налазе под влашћу патерфамилијаса (фидуцијанта).

Упоређујући манципацију и in iure цесију, Гај даје предност манципацији. Оно што можемо да урадимо међу пријатељима не треба са много тешкоћа обављати пред претором или гувернером провинције.

Gai Inst. II, 25

Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.

Овај текст је подстакао Ербеа на тврдњу да је in iure цесија у време Гаја скоро ишчезла. Према Ербеу, то што Гај помиње in iure цесију у Gai Inst. II, 59–60 и III, 201 говори о томе да се она раније користила код преноса целокупне имовине.[8] Међутим, поједини Улпијанови текстови оповргавају ову Ербеову тврдњу.

---

[5] Први је ово констатовао Келер (Keller, F. L. Bon, Über L. Seia 42 pr. De mortis causa donationibus, Zeitschrift für geschichtliche Rechtwissenschaft 12, 1845, стр. 400 према Erbe, W., нав. дело, стр. 129), Lenel, O., Palingenesia iuris civilis I, стр. 939; Oertman, P., нав. дело стр. 145; Manigk, A., Fiducia, Pauly – Wissowa Realenenciklopadia der classischen Altertumswissenschaft. BI, 2, Stuttgart, 1909, стр. 2302; Girard, P. F., нав. дело, стр. 522; Erbe, W., нав. дело, стр. 129; Monier, E., нав. дело, стр. 147; Noordraven, B., нав. дело, стр. 100. Од наших аутора став да се фидуција користила код donatio mortis causa заступа Маленица (Маленица, А., Поклон у римском праву (Докторска дисертација), Нови Сад, 1977, стр. 146.).

[6] Frag. Bat. 47: In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur. Види и Boras, M. – Margetić, L., Rimsko pravo, Rijeka, 1998, стр. 118.

[7] Noordraven, B., нав. дело, стр.10.

[8] Erbe, W., нав. дело, стр. 14.

Ulp. Reg. 19, 9:

In iure cessio quoque communis alenatio est et mancipi rerum et nec mancipi...

Ulp. Reg. 19, 11:

In iure cedi res etiem incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae.

Први текст говори да се in iure цесија користила код преноса res mancipi и res nec mancipi, док се у другом тексту истиче да in iure цесија може имати за предмет бестелесну ствар, као што је плодоуживање, заоставштина и законско туторство ослобођенице. Из ових текстова се може приметити да је in iure цесија, ипак, била применљива у Гајево доба[9]. Наравно, одавде не треба закључити да се она једнако примењивала као и манципација. Манципација се знатно више употребљавала јер је била једноставнија. Такође, не треба преувеличавати број фидуцијарних преноса res nec mancipi. За њих је био више погодан пигнус (pignus). Фидуција се употребљавала код малог броја случајева res nec mancipi код којих је, због њихове велике вредности и потребе за публицитетом, давана предност фидуцији [10].

ЗАКЉУЧАК

Скоро сви класични текстови, који обрађују фидуцијарне послове имају за предмет земљишта или робове која припадају res mancipi. Такође, из тих текстова произилази да се пренос својине вршио путем манципације или in iure цесије, што је проузроковало да се у литератури одбацује могућност фидуцијарног преноса res nec mancipi.

Ако би се приликом истраживања фидуције руководили Ербеовом тврдњом о "сигурним изворима" (он под тим подразумева ограничено коришћење интерполираних текстова), наша сазнања о овом институту била би оскуднија. Уосталом, и сам Ербе (као и већина аутора) велики број својих закључака изводи из интерполираних текстова. Из тих разлога, приликом истраживања предмета фидуцијарних послова, ослонили смо се на два интерполирана текста (D. 33, 10, 9, 2 и D. 39, 6, 42 pr.), из којих призилази да се фидуција користила и код res nec mancipi када су у питању

[9] Kaser, M., RPR I, стр. 451(фус. 40) и Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, Köln –Graz, 1956, стр. 102. Овако и Noordraven, B., нав. дело, стр. 155.И

[10] Noordraven, B., нав. дело, стр. 158.

ствари велике вредности које захтевају публицитет. За res nec mancipi мање вредности, једноставнији је био пигнус.

M.Sc. Srdjan Vladetic,
an assistant

THE SUBJECT OF FIDUCIARY AFFAIR

Almost all classical texts that deal with fiduciary affairs speak about land or slaves belonging to *res mancipi*. Additionally, on the basis of these texts it could be concluded that the transfer of property was carried out by means of mancipation or *in jure* cession, which excluded the possibility that fiduciary transfer *res nec mancipi* may appear in literature.

If we allow, while researching fiduciary affairs, to be guided by, what Erbe assumed to be "valid sources" (he called limited use of interpolated texts "valid sources"), then our knowledge about this institute would remain insufficient. Nevertheless, Erbe himself (as most of the other authors) strongly relied on such texts when drawing conclusions. It is no surprising that we also, while researching the subject of fiduciary affairs, resorted to two intterpolated texts (D.33, 10, 9, 2 and D. 39, 6, 42). On the basis of these texts we could conclude that this institute was also used in *res nec mancipi* when dealt with the assets of high value that required publicity. For *res nec manini* of lesser value, *pignus* was a more simple solution.

Одељак V

Породично и наследно право

Др Зоран Пољавић,
редовни професор

UDK: 347.919

(НЕ)МОГУЋНОСТ КОРИШЋЕЊА СИЛЕ У ПОСТУПКУ ВЕШТАЧЕЊА КРВНИХ ГРУПА ПРЕД ПАРНИЧНИМ СУДОМ

Сви велики законици донети током XIX и почетком XX века садржали су низ фикција, претпоставки, па и забрана у погледу утврђивања порекла детета у односу на родитеље, првенствено оца. Разлоге за ово, поред осталог, треба тражити и у непостојању, у то доба, техничких (медицинских) могућности, да се утврди стварно (биолошко) порекло детета. Тек од 1938. године, од открића немачких научника, које се састојало у поређењу крвних група, откривених почетком XX века, омогућено је утврђивање порекла детета према својим родитељима.[1] Биолошка истина (порекло по крви) постаје основа утврђивања биолошког порекла детета у односу на родитеље (најчешће оца), и то не само у функцији искључења већ и њиховог означавања. У правни систем ова метода је ушла преко тужбе за истраживање ванбрачног очинства, да би се касније њена примена проширила и на друге случајеве утврђивања порекла детета, а све са циљем заштите његових интереса. Све ово је ишло напоредо, или као последица, проширивања материјалноправних могућности да се до ове истине о пореклу детета дође проширивањем круга лица са правом на тужбу и продужавањем рокова за ово.[2]

У поређењу са неким западноевропским правима законодавство Србије пружа веће шансе, пре свега детету, да користећи све могућности дође до истине о свом пореклу. И поред чињенице да наше законодавство још увек садржи извесне материјалноправне препреке на путу сазнања биолошког порекла детета[3] оно је ипак омогућило најширем кругу лица да у одређеном поступку и року оспоравају или утврђују очинство и материнство. Примера ради, наш Породични закон[4] је један од ретких у

[1] У питању је био метод познат под именом „Essen-Möller". Видети: G. Nicolau, L´influence du progres de la genetique sur la droit de la filiation, Bordeaux, 1989, стр. 26, као и F. Boulanger, Droit civil de la famille, t.II, aspects comparatifs et internationaux, Paris, 1994, стр. 18.

[2] Видети наш рад: Шта је остало од претпоставке очинства, Србија и европско право, књ. В, Правни факултет у Крагујевцу, стр. 343.

[3] Видети: З. Пољавић, Очинство детета и биолошка истина, Наша законитост, 6/1988,стр. 747-757

[4] Објављен у „Сл. гласнику РС", бр. 18/2005.

Европи који дозвољава природном оцу детета[5] да оспорава, под одређеним условима, очинство мужа мајке (тј. претпостављеног оца детета). [6]

I

Утврђено биолошко порекло детета постаје у савременом праву све више основа за успостављање родитељскоправног односа. Два су кључна момента која су допринела да до овога дође. Први се тиче напретка науке, медицинске и биолошке, чиме је омогућено да се најсавременијим методама то порекло утврди са великим процентом тачности (понекад 99,99%) и други моменат се тиче усвајања Конвенције УН о правима детета (1989. године) где се у његовом чл. 7., као једно од кључних права детета, признаје и право да зна своје порекло.[7]

Иако су стварне могућности за утврђивање биолошког порекла детета данас енормно повећане захваљујући, као што је констатовано, напретку науке, основно је како се те могућности у пракси користе. Питање се своди у суштини на то да ли се у одговарајућим судским поступцима оне користе и како се користе. Конкретно, 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 везано за примену силе ради обезбеђења доказа потребних у вези утврђивања порекла детета данас све више добија на значају, као што је поменуто, зато што се у свим европским земљама све

[5] Ову могућност дозвољава и Закон Француске. Видети: P. Frank, L´etablisement et les consequences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, Revue internationale de droit comparé, 1 / 1 999. Непостојање овог права природног оца у праву Холандије био је повод да се и пред Европским судом за права човека постави питање (случај Kroon) да ли је то у складу са чл. 8. Европске конвенције о правима човека. Иако је немачко право традиционално орјентисано ка истраживању биолошке истине,тј. утврђивање крвне везе, много више него што је то случај са француским правом (F. Furkel, Le nouveau droit de l`enfance en Republique federale d`Allemagne, Revue trimestrielle de droit civil, juillet/septembre, 1998, стр. 7) мора се констатовати да ни најновијим законом ова могућност није уведена. У питању је један од четири важна закона који је 25. BIII 1997 усвојен у Бундестагу, Закон којим се реформишу права деце (das Kindschaftsreformgesetz).

[6] Бивши Закон о браку и породичним односима под одређеним условима ово право предвиђао је и за наследнике умрлог мужа мајке.

[7] "Дете ће бити регистровано одмах након рођења и имаће од рођења право на име, право на стицање држављанства и колико је то могуће, право да зна ко су му родитељи (подвукао З.П.) и право на њихово старање". Шире о овом праву видети: Права детета у свету и Југославији, Београд, 1997, зборник радова, (З. Поњавић, Осврт на чл. 7. ст. 1 . Конвенције о правима детета; Г. Ковачек-Станић, Право детета на сазнање порекла у југословенском праву).

више говори о праву детета да зна своје порекло. Међутим, ово постаје голо право ако путативни отац, мајка или дете одбију да се подвргну наведеној анализи.

II

У праву већине европских земаља, 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.

У Немачкој, као и у нордијским земљама, насупрот овог, 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. Ова анализа крви или ДНК може бити наређена по службеној дужности од стране суда, или на тражење странке. Ако један 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 се предвиђа санкција, новчана казна или казна затвора, а ако то не уроди плодом ово испитивање може бити спроведено и употребом силе.

Слична одредба је била уведена у Грађански процесни кодекс Немачке још давне 1938. године (чл. 372) под владом нациста. Основни принцип од кога се пошло био је Duldungspflicht (трпљење дужности), а циљ који се жели постићи у овим парницама је утврђивање биолошког порекла детета. Овај циљ се свакако не може постићи ако би се подвргавање једне странке крвној експертизи заснивало на њеној доброј вољи. Примена инквизиторских средства се стога показује као оправдано и нужно.[8] Ова одредба је после Другог светског рата преживела све ревизије и одржала се до данашњег дана. Како се истиче у савременој правној литератури нико не сумња у њену нужност и основаност.[9] Интересантно је овде навести речи једног посланика у Скупштини Немачке који је изразио опште мишљење, поводом овог законског решења, следећим речима: „Право не може да се не обазире на медицинска научна открића. Право мора да се користи њима, а превасходни циљ у овој области мора увек бити да се открије истина. Ово

[8] Премда је у моменту када је ова одредба унета у Немачки закон 1938. године осим постизања истине о пореклу детета постојао је један идеолошки циљ: нужност да се покаже припадање, једној раси или клану". Наведено према: R. Frank, op.cit., стр. 911.

[9] R. Frank, L´examen biologique sous contrainte dans le cadre de l`etablisement de la filiation en droit allemand, Revue internationale de droit comparé, 4/1995, стр. 905 и даље.

није немогући захтев када постоји обавеза једног лица да се подвргне крвној експертизи".[10]

У Енглеској је, истина, дозвољен један „scientific tests" применом решења предвиђених у одељку 20 "Family Law Reform Act" из 1969. године, али се он не може наметати мерама које би угрожавале нечији телесни интегритет, нити новчаним казнама или казнама затвора. Чак и тестови са ДНК су дозвољени само ако заинтересовано лице на њега пристане. Међутим, одбијање једног лица да се подвргне крвној експертизи у пракси енглеских судова најчешће доводи до тога да се усвоји захтев противне стране. Ово питање је било разјашњено у једној одлуци енглеског апелационог суда.[11]

Правна ситуација у Француској, у погледу овог решења, је слична оној у Енглеској. 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"[12] који искључује сваку примену силе у овом погледу.[13] Сагласност заинтересованих се изричито тражи у чл. 16-11, ал. 2.[14] Једина могућност са којом француски суд располаже је да у смислу чл. 11. Новог грађанског процесног кодекса једно такво одбијање буде слободно оцењено. Односно, такво одбијање ће суд ценити у склопу свих других доказа.[15] Неповредивост телесног интегритета као принцип се примењује не само у грађанском већ и у кривичном и другим поступцима. Тако је и у случају

---

[10] Посланик Neumayer, Berhandlungen des Bundestages, 1.Wahleperiode, стр. 2876 A.

[11] Re A (a minor) (1994) 2 KLR. 463. Три мушкарца су била вероватни очеви детета. Мајка је тражила утврђење очинства детета само према једном од њих, од једног пословног човека (Господин Г.), који је одбио да се подвргне експертизи (узимању крви). Суд га је осудио, ипак, да плаћа издржавање детету. При томе је навео: „Подвргавајући се крвној анализи Г. је имао могућност да утврди очинство детета. Он је одбио ту могућност. Чињеница да је иста могућност могла бити понуђена и осталима је била без значаја..."

[12] У страној судској пракси се основ за забрану медицинске интервенције без пристанка лица понекад третира и као „повреда права на поштовање приватног живота" заштићеног у чл. 8. Европске повеље о правима човека из 1950. Тако је поступљено, примера ради, у спору X c/Autriche од 13. XII 1979 (бр. 2878/78). Наведено према: P.Fraisseix, La protection de la dignite de la personne et de l`espece humaines dans le domaine de la biomedicine:l`exemple de la Convention d`Oviedo, Revue internationale de droit comparé, 2/2000, стр. 388.

[13] Тако и: одлука Апелационог суда у Паризу од 24. XI 1981. г. Recueil Dalloz Sirey, 1982, 355.

[14] У питању је Закон бр. 94-653 од 29. јула 1994. г.

[15] О овоме је француска судска пракса још давне 1968. године заузела овакав став. Тако: R. Nerson, L`influence de la biologie et de la medicine modernes sur le droit civil, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1970, стр. 669.

извршења кривичног дела, чак и ако постоји основана сумња да је деликт учињен у пијаном стању.

Италијанско право има слично решење као и француско, али са једном интересантном разликом. Наиме, ако једно лице које није странка у парници одбије да се подвргне крвној експертизи, такво његово понашање може бити од стране суда санкционисано једном симболичном новчаном казном, 10000 лира. Ако би једна од странака одбила да се подвргне овој анализи такво њено одбијање биће цењено у склопу свих других доказа (чл. 118. Грађанског процесног кодекса).[16] Основна идеја од које се у овом случају пошло лежи у томе што странка која одбије да се подвргне овој експертизи ризикује да изгуби процес док трећа лица у основи нису заинтересована за исход парнице. Овакво решење италијанског закона било је често предмет критике у италијанској доктрини као несагласно са инквизиторским начелом које доминира у области остваривања права деце.

Очигледно да италијанско и француско право одбијање једног лица да се подвргне крвној експертизи цене у склопу свих других доказа, док у енглеском праву оно доводи до губитка парнице. Разлика између држава које припадају романском правном систему и правног система Енглеске проистиче из различитог дејства пресуде: у првом случају пресуда којом се утврђује порекло делује erga omnes и ту се мора водити рачуна о биолошкој истини, док у другом случају ова питања се разматрају као претходна у оквиру главног спора који се најчешће тиче издржавања или наслеђивања.

У Швајцарској и Аустрији принуда директна или индиректна, као у немачком праву, је забрањена, премда резултат готово и да није другачији од оног који се добије у Немачкој или нордијским земљама. Наиме судови могу наметнути високе новчане казне или казне затвора да би се принудио путативни отац да се подвргне испитивању.

На међународном плану, готово у свим земљама, право на телесни интегритет је признато као једно од основних људских права. Што се тиче Немачке њен Федерални уставни суд је заузео свој став у једној старој одлуци у којој је речено да узимање једне „мале количине крви" очигледно не представља повреду права на телесни интегритет.[17]

III

Наше право нема изричите одредбе у закону која би регулисала питање узимања крви од лица у поступку вештачења (доказивања) очинства или материнства. У правној доктрини осим уџбеничких напомена није било ширих расправа о овом интересантном питању. Одбијање једног лица да се

[16] R. Frank, L´examen..., op.cit., стр. 908.
[17] Исто, стр. 912.

подвргне биолошкој експертизи наши парнични судови цене слободно, у склопу других околности[18], управо као и њено ускраћивање да да исказ приликом извођења доказа саслушањем странака.[19] 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, а у старијој правној доктрини наводи се још један разлог: да постоји мала вероватноћа да се преко испитивања крви постигне жељени резултат, тј. искључење нечијег очинства.[20]

Чини се да ни један од ових аргумената данас нема довољну тежину да оправда потпуну добровољност лица у подвргавању једном оваквом захвату, у суштини бенигном и по здравље нешкодљивом.

Ако се присилно узимање крви схвати као повреда телесног интегритета личности онда морамо констатовати да овај принцип заправо код нас никада и није био до краја поштован.[21] Тако наш Законик о кривичном поступку[22] у чл. 143. ст. 2. предвиђа: „ Узимању узорка крви и предузимању других медицинских радњи које су по правилу медицинске науке неопходне ради анализе, идентификације лица и утврђивања других чињеница важних за кривични поступак, може се приступити и без пристанка лица које се прегледа, изузев ако би услед тога наступила каква штета по његово здравље."[23] Одлуку о предузимању наведене радње

[18] Пресуда Врховног суда Србије Гз. 49/1985. У пракси наших судова даје се велики значај овом доказивању и у неким одлукама се истиче да ако је на овај начин искључено очинство сувишно је извођење свих других доказа у циљу утврђивања очинства. Овако: Одлука В. суда Србије, Гз. 1462 од 1984. године, објављена у Збирци одлука бр. 904; Наведено према: Комар, Корач, Поњавић, Породично право, Београд, 1999, стр. 214.

[19] Овако: Б. Познић, Грађанско процесно право, Београд, 1976, стр. 389. Слично и: К. Кажић, Извођење доказа вештачењем у брачним и патернитетским споровима, прибављање мишљења одговарајућих стручњака и сарадња са центром за социјални рад, Билтен Окружног суда у Београду, 45/1997, стр. 34.

[20] Б. Златартић, Спорови ради утврђивања очинства и доказ претрагом крви, Наша законитост, 3-4/1948, стр. 80.

[21] Видети: М. Милићевић, Признање и истраживање родитељскоправног односа, магистарски рад, необјављено, Београд, 1993, стр. 182.

[22] Објављен у "Сл. гласник РС", бр. 46/2006 и 49/2007.

[23] А када се ради о узимању ДНК отиска не постављају се никаква ограничења. У ст. 3, овог члана стоји: "Узорци пљувачке ради спровођења ДНК анализе се увек могу узимати, када је то потребно у циљу идентификације лица, или у циљу поређења са другим биолошким траговима и другим ДНК профилима и за то није потребан пристанак лица, нити се та радња може сматрати опасном по здравље". О неким проблемима примене ДНК доказа видети наш рад: "Правноетички проблеми примене ДНК отиска у поступку утврђивања порекла детета", Правни живот, бр. 9, 2004, стр. 895 - 915.

доноси, по правилу, суд. Међутим, како стоји у чл. 255. ст. 10, овог Законика, у неким случајевима ово вештачење могу наредити и органи унутрашњих послова, ако јавни тужилац није у могућности да одмах изађе на лице места.[24] Испада, да сваки полицајац може наредити присилно узимање крви у случају, примера ради, постојања саобраћајног удеса у коме је неко повређен или је направљена већа материјална штета, ако посумња у алкохолисаност неког лица, а ово овлашћење нема парнични суд у поступку утврђивања порекла детета. Нема сумње, постојање различитих правних аршина у погледу неповредивости телесног интегритета личности доводи у питање принципијелност законодавца у погледу забране примене силе у случају утврђивања порекла детета. Питање је само да ли се у овом случају ради о последњим остацима мушког шовинизма (пошто се ова анализа најчешће захтева у поступку истраживања очинства) или о превеликим полицијским овлашћењима (у случају овлашћења полиције у кривичном поступку), или и једном и другом. Било како било, принцип неповредивости телесног интегритета човека је повређен и то тамо где, по нашем мишљењу, има мање оправдања.

Ако је утврђивање биолошког порекла постало једно од дечијих права, у области где је државна интервенција данас највећа и још дуго ће тако остати, онда свако позивање на повреду телесног интегритета приликом присилног узимања „мале количине крви" је крајње лицемерно. У суштини, овим се штити неодговорно понашање појединаца, начешће на штету трећег, тј. детета, зачетог вољно или не, у браку или ван њега, у заједници са другим лицем или ван ње. Успостављање сродничког односа према детету је не само питање морала већ и права и нужна последица сексуалних односа у којима је дошло да зачећа. У питању је, дакле, не само право детета да зна своје порекло већ и одговорност одраслих за децу коју су зачели.

Да ли је, дакле, и такав један минималан напад на нечији телесни интегритет довољан да оправда немогућност да дете сазна своје порекло? Да ли се све може заснивати само на вољи лица која тако остају слободна да успоставе или не успоставе сродство у односу на своје дете? Позивање само на слободу личности[25] је помало и опасно јер доводи у питање идеју

[24] "Полиција може сама обавити увиђај ако јавни тужилац није у могућности да одмах изиђе на место догађаја и може одредити потребна вештачења која не трпе одлагање. Ако јавни тужилац стигне на лице места у току увиђаја, он може предузети његово спровођење". Готово истоветно решење садржао је и ранији Закон о кривичном поступку у чл. 154-156.

[25] Уосталом, француски професор J. Hauser се у једном свом прилогу запитао да ли инфлација субјективних права води ка аутодеструкцији човека? Наведено према: M. Herzog-Evans, Homme, homme juridique et humanite de l`embrion, Revue trimestrielle de droit civil, 1/2000, стр. 65-66.

саме одговорности. Уосталом, да ли постоји слобода једног лица да пристане или не на узимање крви ако се у судској пракси такво његово одбијање систематски тумачи на његову штету. По нашем мишљењу не.[26]

Што се тиче другог аргумента против примене силе код узимања крви да се на овај начин очинство не може утврдити, овај приговор је у великој мери данас отпао, али не и сасвим. Овом методом могуће је, као што је познато, постићи само искључење нечијег очинства, али не и утврђење. Напредак науке јесте омогућио да се поређењем крвних група и фактора са великом вероватноћом утврди нечије очинство, али не 100%.

IV

Међутим, ствари могу да се посматрају и другачије, у светлу једне вечне дилеме односа циљева и средстава. Свему свакако доприноси и неодлучност и подељеност доктрине. Да ли, уосталом, сродднички однос мора увек имати биолошку подлогу или овде и даље велику улогу играју жеље и нечија воља. Биолошка експертиза се, стога, јавља као једно место за испољавање свих тих конфликата, како у погледу прихватљивости појединих метода тако и у погледу њихових последица.

Претходно је питање када ће се ова метода од стране суда и користити. Свакако не увек, поготову у ситуацији када је очигледно, рецимо, непостојање полних односа између мајке и њеног мужа (односно означеног мушкарца) у критичном периоду зачећа. Примера ради у том периоду муж (означени мушкарац) је био у затвору.[27]

И када се крвна анализа користи као доказно средство она често није довољна. Поготову ако процентуално не ствара потпуну извесност у погледу порекла детета. Тако рецимо вероватноћа да је један мушкарац отац детета од 98,5%28 не елиминише сваку сумњу у погледу очинства детета, поготову ако је мајка у периоду зачећа детета имала полне односе са више мушкараца. Овакве чињенице, стога, чине тешко бранљивим захтеве за примену силе у поступку вештачења крвних група и фактора.

С друге стране, ако се позовемо на потребу утврђивања биолошке истине као врховни принцип и један од главних аргумената за прихватање присиле у коришћењу метода анализе крви чини се да он не постоји у

[26] Слично: F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, La filiation, la genetique et le juge:ou est passée la loi, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1999, стр. 553.

[27] Премда у једном случају пред апелационим судом у Хамбургу (Немачка) ово није било довољан разлог да суд не нареди крвну анализу. Радило се о оспоравању брачног очинства детета које је зачето између мајке и њеног љубавника за време док је муж био у затвору. Иако су ове чињенице биле неспорне и сви су се слагали у погледу чињенице да муж није отац детета, суд је наредио крвну анализу са мотивацијом „да су инцидентна бекства из затвора увек могућа". Наведено према: R. Frank, L´examen..., op.cit, стр. 914

неким другим случајевима утврђивања порекла детета, а које ретко ко доводи у питање. У питању су пре свега случајеви лажног признања очинства чиме се у суштини фалсификује порекло детета. Као што је познато, у поступку заснивања родитељскоправног односа признањем не испитује се биолошко порекло детета, тј. истинитост признања. У овом случају, одједном, више није важна биолошка реалност признања, чак и у ситуацијама када је она очигледно противна истини, већ само да ли је то у интересу детета и да ли су испуњени услови који се у закону траже. Ако бисмо се определили за принцип биолошке истине, који можда данас изгледа друштвено и правно прихватљивим, притом рушећи један други принцип о неповредивости туђег права на телесни интегритет онда бар морамо бити доследни. Ако принцип биолошке истине у неким случајевима утврђивања порекла детета важи, а у другим не, онда не смемо бити дволични у залагањима за рушење других принципа.

V

Определење између два напред наведена става у погледу примене силе код успостављања порекла детета у нашем праву је тешко. Намера нам је била да покажемо да примена силе у оваквим случајевима не би била наша „балканска специјалност" и да ми сувише притиснути приговорима који долазе са Запада о недовољном поштовању људских слобода и права код нас управо можемо тамо наћи и другачије примере. Та другачија решења која постоје у немачком праву, али и у праву нордијских земаља и неким државама САД о чему у раду нисмо говорили, могу управо бити брањена са становишта заштите неких других права, пре свега детета да зна своје порекло, али, што нам се чини посебно значајним, и са становишта одговорности за сопствено чињење. Коначно опредељење по овом питању с тога највише зависи од одређене правне политике која се води и где се онда мора видети који интереси у ком времену преовлађују. Ако интерес детета и његова права све више постају критеријуми за процену опортуности појединих законодавних решења и канал преко кога држава највише интервенише у породичне односе, онда се прихватање силе у прибављању доказа код испитивања порекла детета намеће. Нека средња решења, која се иначе предлажу у правној доктрини као начин изласка из ћорсокака[28], не би била добра јер би била арбитрарна.

[28] Тако се предлаже решење према коме би сагласност на биолошку експертизу била апсолутно потребна ако се њој требају подврћи они чије је очинство или материнство већ успостављено и њихово одбијање не би смело бити употребљено против њих. А ако је на суд позвана особа према којој очинство или материнство треба тек да буде установљено онда се биолошка експертиза може наметнути и против њене воље. Видети: F. Bellivier, L.Brunet, C.Labrusse-Riou , op.cit., стр. 553.

Prof. Dr. Zoran Ponjavic,
a full-time proffessor

(IM)POSSIBILITY TO USE FORCE ORDER FOR OBTAINING BLOOD SAMPLE FOR COURT PURPOSES

This work deals with the issue of obtaining the blood sample and testing it for the purpose of producing the evidence in court cases which deal with determining the child's origin. In the court practice of the Republic of Serbia this kind of evidence collecting cannot be realized if the defendant objects to taking blood test. Most defendants resort to this right on the grounds of protection of body integrity. However, the examples from some foreign countries show that different practice can be applied.

The author of this work argues that a defendant should be made to take blood test by court order if it is in the best interest of the child to know who his parents are, and that this interest should prevail over the defendant's right to secure his body integrity. If we fail to do so, the child's rights will remain in domain of "nudum ius."

Вељко Влашковић,
асистент-приправник

UDK: 347.61/.64

ПОРОДИЧНИ ОДНОСИ ИЗМЕЂУ ПРАВА НА ПОШТОВАЊЕ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА И ПРАВА НА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Уплитање државе у породичне односе је данас све мање правило, а све више изузетак. Држава одустаје од наметања одређеног модела породице, а развој идеје о људским правима снажно афирмише значај воље појединца у породичним односима. Породица у значајној мери постаје приватна сфера појединаца где свако тражи своју срећу како најбоље зна и уме. Тако се углавном допушта да се односи у породици одвијају спонтано, уз уважавање воље свих субјеката породичног односа.[1] Породица све више почиње да личи на скуп индивидуалних жеља и прохтева, а све мање на јединствену групу која делује монолитно. Држава није ту да намеће обрасце понашања, нити да фаворизује вољу било ког члана породице, већ да омогући свакоме да дође до изражаја. У том смислу задирање државе у породичне односе данас има заштитну функцију. Државна интервенција има своје оправдање у случајевима када су повређена или угрожена породична права одређених чланова породице. Такви чланови породице су по природи они који су слабији и незаштићенији. Зато државни органи и друштво у целини тада морају подићи завесу која скрива породичне релације од очију јавности.

Ако би се простор у коме се врши државна интервенција замислио као један круг, у центру тог круга би се налазила деца. Како би се ишло даље од центра круга ка његовој периферији, долазила би у обзир остала лица, а пре свега жена. Мушкарац би се налазио на самој периферији замишљеног круга.[2]

---

[1] Идеја о немешању државе у личне односе појединаца дата је на сликовит начин у ставовима чувеног философа Џона Стјуарта Мила. У свом делу ″О слободи″, Мил каже: ″Људска природа није машина која се гради по моделу и поставља да ради на тачно прописани начин, већ дрво од кога се захтева да расте и развија се сâмо на свим својим странама, према тенденцији унутрашњих сила које га чине живом ствари. ″ J. S. Mill, *On Liberty, Chapter III, On individuality, as one of the elements of wellbeing*, http: // en.wikipedia.org/wiki/On_Liberty.

[2] Круг заштите породичних права и државне интервенције у том смислу се лепо одсликава на примеру права на оспоравање очинства. Дете очинство може оспоравати у неограниченом року, мајка детета de facto док врши родитељско право у својству законског заступника детета. Муж мајке детета има најмањи

Заштита коју држава пружа субјектима породичних односа има троструки вид. Чланови породице се штите од других чланова породице, од трећих лица и на крају од самих државних органа.[3]

Еволуција заштитне функције државе када су у питању породични односи, посебно се одсликава кроз два нова права, изричито призната нашим породичним законодавством. Реч је о праву на поштовање породичног живота и праву на заштиту од насиља у породици.[4] Ово друго право представља пример заштите чланова породице од других чланова породице, односно трећих лица које законодавац у овом случају убраја у породицу. Са друге стране, право на поштовање породичног живота подразумева свеобухватну заштиту субјеката породичних односа. Без значаја је које лице повређује или угрожава нечија породична права. У том смислу оно је знатно шире од права на заштиту од насиља у породици.[5]

На први поглед могло би се помислити да је коегзистенција два горе поменута права тешко остварива. Право на поштовање породичног живота указује да би улога државе према породици требала бити пасивна и

маневарски простор у том смислу. Он може оспоравати своје очинство у субјективном року од годину дана који може искористити само док дете не наврши десет година живота. Видети: чл. 252. став 3. Породичног закона Републике Србије, "Службени гласник РС", бр. 18/ 2005. О овоме: З. Поњавић, *Породично йраво*,Крагујевац, 2005, стр. 197.

[3] Речником Марка Миљанова, ово би се могло назвати "чојством државе". Она треба заштитити појединца не само од других, већ и од себе саме и несавесног и нестручног понашања својих органа. На пример, суд је дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права. Видети: члан 270. Породичног закона РС. На тај начин се смањује ризик од судске одлуке засноване на произвољности и погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању.

[4] Право на поштовање породичног живота изричито је признато чланом 2. став 2. Породичног закона РС, док је право на заштиту од насиља у породици признато чланом 10. став 2. истог закона. Треба рећи да је право на поштовање породичног живота било присутно у нашем правном поретку и пре доношења Породичног закона 2005. године. Оно је произилазило из члана 8. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950.) коју је наша земља ратификовала две године пре доношења новог Породичног закона. Видети: Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, "Службени лист СЦГ- Међународни уговори", бр. 9/2003.

[5] Овде се говори о праву на поштовање породичног живота у смислу субјективног права предвиђеног Породичним законом РС, а не у смислу истоименог права као људског права нормираног Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. У даљем тексту конвенција о људским правима. Разлика није садржинска, већ је у кругу обавезујућих лица, као што ће се видети.

састојати се у нечињењу. Насупрот томе, право на заштиту од насиља у породици подразумева активну улогу државе и њено енергично мешање у породичне односе. Питање које би се затим неминовно поставило је како повући границу између случајева примене ова два права. Другим речима, које су то ситуације у којима је степен највећег задирања државе у нечије породичне односе оправдан? Која је то граница аутономности у породичним односима? Где престаје "приватна ствар", а настаје ситуација која захтева једну од најбржих и најконкретнијих акција државе?

У овом раду покушаће се показати да се поменута питања могу заобићи. Право на поштовање породичног живота крије у себи много више него што би се на први поглед могло закључити. Сукоб овог права са правом на заштиту од насиља у породици је можда само привидан. Да би се разумело како ова два права могу функционисати напоредо, потребно је претходно осврнути се на њихове основне карактеристике.

I Основна обележја права на поштовање породичног живота

А) Појам, правна природа и садржина права на поштовање породичног живота

Право на поштовање породичног живота се предвиђа у два непосредна извора нашег Породичног права. То су, већ спомињана Конвенција о људским правима (1950) и Породични закон Србије. Законодавно решење из нашег закона је заправо инкорпорисало одговарајућу норму Конвенције о праву на поштовање породичног живота. Из тог разлога између права на поштовање породичног живота предвиђеног Конвенцијом и оног кога предвиђа наше породично законодавство не може бити садржинске разлике. Постоји ипак разлика која се огледа у правној природи ова два, суштински иста и истоимена права.

а) Право на поштовање породичног живота као део Конвенције о људским правима

Право на поштовање породичног живота из члана 8. Конвенције о људским правима јесте људско право којим се штите блиске личне везе једног лица са другима од мешања државних власти. Људска права су "она права која припадају свим људима почев од њиховог рођења и која не почивају на ауторитету законодавца."[6] Људска права постављају човека

[6] А. Јакшић, *Европска Конвенција о људским правима-коментар,* Београд, 2006, стр. 16.

као појединца у центар једног правног система који превазилази националне оквире. Она почивају на индивидуалистичкој концепцији проистеклој превасходно из школе природног права.[7] Међународно право о људским правима разбија традиционално учење према којем титулар права и обавеза у међународним односима може бити само држава. Сада то може бити и појединац коме одговарајући међународни правни акт признаје одређено право и нуди одређене механизме заштите тог права.[8] Такав међународни правни акт мора бити обавезујући и државе му морају масовно приступити. То је случај управо са Европском Конвенцијом о људским правим из 1950. Она представља својеврстан Устав Европе. Сличност овог међународног акта са Уставом, не огледа се само у његовој садржини, већ и у постојању одговарајућег суда који се стара о остваривању правног поретка предвиђеног Конвенцијом. Улогу Уставног суда у националном правном систему, овде има Европски суд за људска права са седиштем у Стразбуру.[9] Овај орган је удахнуо душу Европској Конвенцији о људским правима. Стваралачка улога Европског суда за људска права имала је и има немерљив утицај на тумачење и примену права предвиђених Конвенцијом. Судска пракса поводом права на поштовање породичног живота је очигледан пример креативности поменутог суда. Креативна улога Европског суда за људска права се у погледу овог права одвија, пре свега у два правца. Први се односи на врсте обавеза којима подлежу државе уговорнице. Други правац се огледа у тумачењу, продубљивању, нијансирању и сталном проширивању објекта права на поштовање породичног живота. На овом месту ће бити речи о врстама обавеза наметнутим државама уговорницама по основу члана 8. Конвенције који нормира право на поштовање породичног живота. Поменута одредба Конвенције гласи:

"Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске доброботи земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других."

Формулација другог става члана 8. Конвенције о људским правима упућује на следеће закључке:

---

[7] Видети: З. Поњавић, "*Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота*", Правни живот, бр. 9/ 2003, стр. 824.

[8] Видети: А. Јакшић, ц. дело, стр. 15.

[9] О овоме: М. Драшкић, "*Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*", Ново породично законодавство, Зборник са Саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006, Крагујевац 2006, стр. 94.

- право на поштовање породичног живота обавезује државе уговорнице а не појединце[10]

- обавеза држава је негативна и састоји се у нечињењу, односно немешању у нечији породични живот

Судска пракса Европског суда за људска права заузела је временом становиште да није довољно да обавеза држава уговорница буде само негативна. Вршење права на поштовање породичног живота може захтевати и чињење државе. Овакав став је Европски суд за људска права први пут исказао поводом случаја Маркс против Белгије (Marckx v. Belgium) из 1979. Суд је нашао да белгијско породично право дискриминише дете рођено у браку у односу на ванбрачно и не допушта му да се у потпуности интегрише у породицу.[11] У складу са тим је изнео

[10] "Последица тога је да у Стразбуру, појединац може поднети предмет везан за наводно кршење његових темељних људских права и слобода од стране других појединаца само индиректно, тј., када се нека држава-уговорница може сматрати на овај или онај начин одговорном за то кршење." P. van Dijk, G.J.H van Hoof у сарадњи са A.W.Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, B.P. Bermeulen, M.L.W.M Biering, L.F. Zwaak, *Теорија и пракса Европске Конвенције о људским правима* (преводиоци С. Кесо, А. Садиковић, Д. Ћук Лалић), Сарајево, 2001, стр. 22.

[11] Конкретни случај настао је као последица ограничене примене начела mater semper certa est у тадашњем белгијском законодавству. Наиме, према члану 319. Белгијског Грађанског законика, ванбрачно материнство се није успостављало чињеницом рођења детета, већ признањем или судским путем. Из тог разлога је Паула Маркс (ванбрачна мајка) морала дати изјаву о признању да би стекла родитељско право у погледу детета којег је родила (Александра Маркс). Породичноправни однос заснован на овај начин, разликовао се од оног који је постојао између мајке и детета рођеног у браку. Ванбрачном детету је била у великој мери сужена могућност законског, па чак и тестаменталног наслеђивања мајке. Јавни поредак је у толикој мери фаворизовао брачну децу да је чак ограничавао начело аутономије воље у грађанскоправним односима. Белгијски законодавац није користио термине "породица" и "сродници" када је у питању однос између мајке и ванбрачног детета. Разлог је био у томе што заједница живота мајке и ванбрачне ћерке није сматрана породицом. Да би елиминисала последице овакве законске регулативе, Паула Маркс је била принуђена да усвоји сопствено дете. Након тога, покренула је поступак пред Европским судом за људска права сматрајући да јој је повређено право на поштовање породичног живота гарантовано чланом 8. Конвенције о људским правима. У захтеву је навела чињеницу да Белгијски Грађански Законик не омогућава да се ванбрачно материнство заснује на основу чињенице рођења детета, као и да материнство засновано признањем не значи и остваривање потпуне породичне везе са дететом. Европски суд за људска права је најкраће речено изнео став да правни поредак мора предвидети такав режим који ће омогућити да мајка детета и њено ванбрачно дете воде нормалан породични живот. Видети: www.womenslinkworldwide.org/pdf/co_reg_echr_marckx.pdf, као и: М. Драшкић, н. дело, стр. 102.

гледиште према којем држава мора да изнађе правне механизме којим ће омогућити интеграцију ванбрачног детета у породицу од момента његовог рођења.[12] Белгијска држава је зато морала да делује у правцу реформисања свог породичног законодавства.[13] Позитивна обавеза државе је затим потврђена и кроз касније одлуке Европског суда за људска права.[14]

б) Право на поштовање породичног живота као део Породичног закона Србије

Право на поштовање породичног живота нашло је своје место и у основном извору нашег Породичног права. У члану 2. став 2. Породичног закона Србије се каже:

"Свако има право на поштовање свог породичног живота."

На овај начин је нормирано у нашем унутрашњем законодавству једно право које је већ било део правног поретка Србије преко Конвенције о људским правима. Одредбе Конвенције су код нас имале непосредну примену и пре доношења Породичног закона.[15] Место Конвенције о људским правима у нашем правном систему се ипак у одређеној мери изменило од времена њене ратификације (2003) Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора је предвиђала у члану 16. да су међународни уговори изнад права државне заједнице и држава чланица.[16] То значи да је Европска конвенција о људским правима била у хијерархији правних аката виша чак и од тадашњег Устава Србије.[17] Садашњи Устав Републике Србије усваја решење карактеристично за већину европских држава. Конвенција о људским правима је у хијерархији правних аката испод Устава, али изнад свих закона Републике Србије.[18]

У нашем правном систему дакле, право на поштовање породичног живота се може штитити на два начина:

---

[12] Видети: цитирану интернет страницу.

[13] Још за време трајања поступка пред Европским судом за људска права, Влада Белгије је 17. фебруара 1978. поднела Сенату нацрт закона који је имао за циљ "институционализацију једнакости у правима између деце". Видети: исто.

[14] Како норме Конвенције штите људска права, одлуке које су предвиђале позитивну обавезу државе у погледу права на поштовање породичног живота дотицале су и јавноправно национално законодавство. На пример, случај X & Y против Холандије (26. март 1985. године) је утицао на измене холандског кривичног законодавства и законодавства о кривичном поступку.

[15] Видети: фусноту 4. овог рада.

[16] Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, "Службени лист СЦГ", бр. 1. од 4. фебруара 2003. године.

[17] Такав статус Конвенција о људским правима је имала једино у Холандији, док је у Аустрији била у рангу Устава. О овоме детаљно: А. Јакшић, ц. дело, стр. 32.

[18] Видети: члан 195. став 4. и 5. Устава Републике Србије од 8. новембра 2006. године.

- позивањем на члан 8. Конвенције о људским правима
- позивањем на члан 2. став 2. Породичног закона РС

Између ова два начина заштите права на поштовање породичног живота нема суштинске разлике. Ствар је подносиоца захтева на који правни извор ће се позвати.

Породични закон није предвидео посебан поступак за заштиту права на поштовање породичног живота. То не значи да се овакав поступак не би могао водити у складу са правилима породичног процесног права. Смисао његовог покретања би постојао ако се вредности обухваћене породичним животом не би могле заштитити путем изричито предвиђених поступака за спорове из породичних односа или ако такви поступци не би дали резултата.[19]

Право на поштовање породичног живота за свој објекат има лично добро. У Конвенцији о људским правима, право на поштовање живота из Породичног закона Србије је као што је речено, преузето из Конвенције о људским правима. Из тог разлога, оно је практично истоветно са правом на поштовање породичног живота из Конвенције о људским правима. De facto, дакле у питању је једно те исто право. Теоријски их је, међутим, могуће разграничити с обзиром на природу акта из кога потичу.

Право на поштовање породичног живота из нашег породичног законодавства представља једно субјективно грађанско право. Ово право је личног карактера, јер се не може преносити, нити изразити у новцу, док право на поштовање породичног живота из Конвенције представља људско право. Када се једно људско право инкорпорише у домаће законодавство, оно не мења садржину, али мења своју природу. Људска права не трпе границе националних правних система и њиховим уграђивањем у унутрашње законодавство долази до њихове трансформације. Из тог разлога, право на поштовање породичног живота у Породичном закону РС представља једно субјективно лично право. Већину субјективних права правни поредак признаје титуларима ради остваривања одређеног интереса. Код личних права, у првом плану није интерес њиховог имаоца, већ његова добробит (well-being).[20] Поред тога, право на поштовање породичног живота из Породичног закона РС је апсолутно право. Као такво, оно омогућава свом титулару непосредну правну власт на објекту права. Другим речима, свако је господар свог породичног живота. Сва остала знана и незнана лица дужна су да се уздржавају од радњи којим би угрозили или повредили нечије право на поштовање породичног живота. Та обавезујућа лица могу бити како

[19] Под таквим поступцима се подразумевају они грађанско-судски или управни поступци путем којих се заснивају, мењају или укидају поједина породична права.
[20] Видети: J. Eekelaar, "*Personal and human rights*", Human Rights Law Review – Bolume 2, Number 2 -2002, стр. 185.

физичка, тако и правна. Ваља још једном подсетити да ово важи само за случајеве када о праву на поштовање породичног живота одлучују домаћи судови. Ако се ово право посматра у контексту међународног права, обавезујућа страна може бити само држава уговорница.

Када је у питању објекат права на поштовање породичног живота, нема разлике између права на поштовање породичног живота из Конвенције и истоименог права из нашег Породичног закона. Како се из назива права да и закључити, објекат права је породични живот.[21] Потешкоће се јављају када треба одредити који су све породични односи обухваћени овим правним стандардом. Европски суд за људска права је тумачећи ову генералну клаузулу учинио много за развој европских породичних законодавстава.

Б) Породични живот као правни стандард

Садржину појма породичног живота одређује судска пракса Европског суда за људска права. Реч је о динамичном појму који се развија паралелно са променама у друштву и породици. "Суд је сачувао еластичан приступ у тумачењу породичног живота, имајући на уму различитост уређења модерне породице, последица развода и медицинске помоћи"[22] Породични живот подразумева постојање блиских личних веза између лица.[23] Те блиске личне везе су управо главна квалификација коју морају имати одређени односи да би се могли подвести под појам породичног живота. Суд утврђује у сваком конкретном случају постоје ли овакви односи и да ли су угрожени или повређени. При томе се увек имају у виду ограничења из члана 8. став. 2. Конвенције о људским правима када је држави дозвољено да задире у нечији породични живот.[24] Из тог

[21] Разуме се, опсег породичног живота из Породичног закона РС, ограничен је на оне односе које регулише Породично право. Породични живот из Конвенције о људским правима би се могао препознати као вредност која се штити у свим позитивним правним гранама једног националног правног поретка државе уговорнице.

[22] Видети: U. Kilkelly, "*The right to respect for private and family life, a guide to the implementation of article 8 of The European Convection on human rights*", www.coe.int/T/E/Human_rights/hrhb1.pdf, стр. 16.

[23] Исто.

[24] На пример, државе су се често позивале на члан 8. став 2. Конвенције о људским правима зарад интереса националне безбедности и биле веома успешне у томе. Видети: А. Јакшић, ц. дело, стр. 264. Као пример би могла послужити одлука Европског суда за људска права у случају Бужанеми против Француске (Boughanemi v. France) од 24. априла 1996. године. Камеладин Бужанеми је рођен у Тунису и као тунижански држављанин се доселио у Француску. Тамо је нешто више од годину дана живео у заједници са извесном француском држављанком и

разлога суд мора у сваком конкретном случају да постави границу оправданости државне интервенције (margin of appreciation) у нечије породичне односе.[25] Постављајући ову границу, Европски суд за људска права је државама одобрио „широко дискреционо овлашћење када треба да се ограничи право на поштовање породичног живота."[26] У извесним случајевима, државе уговорнице имају знатно мањи маневарски простор за позивање на члан 8. став 2. Конвенције о људским правима. Суд је показао најмање разумевања за ограничења права на поштовање породичног живота када се њима погађа интерес детета.[27]

На крају се долази до кључног питања, какве су то блиске личне везе (close personal ties) које обухвата појам породичног живота? Да се један правни стандард не би само заменио другим, Европски суд за људска права је поставио критеријуме када се породични односи аутоматски имају схватати као блиске личне везе, односно породични живот. У осталим ситуацијама постојање породичног живота ће се ценити од случаја до случаја.

По формираној пракси суда у Стразбуру постојање породичног живота је непобитно у погледу:

- породичних веза мушкарца и жене који се налазе у законитом браку, који је последица обостране жеље да се истински остварује сврха брака
- породичних веза између детета и родитеља који се налазе у законитом и истинском браку[28]

са њом добио дете. Пре тога је осуђиван за велики број преступа и кривичних дела од којих му је најтежа кривична санкција била осуда на издржавање затворске казне у трајању од три године због зарађивања од проституције са отежавајућим околностима. Након што се разишао са француском држављанком, признао је очинство над дететом рођеним за време њиховог заједничког живота. Недуго после тога стигла му је одлука о депортацији. Бужанеми је повео спор против Француске пред Европским судом за људска права жалећи се да му је оваквом одлуком повређено право на поштовање породичног живота. Мајка детета је изјавила пред судом да је она издржавала Бужанемија док су живели заједно и да након признања очинства никада није давао новац за издржавање детета, као и да је почео да се интересује за дете тек након одлуке о депортацији, те да никада више не намерава живети са њим. Суд је одлучио да право на поштовање породичног живота није прекршено, те да је држава Француска оправдано искористила могућност којуј пружа члан 8. став 2. Конвенције о људским правима и депортовала Бужанемија.

[25] Видети: www.nkmr.org/anderssson__v_ sweden.htm.

[26] А. Јакшић, ц. дело, стр. 270. Европски суд за људска права је на ово био принуђен због разноликости националних породичних законодавстава.

[27] О овоме детаљно: А. Јакшић, ц. дело, стр. 270-271.

[28] У овом другом случају, сматра се да се породични живот, у смислу блиских личних веза између детета и родитеља који су у законитом и истинском браку, успоставља рођењем детета. Као пример се може навести одлука Европског суда

- породичних веза између мајке и детета, без обзира на брачни статус мајке[29]

- породичних веза између ванбрачних партнера који живе заједно са својом децом[30].

У свим осталим ситуацијама, Европски суд за људска права цени постојање породичног живота између одређених лица у сваком конкретном случају. Тако, на пример, постојаће породични живот између деде и унука, ујака и сестрића, родитеља и деце рођених из прељубе под условом да суд процени да између ових лица постоје блиске личне везе. Приликом означавања одређених породичних веза породичним животом, предност се даје одређеном квалитету друштвених односа између лица. Сама биолошка веза није примарна.[31]

за људска права у случају Берехаб против Холандије (Berrehab v. The Netherlands) од 21. новембра 1988. године. Берехаб је као држављанин Марока живео и радио у Холандији. Био је ожењен држављанком Холандије, али се развео и заједничка ћерка је остала код своје мајке. Након развода, Влада Холандије је одбила да му продужи радну дозволу и морао је да напусти земљу. У поступку који се потом по захтеву Берехаба водио пред Европским судом за људска права, одлучено је да је повређено његово право на поштовање породичног живота. Тачније, онемогућено је остваривање блиских личних односа између Берехаба и његове ћерке, који су успостављени рођењем детета. Сама чињеница развода не доводи до гашења права на породични живот између родитеља и деце.

[29] За овакво становиште, кључна је већ спомињана одлука Маркс против Белгије од 13. јуна 1979. године.

[30] Као илустративан пример можемо навести одлуку суда у чувеном случају Џонстон против Ирске (Johnston v. Ireland) од 18. децембра 1986. године. Рој и Џениз-Вилијамс Џонстон су живели заједно са својом ћерком Несом и споља гледано се нису много разликовали од већине ирских породица у то време. Њихова заједница живота није имала за основу брак, с обзиром да је Рој Џонстон још увек био формално у браку са другом женом. Како ирско право није познавало установу развода брака, није могао да раскине правну везу са супругом и заснује нов брак са женом са којом је фактички засновао и породицу. У правном смислу, ирско право је породицом сматрало само заједницу живота родитеља и деце која је имала свој основ у браку. То је имало за последицу да се Рој и Џениз-Вилијамс Џонстон нису могли узајамно наслеђивати нити је између њих постојала дужност издржавања. Најнеповољнији је био друштвени статус детета.[30] Оно није имало нити једно породично право или обавезу према родитељима. Чак штавише, очинство у погледу детета се није могло утврђивати признањем. Европски суд за људска права је нашао да није повређено право на поштовање породичног живота пара Џонстон тиме што Рој Џонстон не може да се разведе. Суд је заузео становиште да партнери могу остварити блиске личне везе и без брака. Право на поштовање породичног живота је, међутим, повређено на релацији родитељи-дете због различитог положаја брачне и ванбрачне деце.

[31] Видети: З. Поњавић, ц. дело, стр. 838.

Разумевање права на поштовање породичног живота може пружити само део одговора на основно питање које се поставља у овом раду. На који начин може у једном правном поретку право на поштовање породичног живота постојати напоредо са правом на заштиту од насиља у породици? Пре него што се изведе коначни закључак, неопходно је осврнути се и на ово друго право.

II Основне одлике права на заштиту од насиља у породици

Најкраће речено, насиље у породици представља облик агресије једног члана породице према другом. Ова агресија може имати физички, психички, сексуални или економски вид.[32]

Реч је о једној патолошкој друштвеној појави која је присутна готово у свим културама и народима, државама и друштвима.[33] Нажалост, ни породични односи у Србији нису изузетак у том погледу.

Премда је наша земља имала једно од најнапреднијих породичних законодавстава у годинама после Другог светског рата, са нормирањем насиља у породици се кренуло релативно касно. Први корак се састојао у предвиђању репресивних мера, да би се потом модел заштите од насиља у породици употпунио прописивањем мера превентивног карактера. Репресивни одговор одсликавао се на пољу кривичноправне пенализације насиља у породици[34], док су превентивне мере уобличене доношењем Породичног закона 2005. године.[35] У овом правном акту је по први пут

[32] Видети: G. O. Okereke, "*Africa: domestic violence and the law*", Encyclopedia of domestic violence, Nicky Ali Jackson, New York, 2007, стр. 1.

[33] Најновија социолошка и антрополошка истраживања су показала да ипак постоје друштва са нултим степеном насиља у породици. Да иронија буде већа, то су крајње затворене племенске групе, које вековима живе по својим обичајним правилима, не обазирући се много на "тековине цивилизованог друштва". Типичан пример је афричко племе Бушмани. Од народа који се могу срести у Европи, одсуство насиља у породици је карактеристично за Курде. Видети: D. Levinson, "*Societies without domestic violence*", *Domestic violence law, Nancy K. D. Lemon*, 2005, стр. 121.

[34] Прва фаза нормирања заштите од насиља у породици се огледала у увођењу насиља у породици као кривичног дела у наше законодавство. То је учињено тадашњим Законом о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије од 28. фебруара 2002. године.

[35] О овоме детаљно: Н. Петрушић, "*Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије*", Ново породично законодавство, Зборник радова са Саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006, Крагујевац, 2006, стр. 26.

предвиђено право на заштиту од насиља у породици као субјективно право.[36]

Према нашем Породичном закону, право на заштиту од насиља у породици јесте право једног члана породице на заштиту од радњи другог члана породице којим му се угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство.[37] Законско одређење поменутог права је веома широко. Намера законодавца је вероватно била да омогући вршење права на заштиту од насиља у породици у што више случајева. То се постигло на два начина:

- крајње широким кругом лица који су признати за титуларе права, односно за лица која су у обавези да поштују ово право

- крајње широким објектом права

Као прво, закон прописује да својство титулара права на заштиту од насиља у породици припада "члановима породице". Такође, формулацијом "чланови породице" обухваћена су и обавезујућа лица, која су дужна поштовати ово право. Породица је, међутим, схваћена више него широко. Свака породица има свој основ у правним чињеницама сродства, брака или ванбрачне заједнице. [38] За потребе насиља у породици, закон драстично проширује појам породице. [39] Тако се члановима породице сматрају и лица изван односа сродства, брака или ванбрачне заједнице.[40] Титулари права на заштиту од насиља у породици су тако и:

- лица која су живела или живе у истом породичном домаћинству (не морају бити везана сродством или браком, односно ванбрачном заједницом)[41]

---

[36] Видети: члан 10. став 2. Породичног закона РС.

[37] Видети: члан 10. став 2. и члан 197. став. 1. Породичног закона РС.

[38] О овоме: З. Поњавић, "*Породично право*", Крагујевац, 2005, стр. 40.

[39] Треба рећи да случај насиља у породици није једини где закон проширује појам породице. Пример где се члановима породице сматрају лица која нису везана сродством, браком или ванбрачном заједницом, може се наћи и код издржавања. Тако, мајка детета која нема довољно средстава за издржавање има право на издржавање од оца детета за време од три месеца пре порођаја и годину дана после порођаја (члан 153. ст. 1. Породичног закона РС). Мајка и отац детета се сматрају члановима породице у овом случају сходно одредбама члана 8. став 1. Породичног закона РС.

[40] Израз "насиље у породици" је заправо превод енлеског израза family violence. У англо-саксонском праву, међутим, постоји читав низ израза којима се означава насиље и поједини облици насиља у породичним односима (intimate violence, domestic violence, dating violence). Домаће насиље (domestic violence) је израз којим се најчешће означава насиље у породици у анлосаксонској литератури. Овим изразом избегавају се теоријске контрадикторности везане за употребу појма члан породице код насиља у породици, али сам израз не звучи довољно асоцијативно и конкретно у нашем језику.

[41] Члан 197. став. 3, тач. 3. Породичног закона РС

- лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству (нису везана сродством, браком, нити ванбрачном заједницом)[42]

Интересантно је напоменути да у нашој правној теорији постоје схватања да титулари права на заштиту од насиља у породици могу бити и хомосексуални партнери.[43] Сматра се да се и они могу подвести под чланове породице у смислу лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези. Ако би се овакво становиште прихватило, то би било прво право признато хомосексуалним партнерима у нашем законодавству.

Оквир у коме се примењује право на заштиту од насиља у породици није широк само због круга лица означених за титуларе овог права. Као што је речено, објекат права на заштиту од насиља у породици је крајње широко постављен. Лична добра чланова породице која се штите овим правом су његов физички интегритет, душевно здравље и спокојство. Да би олакшао задатак судовима, законодавац је само примера ради навео радње које представљају повреду наведених личних добара.[44] Као такве радње у Породичном закону се наводе:

- наношење или покушај наношења телесне повреде,
- изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу,
- присиљавање на сексуални однос,
- навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем,
- ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима,
- вређање и свако друго, дрско, безобзирно и злонамерно понашање,

У теорији се истиче како судови треба да покажу нулту толеранцију према повреди или угрожавању личних добара.[45] То није лак задатак, јер су нека лична добра која су предмет права на заштиту од насиља у породици недовољно одређена. Ово се превасходно односи на спокојство члана породице. Очигледно ће судска пракса у будућности морати да установи одређене критеријуме када ће спокојство члана породице заврећивати правну заштиту.

---

[42] Члан 197. став 3. тач. 5. Породичног закона РС.

[43] Овакав став је изрекла проф. др Марија Драшкић приликом излагања свог реферата на научном скупу "Ново породично законодавство", одржаном 16. и 17. октобра 2006. године у Врњачкој Бањи.

[44] Члан 197. став 2. тач. 1- 6. Породичног закона РС.

[45] Видети: Н. Петрушић, ц. дело, стр. 28.

Након свега реченог о праву на заштиту од насиља у породици, могла би се коначно одредити и правна природа овог права. Чини се да је неспоран личноправни карактер овог права. Право на заштиту од насиља у породици има за свој објекат лична добра. Објекат права је сложен због тога што се односи на сплет личних добара (физички интегритет, душевно здравље, спокојство), а не само на једно добро. Разуме се да је право на заштиту од насиља у породици непреносиво и неизрециво у новцу. Дакле, није тешко доказати да је ово право лично. Лична права се традиционално убрајају међу апсолутна. Код права на заштиту од насиља у породици, ситуација није сасвим јасна. Ово право има у себи једну карактеристику, типичну за релативна права. Оно делује према тачно одређеном кругу лица, што значи (inter partes). Тај затворени круг лица овде чине чланови породице.

Чињеница да право на заштиту од насиља у породици делује inter partes, није довољна да би се окарактерисало као релативно право. Остале особине које прате релативна права, право на заштиту од насиља у породици нема.[46] Обавезе лица која су дужна да поштују ово право су негативне и састоје се у нечињењу, што је типична одлика апсолутних права. Даље, њихова обавеза није конкретно одређена, нити је корелативна са правом титулара на заштиту од насиља у породици. Релативна права застаревају, док са апсолутним правима то није случај. Захтев код права на заштиту од насиља у породици настаје тек са повредом права, што је још један показатељ да ово право не може бити релативно. Коначно, право на заштиту од насиља у породици има свој специфичан објекат у смислу добра на коме се врши непосредна власт.[47] Подсећања ради поменута добра су физики интегритет, душевно здравље и спокојство члана породице. Због свега реченог, можда би најисправније било рећи да је право на заштиту од насиља у породици апсолутно право sui generis.

III Могућност коегзистенције права на поштовање породичног живота са правом на заштиту од насиља у породици

Целокупно досадашње излагање имало је за циљ да пружи одговор на питање како могу напоредо постојати у оквиру истог правног поретка два права која се на први поглед међусобно искључују. Право на поштовање

[46] О карактеристикама релативних права видети: А. Гамс, "*Увод у грађанско право*", Београд, 1970, стр. 137-138.

[47] Постојање објекта права у специфичном смислу, као добра на коме титулар права врши непосредну власт је по проф. Станковићу суштинско обележје апсолутних права у односу на релативна. Видети: Станковић О. и В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 106.

породичног живота се признаје субјекту породичних односа да би заштитио своју приватну сферу од утицаја јавности. Право на заштиту од насиља у породици је апел држави да приватну сферу учини јавном. Право на поштовање породичног живота афирмише принцип немешања у породичне односе. Право на заштиту од насиља у породици се остварује енергичном државном интервенцијом. Могу ли се ова права наћи под истим барјаком? Да би се одговорило на ово питање мора се разумети ratio legis оба права.

Смисао права на поштовање породичног живота јесте очување породичних веза између лица која међусобно гаје посебну блискост (блиске личне везе). Да би се породичне везе очувале, није довољно само немешање других. Често је потребна и акција у циљу обезбеђивања услова у коме се блиске личне везе могу остваривати. Таква акција је задатак државе. У том циљу, обавеза државе није само негативна, већ се састоји и у чињењу у смислу обезбеђивања правних механизама који ће створити услове за вршење права на поштовање породичног живота. Као што је речено, оваква обавеза државе је резултат стваралачке улоге Европског суда за људска права и његовог тумачења члана 8. Конвенције о људским правима.[48] Управо је позитивна обавеза државе по питању права на поштовање породичног живота спона између овог права и права на заштиту од насиља у породици. Ударац породичним везама између два лица не мора доћи као последица радњи трећих лица и неодговарајуће државне заштите. Тај атак може доћи и од трећег лица које није странац, већ члан породице. На тај начин право на поштовање породичног живота и право на заштиту од насиља у породици постају оруђа која служе истом циљу – одбрани породице и њених чланова.

Пракса Европског суда за људска права садржи одлуке којима се штити право на поштовање породичног живота, угрожено насиљем у породици.[49] Такве одлуке су имале повратан утицај на национална законодавства у смислу предвиђања, односно проширивања и продубљивања правила о насиљу у породици. Заштита породичног живота подразумева, између осталог, позитивну обавезу држава уговорница да обезбеде заштиту од насиља у породици.

Све ово упућује на закључак да можда и сам назив овог рада заслужује корекцију. Није потребно говорити о породичним односима између права на поштовање породичног живота и права на заштиту од насиља у породици. Ова два права се не граниче, већ се прожимају. Пружајући заштиту од насиља у породици, држава штити и породични живот.

---

[48] Видети: четврту страну овог рада заједно са фуснотом бр. 11.

[49] Видети: Ејри против Ирске (Airey v. Ireland) од 9. октобра 1979. године или Вајтсајд против Уједињеног Краљевства (Whiteside v. United Kingdom) од 7. марта 1994. године.

Veljko Vlaskovic,
an assistant

FAMILY RELATIONS BETWEEN RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE AND RIGHT TO PROTECTION FROM FAMILY VIOLENCE

This work deals with the issue of false conflict between two rights referring to the family relations. The right to respect for family life and the right to protection from family violence are not at the opposite sides inside the same legal system. The first one is given to protect close personal ties between two persons in family relations and the second one aim to protect some personal values from the aggressive behavior of other family member. The main purpose of both rights is to protect the family and members of the family. The right to respect for family life is a part of Convection for The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950.). Serbia ratified this Convection in 2003. The rules on the right to respect for family life can implement directly from the Convection. Beside that, Family Code of Serbia has incorporated the provisions on this right from the Convection.

The right to protection from domestic violence is predicted for the first time in Serbian family legislation. It is established as personal right. The right-holders are family members and the concept of family in the relations concerning family violence is very broad, so it is difficult to place it in the context of usual family. The main goal of such provisions was to enable large group of people to enjoy the right to protection from domestic violence.

Др Драгица Живојиновић,
доцент

UDK: 347.65/.66

ОДРИЦАЊЕ ОД НАСЛЕЂА

Увод

Према систему стицања наслеђа *ipso iure*, у моменту оставиочеве смрти заоставштина прелази на наследника по сили самог закона, без обзира да ли он зна за оставиоца, његову смрт и да ли жели наследничко својство. Овај систем заступљен је у готово свим савременим европским правима, па и у нашем. Повод његове широке распрострањености, која датира још од римског права у коме се примењивао на категорију нужних наследника, свакако су његове добре стране. Оне се огледају у следећем: нема места постојању лежеће заоставштине, овај систем иде у прилог правној сигурности, важи за све категорије наследника, од момента делације наследници заједнички управљају и располажу заоставштином, са стицањем заоставштине наследници стичу и државину ствари и права из заоставштине па тако и могућност подношења државинских тужби, позитивна наследничка изјава има супсидијарни карактер, итд.

Иако примена овог система значи да наследник снагом самог закона стиче заоставштину оставиоца без свог знања и жеље, она ипак не дерогира принцип добровољности у наслеђивању који важи за све категорије наследника. Једини изузетак се односи на државу која у случају постојања заоставштине без наследника има право и дужност пријема наслеђа. Усклађеност принципа стицања наслеђа по сили закона, у моменту смрти оставиоца и добровољности у наслеђивању постигнута је предвиђањем могућности одрицања од наслеђа.[1] Давањем негативне наследничке изјаве, односно одрицањем од наслеђа потире се дејство законске претпоставке о стицању наслеђа *ipso iure*. Наследник који се одрекао наслеђа сматра се да никада није ни био наследник, односно

[1] Одрицање од наслеђа покрива случајеве давања негативне наследничке изјаве након отварања наслеђа. Ову изјаву не треба мешати са изјавом о одрицању од наслеђа у корист другог наследника која по свом дејству значи прихватање наследства са уступањем наследног дела другом санаследнику. Такође, у појединим правима (аустријско, немачко, швајцарско), постоји могућност одрицања од наслеђа које није отворено. Овде се ради о уговору који се закључује између претка, будућег оставоиоца и неког од његових законских или нужних наследника којима се они одричу оне користи из наследства коме се надају а које није отворено.

фингира се да у његовом случају није постојало деловање законске претпоставке о пријему наслеђа. Правне последице које проистичу из ове изјаве у битноме происходе из њене правне природе. О последицама и правној природи изјаве о одрицању од наслеђа бавиће се овај рад.

Правна природа права на одрицање од наслеђа

Одрицање од наслеђа је једнострана изјава воље, којим се потенцијали универзални сукцесор одриче права на наслеђе које му је припало у моменту оставиочеве смрти. Одрицањем од наслеђа наследник се лишава свих правних ефеката који настају као резултат преласка заоставштине на наследника – стицања права, правних моћи и правних стања која чине заоставштину али и обавеза које наследнике терете као последица стицања наведених права. Наследник који се одрекао наслеђа не одговара за дугове оставиоца. Ипак, он може задржати поклон у границама којима се не дира у право на нужни део.[2] Давањем негативне наследничке изјаве обара се законска претпоставка о преласку заоставштине на наследнике *ipso iure*, у часу делације.

Ово преображајно право[3] (правна моћ) изводи се из субјективног наследног права које настаје у моменту оставиочеве смрти. Оно се не може самостално преносити на друго лице, већ је везано за правни положај наследника у конкретном случају наслеђивања, па може прећи једино на лице на кога прећи тај правни однос.

Природа права на одрицање од наслеђа као преображајног права, даје нам одговор на питање шта је непосредни објекат на који се та изјава односи – субјективно наследно право или заоставштина, односно њен део који у моменту смрти *de cuius*-а прелази на наследнике сходно одговарајућем правном основу позивања на наслеђе.

Одрицање од наслеђа се увек односи на субјективно наследно право,[4] на наследноправно овлашћење неког лица да наследи одређеног оставиоца. За разлику од субјективних права које имају свој објекат – неку имовинску вредност, правне моћи немају посебан објекат. Ово важи и за одрицање од наслеђа, па се оно не може односити на заоставштину која путем наслеђивања прелази на наследнике. Ова теоријска дилема има и

[2] Видети чл. 70. ст. 1 ЗОН Србије

[3] Појам преображајних права потиче из немачке правне теорије – развио га је Seckel. Под правном моћи подразумева се право одређеног лица да једностраном изјавом воље створи правни однос између себе и другог лица или да га садржински ближе одреди, измени или укине. О овоме више видети, Драгољуб Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд 1990, стр. 150-151.

[4] Видети, Гавела Никола, Је ли наследник носилац субјективног наследног права, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, 1982, бр. 3-4, стр. 365.

своје практичне последице, јер уколико би се одрицање од наслеђа схватило као одрицање од заоставштине или њеног дела, поставило би се питање по ком правном основу би та заоставштина могла бити предмет даљег наслеђивања. Одрицање од имовине, стечене на било који начин, па и путем наслеђивања, по својој суштини представља њену дереликцију, напуштање. У том случају напуштену наслеђену имовину не би могла да стичу друга лице применом наследноправних, већ стварноправних норми. Одрицањем од наслеђа нису наслеђене ствари постале ничије, нити ће њихово потоње прибављање бити везивано за неки од начина оригинараног прибављања права својине. Одрицањем од субјективног наследног права створена је могућност да неко друго лице постане његов носилац. Ко ће бити његов потоњи носилац зависи од воље завештаоца изражене у завештању или правила законског наслеђивања садржаних у законским одредбама.

Правна моћ одрицања од наслеђа има строго лични карактер, па се давалац негативне наследничке изјаве не може одрећи од наслеђа у име својих потомака, припадника нисходне линије у парентеларно-линеарном систему расподеле крвних сродника у законске наследне редове. Код законског наслеђивања, потомци лица које се одрекло наслеђа позивају се на наслеђе по праву представљања, а код одрицања завештајног наследника од наслеђа постоје посебна правила предвиђена законом.

Будући да има природу преображајног права, оно се може вршити у преклузивном року, који је нашим позитивнм прописима фиксиран на време до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине.

Одрицање од наслеђа има ретроактивно дејство. Коришћењем ове правне моћи наследник суштински мења свој наследноправни положај од потенцијалног универзалног сукцесора, до особе за коју се узима да у моменту оставиочеве смрти није доживела моменат делације. Закон ово постиже посезањем за две фикције. Најпре фингира да потенцијалном наследнику уопште није припало наследство, а потом да тај наследник није био жив у тренутку смрти оставиоца. Одрицањем наследника од наслеђа из основа се мењају правни односи засновани по сили самог закона, у моменту делације. Продирањем у сферу објективног наследног права, негативна наследничка изјава креира једно ново правно стање, различито од оног које егзистира по самом закону. Стога ова изјава има конститутивно дејство јер у свом настанку спречава остварење субјективног наследног права даваоца изјаве.

Давање негативне наследничке изјаве је једини начин да се спречи дејство императивне законске одредбе о стицању наслеђа *ipso iure*, у моменту смрти оставиоца. Уколико то не учини у одређеном року, лице које је позвано на наслеђе биће оглашено за наследника упркос томе што не жели наследничко својство.

Последице одрицања од наслеђа

Одрицање од наслеђа изазива две врсте правних последица, једне су наследноправне, а друге облигационоправне природе. Такође, под одређеним околностима, може доћи до примене тзв. наследне трансмисије коју карактеришу типични наследноправни ефекти али који се у појединим облицима свог деловања разликују од осталих наследноправних последица одрицања од наслеђа.

Наследноправне последице одрицања од наслеђа

Негативна наследничка изјава повлачи за собом две врсте наследноправних последица: представљање (репрезентацију), односно позивање на наслеђе оних лица која се иначе не би појавила у улози наследника и (или) прираштај.

Представљање као последицу давања негативне наследничке изјаве познају она права која прихватају парентеларно-линеарни систем расподеле крвних сродника у законске наследне редове, каква су немачко, аустријско, швајцарско, грчко, енглеско, српско и друга права. Сходно овом систему, представљање се појављује када се наслеђа одриче потенцијални законски наследник који има своје потомство. Његова примена може бити неограничена и важити за све наследне редове[5] или ограничена и протезати се само до одређеног наследног реда, како је у нашем праву.[6] У правима у којима се примењује парентеларно-градуелни систем расподеле крвних сродника у групе (важио је у шеријатском праву) или систем блискости сродства (у Француској и Белгији), право представљање у случају одрицања од наслеђа се не примењује, већ се примењује право прираштаја.

Применом права представљања (*ius representationis*) пружа се могућност потомцима да ступе на место свог претка код кога није био присутан интерес за пријемом наслеђа. Лица која се позивају на наслеђе применом права представљања имају третман наследника у пуном смислу речи, баш као да су постали наследници директно а не преко свог претка.[7] Зато они морају испуњавати све услове чије постојање је неопходно код било ког потенцијалног наследника – способност, достојност, доживљавање момента делације. Будући да наследник који се одриче наслеђа и чија наследничка изјава изазива примену права представљања, таквом

[5] Овакав случај постоји рецимо у немачком и енглеском праву.

[6] Примена права представљања у српском праву протеже се закључно са трећим наследним редом. У четвртом и даљим наследним редовима примењује се само право прираштаја. Видети чл. 19 ЗОН Србије

[7] Јовановић Михаило, Право репрезентације у наслеђу, Београд, 1924, стр. 29.

изјавом гаси настанак субјективног наследног права у настанку, то се ова лица на наслеђе позивају по свом сопственом праву (*iure proprio*). Наследноправни положај ових лица је законом прецизно одређен. Иако наслеђују по свом сопственом праву, без обзира на то колико их има, она заједно добијају из заоставштине онолико колико би добио њихов предак, носилац линије, па то деле међусобно на једнаке делове.

Право представљања налази своју примену само у случају примене закона као правног основа позивања на наслеђе.[8] У случају одрицања завештајног наследника од наслеђа, његови потомци се не позивају на наслеђе, већ део који би њему припао прираста осталим завештајним, односно законским наследницима оставиоца према правилима која су законом одређена,[9] осим ако из завештања не произилази нешто друго.

Прираштај као последица одрицања од наслеђа доводи до повећања наследних делова оних универзалних сукцесора који се са наследником који се одрекао наслеђа налазе у истом наследном реду, истом степену сродства са оставиоцем и имају исти квалитет сродства. До примене права прираштаја може доћи и код законског и код завештајног наслеђивања. Када је закон основ позивања на наслеђе, право прираштаја ће бити активирано ако се наследник одрекне наслеђа и у име својих потомака,[10] ако нема потомака који би били позвани на наслеђе по праву представљања или их има али не желе или не могу да наследе (рецимо, недостојни су за наслеђивање), или ако закон искључује примену права представљања. [11] Код завештајног наслеђивања прираштај ће бити присутан ако његова примена проистиче из одредби завештања, односно ако је оставилац наложио да ће наследни део једног завештајног наследника који није прихватио наслеђе прирасти делу другог завештајног наследника. Ван овог случаја, примена права прираштаја код наслеђивања по основу наредбе последње воље везује се правила постављена чланом 140 ЗОН Србије, по коме део наследника који неће да наследи прираста, у зависности од одређених околности, деловима осталих завештајних или законских наследника.

Наследноправне последице одрицања од наслеђа законских и завештајних наследника су јасно одређене и њихова примена не изазива ни теоријске дилеме, ни проблеме у судској пракси. Нешто другачија ситуација постоји код одрицања нужног наследника од наслеђа кад право на нужни део има природу наследног, односно стварног права, посебно када треба применити право прираштаја.

---

[8] Митић Михаило, Наследничка изјава, Правна мисао, бр. 9-10, стр. 58.
[9] Видети чл. 140 ЗОН Србије
[10] Оваква могућност предвиђена је у црногорском праву, видети чл. 131 ст. 2. ЗОН Црне Горе.
[11] Ово право се не примењује у трећем, четвртом и даљим наследним редовима.

Када се нужни наследник одрекне наслеђа, део заоставштине који би њему припао наслеђују његови потомци применом права представљања, под условом да их закон сматра нужним наследницима. Уколико се не може применити право представљања, долази до примене права прираштаја.

О прираштају нужног наследног дела у српској правној теорији и пракси налазимо на три мишљења.

По једном, границе слободе завештања одређене су законом деобом заоставштине на нужни и расположиви део. Нужним делом завешталац не може слободно располагати. То је императивна одредба, па завештајна располагања у делу у коме захватају нужни део, немају важности. Према овом мишљењу нужни део се узима глобално, а не у деловима нужних наследника, па је као такав одређен већ у часу делације, тако да каснији догађаји не могу утицати на његову величину. Делови појединих нужних наследника обухваћени су глобалним делом, али је у односу на право располагања путем завештања одлучујући нужни део узет у целости. Сходно овом ставу, он мора остати нужним наследницима. Одрицањем од нужног дела не расте расположиви део заоставштине, него наступа прираштај у корист осталих нужних наследника.[12] Механизам примене права представљања и прираштаја идентичан је ономе који постоји код законског наслеђивања.

Ово гледиште се не може прихватити. Величина законског наследног дела је основ израчунавања нужног дела сваког појединог нужног наследника, а не глобално, скупно одређени нужни део. Нужни део се узима у непроменљивом смислу само према завештаоцу и мера је ограничења његове слободе завештања, али не и према нужним наследницима који се права на нужни део могу одрећи. Ово никако не значи да постојећи однос између нужног и расположивог дела заоставштине успостављен у моменту делације, снагом самог закона, мора остати непромењен. Одрицање нужних наследника од наслеђа, с обзиром на своје ретроактивно дејство, анулира првобитно постојећи однос између нужног и расположивог дела заоставштине. Како се установом нужног дела најнепосредније ограничава слобода завештања, то би признавање примене права прираштаја у случају одрицања нужног наследника од наслеђа, представљало корак даље у правцу додатног ограничења ове слободе. Одрицање од права на нужни део које за последицу има примену права прираштаја твори потребу за новим обрачуном нужног и расположивог дела заоставштине.

[12] "Део нужног наследника који се одрекао нужног наследства припада осталим нужним наследницима." Збирка судских одлука, Врховни суд Србије, ГЖ 794/55, књига 1, свеска 1, Београд, 1959.

На потпуно другом полазишту од изнетог првог гледишта стоји друго, према коме у случају одрицања једног нужног наследника од наслеђа не долази до прираштаја наследног дела у корист осталих нужних наследника, већ се тај део враћа у заоставштину којом завештaлац може слободно располагати, односно придодаје се расположивом делу заоставштине. [13] По овом становишту нужни део се израчунава као појединачни, дакле према оном законском наследном делу који би сваком појединoм нужном наследнику припао да наслеђује применом правила законског наслеђивања, али тако да утврђена вредност нужног дела остаје непромењена без обзира на то што се неки од нужних наследника касније одрекао наслеђа. Број нужних наследника у моменту делације и величина њиховог законског наследног дела су основе за израчунавање нужног дела нужних наследника. Одрицањем од нужног дела повећава се расположиви део заоставштине, па оно у крајњој линији иде у корист оставиочевих завештајних наследника и евентуално поклонопримаца. У случају одрицања свих нужних наследника од наслеђа, оставиочева завештајна располагања остају на снази у целости. Ако се наслеђа одрекне један од нужних наследника, завештајна располагања остају на снази у оној мери уа којој се не вређају наследна права осталих нужних наследника. У основи овог решења стоји залагање за максималном афирмацијом слободе завештања и свођење броја и обима ограничења на минимум. Императивност установе нужног дела обавезује једино завештаоца, а не и нужне наследнике који нису дужни да у случају повреде права на нужни део траже његово намирење, нити да прихвате завештањем остављени нужни део. Према томе, уколико нужни наследници не траже смањење завештајних располагања и повраћај поклона, сачињено завештање и поклони учињени за живота оставиоца остају на снази, иако се може десити да је у конкретном случају њима увелико премашена граница расположивог дела заоставштине. [14] Ако је завештањем нужним наследницима остављен онај део који у целости подмирује њихова права по основу нужног дела, па се у оставинском поступку неки од нужних наследника одрекне наслеђа, тај део, ако се не може применити право представљања, не прираста осталим нужним наследницима, нити се враћа у заоставштину ради поновног утврђивања величине нужног дела, већ искључиво служи повећању расположивог дела заоставштине. Изгледа да се овим решењем ишло ка постизању равнотеже између установе нужног дела и слободе завештања, јер по њему уколико нужни наследник не жели

[13] Станојевић Душан, Одређивање нужног дела у вези са одрицањем појединих нужних наследника од наслеђа, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, Београд, 1959, стр. 216.

[14] Визнер Борис, О правној судбини нужног дела у случају одрицања нужног наследника од насљедства. Правни живот, бр. 6, Београд, 1967, стр. 11.

да прихвати оно што му закон гарантује, треба омогућити завештаоцу да тим делом заоставштине слободно располаже.

Ипак, овим решењем та равнотежа није остварена већ је померена у корист слободе завештања преко граница утврђених законом. Оно што се овом теоријском ставу може приговорити је неуважавање фикције о дејству изјаве о одрицању од наслеђа. Наиме, за лице које се одрекло од наслеђа узима се да није доживело моменат смрти оставиоца, односно сматра се да никад није ни било наследник. Према томе, не могу се број нужних наследника у моменту смрти оставиоца и величина њихових законских наследних делова поимати као једна константна, непроменљива величина. Изјава о одрицању од наслеђа дата у законом предвиђеном року својом ретроактивношћу делује на моменат смрти оставиоца и аутоматски мења распоред лица који се позивају на наслеђе. И та лица се сматрају оставиочевим наследницима од момента делације, али услед усвајања наведене фикције и промене међусобних односа нужних наследника, величина њихових нужних наследних делова не мора бити иста као у случају да одрицања није било.

По трећем гледишту, које је и најприхватљивије и којим се у потпуности остварује жељена равнотежа између слободе завештања и установе нужног дела, не постоји никакав глобални нужни део који апсолутно мора остати нужним наследницима.[15] Нужни део се одређује у сваком појединим случају у величини од 1/2, односно 1/3 оног дела који би нужном наследнику припао по законском наследном реду. Он није одређен тако да би у случају одрицања нужног наследника од наслеђа или аналогно томе, искључењем нужног наследника из наслеђа или утврђивањем његове недостојности за наслеђивање, његов део увек припао осталим нужним наследницима, односно придодао се само расположивом делу заоставштине. Када се нужни наследник одрекне наслеђа или је недостојан за наслеђивање или је искључен из наслеђа, нужни део осталих нужних наследника се израчунава као да је давалац негативне наследничке изјаве умро пре оставиоца. Ако иза себе није оставио потомство, ако потомци нужног наследника не желе или не могу да наследе, не примењује се право прираштаја него се део осталих нужних наследника накнадно израчунава. Немогућност или нехтење нужних наследника да наследе може довести до примене правила даљег нужног наследног реда, где се сасвим другачије позива на нужно наслеђе. "Слободан" нужни део се враћа у заоставштину и долази до поновног израчунавања величине нужног и расположивог дела. У крајњем исходу,

[15] Базала Бранко, Нужно наследство, Наша законитост, бр. 3-4, Загреб, 1957, стр. 143; Визнер Борис, Грађанско право у теорији и пракси, Наследно право, Осијек, 1967, стр. 275; Антић Оливер-Балиновац Зоран, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 221.

одрицање нужног наследника од наслеђа или његова немогућност да наследи може узроковати повећање нужног дела осталих нужних наследника,[16] повећање расположивог дела заоставштине или и једном и другом.

Овим је испоштован Законом одређен начин обрачунавања нужног дела као појединачног, па у складу с тим, право прираштаја код одрицања нужних наследника од наслеђа мора бити примењено тако да нужни део сваког нужног наследника буде одређен у вредности половине, односно трећине оног дела који би нужном наследнику припао да је заоставштину стицао по правилима редовног законског наслеђивања.

Наслеђивање права на одрицање од наслеђа

Да би неко физичко лице стекло субјективно наследно право треба да доживи моменат делације или да у време смрти оставиоца буде зачето (*nasciturus*). Међутим, ако потенцијални наследник умре након смрти оставиоца а пре истека рока за одрицање од наслеђа, његово субјективно наследно право стечено у часу делације остаје, а право на давање негативне наследничке изјаве као правна моћ која улази у састав његове заоставштине заједно са осталим правима и правним стањима прелази на његове наследнике (*transmissio*). У овом случају постоје две делације које се надовезују једна на другу – делација оставиоца и делација његовог наследника. У нашем и упоредном праву општеприхваћено је да се право на давање наследничке изјаве преноси на наследнике универзалног сукцесора, ако је овај за живота није презентирао.[17]

Право на одрицање од наслеђа као компонента наследноправног положаја универзалног сукцесора не може се преносити правним пословима *inter vivos*. Насупрот томе, оно је наследиво, и примењује се и код законског и тестаменталног наслеђивања. Наследников наследник стиче право на одрицање од наслеђа активирањем његовог субјективног наследног права, односно моментом смрти свог претка, оставиочевог наследника. Услед овог се обим права наследникових наследника и круг лица[18] која имају право на наследну трансмисију цени искључиво према стању које постоји у време наследникове делације. Уколико има више наследникових наследника сваки од њих може да одбије наслеђе у висини наследног дела који би му припао применом одговарајућих

[16] Ово повећање не мора бити ни изблиза једнако повећању које би постојало применом права прираштаја.

[17] Видети чл. 215. ЗОН Србије, чл. 809 АГЗ, Параграф 1952 НГЗ итд.

[18] На наследну трансмисију има право само оно лице које испуњава све законом предвиђене услове да се у конкретном случају појави као наследник – способност, достојност, доживљавање делације...

наследноправних норми. Но, поред одрицања од целокупног наследног права, наследников наследник се може одрећи само права на наследни део који би припао његовом претходнику.

Наследну трансмисију треба разликовати од права представљања. Право представљања се примењује када неко лице није стекло субјективно наследно право било што није доживело моменат делације, или је недостојно, или се одрекло наслеђа, или је искључено из права на нужни део, док о наследној трансмисији може бити речи само када наследник стекне наследно право али умре пре давања наследничке изјаве. Примена права представљања постоји само код законског наслеђивања, а трансмисија и код законског и код завештајног. И на крају, услови које мора испуњавати лице које наслеђује применом права представљања цене се према моменту оставиочеве смрти, док се код наследне трансмисије услови потребни за њену примену вреднују према околностима у време смрти оставиочевог наследника.

Рок у коме наследникови наследници могу дати наследничку изјаву поводом првоотвореног наслеђа у упоредном праву је одређен тако да он не може истећи пре завршетка рока за давање негативне наследничке изјаве поводом смрти оставиочевог наследника. Ово питање наш законодавац не дотиче, али у циљу целисходности и ефикасности поступка расправљања заоставштине, нема сметњи да суд застане са оставинским поступком, док се у другом поступку за расправљање заоставштине наследникови наследници не изјасне или док се не оконча првостепени поступак у ком случају важи претпоставка о пријему наслеђа. Наследниково право на одрицање од наслеђа престаје истеком предвиђеног рока или пре тога, прихватањем наслеђа.

Облигационоправне последице одрицања од наслеђа

Наследник се не може присилити да наследство прими. Прихватање наследства зависи искључиво од воље наследника. Међутим, у ситуацији када је наследник презадужен или му је вредност имовине мала, негативна наследничка изјава може неповољно утицати на право његових поверилаца да намире своја потраживања из наслеђене имовине. Одрицањем од наслеђа наследник лишава повериоце могућности да се намире из вредности заоставштине коју би наследио, с обзиром да наследникова имовина није довољна за њихово намирење. У оваквим случајевима наследник није заинтересован за пријем наслеђа па најчешће даје негативну наследничку изјаву или се одриче наслеђа у корист другог наследника, желећи тако да изигра интересе својих поверилаца.

Како право не гледа благонаклоно на случајеве злоупотребе овлашћења, на изигравање правних интереса других лица, повериоцима се у начелу признаје могућност да путем права побијања (*actio Paulijana*)

учине без дејства према себи оне правне радње дужника које су објективно уперене у правцу оштећења њихових правних интереса.

Предмет побијања чине све правне радње дужника којим се његова имовина умањује.[19] Појам правне радње је шири од појма правног посла, јер обухвата не само каузалне изјаве воље него и пропуштања због којих је дужник изгубио неко материјално право или којим је за њега настала нека материјална обавеза. Циљ побијања је да се повериоцу омогући наплата из дужникове имовине која је отуђена, односно чије стицање је пропуштено, побијаном правном радњом. Правна радња се не ништи у целости, већ губи дејство једино према тужиоцу и то у оној мери у којој је то потребно ради његовог намирења.[20]

Савремена законодавства се различито односе према питању да ли повериоци наследника могу, сматрајући да одрицање или фактичко не прихватање наслеђа наноси штету њиховим материјалним интересима, да траже од суда да такво одрицање прогласи неважећим у целости или делимично, односно у оној мери у којој је то потребно за њихово намирење.

Немачко право не допушта повериоцима наследника да побијају негативну наследничку изјаву. [21] Ово решење се заснива на ставу да субјективно наследно право, које настаје као последица делације, представља посебан облик личних права. Оно се не изводи из имовине наследника, нити проистиче из заоставштине оставиоца. Као такво, оно је право које је чврсто везано за личност наследника и не може се одвојити од њега оспоравањем његовог дејства. У руском праву се давање паулијанског права побијања наследниковим повериоцима сматра нецелисходним. Прихватање наслеђа је добровољан чин на који наследник не може бити принуђен. Такође, нема основа да се повериоцима наследника ствара допунско обезбеђење за намирење потраживања, урачунавањем оне имовине коју би потенцијални наследник стекао по основу наслеђивања. Уз то се истиче да би признавање права повериоцима наследника да оспоре његово одрицање од наслеђа могло угрозити могућност намирења оставиочевих поверилаца, јер би право намирења из наслеђене имовине добили не само повериоци оставиоца него и повериоци наследника.[22]

У другу групу законодавстава спадају она која повериоцима наследника пружају могућност да прогласе неважећим према себи негативну наследничку изјаву инсолвентног дужника – универзалног

[19] Радишић Јаков, Облигационо право, Београд, 1990, стр. 352.
[20] Ђукић Богдан, Преображајна права и паулијанско право побијања, Београд, 1935, стр. 64.
[21] Коментар Немачког грађанског законика, Минхен, 1978, стр. 241.
[22] Серебровскиј В. И., Основи совјетског наследног права, Москва 1953, стр, 192.

сукцесора, ако је њихова тражбина постојала у тренутку одрицања од наслеђа.

Према пољском праву ако се наследник одрекао наслеђа и тиме оштетио повериоце, сваки од поверилаца чија је тражбина постојала у тренутку одрицања тог наследника од наслеђа може тражити да се то одрицање прогласи неважећим према њему у субјективном року од шест месеци од сазнања за одрицање, а најкасније у објективном року од три године од одрицања, све у смислу прописа о заштити поверилаца у случају инсолвентности дужника. Аустријско право такође допушта побијање бестеретних располагања дужника у намери оштећења поверилаца, убрајајући у та располагања и одрицање од наслеђа. [23] Code civil повериоцима наследника пружа право на подизање паулијанске тужбе како у случају прихватања презаduженог наследства, тако и онда када се потенцијални наследник одрекне једног корисног наслеђа учињеног у намери оштећења поверилаца.[24]

Закон о наслеђивању Србије не садржи одредбе које повериоца наследника овлашћују на побијање негативне наследничке изјаве, али им то право и не ускраћује. Решење дилеме везане за постојање овог права код нас треба потражити у одредбама Закона о облигационим односима. Чланом 280. Закона о облигационим односима постаљена су општа правила под којима се могу побијати дужникове правне радње, а члан 281. ст. 4 изричито дозвољава побијање изјаве о одрицању од наслеђа, сврставајући ову изјаву у бесплатна располагања дужника.[25] [26]

Успешно подигнутом паулијанском тужбом, одрицање од наслеђа не губи своје правно дејство у целини, него се дужник сматра наследником дела вредности заоставштине који је потребан за намирење његових повериоца, па са тим у вези он мора да сноси све правне последице које произилазе из правног положаја универзалног сукцесора (одговара за сразмеран део дугова оставиоца).

---

[23] Рушнов- Посиловић, Тумач Опћем аустријском грађанском законику, Загреб, стр. 378.

[24] Видети чл. 1167 Code civil-a

[25] Бесплатним располагањем се сматра оно дужниково располагање за које он не може као накнаду захтевати никакву противчинидбу од стране у чију корист је то располагање учињено. Више о побијању бесплатних располагања и условима подизања тзв. квазипаулијанске тужбе, Перовић Слободан, Коментар Закона о облигационим односима, Књига 1, Београд, 1995, стр. 661-662.

[26] У бројним радовима правних теоретичара присутан је став да треба допустити побијање негативне наследничке изјаве инсолвентног дужника, у циљу намирења повериоца: Хекман Јосип, О побијању правних дела - actio Paulijana, Одвјетник, бр. 10, Загреб, 1977, стр. 437; Марковић Славко, Наследно право, Београд, 1980, стр. 99; Визнер Борис, нав. дело, стр. 56.

Стање које настаје као резултат побијања изјаве о одрицању од наслеђа не сматра се делимичним пријемом наслеђа. Презентирана негативна наследничка изјава задржава своје дејство према свима, осим према повериоцу – тужиоцу. Према осталим лицима дејство побијане правне радње се не потире, и то како према даваоцу наследничке изјаве тако ни према санаследницима који су поводом одрицања стекли одређени део заоставштине.

Закључак

Одрицање од наслеђа је једнострана изјава воље лица позваног на наслеђе којом он одбија да буде наследник. Право на одрицање од наслеђа настаје истовремено кад и субјективно наследно право, у моменту делације. По својој правној природи оно је преображајно право изведено из субјективног наследног права, услед чега се не може самостално преносити, већ је везано за правни положај наследника. Њено дејство је ретроактивно, конститутивно и лично, тј односи се само на лице које у конкретном случају има положај потенцијалног наследника.

Одрицање од наслеђа изазива две врсте правних последица – наследноправне и облигационоправне.

Изјава о одрицању од наслеђа не спречава наследникове повериоце да подношењем паулијанске тужбе учине без дејства дату изјаву и то само према њима и у оној мери у којој је потребно да се намире њихова потраживања. Одрицањем од једног корисног наслеђа, потенцијални наследник најчешће иде за изигравањем правних интереса својих поверилаца, коме право стаје на пут допуштањем побијања дужникове негативне наследничке изјаве.

Dr. Dragica Zivojinovic,
a docent

RENOUNCING OF THE INHERITANCE

Renouncing of the inheritance is one-sided statement of will of a person summoned to accept the inheritance by which he renounces his right to it. The right to renounce the inheritance exists simultaneously with the subjective right to inheritance – they arise at the same time with the moment of *delatio.* By its legal nature it is a changing right derived from the subjective right to

inheritance and, therefore, it cannot be individually transferred, but is linked to the legal status of an heir. Its effect is retroactive, constitutive, and personal and is related only to the person who, in a concrete case, is in the position of a prospective heir.

Renouncing of the inheritance can entail two different kinds of legal consequences – those related to the issue of inheritance and those referring to the contractual nature of the matter.

The statement renouncing the inheritance does not prevent the heir's creditors to submit a civil suit (*actio pauliana*) to avoid it, but only to the extent serving for the compensation of their personal claims. Renouncing the right to inheritance is usually the means which a prospective heir resorts to in order to circumvent the securing of its creditors' legal interest which can be prevented by the annulment of the heir's (debtor's) statement to renounce the inheritance.

Одељак VI

Привредно право и право интекелтуалне својине

Др Радован Д. Вукадиновић,
редовни професор

UDK: 341.17:341.62

ПРИМЕНА КОМУНИТАРНОГ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПОСТУПЦИМА ПРЕД ТРГОВИНСКИМ АРБИТРАЖАМА

Основна питања

Примена права Европских заједница или комунитарног права пред арбитражама отвара бројна питања за која не постоје дефинитивни одговори ни у правној теорији, ни у судској и арбитражној пракси. Међутим, предмет овог рада је ограничен на три основна питања. Прво, да ли се спорови који се односе на примену комунитарних правила о конкуренцији могу износити пред трговинске арбитраже и друге установе сличне арбитражама (питање арбитрабилности). Друго, ако су арбитраже овлашћене да расправљају о таквим споровима, да ли су арбитри обавезни да *ex officio* примењују све прописе комунитарног права или само оне на које се позову странке или којима је признат карактер прописа непосредне примене. И, треће, да ли се и арбитри, као и судије државних судова, могу за тумачење спорних одредби комунитарног права обратити Суду правде за "аутентично" тумачење[1] у поступку који се у комунитарном праву зове поступак одлучивања по претходном питању.

1. Арбитрабилност захтева из комунитарног права конкуренције

Уговором о оснивању Европске заједнице, питање обима примене комунитарних правила о конкуренцији, која су садржана у члановима 81. и 82. Уговора, није било јасно решено, па су до 90. тих година у споровима у којима их је требало применити национални судови [2] и арбитраже

[1] Због особене природе Европске заједнице и начина доношења комунитарних прописа, право "аутентичног тумачења" је практично поверено Суду правде Европских заједница.

[2] За праксу француског Cour d'Appel, швајцарског Tribunal Federal и шведског Court of Appeal for Western Sweden, вид. G. Blanke, The Role of EC Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer, (2005) *EBLR*, стр. 173. За енглеску праксу вид. G. Blanke, Arbitrating competition disputes, *Competition Law Insight*, 29. November 2005, стр. 5. За праксу у САД, вид. R. C. Levin and G. P. Laird,

поступали на различит начине.[3] Арбитраже су сматрале или да нису уопште надлежне да одлучују о приватним захтевима заснованим на повреди наведених чланова, или да су њихова овлашћења ограничена само на случајеве у којима је коначном одлуком потврђено да не постоји повреда чланова 81. и 82.[4] Разлоге таквом ставу би требало тражити и у чињеници да је комунитарним прописима о конкуренцији признат карактер јавног поретка и да је право одлучивања о постојању повреда ондашњих чланова 85. и 86. Уговора о оснивању ЕЗ (који су након Споразума из Мастрихта пренумерисани у чланове 81. и 82), у почетку било дато искључиво Европској комисији - Уредбом број 17. из 1962. године. Отуда је дуго времена владало погрешно уверење да је примена комунитарних правила о конкуренцији од стране јавних власти или у јавне сврхе "хијерархијски супериорнија и да одлуке конкуренцијских власти увек обавезују грађанске судове."[5] Додуше, Суд правде је у случају *Eco Swiss*, признао арбитрабилност спорова из области комунитарног права конкуренције, али је истакао потребу да се прави разлика између јавно правних и приватно правних санкција које настају због повреде комунитарног права конкуренције. Тиме је практично арбитражама признато право да одлучују о последицама које настају између странака повредом чланова 81. и 82. Уговора о оснивању, али је Комисија и даље задржала право да одлучује о изузецима из члана 81. став 3. Уговора о оснивању.

До децентрализације у примени комунитарног права конкуренције је дошло након усвајања Уредбе број 1/2003.[6] којом је признато директно дејство одредбама члана 81. став 3. Уговора о оснивању ЕЗ, чиме су и национални судови добили овлашћења да одлучује о појединачним изузецима који су предвиђени овим ставом. Ипак, без обзира што након децентрализације у примени одредби чланова 81. и 82. Уговора о

International Arbitration on Antitrust Claims, *The Metropolitan Corporate Counsel*, May 2003, стр. 10.

[3] Вид. J. Hrle, *International Arbitration and Competition Law*, магистарски рад, Institut of Comparative Law, Faculty of Law, McGill University, Montreal, November 1999, стр. 47. и даље.

[4] Више о томе J. Lew, L. Mistelis and S. Kroell, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, стр. 485, који у напомени број 24. наводе и одговарајућу судску и арбитражну праксу.

[5] A. Komninos, Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, *The Competition Law Review*, Bol. 3, br. 1, Dec. 2006, 5-26, стр. 5.

[6] Council Regulation (EC) No 1/2003, of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, (Text with EEA relevance), OJ (2003) L 1/1. Komentar Uredbe vid. u: J. Basedow, Who will Protect Competition in Europe? From Central Enforcement to Authority Networks and Private Litigation, *Ревија за европско право* IB(2002)1, стр. 5-37.

оснивању ЕЗ, није сачувала право да од уговорних страна захтева да одустану од примене арбитражне одлуке или, чак, и од пресуде, ако сматра да нису у складу са прописима о конкуренцији,[7] Комисија је и новом Уредбом обезбедила право да давањем својих мишљења интервенише у поступке који су покренути пред националним судовима, макар и као пријатељ суда (*amicus curie*).[8] Осим тога, национални судови су одредбама члана 16. Уредбе обавезани да у предметима о којима је одлучивала Комисија "не могу донети одлуке које су супротне одлуци Комисије".

Када је реч о положају арбитража, Уредбом нису на њих пренета овлашћења да одлучују о постојању изузетака од ништавости картелних споразума.[9] Отуда су странке пред арбитражама и даље остале изложене ризику да им национални судови у поступку признања и извршења не признају оне одлуке које сматрају да су донете из ништавих споразума.[10] У овим поступцима национални судови су обавезни да се обрате Суду правде[11] са захтевом за прелиминарним одлучивањем и да у складу са добијеним ставом донесу одговарајућу одлуку. [12]

2. Примена комунитарног права пред арбитражама

Комунитарно право (енг. *community law*, нем. *Kommunitarrecht*), према предмету регулисања углавном чине прописи јавноправног карактера којима су уређени односи између Европске заједнице/Европске уније[13] и

---

[7] Вид. и A. Komninos, у коментару пресуде у предмету Eco Swiss, *CMLRev*, стр. 470, као и A. Komninos, Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?, *The Competition Law Review*, Bol. 3, br. 1, Dec. 2006, 5-26.

[8] Вид. чл. 15(3) Уредбе и коментар у D. Chalmers и др. *European Union Law, Text and Materials*, Cambridge, 2006, стр. 972.

[9] Вид. Commission Notice on the Cooperation between the Commission and the Courts of the EU Member States in the Application of Articles 81. и 82.

[10] G. Zekos, The European Union's Approach and Arbitration, *Hertfordshire Law Journal* 4(1), 36-43, стр. 42.

[11] L. Idot, *н. дело*, стр. 287. предлаже да се ради добијања прелиминарног тумачења од стране Суда правде као алтернативно решење право арбитара да се у току арбитражног поступка обрате "потпомажућем судији" (juge d'appui).

[12] Вид. G. Zekos, The Treatment of Arbitration under EU Law, *Dispute Resolution Journal*, 11 (May 1999). http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_199905/ai_n8845743/pg_6; G. Blanke, The Role of Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer, *EBLR* (2005), стр. 170.; A. P. Komninos, Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law, у: C.D. Ehlermann and I Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2001: Effectivew Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Portland, 2003, стр. 363-385.

[13] И поред тога што су Европска заједница и Европска унија два одвојена правна и политичка субјекта чији је положај регулисан одвојеним Уговорима о оснивању, у

држава чланица и њихов однос према правним и физичким лицима, а само мањи део чине прописи којима су регулисани међусобни односи приватно правних субјеката као учесника на унутрашњем тржишту Европске уније.[14] Друга група прописа се може означити као комунитарно приватно право и у њих спадају, на пример, прописи о закључивању уговора ван пословних просторија или прописи о потрошачким кредитима. Међутим, с обзиром да комунитарни прописи нису груписани у традиционалне гране права, укупност комунитарних прописа се обично означава као комунитарни правни систем, па се ова подела може сматрати доктринарном и условном и за сврхе овог рада.[15]

С обзиром на правну природу и начин примене, комунитарни прописи се могу поделити на оне којима је призната директна примена (енг. *direct application*) и директно дејство (*direct effect*), као што су поједине одредбе Уговора о оснивању и други примарни извори, комунитарне уредбе и одлуке (енг. *regulations* i *decisions*), и на оне којима то није признато, као што су комунитарна упутства (енг. *directives*).

У споровима пред арбитражама се могу применити и једни и други прописа. Онај део комунитарних прописа којима су регулисани приватно правни односи може бити примењен пред трговинским арбитражама као меродавно право или на основу воље уговорних страна, или применом меродавних правила међународног приватног права. Ако су уговорне стране на изричит начин уговориле примену конкретног комунитарног прописа, арбитри ће такав комунитарни пропис сматрати и примењивати као и остале државне прописе - као *lex contractus*. Међутим, ситуација није тако јасна ако су стране уговориле примену националног права неке од држава чланица без навођења комунитарних прописа, или је уговорена примена права државе нечланице.

а) Примена комунитарног права ако је изабрано унутрашње право државе уговорнице

Ако је као меродавно право изабрано право неке државе чланице, може се поставити питање да ли се под меродавним националним правом државе чланице подразумевају само прописи које су донели органи те државе и који се традиционално сматрају унутрашњим прописима, или ту

свакодневном говору, па чак и у стручним написима, се ови појмови користе у заменљивом смислу.

[14] Опширније вид. у: Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 2006, стр. 70.

[15] О систему и природи комунитарних прописа вид. Р. Вукадиновић, Појам и место права Европске уније у правном систему држава чланица, *Ревија за европско право*, бр. 1/ 1999, стр. 9-37, посебно стр. 12-13.

спадају и тзв. имплементирајући прописи и комунитарни прописи којима је призната директна примена и директно дејство. Под имплементирајућим прописима се разумеју прописи које државе чланице доносе ради увођења комунитарних упутстава (*directives*) у унутрашњи правни систем, и то могу бити законски и подзаконским прописи и друге управне мере. У погледу карактера и места имплементирајућих прописа, у теорији не постоји јединствено мишљење, тако да их једни сврставају у унутрашње националне прописе, а други у комунитарне. Питање квалификације имплементирајућих прописа није само од теоријског, већ и од практичног значаја, јер од одговора на њега зависи и надлежност националних судова или Суда правде да цене њихову ваљаност и да их тумаче. У правној теорији преовладава уже схватање, према коме имплементирајући прописи, пре свега по начину доношења, спадају у унутрашње прописе, што је прихваћено и у пракси Суда правде. Из тога произилази обавеза и судова и арбитара да имплементирајуће прописе третирају на исти начин као и остале унутрашње националне прописе. То практично значи да су и судије и арбитри обавезни да у оквиру права државе чланице примене оне имплементирајуће прописе на које су се странке позвале. Међутим, у случајевима када комунитарна упутства нису на прави начин имплементирана па се њиховим спровођењем не може остварити у њима утврђени циљ, против односне државе чланице се може покренути поступак за утврђивање вануговорне одговорности, док појединци заштиту оштећених приватних субјективних права могу тражити пред судовима позивајући се на тзв. вертикално дејство комунитарних упутства. У таквим ситуацијама национални судови су, будући да чине део државног система поделе власти, дужни да непосредно и *ex officio* примене неимплементирано комунитарно упутство и да одбију примену неусклађених националних прописа.

Иста обавеза националних судова постоји и у погледу комунитарних прописа којима је признато директна примена и директно дејство (поједини чланови Уговора о оснивању, као што су чланови 81. и 82, комунитарне уредбе и одлуке). Оваква обавеза националних судова се изводи из природе начела директног дејства, док се у случају постојања неусклађених унутрашњих прописа њихова примена заснива и на начелу примата или супериорности комунитарног права над националним прописима држава чланица. Из начела примата комунитарног права над националним правима изводи се и обавеза националних судова да примене комунитарно право чак и у случајевима када им је остављена слобода да одлучују према правилима *ex aequo et bono*. У ширем смислу, основ обавезе националних судова на *ex officio* примену комунитарног права је изведена из начела лојалности држава чланица према Европској заједници

која је утврђена одредбама члана 10. Уговора о оснивању ЕЗ.[16] Међутим, из наведеног члана се не може извести закључак да се иста обавеза односи и на арбитраже, јер арбитраже не чине део државног система поделе власти, нити су део националног система судова. Стога арбитри нису обавезни да *ex officio* примењују све комунитарне прописе, већ само који су уговорени као *lex contractus.* Ако је, дакле, као меродавно право изабрано право неке од држава чланица, као и у случају када су уговорне стране арбитражним споразумом овластиле арбитре да спор реше *ex aequo et bono* или као *amiables compositeurs*, не постоји обавеза *ex officio* примене комунитарног права, осим оних комунитарних прописа који чине део комунитарног јавног поретка.[17]

б) Примена императивних прописа комунитарног права који чине део јавног поретка

Под императивним (мандаторним) правилима се разумеју одредбе прописа које морају бити примењене у конкртном правном односу без обзира на решења садржана у праву којим је регулисан тај однос. Оваква правила чине јавни поредак и одржавају јавну политику која налаже да морају бити примењена чак и ако општа правила права којима припадају није надлежно на основу релевантних правила о сукобу закона.[18] Иако се у теоријском смислу јавни поредак не исцрпљује само у императивним правилима, у практичном смислу се појам јавног поретка (на енглеском *public policy*, на француском *ordre public*) често поклапа са појмом прописа непосредне и обавезне примене (*madatory rules*, или на француском: *lois de*

[16] У овом смислу постоји богата пракса Суда правде, почев од предмета 33/76, Rewe v Landwirtschaftskammer fuer Saarland, [1976] ECR 1989, тач. 5; до здружених предмета та C-6/90 и C-9/90, Francovich and others B Italian Republic [1991] ECR I-5357, ta;. 43.

[17] M. Piers, How EU Law Affects Arbitration and the Treatment of Consumer Disputes: The Belgian Example, *Dispute Resolution Journal*, Nov 2004-Jan 2005, http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200411/ai_n9469150. Suprotno, G. Zekos, The Treatment of Arbitration under EU Law, Dispute Resolution Journal, 11 (May 1999). http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_199905/ai_n8845743/pg_6.

[18] D. Hochstrasser, Choise of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration, 18 (5) *J Int Arb* (2001), стр. 57-86, стр. 67-68; P. Mayer, Mandatory rules of law in international arbitration, 2 *Arb Int'l* 274(1986), N. Shelkoplyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Amsterdam, 2003; L. R. Fenelon, Foreign Mandatory Rules in International Arbitration, http://www.rcmck.com/ downloads/rcmck12.doc

police).[19] Када су у питању комунитарни правила о конкуренцији, Суд правде је заузео став да су одредбе чланова 85. и 86. Уговора о оснивању Европске заједнице (садашњи чланови 81. и 82), од посебног значаја и за интересе појединаца и за остваривање комунитарних циљева, те се морају третирати као императивни (мандаторни) прописи који чине део јавног поретка. Из тога је онда изведена и обавеза националних судова у државама чланицама Европске заједнице да их примењују непосредно и без резерви, без обзира да ли их сматрају делом националног или комунитарног јавног поретка.[20]

Иста обавеза се на посредан начин може извући и за арбитре, јер су национални судови, у складу са ставом који је Суд правде заузео у предмету *Eco Swiss*,[21] у поступку извршења или поништења арбитражних одлука дужни да "непримењивање Уговора о оснивању Европске заједнице третирају као повреду правила јавног поретка."[22]

У случајевима када место арбитраже није у држави чланици, нити је као меродавно право изабрано право државе чланице, али се једна од уговорних страна позвала на члан 81. или 82. Уговора о оснивању ЕЗ, арбитраже и судови су заузимали различите ставове.[23] Они се крећу од апсолутног непримењивања чланова 81. и 82, до потпуне примене, или примене само у случајевима ако се извршење арбитражне одлуке тражи у некој од држава чланица.[24]

Код оцене наведених ставова требало би поћи од општег принципа да су арбитри везани вољом уговорних страна и да су границе њихових овлашћења одређене арбитражним споразумом. Тако посматрано, арбитри

---

[19] Детаљнију расправу о односу норми непосредне примене, императивних норми и јавног поретка вид. у: Т. Варади, Б. Бордаш и Г. Кнежевић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2005, стр. 133-153.

[20] У теорији се под комунитарним јавним поретком подразумевају прописи којима је регулисано функционисање пет основних слобода: слобода промета робе, слобода кретања лица, слобода пружања услуга, слобода промета капитала и слобода настањивања. Вид. P. F. Schlosser, Arbitration and European Public Policy, у: *Arbitration and European Law*, Bruylant, 1997, стр. 85. Обавеза националних судова да правила комуниатрног јавног поретка третирају на исти начин као и норме националног јавног поретка неки аутори изводе из "начела еквиваленције." Вид. P. Landolt, Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements, *Arb. Int'l*, vol 23, No 1 (2007), стр. 76.

[21] Предмет 126/97 Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NB [1999] ECR I-3055.

[22] L. Idot, Note on Eco Swiss, (1999) *Rev Arb* 642, стр. 314-315.

[23] Вид. J. Lew, L. Mistelis and S. Kroell, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, стр. 489.

[24] M. Piers, *н. дело*, наводи да је у белгијској судској пракси прихваћен став да су и арбитри обавезни да по службеној дужности узму у обзир питања јавног поретка.

нису обавезни да по службеној дужности примењују одредбе чланова 81. и 82. Уговора о оснивању, тј. да испитују ваљаност или ништавост конкретног споразума ако такво питање нису поставиле странке у поступку. Супротно понашање би се могло квалификовати као недозвољено прекорачење и повреда основног начела *ultra petita*, што представља основ за преиспитивање одлуке и одбијање извршења и према националним прописима и према одредбама члана V(1)(c) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

Међутим, за потпуно сагледавање положаја арбитража, потребно је узети у обзир и њихово место правном систему, као и сврху добијених овлашћења од странака. Што се тиче места, и поред несумњиве одвојености арбитража од система државних судова и низа других карактеристика које их одвајају од државних јавних власти, реалност је да и они "чине део правног поретка и да стога имају обавезу да очувају принципе на којима је тај поредак сграђен."[25] Што се тиче сврхе добијеног мандата, њихова суштина се може свести на очекивања странака да арбитри учине све како би донели одлуку која се може извршити. Тако посматрани, и једни и други разлози говоре у прилог става да код доношења одлуке, арбитри морају водити рачуна о свим чињеницама које могу утицати на пуноважност и извршивост арбитражне одлуке.[26] То практично значи обавезу арбитара да, осим комунитарних прописа који чине део *lex contractus-a* и комунитарних прописа који чине део јавног поретка, *ex officio* примене и остале комунитарне прописе који могу бити од утицаја на извршења тако донете арбитражне одлуке, када се одлука извршава у некој од држава чланица. Прекорачење мандата до кога долази у оваквим случајевима поједини аутори оправдавају начелом "легитимних очекивања странака."[27]

Ако је, пак, као меродавно изабрано право треће државе и арбитражна одлука се извршава у трећој држави, арбитри су дужни да поступају у складу са добијеним мандатом, а да по службеној дужности примене само оне комунитарне прописе који чине део јавног поретка[28] којима је признато екстратериторијално дејство.

---

[25] Исто.

[26] Види и G. Blanke, The Role of Competition Law in International Arbitration: A Plaidoyer, *EBLR* (2005), стр. 175.

[27] Вид. Y. Derains, Specific Issues arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts, u: C. D: Ehlermann and I Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2001: Effectivew Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Portland, 2003, стр. 329.

[28] Према тумачењу M. Piers-a, *н. дело*, Суд је признао обавезу арбитара да по сопственој иницијативи примене комунитарни јавни поредак, док A. P. Komninos, у коментару ове одлуке у *CMLRev*, 37(2000), стр. 459-478, сматра да Суд по овом питању није заузео јасан став.

3. Обавеза арбитража да траже одуку у поступку одлучивања по претходном питању

Према одредбама члана 234. (ранији члан 177) Уговора о оснивању Европске заједнице, када се питање тумачења или ваљаности комунитарних прописа постави пред неким судом или трибуналом државе чланице, тај суд може ако сматра да је одлука о томе потребна за доношење његове пресуде, затражити од Суда правде да одлучи о том питању. Међутим, када се такво питање постави у предмету пред националним судом чије одлуке не подлежу правном леку унутрашњег права, овај суд је обавезан да затражи претходно мишљење Суда правде. Обавеза обраћања Суду правде је, дакле, прописана само у другом случају, док је у првом случају судовима и трибуналима препуштено да о томе сами одлуче. У материјалном смислу сврха прелиминарног тумачења је да комунитарно право буде на једнообразан начин протумачено и примењено у свим државама чланицама како би се остварили комунитарни циљеви, док се у процесном смислу на овај начин омогућава координација између националних судова и Суда правде у поступцима који се односе на примену комунитарног права. У том смислу се одредбе члана 234. Уговора о Европској заједници могу третирати као "најважније" процесне одредбе у целом Уговору о оснивању.[29]

Када је реч о арбитражама, као посебним изабраним судовима, оне нису поменуте у Уговору о оснивању Европске заједнице.[30] Отуда се евентуална право или и обавеза арбитража на обраћање Суду правде може извести једино широким тумачењем употребљене синтагме "суд или трибунал" тако да се појмом "трибунал" обухвати и овај начин решавања спорова.

Шта се сматра под "судовима и трибуналима" Суд правде је расправљао у више случајева, почев од случаја *Vaassen*[31] преко *Gabalfrisa and Others*,[32] *Österreichischer Gewerkschaftsbund*[33], *Denuit and Cordenier*,[34]

---

[29] Tridimas and Tridimas, National Courts and the European Court of Justice: A Public Choise Analysis of the Preliminay Reference Procesdure, 24 *Int'l Rev. L & Econ*. (2004) 125-145, стр. 127.

[30] Вид. Р. Вукадиновић, *Европска економска заједница*, Београд, 1991, стр. 128-130.

[31] Предмет 61/65, Baassen-Goebbels v Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf, [1966] ECR 261.

[32] Здружени предмети C-110/98 do C-147/98 Gabalfrisa and Others [2000] ECR I-1577, тач. 33.

[33] Предмет C-195/98 Österreichischer Gewerkschaftsbund [2000] ECR I-10497, тач. 24

[34] C-125/04, [2005] ECR I-923, пресуда од 27. 01. 2005.

до *Schmid*[35] и *Claro*[36] у којима је и поред широког схватања појмова "суд или трибунал", осим у посебним случајевима, начелно одбио да под њих подведе и арбитраже. Приликом одређивања карактера тела које је овлашћено да захтева одлуку о претходном питању Суд правде је пошао од пет критеријума: начина оснивања и карактера оснивачког акта, трајности у обављању поверених послова или задатка, *inter partes* поступка, обавезне надлежности, меродавног права које примењују таква тела и степена независности.[37]

На основу наведених критеријума у теорији се под судом или трибуналом у смислу Уговора о оснивању, сматра свако тело које је установљено на основу закона као посебно тело са трајним или трајнијим карактером, ако ужива довољан степен независности, ако је надлежно да решава спорове који су одређени на општи начин и ако је у вођењу поступка везано правилима *inter partes*, ако обавља функције као "одговарајуће судско тело", тј. ако странке пред њим покрећу поступак а оно доноси обавезујуће одлуке и ако се пред њим примењују правна правила.[38] У примени ових критеријума Суд правде није везан карактером који такво тело ужива у националном праву где је основано, будући да је у питању аутохтони појам комунитарног права. Право на тумачење појма "суд ли трибунал" у складу са комуниатрним правом, а не националним правима држава чланица,[39] Суд правде је истакао и у својој белешци о упућивању националних судова на одлуке о претходном питању, издатој 2005. године.

Међутим, и поред, на први поглед јасних критеријума разграничење између тела које врше судска и квази судска овлашћења и осталих тела, Суд правде није био доследан у њиховој примени.[40] Између осталог и због

---

[35] Предмет C-516/99**,** Berufungssenat B der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland postupak pokrenut od *Walter Schmid* ECR [2002] I-4573, тач. 34.

[36] Elisa Maria Mostazo Claro v Centro Movil Milenium S, C-168/05, пресуда од 26. 10. 2006.

[37] Вид. предмет C-407/98, Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist**,** *ECR* [*2000*] I-5539, тач. 29. и 30, као и здружене *предмете* C-110/98 до C-147/98 Gabalfrisa and Others [2000] ECR I-1577, тач. 33; Dorsch Consult v Bundesbaugesellschaft Berlin, C/ 54/96, тач. 23.

[38] Вид. K. Lenaerts and D. Arts, *Procedural Law of the European Union*, London, 1999, стр. 21. марг. бр. 2-007.

[39] Information Note, on references from national courts for a preliminary ruling, OJ (2005/C 143/01), тач. 7. Вид. и H. G. Schermers and D. F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer, 2001, тач. 521, стр. 254.

[40] Вид. K. Lenaerts, Unity of European Law and Overload of the ECJ – the System of Preliminary Rulings, стр. 211-239, посебно 229-32. http://www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/lenaerts.pdf

тога што у пракси постоје врло различити облици алтернативног и арбитражног решавања спорова којима је тешко наћи заједнички именитељ. При томе се, у најопштијем смислу, могу разликовати тела која су основана управним актима или су основана при управним органима држава чланица и тела која су основана као трговинске и спољнотрговинске или међународне арбитраже. Први облик судовања или арбитрирања карактеришу тела која обављају своје функције као административна тела или органи и при томе могу бити овлашћена или да самостално доносе одлуке из поверених надлежности, или да дају саветодавна мишљења јавним властима које доносе одлуке. За разлику од ових тела која се могу означити као "установе сличне арбитражама,"[41] други облик чине класичне трговинске арбитраже.

Када је реч о првима, Суд правде је у предметима *Vaasen* и *Dorch Consult*,[42] одговарајућа арбитражна тела сматрао трибуналима и признао им право да траже одлуку о претходном питању. Тако је у случају *Vaassen* холандском арбитражном трибуналу који је био основан у оквиру рударског пензионог фонда (*Scheidsgerecht van het Beamtenfonds voor het Mijnbedriff*) признао право да се обрати Суду правде захтевом за тумачење, јер је основан у складу са законом као обавезни начин решавања спорова, примењивао је материјално право као и редовни судови, а чланове је постављао министар за рударство. И у случају *Dorch Consult*, Суд је заузео став да немачко Надзорно тело које је одлучивало о немачким федералним јавним набавкама, има карактер суда или трибунала без обзира што према мишљењу општег правобраниоца није имало довољан степен судске независности, *inter partes* процедуру и што је била обезбеђена само "минимална" заштита у поступку.[43] Слично је поступио и у случају *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson*,[44] када је заузео став да шведско апелационо тело *Överklagandenämnden*, које је основано на основу Закона о високом образовању са овлашћењем да одлучује по жалбама о именовањима на универзитетима и у области вишег образовања, има карактер трибунала.[45] У образложењу оваквог става, Суд је навео да од 8 чланова које поставља Влада Шведске, председник и његов заменик морају бити судије, а од осталих чланова најмање тројица морају бити правници који у одлучивању уживају потпуну независност, при чему се одлуке доносе по унапред утврђеним правилима поступка већином гласова и то таквом да за одлуку мора гласати председник и три

[41] Израз позајмљен од Т. Варади и др., *н. дело*, стр. 565.
[42] Предмет C-54/96 *Dorsch Consult* [1997] ECR I-4961.
[43] Вид. тач. 29-38.
[44] Предмет C-407/98, Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, [2000] ECR I-5539.
[45] Тачка 38.

члана, од којих мора бити најмање један правник. Одлуке су коначне и против њих није дозвољена жалба.

Међутим, Суд правде није признао као "судове и трибунале" тела која су основана при државним органима са задатком да дају саветодавна мишљења.

Другу карактеристичну форму решавања одређених врста спорова чине национална *тела за заштиту конкуренције* или антимонополска тела. Ова тела мериторно решавају о повреди права конкуренције и у државама чланицама су обавезна да у решавању конкретних спорова примењују и национална правила и комунитарно право конкуренције. Оваква тела могу бити основана законом или подзаконским актима као потпуно независна тела од извршне и легислативне власти, или су пак организована као делови или департмани при појединим министарствима, у ком случају им је загарантована самосталност код доношења одлука. У Републици Србији је такво тело (Комисија за заштиту конкуренције) основано Законом за заштиту конкуренције,[46] као независно тело са својством правног лица коме је у оквиру пренетих јавних овлашћења призната потпуна самосталност код одлучивања. Одлуке ових тела су коначне, против њих нису дозвољени правни лекови редовним судовима, али је најчешће дозвољено покретање управног спора пред врховним судовима. Пошто и ова тела у државама чланицама примењују комунитарно право и за њих се може поставити питање да ли су обавезана да пре доношења својих одлука затраже од Суда правде тумачење спорних одредби, тј. да ли им је признато својство "суда или трибунала".

О овим питањима Суд правде је, између осталих, расправљао и у случајевима шпанског (*tribunal de Defensa de la Competencia*), белгијског тела (*Conseil de la Concurennce*) за заштиту конкуренцију и грчког *Epitropi Antagonismou.*[47] У прва два случаја, Суд правде је сматра да ова тела могу тражити одлуку о претходном питању, иако према мишљењу општег правобраниоца у случају шпанског тела оно није испуњавало све критеријуму постављене у случају *Vaassen*. Међутим, у трећем случају, Суд правде је одбио да грчком телу за заштиту конкуренције призна статус трибунал[48] јер није уживало потребну независност ни у погледу одлука, које је могао да преиспитује министар за развој[49], ни у погледу чланова, јер нису били довољно заштићени од разрешења од стране извршне власти.[50]

---

[46] Сл. гласник Р. Србије, број 79/05.

[47] Предмет C- 53/03, Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEBE [2005] ECR I-4609.

[48] Тач. 37. пресуде.

[49] Тач. 30. пресуде.

[50] Тач. 31. пресуде.

Без обзира што се ово питање поставља само код антимонополских тела у државама чланицама, сматрамо да се о њему може расправљати и у случају придружених држава, као и држава које су потписале споразуме о стабилизацији и придруживању. Ово због тога што и наведене врсте споразума по схватању Суда правде чине део комунитарног права,[51] чијим одредбама је призната директна примена и директно дејство, па је за тумачење таквих одредби надлежан Суд правде на исти начин као и код осталих извора комунитарног права.

Кад су у питању класичне арбитраже, Суд правде је заузео начелни став да оне не испуњавају критеријуме одређене у пресуди у предмету *Vaassen* и да стога не подлежу обавези нити имају право да се обраћају Суду правде са захтевом за одлучивање о претходном питању.[52] Тако је у случају *Nordsee*,[53] Суд правде одбио да дозволи трговинској арбитражи да се обрати Суду правде са питањем за претходно одлучивање, без обзира што је констатовао да између арбитражног трибунала и редовних судова постоје бројне сличности, јер такво тело није оквалификовао као "суд или трибунал". У питању је био спор око коришћења државне помоћи коју је Комисија ЕЗ била доделила уговорном пулу основаном за изградњу 6 бродова, па је касније настао спор који је изнет пред арбитражу. Слично је поступио и у познатом случају *Eco Swiss* из 1999. године. Као разлози због којих арбитражама не би требало дозволити да се обраћају Суду правде за одлуке о претходном питању најчешће се наводе следећи:[54]

1. Арбитраже карактерише одсуство утицаја јавних власти и судова у њиховом раду па би укључивање Суда правде у њихов рад би било супротно овом опште прихваћеном начелу.

2. Пошто арбитраже често одлуке доносе на основу начела савесности и поштења или правичности, у тим случајевима не морају да примењују право.

3. Од арбитража се очекују да брзо одлуче о спорној ствари, па би ова брзина била угрожена прописивањем обавезе да се пре одлучивања обрате Суду правде за одлуку о претходном питању, а Суд правде би био исувише оптерећен таквим захтевима.

4. У поступку извршења арбитражне одлуке су изложене контроли од стране националних судова који се, по правилу обраћају Суду правде, тако да се евентуалне неправилности из арбитражног поступка могу отклонити

---

[51] Вид. ставове Суда правде у предметима Haegeman v Belgium [1974] ECR 449; Bresciani [1976] ECR 129; Kupferberg [1982] ECR 3641 и Gloszczuk [2001] ECR I-6369.

[52] K. Lenaerts and D. Arts, *Procedural Law of the European Union*, London, 1999, стр. 22-23, марг.бр. 2-010.

[53] Потврђен и у предметима Almelo и Eco Swiss.

[54] H. Schermers and D. Waelbroeck, *н. дело*, тач. 539. стр. 262

у овом поступку. Исто тако, национални судови се могу обратити Суду правде и у поступку поништаја арбитражних одлука.

5. Пошто арбитри нису судије, од њих се не може очекивати да имају знање и искуство професионалних судија.

6. Ако би арбитри били обавезни да се обраћају Суду правде, онда би странке избегавале такве арбитраже и одабирале би оне изван држава чланица, чиме би се осујетила основна сврха арбитража.

Prof. Dr. Radovan Vukadinovic,
a full-time professor

THE APPLICATION OF COMMUNITY LAW ON COMPETITION IN FOREIGN TRADE ARBITRATION CASES

Starting and conducting of arbitration cases referring to the violation of Community regulations on competition open a series of theoretical and practical questions. This work analyzes the issue of "arbitrability" of such cases, the obligation of such arbitrations to turn to the Court of Justice with the request for their decision on the prior matter and the obligation of the arbiters to *ex officio* apply the Community law. Reviewing the opinions that can be found in legal doctrine, as well as the cases in the practice of national courts and the Court of Justice, it could be concluded that, even if some doubts had existed, they were definitely eliminated after the Court of Justice ruling in the *Eco Swiss* case granting the national courts and arbitrations jurisdiction in deciding on the private law consequences of the violation of the Community law on competition. As for the right or the obligation of arbitration to request the decision on the prior matter, the Court of Justice did not take a clear stand. However, on the basis of the power given to the arbitration, as well as the obligation imposed on arbiters to pass an enforceable decision, we can conclude that *ex officio* application of the part of the Community law, which the Court of Justice considers to be the Community's established order, is highly recommended. As for the request for the unified interpretation of the Community law, in the case of arbitration it is ensured by indirect means – the courts have the right to reject the enforcement of arbitration decisions, or to annul them if they believe that they are not in line with the Community law.

Др Миодраг Мићовић,
редовни професор

UDK: 347.516/.517:061.1EC

ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА МАТЕРИЈАЛНЕ НЕДОСТАТКЕ ДО ОДГОВОРНОСТИ ЗА НЕДОСТАТКЕ САОБРАЗНОСТИ ПРЕМА ДИРЕКТИВИ ЕУ 1999/44

1. Концепти одговорности за недостатке ствари

Одговорност продавца за недостатке продате ствари проистиче из обавезе продавца да купцу преда ствар у исправном стању[1]. Обавеза испоруке мора да буде извршена у врсти, количини и квалитету, као и у време, месту и на начин који су предвиђени уговором. У случају неизвршења обавезе испоруке континентални правни системи[2], где спада и наш, познају у основи одвојен систем одговорности продавца за квалитативне материјалне недостатке од система одговорности за делимично или потпуно неизвршење уговора[3]. Овај систем одговорности који се базира и полази од појма "материјалног недостатка", приликом одређивања права која припадају купцу, напуштен је у Хашком једнообразном закону о продаји телесних покретних ствари, а затим и у Бечкој конвенцији о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године. Уместо "материјалног недостатка" уводи се појам саобразности и јединствени систем одговорности када роба не одговара условима закљученог уговора.

Концепт саобразности близак је оном који успоставља Директива ЕУ о одређеним аспектима продаје и гаранцијама за робу бр. 1999/44 од 25. маја 1999. године[4]. Процена саобразности робе врши се у односу на конкретан уговор, а не апстрактно применом неке теорије или унапред утврђених принципа[5].

---

[1] Коментар Закона о облигационим односима, књига II, редактори: Перовић, С. и Стојановић, Д., Крагујевац - Горњи Милановац, 1980, стр. 67.

[2] Почивају на концепцији римског права, према којој се под неизвршењем подразумева само дужничка доцња - *mora debitoris*, а на мане, видљиве или скривене, примењују се посебна правила. О овоме: Вилус, Ј., Остваривање високог степена заштите потрошача у ЕУ, Правни живот, бр. 5 - 6/00, стр. 199; Перовић, Ј., Несаобразност робе као основ неизвршења оговора о продаји, Право и привреда, бр. 5 - 8/03, стр. 334.

[3] О овоме: Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, 2006, стр. 61.

[4] У даљем тексту Директива.

[5] Вилус, Ј., нав. чланак, стр. 199.

Правила садржана у Директиви примењују се на односе у које поводом продаје покретних ствари[6] ступају професионалац и лице које има статус потрошача. У теорији се истиче потреба да се дејство тих правила прошири и на друге субјекте, који немају статус потрошача, као и на друге ствари (непокретности). Тиме би се постигло да се на јединствен начин регулише питање одговорности за недостатке, без обзира да ли у однос продаје ступају професионалац и потрошач или лица која се професионално баве неком привредном активношћу. У тако постављеним оквирима посебност потрошачког права могла би се истаћи тако што би се законом предвидела могућност за професионалце да уговором ограниче или искључе примену одређених правила (то није могуће када у однос ступају потрошач и професионалац)[7].

Што се тиче усклађивања националних законодавстава чланица ЕУ са Директивом, све земље могу да се разврстају у две групе. У прву групу спадају оне (Француска, донела Ордонансу 17. 2. 2005. године, чија су правила укључена у Потрошачки закон - чл. 211 - 1 до 211 - 18; Шпанија, донела Закон бр. 23/03 од 10. 7. 2003. године) земље које су укључиле правила из Директиве у своје посебне прописе о заштити потрошача без било каквог одступања. У другу групу спадају оне (Немачка - Законом о модернизовању Облигационог права од 26. 11. 2001. године измењен и допуњен Грађански законик; Хрватска - Закон о облигационим односима, објављен у Народним новинама бр. 35/05) које су укључујући правила из Директиве у своје постојеће законике, уз одређена одступања[8], оптирале за општи, интегрални, систем одговорности који се примењује и на друге субјекте (не само на оне који имају статус потрошача) и на друге, непотрошачке, уговоре.

Наша земља, иако је донела Закон о заштити потрошача[9] ("Сл. гласник РС", бр. 79/05), није следила концепт који је дефинисан у Директиви, а одступљено је и од општих правила о одговорности за материјалне недостатке која су садржана у ЗОО.

---

[6] Директива се не примењује на ствари које се продају у извршном поступку или путем јавне продаје, на воду и гас уколико нису понуђени на продају у ограниченој количини или запремини, на електричну енергију - чл. 1. ст. 2. тач. б. и ст. 3.

[7] Calais - Auloy, J., Une nouvelle garantie pour l' acheteur: la garantie de conformité, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 4/05, стр. 711.

[8] Хрватски законодавац је само неке одредбе Директиве преузео на начин да важе за све уговоре, на нивоу општег института (на пример, појмовно одређење материјалног недостатка, претпоставка постојања недостатка саобразности, рок у коме се могу остварити права). О овоме: Петрић, С., Одговорност за материјалне недостатке ствари према новом Закону о обвезним односима, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/06, стр. 87 - 128.

[9] У даљем тексту ЗЗП.

У даљим излагањима биће изложена правила која су садржана у Директиви, а у оквиру тачака које се тичу појма саобразности, услова који морају бити испуњени да би продавац одговарао за недостатке саобразности, права потрошача и редоследа у погледу могућности остварења права. У оквиру наведених тачака биће изнете битне разлике између Директиве, Бечке конвенције и нашег ЗЗП.

2. Појам саобразности

До сада су за означавање ствари која има недостатке, као синоними, у теорији и прописима коришћени различити термини. Говорило се о манама робе (Опште узансе за промет робом), физичком недостатку ствари, физичкој мани, редхибиторној мани, материјалном недостатку (Закон о облигационим односима)[10], недостатку саобразности[11]. Ипак, са доношењем Бечке конвенције и Директиве, које у правни живот дефинитивно уводе појам несаобразности, јасно је да се наведени термини не могу користити као синоними.

Појам несаобразности шири је од појма материјалних недостатака. Када се испоручи ствар са материјалним недостацима, значи да испоручена ствар није саобразна уговору[12]. Али, недостатак саобразности постоји и у случају делимичне испоруке, испоруке мање или веће количине од уговорене, испоруке друге ствари - *aliud*. Недостатак постоји у свим случајевима који се у националним правима континенталног правног система, по правилу, узимају као случајеви неизвршења испоруке и одвајају од материјалних недостатака[13], за које постоји посебна продавчева одговорност. Отуда, у циљу избегавања могућих недоумица и усклађивања са решењима присутним у Директиви, наш ЗЗП би уместо појма "недостатак" требало да говори о "недостатку саобразности", као појму који има прецизно дефинисано значење.

За разлику од Бечке конвенције у којој се одређује када се сматра да роба није саобразна уговору (недостатак се дефинише позитивно

[10] У теорији се истиче да би требало правити разлику између недостатка, јер је то оно што ствар нема, а требало би да има, и мане, јер је то оно што ствар има, али што не ваља. О томе: Перић, Ж., Уговор о продаји и куповини, Београд, 1986, стр. 378.

[11] Коментар Закона о облигационим односима, стр. 68.

[12] Calais - Auloy, J., нав. чланак, стр. 705.

[13] Недостатак постоји не само онда када ствар није саобразна са оним што је уговором специфицирано (*aliud*), у ком случају се може говорити о несаобразном извршењу обавезе испоруке, већ и онда када ствар не одговара ономе што налаже природа уговора (*pejus*), у ком случају се може говорити о несаобразности ствари за нормалну употребу. О овоме: Pimont, S., La garantie de conformité, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, бр. 2/06, стр. 262. и 265.

навођењем шта се све сматра материјалним недостатком), Директива утврђује да је продавац дужан да испоручи потрошачу ствар саобразно закљученом уговору[14] (наш ЗЗП о томе не садржи правила). Уколико својства ствари нису уговорена претпоставља се да је ствар саобразна уговору (чл. 2. ст. 2), што значи да је и подобна за употребу[15]:

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.

Када се упореде одредбе Бечке конвенције (чл. 35. ст. 2) и Директиве (чл. 2. ст. 2) може се видети да се појам несаобразности (Бечка конвенција), односно саобразности (Директива) дефинише на основу истих елемената, осим оног који се подводи под четврту тачку (г). Разлог томе је што потрошач није стручњак, због чега се у знатној мери у погледу својстава производа ослања на оно што је наведено у реклами, написано на етикети или му је саопштио продавац приликом продаје[16].

Иначе, четврти елемент, на основу кога се одређује појам саобразности у Директиви, у основи представља део трећег елемента који се односи на уобичајена својства робе. На ту везу упућује Грађански законик Немачке када одређује да у уобичајена својства спадају и она која је купац могао да очекује на основу јавних изјава продавца, произвођача или њихових помоћника (пар. 434).

Сматра се да потрошачка роба није саобразна закљученом уговору и онда када 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 (чл. 2. ст. 5. Директиве).

---

[14] Уместо позитивног начина дефинисања појма материјалног недостатка (присутан у нашем ЗОО), када се врши набрајање ситуација у којима се сматра да ствар има недостатак који оправдава примену правила о одговорности, Директива дефинише недостатак негативно, као свако одступање од уговора. Зато се предаја друге ствари уместо уговорене третира као материјални недостатак, а не као неиспуњење обавезе. О овоме: Петрић, С., нав. чланак, стр. 102.

[15] Payet, M - S., Droit de la concurrence et droit de la consomation, Paris, 2001, стр. 330.

[16] Вилус, Ј., нав. чланак, стр. 199.

3. Услови који морају бити испуњени да би продавац одговарао за недостатке саобразности

Да би потрошач имао одређена права према продавцу због недостатака саобразности потребно је да буду испуњени следећи услови:

1. Потребно је да постоји недостатак саобразности. Недостатак мора да буде скривен за потрошача у моменту закључења уговора. Његово постојање у моменту предаје ствари не спречава потрошача да остварује своја права према продавцу. Сходно наведеном, Директива одређује да продавац не одговара за недостатке 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).

За разлику од Бечке конвенције која одређује да недостатак треба да постоји у тренутку преласка ризика (чл. 36), Директива одређује да недостатак мора да постоји у моменту предаје ствари. То значи да продавац не одговара за оне недостатке који су настали након предаје ствари[17].

У пракси, недостаци саобразности који су постојали у моменту предаје, постају очити тек касније. Зато, да би се избегли спорови и олакшао положај потрошача, Директива уводи новину у односу на сва досадашња правила којима је уређиван однос између продавца и других лица. Претпоставља се да је недостатак саобразности, који се појавио у року од шест месеци од предаје ствари, постојао у моменту предаје, осим ако се поднесе супротан доказ или ако ова претпоставка није сагласна са природом робе или са природом недостатка саобразности (чл. 5. ст. 3. Директиве). Дакле, у превих шест месеци, терет доказивања да недостатак није постојао у време предаје ствари сноси продавац. Уколико се недостатак појави по протеку шест месеци од предаје, тада ће потрошач бити дужан да доказује да је недостатак постојао у време предаје ствари.

Директива предвиђа значајно одступање од одговорности за недостатке када ствар нема својства која су назначена у јавној изјави продавца (чл. 2. ст. 2. тач. 5. Директиве), чиме се доводи у питање концепт саобразности и заштита потрошача[18]. У чл. 2. ст. 4. Директиве се наводи да продавац не одговара за недостатке саобразности који проистичу из јавне изјаве ако докаже: а) да за изјаву није знао или није разумно могао знати; б) да је изјава измењена у моменту закључења уговора; в) да јавна изјава није могла да утиче на доношење одлуке о куповини. Питање оправданости наведених ограничења, које је постављано у стручној јавности, довело је до тога да и француско законодавство (чл. 211 - 6

[17] Calais - Auloy, J., нав. чланак, стр. 706.
[18] Исто, стр. 705.

Потрошачког закона) и Грађански законик Немачке (пар. 434) прихватају ограничење наведено само под тачком (а).

Уговорне клаузуле којима се ограничава или искључује продавчева одговорност за недостатке саобразности не обавезују потрошача (чл. 7. ст. 1. Директиве). У Француској постоји иницијатива да се ово правило прошири и на односе који се заснивају између два професионалца који обављају различите привредне активности[19].

2. Потрошач мора да стави приговор (рекламацију). Ако производ има недостатке саобразности, а потрошач жели да користи своја права, дужан је да о томе обавести продавца. Директива не посвећује пажњу питањима која су везана за садржину и начин (ЗЗП одређује да се приговор, са рачуном о купљеном производу, подноси у продајном објекту - чл. 34. ст. 2. и 3) обавештавања. Што се тиче благовремености приговора, Директива чини искорак у односу на постојећа правила доводећи потрошаче у повољну позицију у погледу могућности остварења права. За разлику од Бечке конвенције, која захтева да се приговор учини у разумном року (чл. 39), односно без одлагања (чл. 23. нашег раније важећег ЗЗП), Директива одређује да се у националним прописима може предвидети (не постоји обавеза) да потрошач треба да обавести продавца о недостатку саобразности у року од два месеца рачунато од дана када је открио недостатак (чл. 5. ст. 2). Рок је субјективне природе. Рачуна се од дана откривања недостатка, а што даље значи да не постоји обавеза прегледа ствари као услов одговорности продавца[20].

Слободу коју пружа Директива у погледу обавештавања нека национална законодавства су искористила тако што нису предвидела обавезу обавештавања у року од два месеца (Немачка, Француска). На тај начин спречено је да дође до озбиљнијег нарушавања заштите права потрошача[21].

У сваком случају, крајњи рок у коме потрошач мора да стави приговор износи две године рачунато од предаје ствари[22] (чл. 5. ст. 1). Овај рок познаје и Бечка конвенција (чл. 39. ст. 2), а наш ЗЗП одређује да потрошач има право приговора у року од шест месеци, с тим што рок почиње тећи од дана куповине (решење двоструко неповољно за потрошаче - рок кратак и неоправдано се везује за датум куповине). Рок је објективне природе, јер се рачуна од објективног догађаја - од дана предаје ствари.

---

[19] Исто, стр. 711.
[20] Петрић, С., нав. чланак, стр. 113.
[21] Calais - Auloy, J., нав. чланак, стр. 708.
[22] У теорији се истиче да овакво решење није добро с обзиром да се недостатак открива готово увек после испоруке ствари, те да би рок требало рачунати од момента откривања мане. О овоме: Pimont, S., нав. чланак, стр. 269; Calais-Auloy, J., нав. чланак, стр. 708.

Када се ради о половној роби, продавац и потрошач могу да уговоре краћи рок у коме продавац одговара за несаобразност, с тим што тај рок не може бити краћи од годину дана (чл. 7. ст. 2).

4. Права потрошача и њихов ранг

Ако је приговор због недостатка саобразности основан, потрошач може да захтева од продавца да недостатак отклони, да му преда другу ствар без недостатка, да захтева снижење цене или раскид уговора.

Сва наведена права познаје и Бечка конвенција. ЗЗП не предвиђа право потрошача на снижење цене (бонификација), а право потрошача да му се врати плаћени износ за производ са недостатком је неодговарајући израз за право потрошача да изјави да раскида уговор.

Потрошач (купац) је ограничен у избору права. Према Директиви, потрошач има најпре право да захтева да се ствар бесплатно поправи или замени, а ако то није могуће или је несразмерно (према Бечкој конвенцији купац не може да захтева оправку ако би то било неразумно, док замену може захтевати само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора)[23] онда може захтевати адекватно снижење цене или раскид уговора (чл. 3. ст. 2).

Поправка и замена се морају извршити у разумном року и без знатних непогодности за потрошача, имајући у виду природу ствари и намеравану употребу ствари од стране потрошача. Избор потрошача да слободно бира између два начина уредног испуњења (оправка или замена) продавац може да оспори ако би обештећење потрошача било несразмерно. Узима се да несразмера постоји ако због захтева потрошача за продавца настају трошкови који се, у односу на други начин задовољавања интереса потрошача, сматрају неразумним с обзиром на: 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). Пошто продавац може готово увек да оспори избор потрошача, што битно компликује и доводи у питање заштиту његових интереса, има мишљења да треба укинути успостављену хијерархију права и омогућити потрошачу слободан избор између четири права[24].

Потрошач може да захтева снижење цене или раскид уговора: ако нема право на поправку или замену, ако продавац није поступио по

[23] О правима купца видети: Вукадиновић, Р., Право купца да захтева испуњење уговора о међународној продаји робе, Зборник радова: Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе, књига I, Крагујевац, 2006, стр. 309 - 318.

[24] Исто, стр. 707.

захтеву потрошача у разумном року или ако се задовољење интереса не може остварити без значајнијих неповољности за потрошача (чл. 3. ст. 5. Директиве). Потрошач нема право да захтева раскид уговора ако је недостатак саобразности незнатан.

Право на раскид уговора Директива регулише на начин који је јаснији и једноставнији од оног који је садржан у Бечкој конвенцији, која овлашћује купца да раскине уговор уколико недостатак саобразности представља битну повреду уговора. Концепт битне повреде уговора ствара дилеме у погледу постојања права на раскид уговора, које се у случају спора решавају с обзиром на околности конкретног случаја[25].

5. Закључак

Директива 1999/44 спада у групу оних за које се може рећи да имају велики значај. Ово зато што се она, с једне стране, надовезује на Бечку конвенцију о уговорима о међународној продаји робе која се не примењује на куповину робе која се врши за личне потребе или потребе домаћинства, и, с друге стране, јер садржи правила која се "намећу" као правила за регулисање односа не само између професионалаца и потрошача, већ и односа у које ступају професионалци. Вероватно би јединствен систем правила, која би се примењивала на продају без обзира ко се појављује као уговарач, допринео да се отклони конфузија и правна несигурност до чега може доћи у случају дуалистичког приступа при регулисању продаје[26].

Добре стране Директиве, правила захваљујући којима се остварује максимална заштита потрошача, су оне којима се предвиђа да продавац одговара за недостатке саобразности у року од две године од предаје ствари; што се претпоставља да су недостаци постојали у моменту продаје ствари ако су се појавили у року од шест месеци од извршене предаје, захваљујући чему остају без значаја правила о томе да ли је приговор учињен "без одлагања" или у "разумном року"; процена саобразности врши се и на основу јавних изјава продавца; уговорне клаузуле којима се ограничавају или искључују права потрошача, односно одговорност продавца не обавезују потрошача.

Међутим, поред добрих страна Директива има и одређене мане које доводе у питање неопходан степен заштите потрошача као слабије уговорне стране. Тако, право продавца да отклони одговорност по основу учињене јавне изјаве компромитује заштиту потрошача и оправданост доношења правила којима се успоставља посебан систем заштите

[25] Перовић, Ј., нав. чланак, стр. 339; Милутиновић, М., Битна повреда уговора према одредбама Бечке конвенције у теорији и пракси, Право и привреда, бр. 5 - 8/03, стр. 367 - 379.
[26] Calais - Auloy, J., нав. чланак, стр. 710; Вилус, Ј., нав. чланак, стр. 202.

потрошача. Или, ефикасност система заштите доводи се у питање тиме што се успоставља хијерархија права којима располаже потрошач и што продавац може готово увек да оспори избор права који он учини.

Што се тиче односа нашег ЗЗП и Директиве, уочљиво је да га нема, јер ЗЗП не следи ни терминологију, ни логику, нити било које правило које је садржано у Директиви.

Prof. Dr. Miodrag Micovic,
a full-time professor

FROM LIABILITY FOR MATERIAL DEFICIENCIES TO LIABILITY FOR LACK OF CONFORMITY ACCORDING TO THE DIRECTIVE OF EU 1999/44

This article deals with issues legally shaped by The Directive of EU 1999/44 which are concerned with the term of conformity, buyer's rights if the product lacks conformity, conditions to be fulfilled so that the seller is liable for the deficiencies.

Considering the fact that The Directive is a continuation of The Vienna Convention and that our country has adopted ZZP, the article points to the important differences between the named sources of law, regarding regulation of the seller's liability and the rights of the other contracting party when the product has deficiencies of conformity. Regarding that issue, we can conclude, on one hand, that The Directive and The Vienna Convention are similar, and, on the other, that The Directive and ZZP have no common ground, since ZZP does not follow solutions contained in the Directive neither in content nor terminology.

Мр Мирослав Милетић,
асистент

UDK: 347.78

ИСТОРИЈАТ ПРАВА СЛЕЂЕЊА

I Настанак права слеђења

Право слеђења овлашћује аутора дела одређене врсте (или субјекта наслеђеног тог права) који није власник односног оригинала да од обавезног лица које са другим учествује у продаји овог примерка, добије информације о томе и предвиђени део продајне цене[1].

То право настаје ради појачања заштите ликовних уметника на слободном тржишту. Такво тржиште у том домену се јавља почетком XVI века[2].

Ликовне уметнике до тада ограничавају строга правила њиховог цеха. Он потиче из средњег века. Уметничка професија је релативно уносна и сигурна. Почива на уговору о делу. Обично се наручује израђивање оригинала везаних за непокретност (нпр. фресака, мозаика). Они се могу касније продавати само заједно са њом. Има и приватних покровитеља уметника.

Настанак слободног тржишта је последица два основна узрока. Прво, почиње распад система уметничких цехова. Разлог је тенденција индивидуализма под утицајем високе ренесансе. Сада се уметник сматра "сувереним генијем", а не "пожртвованим занатлијом"[3]. Друго, оригинал је све чешће покретна ствар, нарочито због почетка сликања на платну. То олакшава и знатно увећава трговину таквим примерцима. Временом ишчезава приватно покровитељство. Професионалном уметнику остаје само неизвесност слободног тржишта.

Отуда бедни животни услови многих уметника и односних наследника.

Такав аутор често прода оригинал свог дела по ниској цени због сопствене оскудице, несмотрености или недовољне афирмисаности; препродавац тог примерка оствари знатно већу финансијску корист.

---

[1] О називу, појму и правној природи тог овлашћења видети у Милетић, М: Дефинисање права слеђења/ Право и привреда, бр. 5-8, 2007, стр. 323-336.

[2] О историјату тржишта ликовне уметности видети у Morrison, W. G: Economics and Economic Perceptions of the Art Market, 1996, http://collection.nlc-bnc.ca/100/202/300/artbus/1996/artbus.b06/banktwentyone.html (приступ 8. 9. 2002).

[3] Видети Janson, H. W: Istorija umetnosti, Beograd, 1966, стр. 348.

Најпознатији пример је француски сликар Jean-François Millet (1814-1875) [4] . Своју слику "L'Angélus" продаје за 1.200 франака. Она се препродаје за милион франака док његова унука продаје цвеће на улици.

Егзистенција уметника обично не почива на другим приходима од његових ликовних дела. Ауторскоправни прописи га не дискриминишу у односу на остале ауторе. Међутим, његове фактичке могућности искоришћавања дела су битно мање у поређењу са тим лицима. Углавном је реч о умножавању дела и стављању његових примерака у промет у виду плаката, честитки, илустрација у штампи, књигама и слично.

Појава "гладни уметник у хладном поткровљу" је најизраженија у Француској током XIX и почетком XX века. То је тада највеће тржиште уметности. Има дугу традицију.

У Француској стварају најзначајнији уметници из целог света. Ту настају многи ликовни правци. У почетку се оспоравају, а затим одушевљено прихватају. То користе трговци из Европе и Америке. Релативно брзо остварују велику добит на разлици између набавне и продајне цене оригинала дела модерних праваца.

Томе доприноси француска Академија ликовне уметности[5]. Њен жири селектира радове за званичне изложбе у "Париским салонима" (од половине XVIII века до 1885. године). При том се, углавном, игноришу модерни уметнички правци. Одсуство таквог званичног признања резултира изузетно ниским ценама оригинала односних дела. То је најочитије у другој половини XIX века. Најпознатија жртва је импресионистички покрет.

Отуда идеја о праву слеђења у Француској. С једне стране се жели ликовним уметницима обезбедити удео у тржишном успеху оригинала њихових дела. С друге стране се тежи успостављању економске равнотеже између тих и осталих аутора. Зачеци таквих замисли се јављају шездесетих година XIX века. Albert Vaunois први даје концепцију права слеђења у свом чланку из 1893. године[6].

Даље, 1904. године, José Théry предлаже повезивање те концепције са накнадом за издавање потврде о аутентичности оригинала[7]. Основала би се институција која води службени регистар. Ту би се евидентирали сви преноси својине на оригиналима чију аутентичност гарантују аутори

---

[4] Видети у Bautista, E: Salient Features of the New Philippine Law on the Intellectual Property/RIDA, бр. 91, 1977, стр. 39.

[5] Видети у Weatherall, A. J: Harmonising the Droit de Suite; a Legal and Economic Analysis of the EC Directive and an Overview of the Recent Literature, 2003, стр. 6, http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=gwp (п. 29. 12. 2003).

[6] Видети у de Pierredon-Fawcett, L: The Droit de Suite in Literary and Artistic Property - A Comparative Law Study, New York, 1991, стр. 2.

[7] Ibidem, стр. 3, 87.

односних дела. Институција би издавала потврду на захтев продавца оригинала. Тада би се евидентирао купац и наплатила накнада на име права слеђења. Предлог се не прихвата, јер подразумева огромну организацију и високе административне трошкове. Тај систем би функционисао само ако продавац оригинала захтева потврду.

У то време почиње притисак на француску Скупштину да озакони право слеђења[8]. Три главна фактора подупиру ту акцију.

Први фактор је штампа. Њена кампања почиње 1905. године. Циљ је указати јавности на: сиромаштво многих уметника и односних наследника; богаћење трговаца на препродаји оригинала дела тих аутора. То се илуструје цртежом који постаје симбол кампање. Његов аутор је Jean-Louis Forain (1852-1931). Цртеж показује два детета у ритама на улазу у аукцијску салу. Управо се продаје слика по веома високој цени. Једно дете каже другом: "Види, једна од татиних слика!" Тако, 1909. године, кампања у штампи резултира демонстрацијама хиљаду уметника.

Други фактор су три удружења: Друштво пријатеља Луксембурга (основано 1903. године); Стална комисија за ауторско право уметника (1909); Ауторско право за уметнике (1909). Она нарочито истичу економску неравнотежу између ликовних уметника и осталих аутора. При том предлажу конкретна законска решења права слеђења.

Трећи фактор је група од 13 љубитеља уметности[9]. Сваки члан групе улаже 250 франака годишње у заједнички фонд за куповину слика модерних праваца. То чине током једне деценије (1904-1914). Онда колекцију тих оригинала продају на аукцији. Остварени износ је четири пута већи од уложеног. Група издваја 20% од добити сагласно међусобном уговору чланова. Ту суму расподељује односним ауторима, сразмерно расту цена оригинала њихових дела. То је прва практична примена идеје о праву слеђења. Стога, привлачи велику пажњу јавности.

Коначно, 1911. године, André Hesse израђује нацрт закона о праву слеђења, уважавајући предлоге поменутих удружења[10]. Ту се ликовном уметнику признаје накнада од 2% од аукцијске продајне цене потписаних оригинала његових дела. Нацрт се 1914. године подноси Скупштини. Abel Ferry је известилац. Први светски рат прекида расправу о праву слеђења до 1918. године.

Тада André Hesse подноси исти нацрт. Додатни аргумент је помоћ породицама уметника погинулих у рату. Léon Bérard израђује предлог закона кога усваја Представнички дом (19. 9. 1919), а затим и Сенат (30. 4.

---

[8] Ibidem, стр. 3-4.

[9] Видети у Australian Government: Proposed Resale Royalty Arrangement (Discussion Paper), 2004, стр. 6,
http: //www.dcita.gov.au/download/0,2119,4_119402,00.pdf (п. 15. 7. 2004).

[10] Видети у de Pierredon-Fawcett, L: Op. cit, стр. 4, 19.

1920). Председник Републике потписује Закон који уметницима признаје право удела у јавним продајама уметничких дела (20. 5. 1920).

Закон има три члана. Аутор ужива неотуђиво право слеђења; оно покрива јавну аукцију оригинала ликовног дела; право се наслеђује и траје колико и друга имовинска ауторскоправна овлашћења (чл. 1). Продавац оригинала је обавезно лице; накнада је у виду процента од прихода од продаје оригинала; процентна стопа је различита за сваки од четири ценовна опсега (чл. 2). Подзаконским актима се прецизирају те одредбе (чл. 3).

II Национални развој права слеђења

Белгија по узору на Француску доноси посебан закон о праву слеђења (1921). Тај акт има пет чланова. Они су слични одредбама француског Закона.

Француска и Белгија уводе право слеђења због свог тадашњег социјалног и културног амбијента[11]. Ова регулатива није зенит правне еволуције тог института. Отуда наставак теоријских спорова о праву слеђења. То користе трговци оригиналима ради отпора остваривању тог овлашћења.

Нарочито се критикује обрачунавање накнаде према приходу од продаје оригинала, без обзира да ли постоји добит. То се схвата као удаљавање права слеђења од свог оправдања. Реч је о обезбеђењу удела ликовних уметника у добити од продаје оригинала њихових дела. При том се занемарују: аргумент успостављања економске равнотеже између тих и осталих аутора; додатно компликовање остваривања права слеђења због практичних тешкоћа обрачунавања добити (нпр. доказивање раније продајне цене, инфлација).

У Чехословачкој се, ипак, уважавају замерке француској и белгијској регулативи. Стога се признаје право слеђења засновано на систему добити. То чини члан 35 Закона о ауторском праву на књижевним, уметничким и фотографским делима (1926). Ова одредба се не примењује у пракси, за разлику од француских и белгијских прописа о праву слеђења.

То овлашћење остаје маргинална појава наредне четири деценије[12]. Признају га Пољска (1935-1952), Уругвај (1937), Турска (1951). Ту се право слеђења заснива на систему добити. Оно се не остварује у тим земљама. Италија уводи мешовити систем прихода и добити (1941). Ту се право слеђења остварује само 1949. и 1950. године.

---

[11] Ibidem, стр. 4-5.

[12] Видети у Katzenberger, P: Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht, München, 1970, стр. 27-28.

СР Немачка подстиче развој права слеђења заснованог на систему прихода. Такво овлашћење се признаје чланом 26 Закона о ауторском и сродним правима (1965). Узорно остваривање права слеђења у СР Немачкој почиње након: дораде те одредбе (1972); закључења колективног уговора између организације ликовних уметника VG BILD-KUNST и четири удружења трговаца оригиналима (1980).

У међувремену се право слеђења уводи у још десетак земаља. Нагло ширење тог овлашћења почиње осамдесетих година XX века. Сада се право слеђења признаје у преко 80 земаља. Извесно је повећавање тог броја. Доминира систем прихода. Смањују се разлике између националних прописа о праву слеђења. Оно је део континенталне традиције ауторског права, с тенденцијом ширења на земље англосаксонског copyright система. Главни разлог за све то је растућа интернационализација права слеђења.

Ово овлашћење се не остварује у већини земаља које га признају. Главни разлози су: недорађеност или компликованост односних прописа; непостојање организације за колективно остваривање права слеђења; одсуство институционализоване трговине оригиналима која се може контролисати[13].

То важи и за нашу земљу.

Чланом 38 ЗАП-а (1957)[14] се уводи овлашћење на информације као претеча права слеђења. Члан 41 наредног ЗАП-а (1968)[15] садржи сличну одредбу.

Право слеђења засновано на систему прихода се признаје чланом 40 ЗАП-а из 1978. године[16]. Та одредба је недорађена, нарочито што не конкретизује односна овлашћења. Треба истаћи два највећа недостатка тог нормирања[17]. Прво, носилац права слеђења може добити информације о продаји оригинала само на свој захтев (чл. 40, ст. 2). То лице обично не зна за такву трансакцију. Стога, углавном, не може истаћи захтев. Друго, висину процента од продајне цене утврђују самоуправним споразумом одговарајућа удружења аутора, Привредна комора Југославије, Савез синдиката Југославије и Социјалистички савез радног народа Југославије (чл. 40, ст. 3). Та одредба остаје мртво слово на папиру. Највероватније због необавештености дотичних страна[18].

---

[13] Видети у Марковић, С: Право слеђења у ауторском праву/Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1981, стр. 199.

[14] Закон о ауторском праву ФНРЈ ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 36/57).

[15] Закон о ауторском праву СФРЈ ("Сл. лист СФРЈ", бр. 30/68).

[16] Закон о ауторском праву СФРЈ ("Сл. лист СФРЈ", бр. 19/78, 24/86, 21/90).

[17] Видети у Trampuž, M: Avtorsko pravo in likovna umetnost, Ljubljana, 1996, стр. 234.

[18] Видети Бесаровић, В: Право индустријске својине и ауторско право, Београд, 1984, стр. 265.

Право слеђења знатно прецизније регулишу чланови 31 и 32 ЗАСП-а из 1998. године[19]. Те одредбе су резултат критичке анализе одговарајућих иностраних прописа (нарочито члана 26 немачког Закона). Важећи ЗАСП (2004)[20] побољшава нашу регулативу ове материје. Његови чланови 34 и 35 су, између осталог, резултат критичког усклађивања са Директивом Европске уније - ЕУ (2001)[21].

Право слеђења се и даље не остварује код нас, упркос дорађивању односних прописа. Највише због остала два разлога који се тичу организације и трговине оригиналима.

III Међународни развој права слеђења

Ликовно дело спада у најуниверзалније облике међуљудске комуникације. Оно нема језичке баријере. Стога је његов оригинал изразито подобан за светско распростирање. Отуда и међународна проблематика права слеђења.

Интернационализација тог овлашћења је пресудна за његов развој[22].

Њен почетак су резолуције: Међународног књижевног и уметничког удружења (1925, 1926. и 1928. године); Међународног комитета за интелектуалну сарадњу (1927); Међународне конференције интелектуалних радника (1929). Примарни циљ тих докумената је подстаћи државе да озаконе право слеђења.

Римска међународна конференција за ревизију БК[23] усваја Препоруку број 3 (1928). Ту се, сагласно предлозима белгијске, француске и италијанске делегације, изражава жеља за увођењем права слеђења у БК.

Бриселски међународни скуп (1934) је део припрема за наредну ревизију БК. Влада Белгије предлаже уношење права слеђења као минималног права у тај акт. То би значило обавезу сваке земље потписнице БК да право слеђења призна свим странцима заштићеним

---

[19] Закон о ауторском и сродним правима СРЈ ("Сл. лист СРЈ", бр. 24/98).

[20] Закон о ауторском и сродним правима СЦГ, сада Србије ("Сл. лист СЦГ", бр. 61/04).

[21] Директива о праву препродаје у корист аутора оригиналног уметничког дела. Видети Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, OJ, L 272, 13/10/2001, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2001/l_272/l_27220011013en00320036.pdf (п. 11. 6. 2007).

[22] Односни подаци су, осим где је назначено другачије, наведени према de Pierredon-Fawcett, L: Op. cit, стр. 93-95.

[23] Бернска конвенција о заштити књижевних и уметничких дела (1886, дотадашње ревизије у Паризу 1896, Берлину 1908, Берну 1914). Видети Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html (п. 11. 6. 2007).

Конвенцијом, чак и када га не предвиђа за своје држављане. Неке делегације се противе предлогу. Сматрају га преурањеним, јер се право слеђења признаје у веома мало земаља.

Стога, Аустрија предлаже да се унесе необавезујућа одредба о праву слеђења у БК. Држава потписница га тада не мора интегрисати у своје прописе. Ако га уведе, његово признавање страницу може условити материјалним реципроцитетом. Дакле, тиме да и њени држављани имају право слеђења у земљи потписници БК којој припада страни аутор. При том се обим права слеђења странца одређује законодавством државе тражења те заштите.

Аустријски предлог одступа од принципа националног третмана из БК (чл. 4, сада чл. 5, ст. 1). То начело је еквивалентно формалном реципроцитету. Наиме, свака потписница БК се обавезује да заштићеним странцима призна иста ауторскоправна овлашћења која даје својим држављанима на сопственој територији. При том је небитан ниво те заштите у односним државама.

Овај принцип би прекомерно нарушио равнотежу обавеза потписница БК у случају права слеђења. Конкретно, малобројне такве државе које прописују то право морале би га признати свим заштићеним странцима. Услов је да се оно сматра ауторскоправним овлашћењем.

Отуда сродноправна квалификација права слеђења у Самаденском нацрту конвенције (1939)[24]. То је документ Комитета стручњака под покровитељством Међународног института за унификацију приватног права.

Ту се предвиђа примена права слеђења на продају оригинала ликовног дела (чл. 1). Заштићено лице је аутор држављанин земље потписнице; он ужива национални третман и минимална права у погледу права слеђења у свим потписницама, осим у земљи свог држављанства (порекла), где се подвргава искључиво националним прописима (чл. 2). Уживање и вршење права не зависе од заштите у земљи порекла; потписница не мора дати повољнији третман од земље порекла у погледу трајања и формалности заштите (чл. 3). Обим заштите се искључиво одређује законодавством државе њеног тражења, ако Конвенција не предвиђа другачије (чл. 4). Право слеђења је неотуђиво; допушта се његово законско наслеђивање (чл. 5). Свакој потписници се препушта да утврди: врсте продаја које покрива право слеђења; начин и стопу наплате; односне наследнике; трајање, формалности и правна средства заштите, као и прелазне мере (чл. 6 и 7). Предвиђа се сходна примена одређених чланова БК (чл. 8). Само потписнице БК могу приступити Конвенцији (чл. 9).

[24] Самаденски нацрт конвенције која ауторима уметничких дела јемчи право слеђења на цену препродаје њихових дела.

Почиње Други светски рат. Напушта се Самаденски нацрт. Бриселска међународна конференција за ревизију БК се одлаже до 1948. године.

Тада се право слеђења уноси у члан 14bis БК. Та одредба има три става.

Првим се дефинише право слеђења. Оно је неотуђиво. Ужива га аутор, а затим се наслеђује. То право покрива продају: оригинала ликовног дела; манускрипта књижевног или музичког дела. Бриселска конференција одбацује проширење права слеђења на пренос искључивих имовинскоправних овлашћења.

Другим ставом се прихвата анализирани аустријски предлог из 1934. године. Разлози су: право слеђења се признаје у веома мало потписница БК; огромна већина држава учесница Конференције није заинтересована за уношење тог овлашћења у своје прописе[25].

Трећи став препушта свакој потписници БК да утврди начин и стопу наплате.

Стокхолмска ревизија БК само пренумерише анализирану одредбу у члан 14ter (1967). Та норма остаје иста у парискоj верзији БК (1971).

Уношење права слеђења у БК не резултира значајнијим развојем тог института. Разлог је необавезност члана 14ter у погледу признавања и начина регулисања овог овлашћења.

Универзална (Светска) конвенција о ауторском праву (УК) се не бави правом слеђења у првобитном, женевском тексту (1952), ни у парискоj верзији (1971)[26]. Отуда није реч о минималном праву. Право слеђења не треба да подлеже принципу националног третмана из члана II УК. Супротан став је нелогичан: УК која не помиње право слеђења би заштићеном странцу дала бољи положај, него верзије БК које теже развоју тог института. Наиме, формални реципроцитет је блажи од материјалног.

WIPO[27] је администратор за БК, а UNESCO[28] за УК. Та међународна тела подстичу развој права слеђења другим активностима. Најважније су: проучавање битних питања те проблематике; израда односних модела одредби; организовање стручних скупова; издавање публикација.

Тако се Комитет владиних стручњака састаје 1976. године у Тунису под покровитељством WIPO-а и UNESCO-а[29]. Тада се усваја Модел закона о ауторском праву за потребе земаља у развоју. Чланом 4bis тог документа се предвиђа ауторово право слеђења. Оно је неотуђиво; покрива продају оригинала ликовног дела (и манускрипта) на јавној аукцији или посредством трговца; прихвата се систем прихода (ст. 1). Изричито се

[25] Видети у Марковић, С: Op. cit, стр. 201.
[26] Ibidem, стр. 202-203.
[27] Светска организација за интелектуалну својину.
[28] Организација уједињених нација за образовање, науку и културу.
[29] Видети у de Pierredon-Fawcett, L: Op. cit, стр. 50.

изузима оригинал дела архитектуре или примењене уметности (ст 2). Свакој држави се препушта одређивање услова за вршење права слеђења (ст. 3). Члан 4bis Туниског модела закона резултира признавањем тог овлашћења у многим земљама у развоју.

Треба истаћи два примера регионалног прописивања права слеђења.

Први пример пружа Андска заједница, некадашњи Андски пакт (Боливија, Колумбија, Еквадор, Перу, Венецуела)[30]. Тај међународни субјект доноси Одлуку 351: Заједничке одредбе о ауторском и сродним правима (1993). Члан 16 овог акта предвиђа да аутор ликовног дела има неотуђиво и наследиво право на удео у узастопним продајама односног оригинала на јавној аукцији или посредством професионалног трговца уметношћу. Та одредба обавезује државе чланице да озаконе такво право слеђења.

Други пример је хармонизација права слеђења у ЕУ. Тај процес је напредак у европској интеграцији, али и битан корак у ширењу тог овлашћења у свету[31]. Стога, Директива има регионално важење, али и глобални значај. Отуда неопходност посебне анализе комунитарног развоја права слеђења.

IV Комунитарни развој права слеђења

1. Прва фаза (1974-1996)

Она почиње Резолуцијом Европског парламента о заштити архитектонског наслеђа (13. 5. 1974)[32]. Тим документом се, између осталог, позива Комисија да Савету предложи опште мере културне политике. Ту се посебно истиче усклађивање прописа држава чланица о ауторском и сродним правима.

Комисија у септембру те године даје упутства својим службама да конкретизују предлоге приоритетних мера сагласно сугестијама из Резолуције.

Комесар Brunner образлаже ове мере пред Европским парламентом (1. 7. 1975). Једна од њих је увођење комунитарног права слеђења. Парламент захтева припрему детаљнијег извештаја о поменутим мерама.

---

[30] Видети у UNESCO: Economic Impact of "Droit de Suite" in States Where It Is Applicable, 1995, стр. 2, http:// unesdoc.unesco.org/images/0010/001014 101438Eb.pdf (п. 24. 9. 2002).

[31] Видети Duchemin, W: The Community Directive on the Resale Right/RIDA, бр. 191, 2002, стр. 116.

[32] Односни подаци су, осим где је назначено другачије, наведени према Duchemin, W: Op. cit, стр. 6-36, 96- 114.

Отуда радни документ Комесара Brunner-a под насловом "Акција Заједнице у сектору културе" (21. 1. 1976). Ту се наводе карактеристике права слеђења и положаја ликовних уметника. Указује се да ово овлашћење признају само неке државе чланице на основу међусобно различитих прописа. То доприноси деформисању конкуренције на заједничком тржишту и сеоби продаје оригинала у том оквиру. Стога, службе Комисије припремају предлог директиве о комунитарном праву слеђења.

Комисија о томе обавештава Савет (22. 11. 1977) и Европски парламент (фебруара 1980).

Комисија у Бриселу организује јавну расправу заинтересованих страна (20. 6. 1980). Тада се презентира "Могући садржај предлога директиве Савета". Ту се наводи минимум одредби неопходан за усклађивање прописа држава чланица о праву слеђења[33]. Тај документ подржавају представници аутора, а оспоравају трговци оригиналима. Комисија признаје да нема довољно података за довршење своје анализе.

Уз то, Велика Британија се снажно противи комунитарном праву слеђења. Разлог је доминантан положај Лондона на међународном тржишту уметности. Истиче се да би увођење права слеђења у ту земљу резултирало сеобом продаје оригинала у државе без тог овлашћења. То би штетило британском тржишту због смањења прихода и радних места. Тим ставом се онемогућава усвајање директиве. Наиме, Римски уговор (РУ)[34] у то време прописује да је државе чланице доносе само једногласно у Савету.

Упркос свему, Комисија у саопштењу Европском парламенту и Савету предлаже комунитарно право слеђења у склопу мера побољшања животних и радних услова у култури (29. 9. 1982).

Комисија опет разматра то овлашћење тек у "Наставку Зелене књиге" (17. 1. 1991).

Затим консултује заинтересоване стране путем упитника и јавних расправа (у јулу и новембру 1991. и августу 1994).

У почетку се предлаже укидање прописа држава чланица о праву слеђења[35]. Супротан став преовлађује на јавној расправи од 24. 2. 1995.

---

[33] Видети у de Pierredon-Fawcett, L: Op. cit, стр. 259-260.

[34] То је Уговор о оснивању Европске економске заједнице (потписан 25. 3. 1957, ступио на снагу 1. 1. 1958). Овде се даје нумерација његових одредби која важи од Амстердамског уговора (потписан 2. 10. 1997, ступио на снагу 1. 5. 1999). Норме РУ поменуте у вези комунитарног права слеђења остају исте након Уговора из Нице (потписан 26. 2. 2001, ступио на снагу 1. 2. 2003). Видети Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, OJ, C 321 E, 29/12/2006, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2006/ce321/ce32120061229en00010331.pdf (п. 11. 6. 2007).

[35] Видети у Weatherall, A. J: Op. cit, стр. 8.

године. Тада се већина држава чланица опредељује за комунитарно право слеђења.

То чини и Комисија на основу својих студија о економско-правним аспектима тог овлашћења и тржишта уметности. Рецитали Директиве садрже најважније резултате те анализе.

Члан 14ter БК оставља слободу потписницама (укључујући све тадашње земље ЕУ) у погледу признавања и начина регулисања права слеђења. Стога, Велика Британија, Ирска, Холандија и Аустрија немају тај институт. Односни прописи осталих 11 чланица ЕУ [36] се разликују, нарочито у следећем: врсте дела чији оригинали подлежу том праву; врсте дотичних трансакција; круг овлашћених лица; стопе накнаде и њена обрачунска основа (рецитал 9).

С једне стране, то резултира неједнаким третманом аутора на унутрашњем тржишту ЕУ, зависно од земље продаје оригинала њихових дела (рец. 14). Примат РУ над БК појачава ту различитост (рец. 6). Према БК, потписница која уведе право слеђења може његово признавање заштићеном страну условити материјалним реципроцитетом (чл. 14ter, ст. 2). То не важи између земаља ЕУ, јер РУ забрањује сваку дискриминацију на основу држављанства у том оквиру (чл. 12). Тако, држављани 4 земље ЕУ које немају право слеђења уживају то овлашћење у осталих 11 чланица. Наравно, ово није могуће у супротном смеру.

С друге стране, анализирано стање доприноси деформисању конкуренције на унутрашњем тржишту ЕУ и себи продаје оригинала у том оквиру (рец. 9 и 14). Право слеђења и његови модалитети утичу на конкурентност односних трговаца. Наиме, давање информација и плаћање накнаде, више или мање, дижу трошкове продаје оригинала. Стога се та чињеница узима у обзир при одређивању места такве трансакције.

Дакле, међусобне разлике држава чланица у погледу права слеђења имају директан негативан утицај на правилно функционисање унутрашњег тржишта ЕУ (рец. 10 и 11). То је област без унутрашњих граница где се, сагласно одредбама РУ, обезбеђује слободно кретање роба, лица, услуга и капитала (чл. 14, ст. 2 РУ).

Отуда потреба исправљања анализираног стања сагласно члану 95 РУ (рец. 10 и 11). Према тој одредби, Савет, након консултовања Економско-социјалног комитета, усваја мере усклађивања прописа држава чланица[37] ради успостављања и функционисања унутрашњег тржишта. Таква мера је доношење директиве о комунитарном праву слеђења. Директива обавезује државе чланице у погледу прописаног циља, али им препушта избор

[36] Белгија, Француска, Немачка, Италија, Луксембург, Данска, Грчка, Шпанија, Португалија, Финска, Шведска.

[37] То могу бити и прописи о праву интелектуалне својине. Ово је изричит став Суда правде ЕУ у предмету *Spain v. Council* (пресуда од 13. 7. 1995).

облика и средстава њене примене[38]. Поменута одредба изричито упућује на поступак коодлучивања из члана 251 РУ[39]. Сходно томе, директива се на предлог Комисије доноси квалификованом већином у Савету, уз претходну сагласност Европског парламента.

Комунитарно право слеђења доприноси одговарајућем и уједначеном нивоу ауторскоправне заштите у свим државама чланицама (рец. 4). Тиме се уважавају културни аспекти деловања ЕУ сагласно члану 151, ставу 4 РУ (рец. 5).

Уз то се поштују и два принципа РУ (рец. 16).

Према принципу супсидијарности, акција ЕУ је оправдана само ако служи циљу који се: не може задовољавајуће постићи у државама чланицама; може боље остварити на комунитарном нивоу (чл. 5, ст. 2)[40]. То у потпуности важи за хармонизацију права слеђења у ЕУ (рец. 14).

Према принципу сразмерности, акција ЕУ не сме ићи изван онога што је неопходно за постизање планираног циља (чл. 5, ст. 3)[41]. Стога се хармонизација права слеђења ограничава на оне његове елементе који имају најнепосреднији утицај на функционисање унутрашњег тржишта (рец. 15).

2. Друга фаза (1996-2001)

Она почиње Комисијиним предлогом директиве о комунитарном праву слеђења (13. 3. 1996). Тај документ има преамбулу са 25 рецитала и 3 главе са 13 чланова. Комисија га подноси Савету и Европском парламенту (25. 4. 1996), као што предвиђа РУ (чл. 251, ст. 2, тач. 1).

Савет одлучује да консултује Економско-социјални комитет о Предлогу (3. 6. 1996), сагласно РУ (чл. 95, ст. 1 и чл. 262, ст. 1). Комитет даје мишљење 18. 12. 1996. године. Прво образлаже циљ Предлога. Затим износи опште примедбе. Тако, Комитет: поздравља одредбе Предлога; подржава намеру да се комунитарним правом слеђења допринесе високом и јединственом нивоу ауторскоправне заштите у ЕУ; тврди да се тим овлашћењем подстиче уметничко стваралаштво; сматра да хармонизација права слеђења треба бити први корак у ширењу тог овлашћења на све земље које са ЕУ повезују споразуми о придруживању, партнерству или

[38] Видети чл. 249, ст. 3 РУ; Kamina, P: Film Copyright in the European Union, Cambridge, 2002, стр. 389-390; Вукадиновић, Р: Право Европске уније, Београд, 2001, стр. 68-69.

[39] О том поступку видети у Hanlon, J: European Community Law, London, 2003, стр. 24-25.

[40] Ibidem, стр. 91.

[41] Видети у Weatherall, A. J: Op. cit, стр. 7.

сарадњи. Посебне примедбе Комитета се тичу појединих одредби Предлога.

Европски парламент расправља о Предлогу (тзв. прво читање) на седници од 8. 4. 1997. године. Сутрадан усваја резолуцију о томе. Она садржи мишљење Парламента (чл. 251, ст. 2, тач. 2 РУ). Та институција одобрава Предлог и подноси 25 амандмана (13 на рецитале, 12 на чланове). При том позива Комисију и Савет да прихвате те измене.

Комисија уважава неке од амандмана. Овако измењени Предлог усваја 12. 3. 1998. године [42]. Истог дана га подноси Савету и Европском парламенту.

Велика Британија и још неке земље ЕУ наредне две године спречавају постизање квалификоване већине у Савету [43]. Отуда неуспешно одлучивање о Предлогу на 4 министарска састанка тог тела. Компромис се постиже 15. 3. 2000. године. То је резултат значајних уступака државама чланицама без права слеђења.

Тако се усваја Заједнички став Савета (19. 6. 2000). Ту се преузима суштина већине амандмана Европског парламента. Савет обавештава ову институцију о разлозима усвајања Заједничког става (4. 9. 2000), као што предвиђа РУ (чл. 251, ст. 2, тач. 2).

Комисија по истом основу објављује своје Саопштење Европском парламенту о Заједничком ставу (15. 9. 2000). Она не прихвата текст Савета. Разлог је што се тим документом не предвиђа постизање задовољавајућег нивоа хармонизације у разумном року. Комисија најављује наставак међуинституционалне сарадње у налажењу бољих решења.

Европски парламент расправља о Заједничком ставу (тзв. друго читање) на седници од 12. 12. 2000. године. Сутрадан усваја резолуцију о томе. Она садржи мишљење Парламента (чл. 251, ст. 2, тач. 3с РУ). Та институција одобрава Заједнички став и подноси 13 амандмана (4 на рецитале, 9 на чланове). При том обавезује свог Председника да измењени текст проследи Комисији и Савету. Та тела су дужна дати мишљење о амандманима.

Комисија чини то 24. 1. 2001. године. Она прихвата већину амандмана. Сходно томе, опет мења свој Предлог (чл. 250, ст. 2 РУ).

Ни Савет не прихвата све амандмане (19. 3. 2001). Стога, његов Председник, у споразуму са Председником Европског парламента, сазива Комитет за усклађивање (чл. 251, ст. 3 РУ).

---

[42] "Комисија може, до одлуке Савета, мењати свој предлог било када током поступка који води усвајању комунитарног акта". (Чл. 250, ст. 2 РУ).

[43] Видети у Smedley, B: How the EU will Destroy Britain's Art Market, 2001, http://www.europeanfoundation.org/pubs/ej87smedley.htm (п. 17. 4. 2002).

Комитет[44] се састаје 10. 4. 2001. године. Усклађивање се окончава одобравањем Заједничког текста (6. 6. 2001).

Европски парламент расправља о овом документу (тзв. треће читање) на седници од 2. 7. 2001. године. Сутрадан усваја резолуцију о томе. Она садржи одлуку Парламента (чл. 251, ст. 5 РУ). Та институција одобрава Заједнички текст. Уз то, обавезује свог Председника да Резолуцију проследи Савету и Комисији.

Савет усваја Директиву сагласно Заједничком тексту (19. 7. 2001), као што предвиђа РУ (чл. 251, ст. 5). Велика Британија и Аустрија гласају против. Савет уноси Саопштење Комисије у свој записник. Она примећује да неке одредбе Директиве могу резултирати десетогодишњим одлагањем пуног ефекта жељене хармонизације права слеђења. Комисија сматра да такво одуговлачење мора остати изузетак ради очувања ефикасности комунитарне акције на унутрашњем тржишту.

Председник Европског парламента и Председник Савета потписују Директиву у Бриселу (27. 9. 2001).

Њен члан 13 предвиђа да она ступа на снагу на дан свог објављивања у "Службеном листу Европских заједница" (тај датум је 13. 10. 2001).

Директива има преамбулу са 30 рецитала и 3 главе са 14 чланова. Прва глава ("Домен") дефинише: право слеђења, врсте дотичних продаја, обавезна лица (чл. 1); оригинале обухваћене тим правом и врсте односних дела (чл. 2). Друга глава ("Посебне одредбе") утврђује: минималну продајну цену за примену права слеђења (чл. 3); стопе и максимални износ накнаде (чл. 4); обрачунску основу (чл. 5); овлашћена лица из држава чланица и земаља ван ЕУ (чл. 6 и 7); трајање заштите (чл. 8); овлашћење на информације (чл. 9). Трећа глава ("Завршне одредбе") прецизира: временско важење, ревизију, имплементацију, ступање на снагу и адресате Директиве (чл. 10-14).

3. Трећа фаза (од 2001)

Она почиње ступањем Директиве на снагу.

Тај пропис предвиђа два периода.

---

[44] "Комитет за усклађивање, кога чине чланови Савета или њихови представници и једнак број представника Европског парламента, има задатак постизања споразума о заједничком тексту, квалификованом већином чланова Савета или њихових представника и већином представника Европског парламента. Комисија учествује у расправама Комитета за усклађивање и предузима све неопходне иницијативе ради помирења ставова Европског парламента и Савета. Комитет за усклађивање се у испуњавању тог задатка ослања на заједнички став на основу амандмана предложених од Европског парламента". (Чл. 251, ст. 4 РУ).

Имплементациони период траје до 1. 1. 2006. године (чл. 12, ст. 1, тач. 1)[45]. Земље ЕУ[46] су обавезне да своје прописе прилагоде Директиви до тог датума. Оне су дужне одмах обавестити Комисију о томе. Имплементационе мере мора пратити позивање на Директиву, на начин који пропише држава чланица (чл. 12, ст. 1, тач. 2). Земља ЕУ је дужна обавештавати Комисију о одредбама националног прописа кога усвоји у области обухваћеној Директивом (чл. 12, ст. 2).

Неке државе чланице пробијају имплементациони рок (Белгија, Кипар, Естонија, Француска, Немачка, Грчка, Ирска, Малта, Португалија, Шпанија, Шведска, Велика Британија). Стога им Комисија доставља образложено мишљење (28. 6. 2006), сагласно РУ (чл. 226, ст. 1). Белгија, Француска, Грчка, Шпанија и Шведска се не повинују том мишљењу у остављеном року. Отуда одлука Комисије (12. 12. 2006) да против њих покрене поступак пред Судом правде ЕУ на основу РУ (чл. 226, ст. 2).

Прелазни период траје до 1. 1. 2010. године (чл. 8, ст. 2). Тај рок се тиче земаља ЕУ без права слеђења на дан ступања Директиве на снагу. То су: Велика Британија, Ирска, Холандија, Аустрија, Кипар и Малта. Те државе могу до поменутог датума искључити уживање наслеђеног права слеђења.

Свака од тих земаља може продужити прелазни период до 1. 1. 2012. године (чл. 8, ст. 3). То се условљава неопходношћу да се привредни предузетници у тој држави постепено прилагоде праву слеђења, уз очување њихове економске одрживости. Односна земља је дужна до 1. 1. 2009. године обавестити Комисију о продужењу, уз навођење разлога. Комисија, након консултација, даје мишљење у року од три месеца од пријема тог обавештења. Ако земља не прихвата ово мишљење, дужна је у року од месец дана обавестити Комисију и образложити своју одлуку. Ти документи државе чланице и Комисије се објављују у "Службеном листу Европске уније" и прослеђују Европском парламенту.

Комисија може предложити скраћење прелазног периода, ако се успешно окончају међународни преговори о ширењу права слеђења у свету (чл. 8, ст. 4). Наиме, конкурентност унутрашњег тржишта се штити и глобализацијом права слеђења.

Стога, Директива истиче потребу ЕУ да отпочне међународне преговоре ради чињења обавезујућим члана 14ter БК (рец. 7). Ревизија БК подразумева огромне тешкоће. Отуда су реалнији билатерални преговори

---

[45] Тај датум је битан и за временско важење Директиве (чл. 10). Она се примењује на оригинал у смислу њеног члана 2, ако односно дело на дан 1. 1. 2006. године ужива заштиту на основу ауторскоправних прописа земље ЕУ или одредби Директиве.

[46] Укључујући чланице од 1. 5. 2004. године. То су: Кипар, Чешка, Естонија, Мађарска, Летонија, Литванија, Малта, Пољска, Словачка, Словенија.

ЕУ са државама нечланицама. Нарочито са САД, Швајцарском и Јапаном. Те земље су битне за међународно тржиште уметности. У међувремену се важење Директиве проширује на целу Европску економску зону (6. 12. 2002)[47].

Комисија мора Европском парламенту, Савету и Економско-социјалном комитету до 1. 1. 2009, а затим сваке четврте године, поднети извештај о спровођењу и дејству Директиве (чл. 11, ст. 1).

При том се обраћа посебна пажња на: конкурентност унутрашњег тржишта модерне и савремене уметности, нарочито у односу на битна тржишта без права слеђења; подстицање уметничког стваралаштва; начин остваривања права слеђења у земљама ЕУ; утицај Директиве на унутрашње тржиште; ефекат увођења права слеђења у државе чланице без тог овлашћења на дан ступања Директиве на снагу.

Уз то, Комисија може предлагати: прилагођавање минималне продајне цене и стопа накнаде ради уважавања промена у сектору; преиспитивање максималне накнаде; сваку другу измену коју сматра нужном за повећање ефикасности Директиве.

Оснива се Контакт комитет (чл. 11, ст. 2). Чине га представници надлежних органа власти земаља ЕУ. Састаје се на иницијативу свог Председника (то је представник Комисије) или на захтев делегације државе чланице.

Задаци Комитета су: организовање консултација о свим питањима примене Директиве; помагање размене информација између Комисије и држава чланица о битним кретањима на тржишту уметности у ЕУ (чл. 11, ст. 3).

M.Sc. Miroslav Miletic,
an assistant

THE HISTORY OF THE DROIT DE SUITE

The droit de suite entitles the author of a specific kind of work (or a subject of this right inherited) who is not the owner of the original concerned to obtain from the liable person taking part with the other in a sale of that copy both information on this sale and the sale price portion provided for.

[47] Чине је земље ЕУ, Исланд, Лихтенштајн и Норвешка (видети нпр. у Kamina, P: Op. cit, стр. 387-388).

It is the origin, the national, the international and the Community developments of the right that are analysed here.

The droit de suite originates by reason of reinforcing fine artists' protection on the free market. France was the first country to introduce the right (1920).

At present, the droit de suite is recognized in more than 80 states. Their number is certain to increase. The differences among national regulations on the droit de suite are diminishing. It is a part of the Continental tradition of copyright, with a tendency to extend over the countries of the Anglo-Saxon system. The droit de suite is not exercised in most of the states which recognize it, including Serbia.

Internationalization of this right is decisive for its development.

This is confirmed by the droit de suite harmonization in the European Union.

Мр Соња Спасојевић,
асистент-приправник

UDK: 347.77

ОВЛАШЋЕЊЕ ТИТУЛАРА ЖИГА НА ТРАНЗИТ РОБЕ. СУЗБИЈАЊЕ ПИРАТЕРИЈЕ ЖИГА ИЛИ СЛОБОДАН ПРОМЕТ РОБЕ?

1. Увод

Општепознато је да жигови [1] имају велики значај у привредном животу. На данашњем тржишту постоји велики и непрегледан број производа што намеће потребу да се они међусобно разликују како би потрошачи могли да направе избор приликом куповине. Производи се међусобно разликују по квалитету и различитим могућностима примене. Ипак, тешко да ће потрошачи моћи да по неком од ових основа препознају производ у промету и понове куповину којом су већ једном били задовољни. Зато се у ту сврху користе жигови. Заштићени знак се својом сликом, идејом, садржајем или обликом брзо улива у свест потрошача, што омогућава разликовање означених од неозначених или другачије означених истих или сличних производа. Жиг, који се ставља на робу, паковање, рекламни материјал и слично, временом се развија у знак препознавања робе титулара жига, односно знак његовог реномеа, доброг гласа и квалитета његових производа. Наиме, када потрошач једном изврши избор и увери се у квалитет и друга својства робе која је обележена одређеним жигом, при свакој следећој куповини не мора поново проверавати својства односне робе. Ово се нарочито односи на производе који се купују запаковани, то јест на производе које купац не може да види, односно испроба приликом куповине.

Основна карактеристика жига је, дакле, моћ да у свести потрошача изазове асоцијацију на робу или услуге на које се односи. Као такав, жиг успоставља једну врсту везе између титулара жига с једне стране, и потрошача, односно корисника услуга, с друге стране. Међутим, током времена, од симбола робе, жиг прераста у симбол предузећа које је власник жига. Другим речима, жиг ствара оно што се у англосаксонском

[1] Жиг је субјективно право индустријске својине. Ипак, због терминологије која се користи у свакодневном говору, и која се може срести и у релевантној литератури, у раду ћемо на највећем броју места уместо правилне синтагме "производ обележен заштићеним знаком" користити устаљену, тј. "производ означен жигом", односно уместо правилног термина "заштићени знак" већ устаљени "жиг".

праву зове goodwill. Жиг, дакле, не само да представља део имовине предузећа (према неким проценама чувени жиг може да представља вредност и до 20 % од укупне вредности капитала), него временом постаје симбол репутације коју предузеће ужива код потрошача као последица квалитета, лојалности, поштења и вештине у вођењу свог пословања.

С обзиром на значај жигова у привредном животу, последњих година знатно је порасла пиратерија жига. Према релевантним статистичким проценама више од 10 % укупне светске производње се кривотвори. На мети фалсификатора су готово сви производи - од авио и ауто делова, преко лекова, прехрамбених производа, козметике, кућне хемије, техничких уређаја, цигарета, алкохолних и безалкохолних пића. Поред жигова и производа, у легалним и илегалним погонима фалсификују се чак и акцизне маркице и амбалажа. Да би спречили фалсификовање велики светски произвођачи су принуђени да често мењају амбалажу, изглед и боју својих производа.

Нормативна активност Европске уније (ЕУ) на пољу заштите жигова, односно интелектуалне својине уопште, врло је интензивна и садржајна. Иако формално не обавезује Србију, она је извршила значајан утицај на домаће право. Наиме, приликом израде важећих закона у овој области, водило се рачуна да они у што већој мери буду усклађени са одговарајућим прописима ЕУ. Ипак, и поред квалитетних европских и националих прописа на пољу заштите жигова, пиратерија жигова и производа у виду организованог криминала све више постаје тржиште за себе.

Познато је да је кроз Србију пролази значајан транзитни пут робе за исток. Међутим, чини нам се да стране компаније нису у довољној мери заинтересоване за наше тржиште. Један од разлога је што не знају да у нашој земљи постоје прописи који као и у ЕУ штите њихово право интелектуалне својине. Неинформисаност о овој, додуше компликованој и разуђеној материји, постоји и на страни домаћих привредних субјеката. Наиме, почетком 2005. године ступио је на снагу нови Закон о жиговима[2] који је значајно побољшао позицију титулара жига у односу на досадашње право. Ми ћемо се у даљем делу рада бавити питањем да ли је позиција титулара жига могла бити још боља, што би по нашем мишљењу, упркос подељеним схватањима и прилично неујединченој страној судској пракси допринело смањењу пиратерије жигова. Под бољом позицијом титулара жига мислимо на убрајање транзита у овлашћења титулара жига.

[2] У даљем делу рада: Закон.

2. Овлашћење титулара жига на транзит робе

2.1. Немачко право

Питање убрајање транзита у овлашћења титулара жига није ново у праву жига. Имајући у виду значај нормирања овог овлашћења у борби не само против домаће, него и међународне пиратерије жига немачка судска пракса и литература бави се овим питањем већ дужи низ година, како у праву жига тако и у патентном праву. И поред тога, међу овлашћењима која су у Закону о жиговима примера ради набројана, не помиње се изричито и овлашћење титулара жига на транзит робе.[3] То је основни разлог подељених мишљења о овом питању у релевантној теорији и пракси. Претежни став је да титулар жига ужива, под одређеним условима, заштиту и у случајевима неовлашћеног транзита робе преко немачке територије. [4] Дилема ипак постоји у вези питања систематског распоређивања транзита у оквиру постојећих законских правила, као и питања примене терминологије која се користила у ранијем праву.

У ранијем праву, у време важења Закона о робним ознакама из 1897. године, немачка пракса и литература је транзит, по узору на увоз и извоз робе, у недостатку изричитог законског правила квалификовала као форму стављања робе у промет. Полазећи од општег мишљења, да је стављање у промет свака она радња којом се роба уводи у домаћи промет, дуго се правила разлика између такозваног "транзита у ужем" и "транзита у ширем смислу". Под појмом "транзит у ужем смислу" подразумевао се чист

[3] Транзит као овлашћење титулара жига не помиње се изричито ни у Директиви Савета бр. 89/104 о усклађивању правних прописа држава чланица о жиговима (у даљем раду: Директива), ни у Правилу бр. 40/94 о комунитарном жигу (у даљем раду: Правило). Париска конвенција (ПК) оставља форму правне заштите транзита у искључиву надлежност држава чланица. Види чл. 5, ст. 3 Директиве и чл. 9, ст. 2 Правила, као и чл. 9 ПК.

[4] Fezer K.H., Markenrecht, Kommentar, München 2001, стр. 856; Meister H.E., Die Verteidigung von Marken. Eine Skizze zum neuen Recht, WRP 1995, стр. 366, 371; Sack R., Export und Transit im Markenrecht, RIW 1995, стр. 177, 183; Sack R., "Doppelidentität" und "gedankliches Inverbindungbringen" im neuen deutschen und europäischen Markenrecht, GRUR 1996, стр. 663, 664; Sack R., Die Durchfuhr im europäischen Markenrecht nach der EuGH-Entscheidung vom 6.4.2000 zur Produktpiraterie VO (EG) Nr.3295/94, WRP 2000, стр. 702, 703; Ulmar S., Markenverletzung durch Transit, WRP 11/2005, стр. 1376. Супротно мишљење: OLG Koblenz GRUR-RR 2004, стр. 289,290; Ahrens C., Die gesetzlichen Grundlagen der Grenzbeschlagnahme von Produktpirateriewaren nach dem deutschen nationalen Recht, BB 1997, стр. 902, 903; Starck J., Markenmäßiger Gebrauch - Besondere Voraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung?, FS für Hefermehl, GRUR 1996, стр. 688, 693.

транзит робе, обележене знаком заштићеним у домаћој земљи, из иностранства кроз домаћу земљу у иностранство.[5] Ову чисто транспортну радњу, којом се страна роба једино превози преко домаће територије, немачка пракса је јединствено квалификовала као радњу која је без значаја у смислу права жига, пошто роба при том уопште не доспева у домаћи трговачки промет.[6] Циљ чистог транзита није, дакле, стављање робе у домаћи промет, него напротив, путем транспорта робе кроз домаћу територију управо њено стављање у промет у иностранство. Стављање у промет пракса није схватала као технички превоз робе, већ као трговачки промет који је за предмет имао посао продаје, односно отуђења робе.[7] Из тог разлога титулар жига није уживао заштиту за "транзит у ужем смислу", пошто се у овом случају није вршило "стављање у промет" у домаћој земљи, па самим тим није се могла изазвати превара промета о пореклу робе.[8]

У "транзит у ужем смислу" убрајале су се и све радње повезане са транспортом робе, као нпр. предаја робе шпедитеру или превозиоцу, претовар робе са једног на друго превозно средство, замена шпедитера или превозиоца, закључивање уговора о превозу у домаћој земљи, испорука робе у слободно царинско складиште, препакивање робе, премда ни једна од ових радњи нема за циљ домаћи трговачки посао.[9] Исто важи и за неовлашћено обележавање транзитне робе у домаћој земљи.[10]

За разлику од "транзита у ужем смислу", у "транзит у ширем смислу" убрајале су се оне радње услед којих је роба, обележена знаком заштићеним у домаћој земљи, за време транзита постала предмет трговачког посла у домаћој земљи.[11] Без значаја је да ли је односни посао закључен са домаћим или страним предузећем.[12] Одлучујуће је, пак, да је односни посао закључен док се роба налазила у домаћој земљи.[13] Пошто је

---

[5] BGH "Taeschner/Pertussin", GRUR 1957, стр. 234.

[6] BGH "Taeschner/Pertussin", GRUR 1957, стр. 231; OLG Karlsruhe "Rollwagen", GRUR Int. 1982, стр. 752.

[7] Wölfel H., Rechtsfolgen von Markenverletzungen und Maßnahmen zur Bekämpfung der Markenpiraterie, München 1998, стр. 20.

[8] Fezer K.H., Markenrecht, Kommentar, стр. 856; Тако је BGH у "Taeschner" одлуци (BGH GRUR 1957, стр. 231) заузео став да стављање робе у домаћи промет не постоји у случају извоза робе из ДДР-а у Цејлон преко Савезне Републике Немачке, а која је обележена знаком заштићеним у Савезној Републици Немачкој.

[9] Sack R., Export und Transit im Markenrecht, RIW 3/1995, стр. 182.

[10] Fezer K.H., исто.

[11] Schultz B., Die relevante Benutzungshandlung im deutschen Markenrecht, Frankfurt am Main 1997, стр. 199.

[12] Sack R., E, исто.

[13] Sack R., исто. Интересантна је одлука OLG Stuttgart "Fender-Musikinstrumente", GRUR Int. 10/1998, стр. 806, у којој је суд заузео став да повреда немачког жига

право жига територијално ограничено, код "транзита у ширем смислу" претпоставка стављања у промет одлучујуће је зависила од тога да ли је стављање у промет робе уследило у домаћој земљи.[14] Овај услов сматран је испуњеним увек онда када је домаћи привредни субјект стекао власт располагања над страном робом, без обзира што се роба одмах даље извози у иностранство. "Транзит у ширем смислу" постоји и онда када је роба испоручена у слободну луку, односно слободну царинску област одакле се даље продаје у иностранство. Правни положај једне области као слободне царинске не може утицати на негативну оцену радње предузете у њој као повреде жига. Слободна царинска област је саставни део домаће територије. Роба која се у њој налази једино је ослобођена плаћања царине. Титулар жига, дакле, може санкционисати и радње предузете у слободној царинској области, под условом да су испуњене законске претпоставке за повреду жига. Тако, не сматра се да је роба стављена у промет самом испоруком у слободно царинско складиште, него тек након њене продаје, пошто је тек тада предузет трговачки посао у домаћој земљи.[15]

2.2. Домаће право

Као што је у досадашњем раду наглашено, немачка пракса је дуго, због недостатка изричитог законског правила, продају и слање робе из иностранства у домаћу земљу (*увоз*), односно продају и слање робе из домаће земље у иностранство (*извоз*) подводила под стављање робе у промет. Повезивање обе ове варијанте појмовно и логички даје ситуацију транзита у ширем смислу, коју је пракса с правом означавала још и као "увоз у циљу извоза".[16]

Дакле, квалификација транзита као овлашћења титулара жига на стављање робе у домаћи промет одлучујуће је зависила од тога да ли је роба за време транзита постала предмет домаћег трговачког посла или се само превозила кроз домаћу земљу. Само у првом случају постојао је "транзит у ширем смислу", који се према општем мишљењу подводио под

постоји у случају увоза робе из САД у Немачку, која је понуђена преко интернета, иако је роба намењена за продају у треће земље, тј. ван територије важења немачког Закона о жиговима. Наведено према: Fezer K.H., исто, стр. 857.

[14] У раду је већ истакнуто да је пракса услед одсуства изричитог законског правила дуго, не само неовлашћени извоз и увоз робе него и "транзит у ширем смислу", санкционисала као повреду овлашћења на стављање робе у домаћи промет.

[15] Квалификација транзита као овлашћења титулара жига и данас је спорна у немачкој теорији и пракси. Нарочито велики проблем представља неуједначена пракса суда ЕУ о овом питању. О томе више у даљем делу рада .

[16] Видети нпр. одлуку: "Taeschner/Pertussin", BGH GRUR 1957, стр. 23.

искључиво право титулара жига. Пракса је, дакле, дуго под транзитом робе у смислу права жига подразумевала искључиво ону радњу која је за последицу имала трговачки посао у домаћој земљи.[17] Еквивалентна заштита за транзит у смислу техничког превоза робе, пак, није се признавала.

Домаћи Закон о жиговима таксативно набраја овлашћења титулара жига. Међу тим овлашћењима не помиње се транзит робе. Значај убрајања транзита у овлашћења титулара жига у борби против пиратерије жига је огроман. Полазећи од разлике коју је немачка пракса и литература правила између транзита у ужем и транзита у ширем смислу речи, поставља се питање да ли је ова терминологија применљива и на домаће право жига или је потребно развити нови појам транзита у смислу права жига. У вези са тим неминовно се намеће питање да ли је транзит, ипак, под одређеним условима овлашћење титулара жига и како га систематски распоредити у оквиру чл. 33 ст. 2 Закона о жиговима.

Важећи Закон о жиговима одвојено регулише овлашћења титулара жига на увоз и извоз робе од овлашћења на стављање робе у домаћи промет. Ипак, увоз је уско повезан са стављањем робе у домаћи промет. Исто важи и за транзит у ширем смислу речи. Под њим се подразумева уношење робе обележене знаком заштићеним у домаћој земљи у домаћи трговачки промет, а које је повезано са њеним непосредним извозом. И овде је одлучујући додир са домаћим трговачким прометом. Не може се зато, у циљу терминолошке поделе правити разлика, да ли се роба само увози да би остала у домаћој земљи, или се увози са циљем да се извезе одмах након што је после увоза предузет трговачки посао у домаћој земљи. Транзит, који носи са собом домаћи трговачки посао, није транзит у смислу постојеће терминологије права жига, него је напротив увоз у циљу извоза, и зато појмовно и систематски подпада под увоз. Транзит у ширем смислу подводи се под извоз само за случај да је титулар жига пропустио да санкционише увоз робе.[18] Предузимањем неког трговачког посла за време док се транзитна роба налази у домаћој земљи, транзит се заправо прекида.[19] У том случају не може се више говорити о транзиту, него напротив о увозу робе после ког непосредно следи њен извоз.[20]

Пошто се транзит у ширем смислу у новом Закону о жиговима може подвести под увоз, односно извоз у смислу чл. 33, ст. 3 тачка 3 Закона, појам транзита у смислу права жига у новом Закону о жиговима своди се на транзит у ужем смислу. Ипак, свођење појма транзита у смислу права

[17] Wölfel H., Rechtsfolgen von Markenverletzungen und Maßnahmen zur Bekämpfung der Markenpiraterie, стр. 21.
[18] Schultz B., Die relevante Benutzungshandlug im deutschen Markenrecht, стр. 204.
[19] Sack R., Export und Transit im Markenrecht, RIW 3/1995, стр. 183.
[20] Sack R., исто.

жига на чист транзит могућ је само онда када је за ову радњу изричито предвиђена заштита у оквиру права жига. Важећи Закон о жиговима, пак, транзит не убраја у овлашћења титулара жига, која су у Закону, као што је речено, таксативно набројана.

Противници убрајања чистог транзита у овлашћења титулара жига истичу да се код чистог транзита промет не може преварити о пореклу робе, пошто роба не треба да дође у везу са домаћим трговачким прометом, нити уопште долази.[21] Ипак, важни аргументи за убрајање чистог транзита у овлашћења титулара жига су, пре свега, потреба за што успешнијим сузбијањем пиратерије жига, паралела у вези са проблемом обележавања робе која је намењена за извоз као и циљ новог Закона о жиговима да титулару жига пружи што обимнију заштиту.

Важан аргумент за признање транзита као овлашћења титулара жига је, дакле, паралела о проблему обележавања робе која је намењена за извоз.[22] Наиме, обележавање робе која је намењена за извоз је овлашћење титулара жига, без обзира што роба не доспева у домаћи трговачки промет, него је, напротив, искључиво одређена за извоз. Тачно је да колизија између оригиналне и конкурентне робе[23], односно жигова којима су односни производи означени у домаћој земљи није могућа. Ипак довољна је могућност колизије у домаћој земљи. Јер, власник тако обележене робе може променити своју првобитну намеру. Роба, такође, може бити одузета власнику супротно његовој намери.

И за време транзита апсолутно постоји опасност да део робе из различитих разлога остане у домаћој земљи.[24] Зато није на месту приговор противника убрајања транзита у овлашћења титулара жига, наиме, да се на тај начин вређа принцип територијалности, пошто се односна роба ставља у промет тек у иностранству.[25] Чак и ако би се овај приговор односио на робу која је достигла свој страни циљ, повреда принципа територијалности постојала би само ако би се транзит сматрао за подслучај стављања робе у промет.[26] У том случају би и убрајање извоза у овлашћења титулара жига, због принципа територијалности, било

[21] Наведено према: Fezer K.H., Markenrecht, Kommentar, стр. 856.

[22] О овом питању више у: Спасојевић С., Садржина жига, маг. теза, Крагујевац 2006, стр. 67-68.

[23] Под оригиналном робом подразумева се роба коју је титулар жига или његов правни следбеник обележио заштићеним знаком, а под конкурентном робом, пак, роба која је обележена заштићеним знаком против или без воље титулара жига.

[24] Види одлуку "King Edward"; Наведено према: Sack R., Die inländische Kennzeichnung von Exportware im internationalen Markenrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, стр. 679.

[25] Sack R., Export und Transit im Markenrecht, RIW 3/1995, стр. 185.

[26] Sack R., исто.

сумњиво, пошто је роба намењена за страно тржиште.[27] Изричито убрајање транзита у овлашћења титулара жига, напротив, не представља повреду принципа територијалности.[28] Заштита се, наиме, пружа за радњу повреде која је предузета у домаћој земљи.

Аргументи којима се оправдава убрајање обележавања робе намењене за извоз, односно извоза робе у овлашћења титулара жига и у оквиру транзита правдају, дакле, истовремено и убрајање транзита у овлашћења титулара жига.[29] И код чистог транзита роба, у начелу, не доспева у контакт са домаћим трговачким прометом. Ипак, роба, за време транзита, може доспети у домаћи промет и тако се "срести" са оригиналном робом. Од оваквих ситуација титулар жига морао би бити заштићен на исти начин као и код обележавања робе намењене за извоз. То значи да у случају постојања "двоструког идентитета" робе и жигова, титулар жига би могао спречити транзит робе, без претходног доказивања опасности стављања робе у домаћи промет, односно домаће опасности замене. У случају одсуства двоструког идентитета, односно код сличности жигова или робе морала би важити аналогна правила за извоз робе обележене знаком заштићеним у домаћој земљи.[30]

Последице пиратерије жига и њен све већи пораст у посебној мери чине неопходним признање чистог транзита у овлашћења титулара жига.[31] Роба би, наиме, могла, супротно истини, бити означена као транзитна роба, како би се избегли прописи у смислу права жига, иако је од самог почетка планирано њено стављање у промет у домаћој земљи. Међутим, не може се очекивати од титулара жига, а такође то је и непрактично из техничких разлога, да стално и потпуно испитује да ли се такозвана транзитна роба стварно транспортује кроз домаћу земљу.

Убрајање транзита у овлашћења титулара је значајно средство борбе против међународне пиратерије жига. Додуше, није задатак територијално ограниченог права жига да штити жигове из трећих земаља. Ипак, у мери у којој се и у другим земљама следи мишљење да је транзит овлашћење титулара жига, спречавање транзита робе у другим земљама посредно може да заштити домаће жигове.[32] У циљу успешног сузбијања међународне пиратерије жига неопходно је, дакле, да се омогући да се у сваком тренутку на одговорност позову сва лица која су учествовала у ланцу производње и продаје пиратске робе.

---

[27] Sack R., исто, стр. 185.

[28] Sack R., Die Durchfuhr im europäischen Markenrecht nach der EuGH - Entscheidungen vom 6.4.2000. zur ProduktpiraterieVO (EG) Nr. 3295-94, WRP 7-8/2000, стр. 704.

[29] Sack R., Export und Transit im Markenrecht, RIW 3/1995, стр. 183.

[30] Више о томе у: Спасојевић С., Садржина жига, стр. 67-68 и 87-93.

[31] Sack R., исто.

[32] Sack R., исто.

2.3. Пракса суда ЕУ

Половином 2004. године у ЕУ ступило је на снагу Правило бр. 1383/03 о пиратерији производа којим је престало да важи дотадашње истоимено Правило бр. 3295/94. Ово Правило регулише случајеве одузимања робе на граници која има порекло из земаља које нису чланице ЕУ. Другим речима, оно се не примењује на трговину унутар ЕУ. Циљ Правила је, дакле, спречавање уласка подражавајућих производа на заједничко тржиште ЕУ. При том, у вези са регистрованим националним или комунитарним жиговима, Правило прописује претпоставке за поступање царинских органа у односу на робу у вези са којом постоји сумња да је реч о подражавајућој роби.

До данас суд ЕУ је имао прилику да се више пута изјасни о транзиту као овлашћењу титулара жига. Проблем је, међутим, у томе што је пракса Суда о овом питању прилично неуједначена. Тако је у своје две одлуке, Polo/Lauren и Rolex, Суд заузео став да се Правило о пиратерији производа примењује на случајеве транзита робе кроз област ЕУ, а између две државе које нису њене чланице.[33] Укратко, у основи одлуке Polo/Lauren налази се следеће стање ствари: Позивајући се на чл. 3, ст. 1 Правила,[34] компанија Polo/Lauren са седиштем у Њујорку овластила је аустријске царинске органе на одузимање мајци обележених њеним, између осталог и у Аустрији заштићеним знаком у речи и слици, ако се ради о подражавајућим производима. Пошиљалац робе било је предузеће са седиштем у Индонезији, а прималац предузеће са седиштем у Пољској.[35] Међутим, међу овлашћењима која аустријски Закон о жиговима само примера ради набраја, не помиње се изричито транзит робе. Из тог разлога надлежни аустријски суд је у спору између поменутих компанија од суда у Луксембургу затражио тумачење чл. 1 Правила, наиме да ли царински органи могу, позивајући се на ово Правило, да одузму подражавајућу робу која је само у транзиту кроз област једне државе чланице у којој је односни жиг заштићен. На постављено питање суд ЕУ је одговорио потврдно, наиме да се Правило примењује на промет подражавајуће робе између две државе нечланице, а која је само у транзиту кроз државу чланицу ЕУ. Без значаја је да ли је седиште титулара жига у ЕУ или не.

[33] EuGH "Polo/Lauren/Dwidua, WRP 2000, стр. 713; EuGH "Rolex", GRUR Int. 2004, стр. 317.
[34] Сада чл. 5, ст. 1 Правила.
[35] У време настанка спора Пољска још увек није била чланица ЕУ.

Позивауђи се на Polo/Lauren одлуку, суд ЕУ је своју дотадашњу праксу потврдио још једном у Rolex одлуци.[36] Наиме, још једном је изричито истакнуто да се Правило примењује на подражавајућу робу која се на путу између две земље нечланице задржи у земљи чланици као транзитој земљи.[37] Другим речима, национални прописи који не санкционишу транзит подражавајућих производа кроз област односне државе чланице нису у складу са Правилом о пиратерији производа.[38]

У немачкој теорији данас се углавном заступа став да не постоје законске сметње да се у складу са релевантном праксом суда ЕУ призна заштита титулару жига за транзит подражавајуће робе.[39] Дилема, не само међу теоретичарима него и у пракси постоји, пак, у вези са оригиналним производима.[40] Наиме, Правило о пиратерији производа односи се само на подражавајуће производе, а не и оригиналне производе који се без сагласности титулара жига користе у пословном промету. Имајући у виду да се немачки Закон о жиговима односи како на подражавајуће тако и на оригиналне производе, разликовање подражавајућих од оригиналних производа добија на значају тек код оцене исцрпљења права жига. Примера ради, OLG Koblenz је одступајући од своје дотадашње праксе, у својој одлуци од 13. 5. 2004. одбио да призна заштиту титулару жига за транзит оригиналне робе кроз СР Немачку (роба је послата из државе нечланице и била је намењена је, такође, за тржиште земље нечланице).[41] У образложењу Суд се позвао на "Rioglass" одлуку суда ЕУ.[42] У овој одлуци суд ЕУ одлучивао је о усклађености царинских мера (конкретно мере задржавања робе), у односу на робу у транзиту са пореклом из ЕУ, са начелом слободе кретања робе у смислу чл. 28 Уговора о ЕУ. Укратко у основи "Rioglass" одлуке налази се следеће стање ствари: Предузеће "Rioglass" са седиштем у Шпанији било је овлашћено само на производњу шофершајбни за аутомобиле марке "Citroën", "Peugeot" і "Renault". Законски произведене шофершајбне ово предузеће продало је купцу са седиштем у Пољској. На путу ка Пољској робу су, под сумњом

[36] У обе одлуке Суд је ценио транзит робе као овлашћење титулара жига позивајући се на Правило о пиратерији производа из 1994. године. У том погледу, важеће Правило из 2004. године, није донело никакве промене.
[37] EuGH "Rolex", GRUR Int. 2004, стр. 317, 319.
[38] Исто.
[39] Heim S., Der Transit von Waren als markenrechtsverletzende Benutzungshandlung, WRP 2/2005, стр. 173.
[40] Реч је о производима које је титулар жига или његов правни следбеник произвео и обележио заштићеним знаком.
[41] GRUR-RR 2004, стр. 289. И поред великог значаја за даљу анализу, аутору није пошло за руком да утврди да ли је ова одлука постала правноснажна. Наше мишљење је да OLG Koblenc није имао основа да се позове на одлуку суда ЕУ.
[42] EuGH "Rioglass", GRUR Int. 2004, стр. 39, 40.

подражавања жига, запленили француски цариници. Суд ЕУ је меру задржавања робе оценио као недозвољено ометање слободног промета робе у смислу чл. 28 Уговора о ЕУ. Осим тога, Суд је заузео став да ова мера није оправдана у смислу чл. 30 Уговора, пошто не погађа специфичан предмет права жига. Специфичан предмет права жига, пак, нарочито се састоји у томе да титулару жига осигура искључиво право на употребу жига за робу код њеног првог стављања у промет. Заштита се, дакле, односи на продају робе. Пошто је роба законски произведена у држави чланици, њен транзит кроз суверену област неке друге државе чланице у циљу продаје ван ЕУ не представља продају робе, па самим тим не постоји повреда специфичног предмета права жига.[43]

Имајући у виду да је суд ЕУ у "Rioglass" одлуци одлучивао о транзиту робе *са порeклом из ЕУ*, очигледно је да се OLG Koblenz у својој одлуци погрешно позвао на одлуку "Rioglass". Наиме, чл. 28 Уговора о оснивању се не односи на робу која има порекло ван ЕУ, осим ако је односна роба доспела у слободан промет ЕУ, пошто се тиме изједначава са робом која има тзв. европско порекло.[44]

Следећи праксу суда ЕУ, јасно је да за оцену транзита као овлашћења титулара жига није од значаја разликовање између оригиналне и подражавајуће робе, већ робе која има од оне која нема порекло у ЕУ.[45] Из досадашње праксе суда ЕУ јасно произилази да, неовлашћени транзит робе између две државе нечланице (било да је реч о оригиналној или подржавајућој роби) кроз суверену област једне државе чланице представља повреду жига који је у односној држави регистрован. Са друге стране, транзит робе која има порекло из једне државе чланице, било да је реч о оригиниланој или подражавајућој роби, не представља њено стављање у промет, па самим тим није обувађено специфичним предметом права жига на које се титулар жига може позвати у смислу чл. 30 Уговора о оснивању. Дакле, само транзит робе која нема европско порекло представља повреду комунитарног или националног жига регистрованог у било којој држави чланици ЕУ. Транзит робе европског порекла титулар жига не може да спречи, имајући у виду да секундарно право ЕУ мора бити у складу са примарним правом, у датом случају конкретно са чл. 28 и 30 Уговора о ЕУ.

---

[43] Овом одлуком суд ЕУ се надовезао на своју одлуку "Kommission/Frankreich", која се тиче повреде права на индустријски дизајн: EuGH "Kommission/Frankreich", GRUR Int. 2001, стр. 57. У овој одлуци суд је оценио недозвољеним задржавање робе од стране царинских органа, премда је роба била намењена за законску продају на тржиште држве чланице.

[44] Heim S., Der Transit von Waren als markenrechtsverletzende Benutzungshandlung, WRP 2/2005, стр. 174.

[45] Исто.

И док је у своје две одлуке, "Polo/Lauren" и "Rolex", суд ЕУ забрану транзита правдао између осталог и схватањем да роба за време транзита може доспети у домаћи промет, у одлукама "Rioglass" и "Kommission/Frankreich" Суд је изгледа посумњао у такво схватање. То потврђује и најновија пракса овог Суда у вези са транзитом робе. Реч је о одлуци "Diesel", у којој је Суд такође одбио да призна транзит као овлашћење титулара жига.[46] Ради лакшег разумевања, изложићемо укратко стање ствари које лежи у основи ове одлуке: Тужилац је власник жига "Diesel" за робу из класе 25 Ничеанске класификације (одевни предмети) у више земаља (између осталог у Немачкој и Пољској, али не и у Ирској). Тужена је продавала у Ирској фармерице под знаком "Diesel". Она је сама производила фармерице, с тим да је поједине делове укључујући и средства за обележавање доносила у Пољску где се обављао процес шивења, одакле су готове фармерице транспортоване у Ирску. Крајем 2000. године, у току редовне контроле, немачки цариници су одузели 5076 женских фармерица обележених знаком "Diesel" које је превозило мађарско шпедитерско предузеће ангажовано од стране пошиљаоца из Пољске. Спор је доспео до немачког Савезног суда. Овај Суд је, пак, искористио могућност да прекине поступак и затражи од суда ЕУ тумачење чл. 5, ст. 1 и 3 Директиве, односно одговор на питање да ли жиг гарантује титулару право да забрани транзит робе обележене његовим знаком. Поводом овог случаја суд ЕУ је заузео следећи став: Власник жига може спречити транзит робе намењене за тржиште земље чланице у којој титулар жига не ужива заштиту, само ако је односна роба у транзитној земљи, у којој је односни жиг регистрован, за време транзита постала предмет посла који за последицу има њено неминовно стављање у промет. Другим речима, суд ЕУ је одбио да призна заштиту власнику жига "Diesel".

3. Закључак

Под транзитом у смислу права жига подразумева се само такозвани "транзит у ужем смислу", тј. чист транзит робе кроз домаћу земљу. Актуелна законска решења, међутим, не пружају заштиту титулару жига за транзит робе обележене заштићеним знаком. Транзит у ширем смислу, насупрот, подводи се под увоз, односно извоз робе. С обзиром на аргументе који су у раду наведени, сматрамо да је изричито убрајање транзита у овлашћења која чине садржину жига у интересу не само титулара жига, него и потрошача и у јавном интересу. Појам транзита у смислу права жига морао би се, дакле, разумети искључиво у смислу

[46] EuGH "Diesel", GRUR 2/2007, стр. 146.

техничког превоза робе и означавати чист транзит робе кроз домаћу земљу.

Заштита титулара жига од транзита робе означене знаком који је у колизији са домаћим жигом морала би бити независна од тога да ли титулар за исти жиг ужива заштиту у земљи порекла, односно земљи опредељења робе, односно од тога да ли је употреба односног жига у тим земљама слободна. Наравно, морале би се узети у обзир и последице исцрпљења права жига.

Најновија пракса суда ЕУ, међутим, потврђује његову опредељеност да заштити јавне интересе у вези са бољом слободом кретања робе. Она ипак, са друге стране, отежава сузбијање пиратерије жига. Другим речима, омогућава подражаваоцима жигова и производа да неометано транспортују робу до земље у којој жиг није заштићен. На тај начин она не води довољно рачуна о оправданим интересима не само титулара жига, него и потрошача и лојалних привредних субјеката. Квалификација транзита као овлашћења титулара жига у сваком случају не би ометала лојалне привредне субјекте у избору места производње робе и транзитних земаља. Она би са друге стране, што одговара и приватном и јавном интересу, преусмерила транспорт подражавајућих производа преко територије оних земаља које, најчешће из економског разлога, не следе ову праксу.

Актуелна пракса суда ЕУ, такође, отвара питање усклађености националних и прописа такозваног секундарног права ЕУ који изричито убрајају извоз робе у овлашћења титулара жига са чл. 30 Уговора о ЕУ.

Питање признања транзита у овлашћења титулара жига показало се као сложено питање са несумњивим економским и политичким последицама. С обзиром на актуелност и значај овог питања, са нестрпљењем очекујемо реакцију стручне јавности, нарочито имајући у виду годишње извештаје Европске комисије и надлежних националних органа о расту пиратерије. Ови подаци свакако потврђују напред изнети став да је пиратерија последњих година толико узела маха да је у виду организованог криминала постала тржиште за себе.

M.Sc. Sonja Spasojevic,
an assistant

THE JURISDICTION OF THE TRADEMARK OWNER IN THE CASE OF THE TRANSIT OF GOODS (COMBATING THE PIRACY VS. FREE TRANSIT OF GOODS)

A new law on trademarks was passed in the Republic of Serbia at the beginning of 2005. This law significantly improved the position of the trademark owner compared to his status in the previous regulations. However, it could have been even more protected if the law had included the transit under one of the owner's jurisdictions. The present law does not offer any guarantee to the trademark owner that the goods in transit bearing his sign will be protected from piracy. For the purpose of the trademark protection, the transit is defined only in the "narrow" sense, as "the pure transit" through the domestic country. The transit in a "broader" sense is considered to be an import, that is an export of goods.

The author of this work further argues that, given the undisputable facts, the including of the transit of goods under the jurisdiction of the trademark owner is not only in the best interest of the owner, but also in the best interest of consumers. Thus, the term "transit", when referring to the protection of the trademark, should be only considered in the sense of the technical transportation of goods through domestic country. The protection of the trademark in the case of the transit of goods which bear the sign that is in collision with the trademark assigned to domestic goods, should not depend on the fact whether this trademark is protected in the country of origin or destination, that is on the fact whether the application of this trademark is free in these countries. Of course, the consequences of the exhaustion of the trademark rights should also be taken into account.

Одељак VII

Процесно право

Др Душица Палачковић,
редовни професор

UDK: 347.94(4-672EU)

ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ КОЈЕ БИ МОГЛЕ БИТИ ПОТВРЂЕНЕ КАО "ЕВРОПСКИ ИЗВРШНИ НАЛОГ" ПРЕМА *REGULATION (EC) NO 805/2004*

1. *Regulation No 805/2004* (у даљем тексту *R No 805/2004*),[1] којом се утврђују услови за издавање европског налога за извршење неспорних захтева, само је још један корак, свакако веома важан, на путу поједностављења процедуре извршења у оквирима Европске Уније. Временски претходна, *Council Regulations No 44/2001* (у даљем тексту *CR No 44/2001*), [2] својим решењима, већ је трасирала пут ефикасном и релативно једноставном приступу поступку извршења, а нарочито самом фактичком извршењу извршних наслова донесених у једној од држава чланица ЕУ пред органима других. [3] Ово је, примарно, обезбеђено поједностављењем поступка егзекватуре, односно признања извршности одлуке једне државе чланице пред органом друге, чији ће органи и спроводити извршење. R No 805/2004 има за поље примене одлуке донесене, као и код CR No 44/2001, искључиво у грађанским и трговинским стварима, уз судска поравнања и тзв. аутентичне инструменте у истим правним областима. Ипак, Art. 1 R No 805/2004 предвиђа и изузимање тзв. "*acta iure imperii*", односно оних који се односе на одговорност државе за радње или пропусте у поступању њених органа.

2. Поменуто ограничење, међутим, није и најважнија разлика у односу на CR No 44/2001. Неупоредиво важнија је она која се односи на чињеницу да се R No 805/2004 односи искључиво на тзв. неспорне захтеве (*uncontested claims*). Као такви, пак, могу бити препознати само они који

---

[1] *Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and the Council of 21 April 2004 cretaing a European Enforcement Order for uncontested claims, Official Journal of the European Communities, 30.04.2004.*

[2] *Council Regulations (EC) No 44/2001 of 22 Decembar 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, Official Journal of the European Communities, 16.01.2001.*

[3] О томе више, *Sladic, Razmerje med Uredbo Saveta (ES) st. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvsevanju sodnih odlocb v civilnih in gospodarskih zadevah in Uredbo Evropskega parlamenta in Sveta (ES) st. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvrsbo nespornih zahtevkov,* Реферат на Међународној научној конференцији *"Evropski pravni prostor in izvrsba"*, Марибор, 21. и 22. септембар 2006..

су садржани у одлукама судова или трибунала, без обзира на употребљени назив за такав акт, они који су садржани у малобројним одлукама извршног суда, затим они садржани у судском поравнању и тзв. аутентичним инструментима, увек "неспорни". "Неспорност", пак, према ставу теорије, постоји у ситуација у којој дужник (односно тужени) није приговарао захтеву ни у погледу основа, ни у погледу висине потраживања.[4] Односно, могао је и постојати спор о потраживању, или, спор о захтеву у процесноправном смислу, што асоцира, свакако, на вођење парничнг поступка, али је спор окончан без мериторне одлуке суда или трибунала која је последица контрадикторне расправе . Насиме, наступиле су, током спора, или поступка, извесне околности, које свако национално право унапред стриктно одређује, а које говоре о правно прихватљивом диспонирању тужбеним захтевом од стране туженог, како активним предузимањем процесних радњи, тако и његовим пасивним држањем .[5] Уз то, обухваћена су, свакако и поменута судска поравнања, а у оквиру *"authentic instruments"* и јавне исправе, па и веродостојне, односно аутентични инструменти које је као такве одредило национално право.[6]

"Неспорност", према одредбама *R No 805/2004,*[7] постоји када су испуњене следеће претпоставке, алтернативно:

- ако се дужник изричито сагласио са захтевом путем признања или по споразуму са другом страном, дакле поравнањем које је потврдио суд или које је сачињено у судском поступку,
- ако дужник није ни на који начин приговарао неспорном захтеву у судском поступку у изворној држави чланици (оној у којој је извршни наслов настао),
- ако дужник није био присутан или није био пуноважно заступан на расправи (рочишту) о таквом захтеву, мада је претходно приговарао захтеву, ако се такво пасивно понашање може, према закону изворне државе чланице, сматрати као прећутно признање захтева или чињеница које је навео тужилац (афирмативна литисконтестација),
- ако се дужник изричито сагласио са захтевом у јавној исправи.

3. Нужан услов да би се могло говорити о европском извршном наслову јесте да се ради о новчаном потраживању (захтеву).[8] Битно је да

---

[4] *Rijavec, Izvrsilni naslovi, ki se lahko potrdijo kot EIN - postopek v izvorni drzavi*, Међународна научна конференција *"Evropski pravni prostor in izvrsba"*, Марибор, 21. и 22. септембар 2006., стр. 5. Реферата.

[5] *Ibidem,*

[6] Види *Art.4 (3) - Definitions,* и *Art.*24. , *25.* у *R No 805/2004*

[7] Види *Art. 3(1) - Enforcement titlles to be certified as a European Enforcement Order*

[8] Види *Art.4 (2) - Definitions: " a claim for payment of a specific sum of money....."*

су захтеви, такође, одређени у номиналном износу, као и да је реч о доспелим потраживањима, уговорним или вануговорним.[9] Ако обавеза није доспела, датум доспелости мора бити одређен у извршном наслову (исправи), а мора бити наведен и у потврди о извршности. Услов доспелости односи се на судско поравнање (односно и нотарски запис у оним правним системима који га познају и признају му снагу извршне исправе), али не и на судске одлуке код којих је услов извршности по правилу везан уз правноснажност и протек парицоног рока собзиром на то да су извршне исправе тзв. кондемнаторне пресуде (али овде само оне чија изрека гласи на новчану чинидбу, а не и оне које гласе на уздржавање, трпљење, односно нечињење генерално). Потврда извршности такође је специфично условљена код судског поравнања и кондемнаторних одлука.[10]

4. Поменути услови из претходних тачака указују да се као европски извршни наслов могу заправо третирати кондемнаторне пресуде на основу признања, на основу пропуштања, судско поравнање, јавна исправа о неспорном новчаном потраживању, нотарски запис у коме је дужник изричито сагласан са непосредном извршивошћу, а потраживање је доспело, али и извесне одлуке донесена у посебним парничним поступцима, какав је платни налог, решење на основу веродостојне исправе донесено од стране извршног суда, решење о противизвршењу.

Поље примене *R No 805/2004* упућује на закључак да се као европски извршни наслови не могу ни у ком случају прихватити арбитражне одлуке, одлуке донесене у стечајном поступку, одлуке које се тичу права из социјалног осигурања, одлуке кривичног суда које се тичу имовинскоправних захтева и новчаних казни, као и трошкова кривичног поступка и враћања ствари противправно стечених, одлуке донесене у управном поступку и управна поравнања као и решења донесена у ванпарничном поступку, ако национално право не предвиђа у њему

[9] *Rijavec, op.cit.*, стр. 6.

[10] Тако према чл. 33. Закон о извршном поступку РС, Сл. глсник РС, бр. 125/2004 (у даљем тексту ЗИП), као услов извршности судског поравнања (и поравнања закљученог у управном поступку) тражи се доспелост потраживања која се доказује записником о поравнању, јавном исправом или по закону овереном исправом, а у недостатку једног од ових докумената мора се покренути парнични или управни поступак за доказивање доспелости, па је онда правноснажна или коначна одлука из ових поступака доказ доспелости. Такође, према одредби чл. 50. ЗИП, потврду о извршности потребно је прибавити од суда или органа који је о потраживању одлучивао у првом степену, а извршна исправа са оваквом потврдом подноси се уз предлог за извршење када извршни суд није онај који је о потраживању одлучивао у првом степену.

могућност доношења пресуде на основу признања или пропуштања (али и услед услова да је захтев новчани и поља примене *R No 805/2004*) и др.[11]

Правна регулатива Републике Србије предвиђа већину поменутих одлука, поравнања и аутентичних исправа које би могле бити потврђене као европски извршни наслов, али не све, и уз постојање посебности о којима се мора водити рачуна уколико се врши упоређење са условима из *R No 805/2004*, односно уколико се жели говорити о могућностима за издавање европског извршног наслова и код нас.

Посебни услови из *R No 805/2004* су, такође, повезани и уз поштовање правила о судској надлежности из *Section 3*. и *6. Shapter II*, а у потрошачким споровима *Art.59. CR No 44/2001*. Такође, морају бити примењени и минимални стандарди при доношењу извршног наслова, пре свега да је достављање било уредно чиме је испоштован принцип контрадикторности.[12]

У складу са одредбом *Art.3(2) R No 805/2004*, судске одлуке на основу признања и пропуштања могу бити прихваћење као европски извршни наслов и као другостепене правноснажне, али је то већ специфичан случај везан уз разлоге изјављивања и саму врсту одлуке суда другог степена, па ће о томе даље бити више речи.

5. Претходна разматрања упућују на извесне закључке о томе које би извршне исправе предвиђене извршним законодавством РС могле бити потврђене, без посебног прилагођавања регулативе, као европски извршни наслов.

5.1. Пре свих, морамо поменути за парничну процедуру сасвим нову врсту одлуке из важећег ЗПП - пресуду због пропуштања.[13] Ово је типична одлука парничног суда која је последица пасивног става туженог, односно пропуштања да се уредно активно изнесе и одбрана од допуштености пружања правне заштите и мериторна одбрана. Већ, дакле, тиме што пропушта да у законском року[14] достави уредан одговор на

[11] Више, Rijavec, op.cit., стр. 8-12;
[12] Види Art.12. CR No 44/2001
[13] Закон о парничном поступку РС, Сл. гласник РС, бр. 44/2004., чл. 338.
[14] Рок из чл. 282. ЗПП РС, односно 30 дана од дана уредног достављања тужбе са прилозима и уз поуку о садржини одговора на тужбу и последицама пропуштања да се одговор достави у законском року (чл. 284., као и чл. 100., у погледу садржине поднесака уопште). Уз то, одредбом чл. 338/5. ЗПП РС потенцирано је поштовање начела контрадикторности, преко могућег одлагања доношења пресуде због пропуштања ако је несумњиво да је тужба упућена, али нема доказа о томе у спису правне ствари, при чему је рок за извиђаје испуњености овог услова 30 дана за достављање у земљи,а за иностранство дужи, у смислу чл. 130/2. ЗПП.

тужбу у писаној форми, [15] тужени омогућава испуњење једног од најзначајних услова из *R No 805/2004*, неспорност захтева. Дилема може постојати у погледу одговора којим се не оспорава основаност захтева, већ се истичу само процесноправни приговори, дакле указује на недопуштеност пружања правне заштите, али је она лако разрешива собзиром на то да је према одредбама ЗПП о садржини одговора на тужбу и овакав одговор сасвим легитиман[16] и условљава немогућност доношења пресуде због пропуштања. Односно, могућа последица ће, у случају усвајања приговора из овако конципираног одговора на тужбу бити решење о одбацивању тужбе. Мериторна одбрана само условљава додатну садржину одговора у смислу навођења чињеница на којима тужени темељи своје наводе и доказе које предлаже у циљу утврђивања ових чињеница. Постоји и могућност директног признања тужбеног захтева већ у одговору на тужбу, што за последицу има доношење пресуде на основу признања, а не пропуштања. И ово је ситуација која омогућава конституисање европског извршног наслова - пресуде на основу признања - стога што тужени изричито диспонира захтевом признајући га па смо на терену неспорнох захтева према *R No 805/2004*.

Пажњу треба обратити и на одредбу која омогућава примену фикције изостанка одговора на тужбу уколико тужени достави у законском року, али неуредан одговор, односно одговор који има недостатке због којих се по њему не може поступати.[17]

Остали услови из ЗПП за доношење пресуде због пропуштања који се могу одредити као процесноправни су: непостојање општепознатих околности које указују на то да су туженог у достављању уредног и благовременог одговора на тужбу спречили оправдани разлози и да се тужбени захтев не сме односити на располагања која су противна принудним прописима, јавном поретку и правилима морала.[18]

Као материјалноправни услови препознају се: да основаност тужбеног захтева произлази из чињеница наведених у тужби и да чињенице на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима које је сам тужилац поднео уз тужбу или са општепознатим чињеницама. Односно, тужба мора бити конклудентна, дакле тужени захтев мора бити основан према околностима саме тужбе. Даља законска решења, која се односе на случај када из чињеничног основа тужбе не следи основаност

[15] Види чл. 100/1. ЗПП РС, у погледу обавезне писане форме за тужбу, одговор на тужбу и правне лекове
[16] Види чл. 284/2. ЗПП РС
[17] Уп. одредбе чл. 100. и 284. ЗПП РС, у погледу обавезне садржине одговора на тужбу.
[18] Види, чл. 3/3. ЗПП

тужбеног захтева,[19] нису од интереса у вези ове пресуде као извршне исправе која би могла бити потврђена као европски извешни наслов, собзиром да упућују на могућности преиначења тужбе и мериторне расправе, дакле оспоравање основаности таквог, новог захтева (објектно преначење, очигледно променом истоветности тужбеног захтева).[20] Ипак, може бити занимљива ситуација када је само део тужбеног захтева основан собзиром да чињенични основ тужбе одговара управо оној материјланоправној норми из које тужилац изводи тражену правну последицу. Мада се у ЗПП РС не помиње изричито могућност доношења делимичне пресуде на основу пропуштања, чини се сасвим легитимним отварање овог проблема управо у односу на могућност конституисања овакве судске одлуке као европског извршног наслова. ЗПП РС, својим одредбама о делимичној пресуди, чини се не допушта ову могућност. Наиме, делимична пресуда је последица "сазрелости" једног од више постављених захтева у тужби или једног дела захтева тужбе за одлучивање, али је ова "сазрелост" искључиво последица признања или одрицања од тужбеног захтева, односно мериторне расправе. Прва од ових алтернатива не може се односити на доношење пресуде због пропуштања собзиром на претходни услов да тужени није одговорио на тужбу у којој је могао првом радњом у поступку дати признање, а ако је то и учинио нема пресуде због пропуштања, већ се доноси пресуда на основу признања, која је друга врста могућег европског извршног наслова. Ни остале две законске алтернативе за доношење делимичне пресуде нису релевантне у контексту разматрања о европском извршном наслову. Прва по себи, стога што је реч о дисозитивној радњи тужиоца, а друга стога што мериторна расправа значи и да захтев није у рангу неспорног који је нужан услов према *Art.3. R No 805/2004.*

Пресуда због пропуштања може се побијати због битних повреда одредби парничног поступка и погрешне примене материјалног права. Правноснажност, наравно, наступа и овде неизјављивањем жалбе у

[19] Види, чл. 338/3. ЗПП

[20] Види, чл. 194/1. ЗПП. Треба рећи да је овакво решење условило критику у једном делу теорије са аспекта недоследне примене принципа контрадикторности и равноправности странака, као и према принципима на којима је засновано преиначење тужбе и општим принципима доношења контумационе пресуде. Износи се став да прихватање пресуде због пропуштања значи и прихватање принципа афирмативне литисконтестације, који се, опет, упоредноправно прихвата у смислу фикције признања чињеница када је тужени у парници пасиван (као овде, када не даје одговор на тужбу), а не у смислу признања основаности тужбеног захтева. Чак и сама фикција признања чињеница је ограничена искључиво на чињеничне наводе тужбе, а не обухвата и процесне недостатке и конклудентност тужбе. Види о овоме, Јакшић, ГПП, Уводне теме и парнични поступак, Београд, 2006., стр. 439.

законском року или диспонирањем правом на овај правни лек. Диспонирање подразумева одрицање од права на жалбу или повлачење већ изјављеног правног лека,[21] што су неопозиве парничне радње странка. У случају изјављивања жалбе, сходно одредби *Art.3(2) R No 805/2004*, ако другостепени суд потврди пресуду због пропуштања и тако оспоравање захтева оцени као неосновано, испуњени су неопходни услови.[22]

5.2. Пресуда на основу признања, која би била обухваћена оним извршним исправама које је могуће потврдити као европски извршни наслов, предвиђена је одредбама ЗПП РС.[23] Пресуда се може донети под условом да тужени, до закључења главне расправе, призна тужбени захтев (у целини или делимично), а подразумева да се изјава о признању да изричито и недвосмислено, те да се у том случају одлука доноси без даљег расправљања о предмету спора. Суд има обавезу да провери допуштеност признања, као радње располагања тужбеним захтевом, са аспекта могуће противности принудним прописима, јавном поретку и правилима морала.[24]

Радњу признања тужилац може предузети већ и у својој првој парничној радњи - одговору на тужбу.[25] Радња је опозива, према изричитој законској норми,[26] а опозив се може учинити на рочишту, односно усмено, или у поднеску, његово дејство није условљено пристанком тужиоца и могуће је све до доношења пресуде.

Чињеница да је овде закон омогућио да се признање да све до доношења пресуде, а то значи да могућа претходна мериторна расправа, не утиче, чини се, на постојање услова "неспорности" захтева, собзиром да признање, ма у којој фази поступка дато, управо упућује на отклањање спора диспозицијом туженог. R No 805/2004 не предвиђа ограничења страначке диспозиције собзиром на фазе судског поступка.

Против пресуде на основу признања тужбеног захтева могућа је жалба због битне повреде одредби парничног поступка или стога што је изјава о признању дата у заблуди или под утицајем принуде или преваре. Закључак у погледу потврде ове пресуде у другостепеном поступку по жалби, те наступања правноснажности, идентичан је као и у случају пресуде због пропуштања.

5.3. Када је реч о судском поравнању, које, свакако, мора бити поменуто у елаборирању аката које је могуће потврдити као европски

[21] Види, чл. 356. ЗПП РС
[22] Тако, *Rijavec, op.cit.*, стр. 8.
[23] Види, чл. 336., али и поменути чл. 284. ЗПП РС
[24] Види чл. 3/3. ЗПП РС
[25] Види чл. 284. ЗПП РС
[26] Види чл. 336/4. ЗПП РС

извршни наслов, из регулативе ЗПП РС треба поменути да је овај облик поравнања својеврсно располагање тужбеним захтевом, али уз учешће обе странке. Такође, да се може закључити у току целог поступка пред парничним судом првог степена, а односи се или на цео захтев или на део захтева, те да је недопуштено уколико је располагање захтевом противно принудним прописима, јавном поретку и правилима морала. Противност условљава као допуштено правно средство тужбу за поништај судског поравнања. У случају поништаја (парнични) поступак се наставља као да о тужбеном захтеву није ни било закључено судско поравнање. Форма судског поравнања је записник у који се уноси садржина споразума странака, а који, пошто им буде прочитан, странке потпишу. Дејство је, као и код кондемнаторне судске пресуде, [27] односно то је извршна исправа.[28]

Услов, који ЗИП РС[29] предвиђа да би судско поравнање било извршна исправа, јесте тзв. извршност судског поравнања која наступа моментом доспелости потраживања из поравнања. Доспелост се мора квалификовано доказивати, односно записником о поравнању, јавном исправом или по закону овереном исправом. Немогућност употребе оваквих доказа условљава покретање парничног поступка који за предмет има утврђивање доспелости.

5.4. У једном од посебних парничних поступака предвиђених ЗПП РС, насловљеном као "Издавање платног налога"[30] такође се препознаје један од могућих аката на основу којих је могуће издати европски налог за извршење, односно извршну исправу за коју је могуће препознати испуњење минимума услова из *R No 805/2004*. Парнични суд га у РС издаје у случају доспелих новчаних потраживања која се доказују веродостојним исправама [31] приложеним уз тужбу. "Неспорност" потраживања као услов из *Art.3(1) R No 805/2004*, испуњен је уколико

[27] Види, чл. 322-327. ЗПП РС, као и наредне чланове 327. и 328., који се тичу поступка медијације, у коме је могуће закључити споразум којим се спор решава, а који има дејства вансудског поравнања, али се, даље, "уноси" од стране медијатора у парницу која је била у застоју док је поступак медијације трајао, али не дуже од 30 дана. И ово решење, дакле, ствара услове за потврђивање судског поравнања као европског извршног налога.

[28] Види, чл. 30. ЗИП РС

[29] Види, чл. 30. и чл. 33. ЗИП РС

[30] Види, чл. 453-465. ЗПП РС

[31] Види, чл. 453/2. ЗПП РС, односно као веродостојне исправе су одређене: јавне исправе, приватне исправе на којима је потпис обвезника оверио орган надлежан за оверавање, менице и чекови са протестом и повратним рачунима ако су они потребни за заснивање захтева, изводи из оверених пословних књига, фактуре и исправе које по посебним прописима имају значај јавних исправа.

тужени не уложи приговор као једино допуштено правно средство којим се побија платни налог.[32] Не елаборирајући правила овог посебног парничног поступка у целини, треба, ипак, рећи да се, у случају побијања платног налога приговором парнични поступак наставља заказивањем рочишта за главну расправу, односно мериторном расправом.[33] Правноснажност платног налога, било да није изјављен приговор, било да је приговор одбачен или одбијен указује на испуњење услова "неспорности".[34] Извршност се везује уз протек парицоног рока, а потврда о извршности према ЗИП РС потребна је увек када се предлог за извршење подноси суду који није донео извршну исправу, а даје је суд који је одлучио о потраживању у првом степену. Како о приговору против платног налога, који је недеволутиван правни лек одлучује увек исти суд који је платни налог и издао, за расправу о платном налогу као основу за издавање европског налога за извршење ове напомене су од мање важности него у случају пресуде због пропуштања или, нпр., признања.

Од специфичних решења из поступка за издавање платног налога треба још поменути и могућност издавања платног налога за доспела новчана потраживања до 100 000 динара када тужилац није уз тужбу приложио веродостојну исправу којом доказује потраживање, али уз извесне предуслове који су кумулативно одређени: да су у тужби изнети основ и висина дуговања, докази на основу којих се може утврдити истинитост тужбених навода и да се платни налог у овом случају може издати искључиво против главног дужника.[35]

Платни налог могуће је издати и у поступку пред трговинским судом.[36]

5.5. У посебном парничном поступку у споровима мале вредности могуће је донети пресуду на основу изостанка.[37] Уколико се донесе пресуда о усвајању тужбеног захтева стога што тужени не дође на

[32] Види, чл. 457. ЗПП РС

[33] Треба подсетити да у случају приговарања да нису постојали законски услови за издавање платног налога или да постоје сметње за даљи ток поступка , суд одлучује прво о овим приговорима, а тек уколико су основани, односно барем један од њих, по правноснажности решења којим је укинуо платни налог отпочиње расправу о главној ствари ако таквој расправи има места. Неусвајање ових приговора условљава да се одмах прелази на расправљање о главној ствари. И приговор недоспелости чинидбе до момента издавања платног налога води укидању платног налога и одлучивању о тужбеном захтеву, под условом да је потраживање доспело до закључења главне расправе. Види, чл. 459. ЗПП РС

[34] *Rijavec, op.cit.*, стр. 8.

[35] Види, чл. 454. ЗПП РС

[36] Види, чл. 464/1. ЗПП РС

[37] Види, чл. 476. и чл. 477. ЗПП РС

рочиште за главну расправу, а уредно је позван, био би то случај када тужени своју процесну диспозицију изражава на потпуно пасиван начин, пасивним ставом. Као спорови мале вредности сматрају се они у којима се тужбени захтев односи на новчано потраживање које не прелази износ од 100 000 динара, односно када се тужбени захтев не односи на новчано потраживање, али тужилац у тужби наведе да пристаје да му се уместо одређеног захтева исплати новчана сума која не прелази поменути законски лимит. [38]

Ова врста одлуке може се побијати жалбом искључиво због апсолутно битних повреда одредби парничног поступка [39] и погрешне примене материјалног права. Правноснажност је услов њене извршности као и протек парицоног рока, при чему у случају побијања жалбом, као и код пресуде због пропуштања и пресуде на основу признања потврђивање пресуде од стране другостепеног суда условљава и потврду неопходног услова "неспорности" потраживања, односно захтева.

Prof. Dr. Dusica Palackovic,
a full-time professor

ENFORCEMENT DECISIONS THAT CAN BE VERIFIED AS "EUROPEAN ENFORCEMENT ORDER" ACCORDING TO THE REGULATION (EC) NO. 805/2004

The Regulation (EC) No. 805/2004 of the European Parliament and of the Council of April 21, 2004 referring to the creation of a European enforcement order in the cases of, so called, undisputed claims marks out a route for further facilitation of the enforcement of absolute court decisions, court settlements and, so called, authentic documents in civil and commercial law cases within EU in comparison to the Council Regulation (EC) No. 44/2091 of December 2000 referring to the jurisdiction over the recognition and enforcement of civil and commercial law decisions. Its regulations represent alternative solution to those given in this latter mentioned Regulation. They are the matter of choice of

[38] *Rijavec, op. cit.,* стр. 5. и 7. прихвата могућност да и пресуде због изостанка воде издавању европског налога за извршење, уз констатацију да се овакве одлуке у Републици Словенији могу донети само у поступку пред радним судовима, а с позивом на одредбе чл. 28/1. *Zakona o delovnih in socialnih sodisc, Ur.1. R Sloveniji,* 2/04.

[39] Види, чл. 361/2. ЗПП РС

creditors, although the minimum of procedural conditions must be fulfilled in the country the order originates from if such an order pretends to be recognized as a European document with a necessary precondition fulfilled, that it represents an "undisputed" order as, defined by law.

This is the reason why very few documents in the form of court decisions, court settlements and authentic documents can meet the requirements set in this Regulation. Nevertheless, it seems that it would not be premature, but very useful to open discussion relating to the compatibility of our regulations dealing with the enforcement of our civil suits court procedures, decisions and settlements with the EU Regulation. This work includes a few documents that may be recognized as a European enforcement order, but the list is not final. It can be concluded that the existence of the court decisions based on omission, admission, settlement, absence or other reasons set in the Law on Civil Procedure and supported by the Law on Enforcement Procedure, referring to the enforceability and suitability for enforcement, represent a good basis for future application of R No 805/2004. The condition is that some doubts must be resolved and some new solutions introduced since, for example, nothing has been done yet in the field of setting up a new public service in the form of the notary public although numerous legislative attempts have been made in this direction.

Милан Марић,
асистент-приправник

UDK: 347.615:347.91/.95

ОСОБЕНОСТИ ПОСТУПКА У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАКОНСКО ИЗДРЖАВАЊЕ

Увод

Законско издржавање је право и дужност чланова породице,[1] којим се обезбеђује редовно давање у новцу или у другим материјалним добрима лицу које не може само обезбедити своју егзистенцију, у циљу подмиривања његових потреба.[2]

Уобичајено је да се издржавање, које настаје као израз породичне солидарности назива законско издржавање, а дужничко поверилачки однос које настаје између оног ко даје издржавање (дужник) и ко издржавање прима (поверилац) – законска облигација.[3]

Обавеза издржавања установљена законом је потчињена једном специфичном правном режиму који проистиче, пре свега, из њеног циља. Циљ издржавања је обезбеђење основних животних, али и, зависно од околности, културно-образовних и других потреба једног лица, од стране његовог брачног или ванбрачног партнера или сродника. Између ових лица настаје, силом закона, један дужничко поверилачки однос, облигационоправни однос. Овај дужничко поверилачки однос, који настаје поводом издржавања, није као сваки други, управо због циља који се овим постиже.[4]

С обзиром да живимо у времену када су везе између чланова породице постале лабаве, када се породична солидарност не остварује спонтано, по природним законима и у оквиру патријархално уређене породице, остваривање оваквих циљева законског издржавања, које је евидентно

[1] Породични закон, „Службени гласник РС“, БР. 18/05. У даљем тексту ПЗ. Видети члан 8. став 1.

[2] М. Младеновић, Породично право, књига II, Београд, 1981. г, стр. 561 – 562.

[3] З. Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005. г, стр. 325.

[4] Из циља издржавања проистичу специфичне особине које важе само за овај дужничко поверилачки однос. То су следеће особине: лични карактер издржавања, обавеза издржавања је императивног карактера, право на издржавање не застарева, исплаћено издржавање се не враћа, немогућност компензације, издржавање се даје за будуће време, право на издржавање не може бити предмет извршења и обезбеђења, обавеза издржавања се може мењати. Видети, З. Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005. г, стр. 326 – 330.

облик породичне солидарности, је у великој мери доведена у питање. Породична солидарност зато мора бити наметана одредбама позитивног права. Тако право, као систем правила чија се примена често мора наметати силом, постаје главни гарант складног и хармоничног породичног живота. Право покушава да буде замена за нешто што се силом тешко може наметнути, а то је узајамно поштовање и помагање.[5]

Сходно претходно реченом, и имајући у виду значај законског издржавања, али и проблеме на које се наилази у пракси везано за остваривање права на законско издржавање, који настају када дође до алиментационог спора,[6] предмет овог рада биће особености поступка у парницама за издржавање, као посебног парничног поступка у коме се судским путем остварује право на законско издржавање.

Поступак у парницама за издржавање

Поступак у алиментационим парницама регулисан је Породичним законом Републике Србије као посебан парнични поступак који је предвиђен за решавање одређене врсте породичноправних спорова.

Правила породичног права којима је регулисано законско издржавање су когентне природе и из тог разлога стандардна правила опште парничне процедуре не представљају адекватан метод за његову заштиту, будући да су општа правила парничног поступка, као стандардна правила поступања намењена за решавање класичних имовинскоправних спорова, и као таква не одговарају специфичној природи породичноправних ствари.

Посебан парнични поступак у парницама за издржавање у ПЗ регулисан је тако што су уређена само нужна одступања од стандардне опште парничне процедуре, која се супсидијарно примењује у алиментационим парницама,[7] што је, с једне стране, нужна последица саме природе алиментационих спорова, а с друге стране, последица конкретизације и операционализације појединих процесних начела на терену породичноправне заштите.

---

[5] Видети, З. Поњавић: „Између породичне и друштвене солидарности“, зборник радова: Остваривање и заштита права на законско издржавање, Крагујевац, 2002. г, стр. 3 – 4.

[6] Алиментацини спор настаје када једна страна у односу издржавање тврди да јој припада право на издржавање, а друга страна оспорава постојање тог права, као и онда када једна од страна истиче да недостаје неки од општих и посебних услова који су неопходни за настанак обавезе издржавања. Видети, Љ. Мандић: „Алиментациони спорови и њихово решавање“, Правни живот, бр. 9, Београд, 1998, стр. 693 – 694.

[7] Видети чл. 202. ПЗ.

Овај поступак карактеришу специфична обележја која су заједничка за све посебне поступке у породичним стварима,[8] а то су: састав суда (суђење у колегијалном саставу), специјализација судија које поступају у парницама из породичних односа, начело хитности, ограничење начела диспозиције, доминација истражног начела, искључење јавности по самом закону, заштита приватности и тајности података (подаци из списа представљају службену тајну), посебна правила о накнади парничних трошкова, допуштеност ревизије. Специфичности овог посебног поступка испољавају се у погледу: начина на који су конкретизована поједина основна процесна начела, у погледу покретања поступка, посебних рокова за остваривање права на издржавање, процесног положаја органа старатељства, посебних правила о кумулацији тужбених захтева, везаности суда за тужбени захтев приликом одлучивања, граница испитивања првостепене пресуде и везаности за разлоге жалбе.[9]

Правила посебног парничног поступка у парницама за издржавање примењују се у парницама у којима се одлучује о праву на издржавање, престанку права на издржавање и у парницама за измену висине већ утврђеног износа издржавања. У парницама у којима се одлучује о праву на издржавање одређује се, истовремено, и висина доприноса за издржавање и налаже дужнику издржавања да плаћа одређени износ на име издржавања или се одлучује о праву на продужење права на издржавање. Правила поступка у алиментационим парницама не примењују се на верзијску парницу (регресна парница), у којој се тражи накнада трошкова на име издржавања од лица које је по закону било дужник издржавања, ако су учињени трошкови били оправдани.[10]

Правна заштита повређеног или угроженог права на законско издржавање, као грађанског субјективног права, остварује се искључиво у судском поступку. Грађанскоправна заштита најчешће има за циљ да омогући да се право на законско издржавање, уколико се оно не реализује у фактичким животним односима, оствари по правилима цивилне процедуре - у алиментационим парницама, по правилима парничног поступка, као и у поступку извршења и обезбеђења, по правилима судске извршне процедуре.[11]

---

[8] Посебни парнични поступци у вези са породичним односима који су регулисани ПЗ су: брачна парница, парница о материнству и очинству, парница за заштиту права детета, парница за вршење односно лишење родитељског права, парница за поништење усвојења, парница за издржавање и парница за заштиту од насиља у породици.

[9] Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007. г, стр. 543 и 568.

[10] С. Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983. г, стр. 615.

[11] За разлику од законских решења која су постојала у време важења ранијег законског текста (видети чл. 355. и чл. 179. ст. 1. и 2. Закона о браку и

Процесна легитимација

Овлашћење за вођење алиментационе парнице, према изричитој законској одредби, [12] имају, лице које се сматра да је поверилац издржавања и лице које је дужник издржавања.[13] У страначким улогама у овим парницама јављају се, по правилу, сродници, супружници и ванбрачни партнери, као субјекти дужничко-поверилачког односа издржавања. Процесна легитимација је самим законом призната и органу старатељства, који је овлашћен да покрене парницу за издржавање малолетног детета.[14]

Орган старатељства, као активно процесно легитимисан, по самом ПЗ, овлашћен је да покрене парницу за издржавање детета, чиме орган старатељства наступа са позиције странке у функционалном смислу, и као такав покреће парницу у своје име али у интересу детета.[15] Алиментациона парница би се могла покренути, од стране органа старатељства, ако родитељ са којим дете живи из неоправданих разлога не тражи издржавање или ако је дете поверено другом лицу или установи. [16] Несумњиво је да орган старатељства може да покрене алиментациону парницу као самосталну или да захтев за издржавање детета кумулира уз други захтев, иако ПЗ не прецизира када орган старатељства може да покрене алиментациону парницу. Остаје да се види, и да временом пракса покаже, у којим ће се све ситуацијама орган старатељства користити законском могућношћу да као тужилац покрене парницу за издржавање детета.

Под условима који су предвиђени ПЗ, пасивна процесна легитимација, односно улога туженог или дужника издржавања, предвиђена је изричитом законском одредбом за већи број лица, било да је основ законског издржавања сродство или брак и ванбрачна заједницва. У таквој процесној ситуацији могу се наћи: родитељи, супружник (чл. 151. ПЗ),

---

породичним односима), право на издржавање се не може више остваривати у управном поступку. Закон о браку и породичним односима, „Службени гласник СРС“, бр. 22/80. У даљем тексту ЗБПО.

[12] Видети чл. 278. ст. 2. ПЗ.

[13] ПЗ, за разлику од ЗБПО, користи коректније техничке термине за означавање страна у облигационом односу издржавања. Ранији законски текст је користио неприкладне термине „давалац издржавања“ и „прималац, односно тражилац издржавања“. Видети, Р. Вујовић: „Право на законско издржавање по новом породичном закону“ , зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. 4. 2006. г, стр. 178.

[14] Видети чл. 278. ст. 3. ПЗ.

[15] Видети, Г. Станковић, Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 143.

[16] Видети, Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007. г, стр. 568.

ванбрачни партнер (чл. 152. ПЗ), отац детета (чл. 153. ПЗ), пунолетно дете (чл. 156. ПЗ), крвни сродници у правој усходној линији (чл. 155. ПЗ), крвни сродници у правој нисходној линији (чл. 156. ПЗ), малолетно дете које стиче зараду или има приходе од имовине (чл. 156. ПЗ), малолетни брат и сестра (чл. 157. ПЗ), адоптивни сродници (чл. 158. ПЗ), маћеха и очух (чл. 159. ст. 1. ПЗ), пунолетни пасторак (чл. 159. ст. 3. ПЗ).

Надлежност и састав суда

Суд може решити настали спор само ако је стварно и месно надлежан. За поступање у алиментационим парницама надлежан је општински суд, у жалбеном поступку надлежан је окружни суд, док о ванредним правним лековима одлучује Врховни суд.[17]

Питање одређивања месно надлежног суда у алиментационим парницама, ПЗ регулише једном својом упућујућом одредбом,[18] којом се каже да је у спору за издржавање месно надлежан суд одређен законом којим се уређује парнични поступак.[19]

Месна надлежност судова за решавање алиментационих спорова одређује се по правилима о општој и посебној месној надлежности. За суђење је по правилу, опште месно надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште. Ако тужени нема пребивалиште у Републици Србији, или у некој другој држави, опште месно надлежан је суд на чијем подручју тужени има боравиште.[20]

За суђење у споровима за законско издржавање, ако је тужилац лице које тражи издржавање, надлежан је поред суда опште месне надлежности и суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште или боравиште.[21] У том случају ради се о надлежности по избору тужиоца (елективна надлежност). Правила о изборној месној надлежности предвиђена су, у интересу, како деце тако и пунолетних лица, која су егзистенцијално угрожена, како би им се омогућило да брже и са мање трошкова остваре право на издржавање.

Наведена правила су меродавна уколико се алиментациона парница води као посебна парница, а уколико се о издржавању одлучује у

[17] Закон о судовима, „Службени гласник РС“ , бр. 71/92. Овај закон престао је да важи 1. 1. 2002. г, изузев одредби од чл. 12. до чл. 20. Међутим, нови Закон о уређењу судова, „Службени гласник РС“ , бр. 29/04 (у даљем тексту ЗУС), предвиђа да је за поступање у алиментационим парницама у другом степену надлежан Апелациони суд. Видети чл. 24. ЗУС.

[18] Видети чл. 277. ПЗ.

[19] Закон о парничном поступку , „Службени гласник РС“, бр. 125/04. У даљем тексту ЗПП.

[20] Видети чл. 40. ст. 1. и 2. ЗПП.

[21] Видети чл. 44. ст. 1. ЗПП.

адхезионом поступку уз брачни, патернитетски и материнитетски спор, примењује се правило о потпуној атракцији надлежности.[22]

У споровима за издржавање деце са међународним елементом, предвиђена је надлежност нашег суда и када тужени нема код нас пребивалиште:

- када је дете тужилац и има пребивалиште на територији наше земље;
- када су и дете и тужени наши држављани, без обзира на пребивалиште;
- када је малолетно дете тужилац и има наше држављанство.[23]

За остале спорове о издржавању, надлежност нашег суда постоји и када тужени нема пребивалиште код нас, ако је тужилац наш држављанин са пребивалиштем у нашој земљи.[24] Надлежност нашег суда у споровима о законском издржавању између брачних другова и бивших брачних другова постоји и ако су брачни другови имали своје последње заједничко пребивалиште на нашој триторији, а тужилац га у време суђења и даље има.[25]

Домаћи суд је надлежан и ако тужени има имовину у нашој земљи из које се може наплатити издржавање.[26]

У домену организационог процесног права, законодавац је у ПЗ предвидео, као основни принцип, колегијално суђење, за разлику од ЗПП у коме у општем парничном поступку доминира принцип инокосног суђења.[27]

---

[22] Душица Палачковић: „Парница за одређивање и промену висине издржавања“ , зборник радова: Остваривање и заштита права на законско издржавање, Крагујевац, 2002. г, стр. 131.

[23] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља , „Службени лист СРЈ“ , бр. 46/96. У даљем тексту ЗРСЗ. Видети чл. 67. ст 1.

[24] Видети чл. 67. ст. 2. ЗРСЗ.

[25] У погледу дилеме која се односи на одређење „у време суђења и даље има пребивалиште“ које би могло упутити на закључак да тужилац у току целог поступка мора имати пребивалиште на нашој територији, преовладава став да је тешко разумети зашто би се у овом случају морало инсистирати на континуираном пребивалишту тужиоца у нашој земљи. Видети: Дика, Кнежевић, Стојановић, Коментар закона о међународном приватном и процесном праву, Београд, 1991. г, стр. 227. и 228.

[26] Видети чл. 68. ЗРСЗ. Слично одређење има и чл. 44. ст. 3. ЗПП.

[27] Иако Устав Републике Србије (1990) предвиђа, као уставни принцип, колегијално суђење, нови ЗПП је фаворизовао монократско суђење. Разлог за то нису биле само препоруке Комитета министара Савета Европе, већ и низ познатих правно – политичких разлога (поротно суђење у грађанским стварима оптерећује буџет, изазива одређене тешкоће у функционисању и суђењу, доводи до одугловачења поступка због честих промена у саставу већа итд.), од којих је посебно значајно настојање да се оствари принцип ефикасности у суђењу и остваривање права на суђење у разумном року. Видети: Г. Станковић: „Основна

Према одредби чл. 203. ст. 1. ПЗ, у поступку у парницама за издржавање, у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, док је у поступку по жалби веће састављено од троје судија.

ПЗ предвиђа да веће које решава породичноправне спорове мора да буде специјализовано. Судије треба да имају посебна знања из области права детета, а поротници могу да буду само стручна лица која имају искуства у раду са децом и младима.[28]

Покретање поступка

Алиментациони поступак се редовно покреће тужбом.[29] Тужбом се покреће самостална алиментациона парница у којој се одлучује о праву на издржавање, продужењу права на издржавање, престанку права на издржавање или промени висине већ досуђеног издржавања.

Када је подносилац тужбе поверилац издржавања, захтев је кондемнаторне природе, али у парницама у којима се захтева осуда на чинидбу, прећутно је садржан захтев за утврђење да постоји право на издржавање. У овим парницама суд има задатак, да пошто претходно утврди да постоји право на издржавање, правилно утврди и одмери висину доприноса за издржавање.[30] Ипак, преображајни карактер имају тужбе које подноси поверилац издржавања захтевајући повећање износа издржаваања услед промењених околности или дужник издржавања, ако услед промене околности захтева да се обавеза издржавања смањи или укине, односно да се измени начин издржавања који је ранијом пресудом одређен.[31]

Алиментациона парница у којој се одлучује о праву на издржавање може да се покрене уз брачне, патернитетске или материнитетске парнице, уз парнице за заштиту права детета и парнице за уређивање начина вршења родитељског права. У том случају захтев за издржавање се може кумулирати уз друге захтеве у моменту подизања тужбе или се може подићи накнадно, у току парнице која већ тече, тако што ће тужба бити преиначена у објективном смислу.[32] У парници за издржавање могућа је,

---

начела посебних парничних поступака у породичним стварима“ , зборник радова: Ново породично законодавство, са саветовања одржаног у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобра 2006. г, Крагујевац, 2006. г, стр. 485.

[28] Видети чл. 203. ст. 2. и 3. ПЗ.

[29] Видети чл. 278. ПЗ.

[30] Љ. Мандић: „Поступак у парницама за издржавање“, зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. 4. 2006. г, стр. 214-215.

[31] Д. Палачковић, Парнично процесно право, Крагујевац, 2004. г, стр. 309.

[32] Нпр. ток бракоразводне парнице не представља сметњу да буде покренута алиментациона парница против једног од родитеља, без обзира што постоји

из разлога целисходности, објективна кумулација захтева за које није прописана иста врста поступка, што представља одступање од правила општег парничног поступка.[33]

У погледу покретања алиментационе парнице, поред начела диспозиције важи и принцип официјелности, тако да, изузетно, и сам суд, по службеној дужности, може да покрене парницу за издржавање, али само када се ради о законском издржавању малолетног детета. Суд може да покрене ex offo само алиментациони атхезиони поступак и то када је сам покренуо поступак за уређивање начина вршења родитељског права. Ово специфично одступање од начела диспозиције, у погледу покретања поступка, на коме је заснована цивилна процедура, диктирано је приоритетом који принцип посебне заштите и бриге о деци има у односу на остала процесна начела.[34]

Суд ће ex offo покренути поступак за уређивање начина вршења родитељског права у току брачне парнице уколико ниједан од родитеља није, као законски заступник детета, покренуо парницу за издржавање детета или је у бракоразводној парници, која је била покренута тужбом, донео одлуку о разводу брака, а у току поступка супружници нису пристали да споразумно уреде начин вршења родитељског права. Према одредби чл. 226. ст. 1. ПЗ суд је дужан да одлучи о вршењу родитељског права уколико је усвојио захтев за развод брака. У атхезионом поступку сам суд, зависно од околности конкретног случаја, одређује странку према којој покреће алиментациони поступак, односно странке према којима покреће поступак. Поред тога, суд одређује и тему расправљања и одлучивања.[35]

Уз алиментационе парнице може да се води адхезиони поступак у коме ће парнични суд одлучити о привременим мерама[36] ради издржавања.

могућност да се родитељи у току поступка посредовања споразумеју о вршењу родитељског права и да се договоре о издржавању детета.

[33] Према правилима општег парничног поступка, објективна кумулација тужбених захтева допуштена је ако је за све кумулиране захтеве надлежан исти суд и ако је законом за све захтеве одређена иста врста поступка. Видети, Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007. г, стр. 569.

[34] Г. Станковић: „Заштита права на издржавање у Породичном закону Републике Србије“, зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. 4. 2006. г, стр. 202.

[35] Ibidem

[36] Привремене мере, као средство обезбеђења, представљају погодан инструмент за пружање провизорне правне заштите ограниченог временског трајања која обезбеђује континуитет у издржавању једног лица док алиментациони спор не буде коначно решен. Видети, Н. Петрушић, „Привремене мере ради издржавања у

ПЗ прописује супсидијарну примену правила парничног поступка у посебним породичноправним поступцима, па тако и у алиментационим поступцима. Међутим, то не искључује могућност одређивања привремених мера обезбеђења у овим парницама по правилима извршног поступка без обзира што супсидијарна примена овог закона [37] није прописана, под условом да се у свему поштује посебност ових поступака.[38]

ЗПП у чл. 283. прописује да у свим парницама суд може изузетно, ако то захтевају посебне околности појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремених мера, одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом, а овлашћен је да у смислу чл. 313, донесе решење о привременим мерама обезбеђења и ван рочишта за главну расправу.

ЗИП у чл. 391. прописује да се привремена мера може одредити пре покретања и у току судског или управног поступка, као и по окончању тих поступака, све док извршење не буде спроведено.

Сам поступак за одређивање привремене мере, који се придружено води уз алиментациони поступак, има карактер адхезионог или инцидентног поступка, у зависности од тога да ли је одлука о привременој мери донета пре него што је одлучено о захтеву за пресуду или се суд определио да одлуку о привременој мери донесе уз одлуку о тужбеном захтеву.[39]

Поступак за одређивање привремене мере ради издржавања може да буде покренут предлогом или по службеној дужности. У парницама за издржавање малолетне деце суд може по службеној дужности одредити привремене мере. Кад се ради о издржавању пунолетног лица, суд одређује привремене мере само на његов предлог. Уколико је у алиментационој парници стављен прелог за одређивање привремене мере, суд ће одмах заказати рочиште за расправљање о овом предлогу. Суд може да одреди привремене мере само ако се учине вероватним чињенице од којих зависи право на издржавање. Привременом мером може се одредити издржавање само у обиму који је неопходан и довољан за задовољавање основних животних потреба повериоца издржавања.[40]

парницама из породичноправних односа“ , зборник радова: Остваривање и заштита права на законско издржавање, Крагујевац, 2002. г, стр. 156.

[37] Закон о извршном поступку, „Службени гласник РС“ , бр. 125/04. У даљем тексту ЗИП.

[38] С. Андрејевић: „Одређивање привремних мера у поступцима у вези са породичним односима“ , зборник радова: Ново породично законодавство, са саветовања одржаног у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобра 2006. г, Крагујевац, 2006. г, стр. 567.

[39] Н. Петрушић, op. cit. , стр. 159.

[40] Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007. г, стр. 569.

Особености поступка

Поступак у парницама за издржавање развија се између иницијалне радње, којом се поступак покреће, и одлуке суда. Он обухвата низ радњи процесних субјеката које су неопходне да би се мериторно решио настали спор о издржавању.

По правилу, подизањем тужбе, почиње припремни поступак, који је први стадијум првостепеног поступка, у коме се припрема главна расправа, а који почиње подизањем тужбе, а завршава се заказивањем рочишта за главну расправу. Кад алиментациони поступак није обустављен у току припремног поступка, председник већа заказује рочиште за главну расправу. Други стадијум поступка је главна расправа, која се по правилу одвија на највише два рочишта. Главна расправа је централни део алиментационог поступка, коју чине радње странака и суда предузете у циљу образовања процесне грађе за доношење одлуке којом се решава настали спор о издржавању. У трећем стадијуму поступка, који следи по закључењу главне расправе, суд одлучује о захтеву за пресуду. Поступак пред првостепеним судом завршава се достављањем донесене одлуке странкама, односно органу старатељства.[41]

Особеност, алиментационог поступка, између осталог, диктирана је и начелом ефикасности и економичности, као последицама права на суђење у разумном року, [42] а све је то конкретизовано тако што је одредбама породичног закона изричито предвиђена хитност, односно нарочита хитност у поступању.

Да би се спречило непотребно одугловачење у поступању, парничне радње у породичним поступцима треба да буду предузимане ефикасно. Принцип хитности, али и садржинске и временске концетрације, остварује се тако што је предвиђено да поступак у парницама у којима је дете странка или родитељ који врши родитељско право треба да буде спроведен на највише два рочишта. Постизање суђења у разумном року остварује се сходно одредбама ПЗ, тако што је изричито предвиђено да се тужба не доставља туженом на обавезан одговор на тужбу[43] и да прво рочиште треба да се закаже најкасније

---

[41] Видети, Љ. Мандић: „Поступак у парницама за издржавање“, зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. 4. 2006. г, стр. 216-217.

[42] Право странака на суђење у разумном року, је право странака на суђење без непотребног одугловачења и одлагања расправе. Из овог права произилази дужност суда да започне и заврши поступак пружања правне заштите у разумном временском року, што предвиђа ЗПП у чл. 10.

[43] У општем парничном поступку, одговор на тужбу туженог, је обавезна парнична радња, коју је тужени дужан да предузме у року од тридесет дана од дана пријема тужбе (чл. 282. ЗПП). Ако тужени не поднесе одговор на тужбу у одређеном року, суд доноси пресуду којом усваја тужбени захтев, односно

у року од петнаест дана од дана подизања тужбе, а другостепени суд треба да одлучи у року од тридесет дана од дана када му је достављена жалба.[44]

Начело нарочите хитности, конкретизовано је на посебан начин у алиментационим парницама, у односу на остале парнице из породичноправних односа, тако што је предвиђено да се прво рочиште одржи у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суду, и кроз то што је другостепени суд дужан да донесе одлуку у року од петнаест дана од дана када му је достављена жалба.[45]

У општем парничном поступку, кад су у питању начела која се односе на прикупљање процесног материјала важе два посебна режима у погледу прикупљања чињеничног и доказног материјала – расправно и истражно начело. За разлику од општег парничног поступка, где расправно начело има значај основног метода у погледу прикупљања чињеничног и доказног материјала, у парницама у којима се решавају породичноправни спорови, па тако и у алиментационим парницама, доминира истражно начело у односу на расправно начело.

Појачана примена истражног начела у оваквим парницама, омогућава суду да истражује истинитост релевантних чињеница и да тиме обезбеди закониту примену когентних норми материјалног породичног права и оствари породичноправну заштиту лицима којима је она потребна. Истражно начело омогућава судији слободу у прикупљању, избору и формирању процесног материјала који чини подлогу за одлучивање. Суд може да утврђује и оне чињенице које ниједна од странака није изнела и да проверава доказивањем и истинитост неспорних чињеница.[46] То, међутим, никако не значи да странке не могу да износе одређене чињенице или да предлажу доказе. Странке и даље располажу процесним материјалом и представљају извор сазнања за суд о правно релевантним чињеницама. Границе овлашћења суда да утврђује чињенице и да изводи доказе зависе од домашаја начела диспозиције и начела официјелности.[47]

У законском тексту нису увек прецизно одређене границе овлашћења суда које проистичу из истражног начела и због тога суд сам одређује границе својих инквизиционих овлашћења у сваком од посебних парничних поступака у породичноправним стварима, па тако и у алиментационом поступку, у складу са начином на који интерпретира

пресуду због пропуштања, ако су испуњени законом предвиђени услови (чл. 338. ЗПП).

[44] Видети чл. 204. ПЗ.

[45] Видети чл. 280. ПЗ

[46] Видети чл. 205. ПЗ.

[47] Г. Станковић: „Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима“, зборник радова: Ново породично законодавство, са саветовања одржаног у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобра 2006. г, Крагујевац, 2006. г, стр. 491-492.

правну норму коју треба да примени приликом одлучивања. Због тога као последица различитог тумачења у сваком конкретном случају, може да дође до арбитрерности у одлучивању и, понекад, до фактичке неједнакости странака у поступку за пружање правне заштите.[48]

Према заједничким одредбама ПЗ за судске поступке у парницама у којима се решавају породичноправни спорови јавност је искључена по самом закону.[49]

Право на јавно суђење представља компоненту садржине права на правично суђење које је прокламовано одредбом чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950) коју је прихватила и ратификовала и наша земља. [50] И одредбама Устава Републике Србије, посебно је предвиђена јавност расправе пред судом.[51]

Јавност може да буде искључена, по самом закону или по одлуци суда, у току читавог поступка или из једног његовог дела ако то захтевају интереси чувања службене, пословне или личне тајне, интереси јавног реда или разлози морала, као и када је то потребно да би се обезбедило неометано одржавање расправе.[52]

Искључење јавности у статусним правним стварима је разумљиво и неопходно јер се ради о томе да то захтевају и интереси заштите приватног живота странака [53] и интереси малолетника. Међутим, у парницама за издржавање које се самостално воде, пошто се у њима не одлучује о статусним питањима, не би требало да јавност буде искључена јер се ради о парницама које се тичу поверилачко - дужничког односа. У овим парницама, у којима се одлучује о чистим имовинским питањима, не постоје посебни разлози за одступање од једног од основних стандарда у погледу пружања правне заштите уопште – принципа јавности. Уколико се у парници одлучује о престанку права на издржавање или о промени висине досуђеног издржавања нема посебног разлога да јавност буде искључена, јер се ради о парници у којој се одлучује о имовинским правима и дужностима.[54]

---

[48] Ibidem

[49] Видети чл. 206. ст. 1. ПЗ.

[50] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењен у складу са протоколом бр. 11, „Службени Лист СЦГ“ , међународни уговори, бр. 9/03, стр. 16.

[51] Устав Републике Србије, „Службени Гласник Републике Србије“, бр. 98/06. Видети чл. 142. Устава Републике Србије.

[52] Видети чл. 308. ЗПП.

[53] Одредбом чл. 24. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама предвиђено је право на приватност („Службени лист СЦГ“, бр. 6/03).

[54] Г. Станковић: „Заштита права на издржавање у Породичном закону Републике Србије“, зборник радова са научне конференције „Новине у породичном законодавству“, Ниш, 28. 4. 2006. г, стр. 197.

У алиментационим парницама, у одређеној мери, одступа се од основног начела цивилне процедуре – начела диспозиције. Одступање од начела диспозиције у поступку за издржавање је последица императивне природе материјалноправних норми породичног права, али и саме садржинске сложености породичноправних односа у којима долази до спорова, али и законом предвиђеног и дозвољеног одступања од аутономије воље.

Субјекти породичноправних односа, по правилу, немају слободу у диспонирању својим породичноправним правима и обавезама због њихове правне природе. Из тог разлога је и диспозиција парничних странака у овим поступцима ограничена и сведена у оне оквире који су неопходни за заштиту њихових права.

Одступања од начела диспозиције манифестују се у ограничењу права странака у погледу покретања одређених поступака, у официјелном покретању појединих поступака, у невезаности суда за захтеве странака, у недопуштености одређених диспозитивних радњи у току поступка.

Ограничење у погледу права странака да покрећу неке поступке, испољава се на два начина. Пре свега, процесна легитимација у појединим поступцима призната је, самим законом, само одређеном кругу лица или одређеним органима. С друге стране, вршење самог права на правну заштиту везано је за одређене преклузивне рокове, јер је и конкретно породично право временски ограничено у погледу трајања,[55] тако да се парнични поступак за остваривање или заштиту одређених породичних права може покренути само у одређеном, преклузивном року.[56]

Један од начина који представља одступање од начела диспозиције, огледа се и у официјелном покретању појединих адхезионих поступака. Тако је, парнични суд овлашћен да покреће адхезиони алиментациони поступак или да нареди, по службеној дужности привремене мере ради издржавања. Овлашћење парничног суда да по службеној дужности покреће адхезионе парничне поступке или поступке обезбеђења предвиђено је, пре свега, ради заштите виталних интереса малолетне деце.

Страначки захтев, у складу са начелом диспозиције, редовно опредељује обим судског одлучивања. Међутим, у алиментационим парницама у којима се одлучује о издржавању, суд може да суди и extra petitum јер је ПЗ изричито предвиђено да суд није везан границама

[55] Нпр. право на законско издржавање разведеног супружника.

[56] Покретање поступка за издржавање супружника могуће је само док брак траје или под одређеним условима, у року од годину дана од дана престанка брака, односно од дана када је учињено последње давање на име издржавања (чл. 279. ПЗ). Видети, Г. Станковић: „Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима“ , зборник радова: Ново породично законодавство, са саветовања одржаног у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобра 2006. г, Крагујевац, 2006. г, стр. 486.

тужбеног захтева за издржавање.[57] То, практично, значи да суд може да досуди већи износ од износа који је тужилац у тужби одредио.[58]

Одступање од начела диспозиције јавља се и у виду ограничења која се тичу диспонирања процесним материјалом. Иако од воље странака зависи које ће чињенице изнети и које ће доказе понудити, као и које ће наводе парничног противника признати или порицати односно оспорити, суд је, у оквиру својих истражних овлашћења, овлашћен да истражује и чињенице које странке нису изнеле и да изводи доказе које странке нису предложиле.

Кад је у питању примена когентних (материјалноправних и процесноправних) норми, суд је овлашћен да проверава истинитост чињеница на којима странке заснивају своје захтеве, као и кад посумња да странка признањем чињеница иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати (чл. 222. ст. 1. ЗПП). Из тог разлога суд је овлашћен да изводи доказе и о неспорним чињеницама да би спречио недопуштене диспозиције у парници. Суд може да проверава истинитост признатих чињеница увек кад посумња у допуштеност страначке диспозиције.[59]

Одступање од начела диспозиције, у овим парницама, испољава се и као ограничење овлашћења странака у погледу предузимања појединих диспозитивних парничних радњи. Тужилац се не може одрећи тужбеног захтева, [60] тужени не може признати тужбени захтев, поравнање је ограниченог домета.

Начело официјелности има знатно ширу примену у посебним парничним поступцима у породичноправним стварима, па тако и у алиментационим поступцима. Овај поступак је конципиран на широј примени начела официјелности да би се, с једне стране, омогућило суду да прошири обим породичноправне заштите и преко граница захтева који су поставиле странке, а с друге стране, да би се суду дале одрешене руке у

---

[57] У ЗБПО Србије из 1980. г. Није било предвиђено правило да суд у алиментационим парницама може да прекорачи границе истакнутог тужбеног захтева. Међутим, веома заступљено је било схватање да је суд овлашћен да одлучује ULTRA ET EXTRA PETITUM у свим поступцима у којима се као странка појављује малолетно дете. Видети, С. Зуглија, С. Трива, Коментар Закона о парничном поступку, дрги део, Загреб, 1957. г, стр. 366.

[58] Видети, Г. Станковић: op. cit. , стр. 488.

[59] Г. Станковић, op. cit. , стр. 490.

[60] Ни право супружника, односно будућих супружника, на закључење брачног уговора, које као новину уводи ПЗ у чл. 188, а чиме отвара могућност да се брачним уговором суспендује законски брачно – имовински режим, не би могло да утиче на право супружника да тражи издржавање, чак и ако би се он, уговорном клаузулом, одрекао алиментације. Таква клаузула би била, као супротна императивној норми (чл. 8. ст. 2. ПЗ), без правног дејства. Видети, Р. Вујовић, op. cit. , стр. 182.

поступку у примени императивних норми и уклониле све оне процесне баријере које произилазе из везаности суда за страначке диспозиције.

Конкретизација овог начела је остварена, тако што је предвиђено да парнични суд може да покрене адхезиони парнични поступак или адхезиони поступак обезбеђења, да прекорачи тужбени захтев, да сам одлучује које ће чињенице утврђивати чак и кад оне нису спорне, да сам одређује које ће доказе изводити, као и што инстанциони суд има посебна овлашћења у поступку по жалби.

Рокови за остваривање права на издржавање

Право на издржавање супружника и ванбрачних партнера после престанка брака односно ванбрачне заједнице временски је ограничено. ПЗ предвиђа рокове у којима се може остварити право на издржавање. Рокови су материјалноправни и преклузивни.

Супружник има право на издржавање у току трајања брака, у току бракоразводног поступка и после престанка брака. Остваривање права на издржавање у току трајања брака није везано за рок и алиментациона парница се може покренути увек кад настане спор о издржавању. Уколико је покренута бракоразводна парница, захтев за издржавање може да буде истакнут само до закључења главне расправе (чл. 279. ст. 2. ПЗ). Право на издржавање се, изузетно, може остварити и пошто је брак разведен. У том случају бивши супружник, уколико из оправданих разлога није тражио издржавање, у току бракоразводног поступка, мора да подигне тужбу у одређеном року, најкасније у року од годину дана од престанка брака, односно од када му је учињено последње фактичко давање на име издржавања (чл. 279. ст. 3. ПЗ). Тужбени захтев, у овој ситуацији може бити усвојен само ако су услови од којих зависи право на издржавање постојали у време престанка брака и још увек постоје у време закључења главне расправе у парници за издржавање (чл. 279. ст. 4. ПЗ).

Трајање права на издржавање после престанка брака временски је ограничено на период од пет година,[61] с тим што, изузетно, поверилац

[61] У већини права данас у свету преовлађује став да је сваки од разведених брачних другова одговоран за сопствено издржавање, те да један супружник, не би требало да буде обавезан да издржава другог. Због тога је досуђивање доживотног издржавања ранијем брачном другу, односно досуђивање на неодређено време, врло ретко у упоредном законодавству и пракси. Уместо тога, издржавање има карактер привремене помоћи до стицања потпуне финансијске самосталности и траје, по правилу, само одређено време и то највише три године од престанка брака (у Бугарском, Норвешком, Чешком, Грчком праву), највише четири године (у Шведском праву), највише пет година (у Холандском и Руском праву). Трајање издржавања може бити препуштено дискреционој оцени суда који треба да донесе одлуку водећи рачуна о дужини трајања брака и посебним

издржавања, коме је досуђено издржавање, има право на продужење издржавања, ако нарочито оправдани разлози спречавају супружника повериоца издржавања да ради (чл. 163. ст. 2. и 3. ПЗ).

Нејасна је одредба чл. 279. ст. 1. ПЗ којом је прописано да се тужба за издржавање ванбрачног партнера може подићи и током трајања ванбрачне заједнице. Тешко је замислити неформалну заједницу живота мушкарца и жене, у којој су партнерски односи поремећени до мере која захтева да се средства за егзистенцију једног партнера потражују од оног другог судским путем, а да заједница живота, упркос томе, опстаје.

Право на тужбу током трајања брака, а ради обезбеђења средстава за егзистенцију једног супружника на терет другог, има оправдање у реалним односима, јер брак формално може постојати, а да заједнице живота нема, али нема оправдања признање права на тужбу ванбрачном партнеру током трајања ванбрачне заједнице, јер ванбрачне заједнице нема ако нема заједнице живота. [62]

Ванбрачни партнер своје право на издржавање може да оствари у року од годину дана од престанка заједнице живота ванбрачних партнера, односно од дана кад је учињено последње фактичко давање на име издржавања (чл. 279. ст. 5. ПЗ).

Одлучивање и правни лекови

Свака алиментациона парница развија се радњама процесних субјеката идући ка свом коначном циљу, тј. одлуци којом се алиментациони спор решава. О основаности захтева за издржавање суд одлучује одлуком у форми пресуде, којом се усваја или одбија тужбени захтев.

Страначки захтев, у складу са начелом диспозиције, редовно опредељује обим судског одлучивања. Међутим, у алиментационим парницама, суд може да суди и extra petitum јер је законом изричито предвиђено да суд није везан границама тужбеног захтева за издржавање (чл. 281. ПЗ).

У самосталним алиментационим парницама, о основаности свих захтева за пресуду, суд одлучује, по правилу, једном одлуком. Међутим, кад се спор о издржавању решава у адхезионом алиментационом поступку уз брачне парнице, у појединим случајевима суд о непосредном предмету парнице може да одлучи делимичном и допунском пресудом (чл. 334. и чл. 343. ЗПП).

С друге стране, у патернитетским и матернитетским парницама у којима је истакнут захтев за издржавање деце не постоји могућност да се о том захтеву одлучи делимичном пресудом, с обзиром да је одлука о постојању

околностима сваког појединачног случаја (у Данском, Француском, Немачком праву). Видети, М. Драшкић, Породично право и права детета, Београд, 2005. г, стр. 363.

[62] Р. Вујовић, op. cit. , стр. 179 – 180.

очинства, односно материнства од прејудицијелне важности за одлуку о издржавању.

У алиментационим парницама суд не може донети пресуду на основу одрицања с обзиром да одрицање од права на издржавање није допуштено,[63] као ни пресуду на основу признања[64] и пресуду на основу пропуштања.[65]

Судско поравнање, као диспозитивна парнична радња странака, има ограничен домет у алиментационим парницама, због саме природе права на законско издржавање. Наиме, у току парнице странке имају право да се поравнају само у погледу начина на који ће бити реализована ова законска обавеза (чл. 161. ст. 2. ПЗ), а не и у погледу самог права на законско издржавање.

И поверилац и дужник издржавања имају право да покрену парницу и да захтевају од суда да суд одлучи о повећању или смањењу досуђеног износа издржавања, о промени начина издржавања или о престанку права на издржавање уколико су се, после правноснажности пресуде, промениле околности које су чиниле темељ доношења претходне одлуке. Право на покретање нове парнице није у супротности са правилом о пресуђеној ствари јер суд у новој парници треба да одлучује према новом чињеничном стању које је настало после правноснажности претходне пресуде и које није обухваћено временским границама правноснажности. Кад суд одлучи у новој, каснијој парници, пресуда из претходне парнице неће бити ни промењена нити ће престати да постоји. Ранија пресуда ће само престати да буде регулатор односа странака јер ће уместо ње односи странака бити регулисани новом судском одлуком.[66]

О накнади трошкова поступка суд одлучује по чл. 207. ПЗ, по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.[67] Одступање од правила која важе у општем парничном поступку код одмеравања висине

---

[63] Видети чл. 8. ст. 2. ПЗ.

[64] Иако одредбама ПЗ није изричито предвиђено, тужени, упркос оспоравању тужбеног захтева, не може признањем чињеница на којима тужилац заснива свој тужбени захтев да створи услове за доношење пресуде без одржавања усмене расправе. У парницама из породичноправних односа, у којима важи истражно начело, суд не може донети ову пресусу јер он по службеној дужности испитује истинитост чињеница и које нису спорне. Видети, Г. Станковић: „Основна начела посебних парничних поступака у породичним стварима“ , зборник радова: Ново породично законодавство, са саветовања одржаног у Врњачкој Бањи, 16. и 17. октобра 2006. г, Крагујевац, 2006. г, стр. 490.

[65] Видети чл. 338. ЗПП.

[66] С. Трива, op. cit. , стр. 615.

[67] Правичност подразумева успех у спору, кривицу странака за настанак појединих трошкова, имовинско стање и способност за привређивање, којој странци су додељена деца итд. Видети, А. Јакшић, Грађанско процесно право, Уводне теме и парнични поступак, Београд, 2006. г, стр. 627.

накнаде на име парничних трошкова последица је примене истражног начела. Пошто у овим парницама трошкови могу да настану јер је суд проверавао истинитост и неспорних чињеница и сам прикупљао и изводио доказе, неправично је да странка која дугује издржавање сноси и те трошкове.[68]

Према правилима садржаним у чл. 282. ПЗ пресуду о издржавању суд је дужан да одмах достави органу старатељства на чијој територији поверилац издржавања има пребивалиште односно боравиште. Орган старатељства је дужан да води евиденцију и документацију о издржаваном лицу.

Странка која је незадовољна одлуком која је донета у алиментационој парници може да уложи правни лек којим захтева њено укидање или преиначење. Одлуке донете у овим парницама могу се побијати редовним и ванредним правним лековима.

У алиментационим парницама странке могу да уложе оне редовне правне лекове који су предвиђени правилима општег парничног поступка, а то су: жалба против пресуде и жалба против решења. Одступање од начела диспозиције представља и овлашћење дато суду да у инстанционом поступку, по службеној дужности, истражује постојање одређених повреда у одлуци суда која је предмет контроле и мимо предлога самог жалиоца.[69] ПЗ у чл. 280. ст. 3. предвиђа, да је другостепени суд дужан да донесе одлуку у року од петнаест дана од дана када му је достављена жалба.

Што се тиче ванредних правних лекова, против одлуке другостепеног суда у алиментационим парницама дозвољена је ревизија, увек када се ради о праву на издржавање или о праву на укидање издржавања (чл. 394. ст. 4. т. 1. ЗПП). Могу се још изјавити и: жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање – директна ревизија (чл. 389. ЗПП), захтев за заштиту законитости (чл. 413. ЗПП) и предлог за понављање поступка (чл. 422. ЗПП).

Закључак

Посебан значај и осетљивост материје породичног права увек је захтевао и посебан начин регулисања поступања у породичноправним споровима. Доношењем модерног ПЗ овај захтев за усклађивањем процедуре са материјалним правом је само још више оснажен. Увођењем одређених новина на пољу материјалног права и њихово остваривање, захтевало је и прописивање посебних процесних норми које се суштински разликују од правила опште парничне процедуре.

---

[68] Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007. г, стр. 570.

[69] Видети, Г. Станковић: „Положај детета у парничном процесном праву“ , Правни живот, бр. 12, Београд, 1996. г, стр. 484.

Правила којима је уређен поступак у алиментационим парницама у ПЗ разликују се од правила којима је овај посебан парнични поступак био нормиран у ЗБПО. То је, с једне стране последица инструменталног карактера саме процедуре јер процесне норме треба да одговарају природи и садржини материјалноправних односа који се штите по правилима парничне процедуре. На пољу материјалног права, изражена је тенденција, преласка са концепта подруштвљене породице, на концепт, преваљивања терета егзистенцијалне заштите појединца, на породицу. С друге стране, то је и последица настојања да се у знатној мери побољшају законска решења из ранијег процесног режима.

На једној страни су жеље и настојања законодавца да пронађе и усклади најбоља процедурална решења на овом пољу, што диктира значај издржавања, које је истовремено израз породичне солидарности, али, веома често, и једини основ егзистенције, чиме се питање његовог остваривања и заштите, намеће као једно од најтежих у пракси. На другој страни је објективна реалност коју симболизује урушена привреда и материјална егзистенција грађана на ниском нивоу, а све то може довести у неким ситуацијама до недоумица у погледу појединих законских решења. Тако је евидентно да орган старатељства има активну процесну легитимацију, по самом закону, али у погледу разраде његових ингеренција, намеће се утисак, законске неодређености. Исто тако питање привремених мера се не помиње у закону, иако је то питање веома битно, посебно са аспекта обезбеђења егзистенције за малолетну децу. Чињеница је да ПЗ предвиђа супсидијарну примену ЗПП, али ипак, поступак везан за привремене мере је поступак обезбеђења и регулисан је ЗИП. Такође, предвиђање законске могућности ванбрачног партнера да поднесе тужбу за издржавање у току трајања заједнице живота, је нејасно, јер то практично значи, потпуно изједначавање правног и фактичког, губи се граница између брака и ванбрачне заједнице. Практично, људима чији је избор другачији животни стил намеће се исти правни режим као и онима чији је избор класични облик породице утемељен на браку. И поред несумњиво добрих намера, поставља се питање има ли држава право на такво мешање и такво наметање ограничења ванбрачним партнерима.

Наведени став је само запажање до кога се дошло обрадом ове теме, а никако претенциозна жеља за критиком законодавца и самог закона, јер је несумњиво настојање да нова законска решења представљају, ако ништа друго, оно покушај да се оствари побољшање у погледу начина решавања алиментационих спорова, посебно кад је у питању заштита и остваривање права детета на законско издржавање.

Milan Maric,
an assistant

DISTINCTIVENESS OF FAMILY MAINTENANCE DISPUTES

The introductory part of this work intends to provide us with general informatino on family maintenance from the aspect of substantial law. The second part of the work deals with the basic features on maintenance dispute and with certain derogations against the common civil cases which applies when it is needed to protect typical property rights, so it is not appropriate for protection of family rights. Furthermore, author of this paperwork deals with the issues of plaintiff and defendant, as persons entitled by direct law provisions to take part in litigation as parties.

The next issue is matter of jurisdiction, in territorial and substantial way and it is also given the review of the disputes with foreign elements.

Instituting the procedure is the next part of the work. It is usual to institute procedure for obtaining maintenance by pressing charges. In this way it may be conducted as independent maintenance litigation, but it can be also conducted as adhesive litigation, for examle in marriage, paternity or maternity disputes. Exceptionally, the maintenance procedure can be instituted by the court itself, but only in the maintenance disputes concerning child.

At the part of the work named distinctiveness of the procedure, the author deals with the derogations of maintenance disputes comparing them to the common procedure, in the sense of basic princlipes of general litigation.

Furthermore, it is given informations on the dates when the right to claim maintenance expires. The right for maintenance of the spouses and cohabitants after the termination of marriage or unmarried cohabitation is limited in time. Family Law predicts dates for exercising right to claim maintenance. Dates can be substantial or preclusive.

The last part of the work refers to decisions and ordinary et extraordinary remedies.

Одељак VIII

Различити правни проблеми

Др Ненад Ђурђевић
редовни професор

UDK: 796:342.7-055.2

СПОРТ И ЖЕНСКА ЉУДСКА ПРАВА

На почетку 21. века, свест о самосвојним проблемима и правима жена прерасла је уске границе женског покрета и постала је глобални проблем целокупног човечанства. Упркос огромним променама у начину живота, у већини савремених друштава, изразита доминација мушкараца над женама још је увек битна карактеристика положаја данашње жене.

Спорт, као саставни део друштва, није поштеђен неоправдане дискриминације жена, ма колико се изговори тражили у одређеним специфичним карактеристикама појединих спортских дисциплина. Чак иако се одређена „повлашћеност“ мушкараца може разумети у погледу самог одвијања појединих спортских активности (физичког вежбања и такмичења), дискриминација жена у погледу учешћа у одлучивању у управним органима организација у области спорта нема никакво оправдање.

А. Користи које спорт пружа женама

Спорт се у међународним оквирима дефинише веома широко. Он у себи укључује сваки облик физичке активности која доприноси физичкој спремности, добром стању менталног здравља и социјалном повезивању. Спорт обухвата: игру; рекреацију; организован или неформалан такмичарски спорт; традиционалне спортске игре.

Различите активности и анализе које су вршене од стране бројних међународних организација (међудржавних и невладиних) показале су да спорт може осигурати широк спектар користи женама (свих узраста) и да може послужити као моћно средство за унапређење положаја жена и постизање полне равноправности.

У том погледу спорт посебно може:

- допринети ширењу полне равноправности путем доприношења поштовању људских права и омогућавања женама приступа јавним просторима и објектима, на којима се могу окупљати у циљу побољшања властитих вештина у комуникацијама, тимском раду, лидерству, преговарању и уживању у слободи изражавања и кретања;
- омогућити женама да постану укљученије у школским оквирима и живот у заједници;

- значајно допринети стању здравља жена, нарочито побољшању стања здравља у току материнства, смањењу смртности новорођенчади и ублажавању последица остеопорозе;
- развити код жена осећај да су саме господари свога тела и повећати њихово самопоуздање;
- послужити, преко своје моћи окупљања, као тачка преко које се жене укључују и у друге активности;
- представљати ослонац за приступ раду са женама на многим социјалним питањима, посебно онда када је социјална интеграција изван породице ограничена;
- допринети женама да се не упуштају у везе обележене насиљем, да не пате од депресије, да избегну нежељене трудноће и да не постану пушачи;
- утицати на разбијање полних стереотипа;
- смањујући полну дискриминацију, довести до бољег образовања и повећања броја жена које завршавају школе, укључујући и стварање могућности за нетрадиционалне облике образовања током читавог животног века.

Да би жене извукле максималну корист из бављења спортом, највећи могући значај треба придати укључењу жена у различите програме „спорта за све“. То није нимало случајно јер су међународна искуства показала да програми „спорта за све“: обезбеђују једнакост полова; смањују дискриминације и маргинализације; унапређују индивидуалну здравствену заштиту, посебно борбу против растућег проблема гојазности; доприносе кохерентнијем и одрживијем развоју друштва; јачају одрживост за очување животне средине; спречавају антисоцијално понашање и злочине; омогућавају младим људима најбоље могуће стартне позиције за даљи живот; омогућавају дужу радну ангажованост и развој радних способности; повећавају индивидуалне и колективне способности; смањују дискриминацију припадника других етничких група; подстичу друштвену интеграцију; стварају повољније услове за рехабилитацију и реинтеграцију; подстичу сарадњу и друштвену покретљивост; унапређују заштиту људских права.

Б. Женска људска права

I. Заштита женских људских права према међународном праву

Термин „женска људска права“ израз је новијег датума, настао из потребе да се нагласи значај родне равноправности и да се обезбеди спречавање дискриминације жена. Он је саставни део појма „људска права“, као назива за скуп основних права људске особе, односно оних

права која она не мора посебно истицати, већ их поседује на темељу самог свог постојања и независно од земље чији је држављанин или у којој живи. Израз „људска права“, као родно неутралнији појам и појам који ставља нагласак на својства лица као припадника и припадница људске врсте, заменио је старији и конзервативнији, мада још често коришћен, појам „права човека“. Термин „права човека“ потиче из француске и америчке терминологије (Декларација о независности) и традиције 18. века, и употребе појмова „droit de l‘ homme“ и „rights of man“. Још је Општа (универзална) декларација о људским правима, на захтев Комисије за статус жена, заменила термин „all man“ са „all human beings“.

Потреба за наглашавањем постојања „женских људских права“ проистиче, пре свега; из постојања различитих родних улога у данашњем друштву и са тиме повезаном различитом обиму уживања људских права од стране мушкараца и жена, који се, у суштини, своди на дискриминацају жена. Према подацима Уједињених нација: од 1,3 милијарде људи који живе у потпуном сиромаштву 70% су жене; сиромаштво међу женама непосредно је повезано с неједнаким положајем који заузимају на тржишту рада; жене чине већину неписмених у свету; жене често имају дуже радно време него мушкарци и велики део тог посла се не плаћа; жене обављају између 10 % и 20 % директорских и управних послова широм света и мање од 20 % у призводњи; жене заузимају свега 10 % места у парламентима и чине мање од 5 % светских државника; у многим земљама жене нису ни пред законом равноправне са мушкарцима.

Република Србија је чланица Уједињених нација, Савета Европе, Међународне организације рада, УНЕСК-а и других међународних организација. Прихватањем чланства преузете су и обавезе дефинисане различитим актима тих организација, које се односе на положај жена у друштву. Према члану 16. став 2. Устава Републике Србије, општеприхваћена правила међународног права потврђена међународним уговорима саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, с тим да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.

Генерална скупштина Уједињених нација усвојила је 10. 12. 1948. године Општу (универзалну) декларацију о људским правима (Universal Declaration of Human Rights). У тој Декларацији су садржана основна људска права чије је постојање нужно за истинско поштовање и очување људског достојанства, вредности људске личности и за равноправност међу људима. Чланом 2. став 1. Резолуције 217 III истакнуто је да сва права и слободе припадају свакоме, без обзира на расну, полну и верску припадност, политичко и друго мишљење, национално и друштвено порекло. Поводом обележавања двадесете годишњице доношења Декларације, у Техерану је 1968. године одржана Светска конференција о људским правима. У завршном документу те Конференције посебно је

истакнуто да се мора елиминисати свака дискриминација чије су жртве жене и да је подређен положај жена супротан Повељи Уједињених нација и Општој декларацији о људским правима. Забрана дискриминације на основу пола садржана је и у друга два документа Уједињених нација о људским правима: Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима и Међународном пакту о грађанским и политичким правима, из 1966. године.

Даљи напредак у погледу правног положаја жена у свету дала је Конференција о људским правима одржана 1993. године у Бечу. На Конференцији је прихваћена и нова терминологија: „женска људска права".

Женама су биле посвећене следеће Светске конференције:

- Светска конференција „Међународне године жена" у Сиудад Мексику – 1975;
- Светска конференција УН „Декаде жена" у Копенхагену – 1980;
- Трећа Светска конференција о женама у Најробију – 1985;
- Четврта Светска конференција о женама у Пекингу – 1995.

Генерална скупштина Уједињених нација је својом **Резолуцијом бр. 3010**, прогласила 1975. годину Међународном годином жена, а **Резолуцијом бр. 3520**, прогласила је раздобље од 1976. до 1985. године „Декадом жена: једнакост, развој и мир". На крају Декаде жена, у Најробију (Кенија) одржана је Трећа Светска конференција о женама на којој је усвојена „Стратегија за будућност за унапређење положаја жена до 2000. године". Након следећих десет година, у Пекингу је одржана Четврта Светска конференција о женама, на којој је присуствовало око 50. 000 људи, и на којој је усвојена Пекиншка декларација и Платформа за акцију. Циљ тих докумената је оснаживање положаја жене у друштву и имплементација стратегије из Најробија. Пекиншка декларација се посебно бави питањима уклањања препрека партиципацији жена у свим сферама јавног и приватног живота и захтевањем потпуног и једнаког учешћа жена у доношењу привредних, социјалних, културних и политичких одлука. У Пекиншкој декларацији је истакнуто да су права жена људска права: „Women's rights are human rights". У Платформи за акцију идентификовано је 12 подручја која изазивају посебну забринутост када је у питању положај жена у друштву: жене и сиромаштво; школовање и стручно усавршавање жена; жене и здравље; насиље над женама; жене и оружани сукоб; жене и привреда; жене на положајима моћи и одлучивања; институционални механизми за побољшање положаја жена; људска права жена; жене у медијима; жене и животна средина; женско дете.

Од усвајања Универзалне декларације о људским правима донет је читав низ међународних инструмената са циљем да се „натерају" државе да предузму мере за остваривање грађанских, политичких и других права жена. Међу значајнијим су: Конвенција о политичким правима жена –

1957; Конвенција о држављанству удатих жена – 1957; Резолуција Економског и социјалног савета 1991/18 о насиљу над женама у свим његовим сферама – 1991; Резолуција Економског и социјалног савета 1992/20 за побољшање положаја жена и људска права – 1992.

Најважније тело Уједињених нација које се бави заштитом женских људских права јесте **Комисија за статус жена**, која заседа сваке године. Од 1996. године Комисија обично расправља о некој од области наведеној у Техничкој платформи за акцију. У њеним оквирима је припремљена и **Декларација о елиминацији дискриминације жена** коју је Генерална скупштина Уједињених нација прихватила 1968. године. Та Декларација је била основ за доношење од стране Генералне скупштине УН 1979. године **Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена**. Конвенцијом је основано и посебно тело за праћење спровођења Конвенције у земљама потписницама: **Комисија за елиминисање дискриминације жена**. Конвенцију прати факултативни протокол, на основу кога државе потписнице тог протокола признају надлежност Комитета да прима и разматра поднеске појединаца или група лица које тврде да су жртве повреде неког од права утврђениих Конвенцијом. Према члану 1. Конвенције : „ ... израз дискриминација жена означава сваку разлику, искључење или ограничење у погледу пола, што има за последицу или циљ да угрози или онемогући признање, остварење или вршење од стране жена, људских права и основних слобода на политичком, економском, друштвеном, културном, грађанском или другом пољу, без обзира на њихово брачно стање, на основу равноправности мушкараца и жена“. За спорт је од посебног значај одредба члана 13. Конвенције: „Државе чланице предузимају све одговарајуће мере ради елиминисања дискриминације жена у другим областима привредног и друштвеног живота како би им се, на основу равноправности жена и мушкараца, обезбедила једнака права, а посебно: ... ц) право на учешће у **рекреативним активностима, спорту** и свим областима културног живота“.

Република Србија је (на основу сукцесије) потписница Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена[1], али не и факултативног протокола.

Парламентарна скупштина Савета Европе је још 1985. године **Препоруком бр. 1008** затражила од Комитета министара да позове све владе држава чланица на промовисање једнакости, како би и жене биле укључене у јавни и политички живот под истим условима као и мушкарци. Када је у питању положај жена, нарочито су значајни следећи документи: Приручник о националним механизмима за унапређење родне равноправности EG (2001) 7; Препорука Комитета министара државама

[1] Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/81.

чланицама о уравнотежености учешћа жена и мушкараца у политичком и јавном одлучивању, са пратећим меморандумом Res (2003) 3; На путу до родне уравнотежености: водич за уравнотеживање у одлучивању – добре праксе у циљу постизања родне уравнотежене заступљености у политичком и друштвеном одлучивању EG-S-BP (2001) 1.

Европска унија је **Повељом о основним правима у ЕУ** из 2000. године гарантовала једнакост жена и мушкараца у свим областима и забранила сваки вид дискриминације који се темељи на полу. Уговорну основу политике једнаких права жена у ЕУ чине **чл. 6. УЕУ и чл. 2, 3, 13, 94, 137, 138, 141. УоЕЗ**. Циљеви политике једнаких права мушкараца и жена су: унапређење једнаких шанси и права мушкараца и жена и сузбијање специфичне дискриминације полова. Испуњење тих циљева се обезбеђује увођењем политике једнаких права у све сфере политике, доношењем одговарајућих уредби и смерница, поступцима провере и поступцима код кршења Уговора. Начело једнакости шанси и поступања независно од држављанства било које држава чланице ЕУ, као и забрана дискриминације засноване на полу, улазе у ред основних начела комунитарног радног права [2] . Одредбе Уговора о ЕЗ о забрани дискриминације по основу пола имају признато директно дејство, што значи да се радница у поступку пред националним судом може позвати на заштиту социјалног права које јој припада на основу Уговора.

У **случају Cristini** из 1975. године, Суд правде ЕЗ заузео је становиште да се начело једнаког поступања не ограничава само на услове запослења и рада већ се тиче целине услова живота држављана државе чланице примљеног на територију друге државе чланице. Једнак третман жена и мушкараца у погледу приступа запошљавању, професионалном образовању и напредовању, као и услова рада уопште, обезбеђен је и **Директивом бр. 76/77**, као и **Директивом бр. 2000/78**, којима је забрањена не само директна дискриминација него и индиректна дискриминација (постојање статистичког доказа да одређени услов за заснивање радног односа води резултату који је неповољнији за одређене категорије радника).

Када су у питању права запослених жена, најпотпуније одредбе о забрани дискриминације садржане су у бројним документима (конвенцијама и препорукама) Међународне организације рада. У складу са **Декларацијом о основним принципима и правима на раду МОР-а** из 1988. године, укидање дискриминације у вези са радним односом и занимањем спада у основне - фундаменталне принципе и права у области рада. За жене су нарочито значајна следећа документа МОР-а:

- **Конвенција 111 о укидању дискриминације у вези са запошљавањем и занимањем**, из 1958. године. Југославија је ову

[2] Чл.1. и 12. Уговора о ЕЗ.

Конвенцију ратификовала 1961. године.[3] Према члану 1. став 1. тачка а) Конвенције, под дискриминацијом у запошљавању и занимању се подразумева свако прављење разлике, искључење или давање првенства заснованог на раси, боји, **полу**, вери, политичком мишљењу, националном или социјалном пореклу, који иду за тим да униште или наруше једнакост могућности или поступања у погледу запошљавања или занимања. Са друге стране, прављење разлика, искључење или давање првенства које се заснивају на траженим квалификацијам за неко одређено запослење не сматрају се дискриминацијом (чл. 1. ст. 2);

- **Конвенција 122 о политици запошљавања**, из 1964. године. Југославија је ову Конвенцију ратификовала 1971. године. У члану 1. став 2. тачка 3. прописано је постојање слободног избора запослења и могућност за стицање потребних квалификација за добијање посла који раднику одговара. Одлучујући критеријум за добијање посла је квалификација и таленат радника, без обзира на његову расу, боју коже, **пол**, вероисповест, политичка схватања, национално или друштвено порекло;
- **Конвенција 158 о прекиду радног односа**, из 1982. године. У члану 5. Конвенције прописано је да разлози који доводе до престанка радног односа не могу бити засновани на раси, боји коже, **полу**, брачном стању, породичним обавезама, трудноћи, вери, политичком мишљењу, националној припадности или социјалном пореклу.

II. Заштита женских људских права у Републици Србији

Устав Републике Србије [4] јемчи и признаје лична, политичка, национална, економска, социјална, културна и друга права човека и грађанина. Чланом 15. Устава утврђено је да држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности. Осим тога, пред Уставом и законом сви су грађани једнаки и свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, укључујући **пол**, с тим да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима (чл. 21. Устава).

Људска права зајемчена Уставом непосредно се примењују. Исто важи и када су у питању људска права (укључујући и „женска људска права“) зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним

[3] Додатак Службеном листу ФНРЈ, бр. 3/1961.
[4] Службени гласник РС, бр. 83/2006 и 98/2006.

међународним уговорима и законима. Одредбе о зајемченим људским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (чл. 18. Устава).

За запослене жене од посебног су значаја одредбе **Закона о раду**[5] којима се штити њихов положај и права из радног односа:

- Члан 12 – права запослених: Запослена жена има право на посебну заштиту за време трудноће и порођаја; запослени има право на посебну заштиту ради неге детета;
- Члан 18: Забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на **пол**, ... **трудноћу**, ...или неко друго лично својство;
- Члан 19: Нерпосредна дискриминација јесте свако поступање узроковано неким од основа из члана 18. Закона о раду којим се лице које тражи запослење, као и запослени, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији. Посредна дискриминација постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица – лице које тражи запослење, као и запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења из члан 18. Закона о раду.
- Члан 21: Забрањено је узнемиравање и сексуално узнемиравање.
- Члан 22: Не сматра се дискриминацијом прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао када је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да карактеристике повезане са неким из основа члана 18. Закона о раду представљају стварни и одлучујући услов обављања посла, и да је сврха која се тиме жели постићи оправдана. Одредбе закона, општег акта и уговора о раду које се односе на посебну заштиту и помоћ одређеним категоријама запослених, а посебно оне о заштити жена за време породиљског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, као и одредбе које се односе на посебна права родитеља, усвојитеља, старатеља и хранитеља – не сматрају се дискриминацијом.
- Члан 23: У случајевима дискриминације у смислу одредби чл. 18-21. Закона о раду, жена која тражи запослење, као и запослена, може да покрене пред надлежним судом поступак за накнаду штете, у складу са законом.

Одредбе о забрани дискриминације жена могу се наћи и у Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености. [6] Чланом 8.

[5] Службени гласник РС. Бр. 24/2005.
[6] Службени гласник РС, бр. 71/2003 и 84/2004.

дефинисано је начело једнаке доступности, поступања и дискриминације у запошљавању. Ставом 2. тог члана прописано је: „Гарантује се једнака доступност пословима и једнакост у поступку запошљавања жена и мушкараца“.

На нивоу Републике Србије од 2002. године постоји и институционални оквир за остваривање родне равноправности. Одлуком Владе Републике Србије, 2003. године формиран је **Савет за равноправност полова**, са задатком да као стручно саветодавно тело, предлаже мере за постизање равноправности и родне једнакости, укључујући и иницијативе за измене закона.[7] На основу пословника Народне Скупштине Републике Србије[8], у оквиру Народне Скупштине формиран је и Одбор за равноправност полова.

У погледу уређења проблема равноправности полова, треба издвојити и **Одлуку о равноправности полова Аутономне покрајине Војводине**.[9] Према чл. 1 Одлуке, пуна равноправност жена и мушкараца, гарантује се, у складу са општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним и обухваћеним међународним споразумима, Уставом и законима Републике Србије и прописима Скупштине АП Војводине, и покрајински органи су дужни да поштују и обезбеде равноправност жена и мушкараца. Шта се сматра дискриминацијом дефинисано је чланом 2. Одлуке: дискриминација по основу пола представља свако правно или физичко, непосредно или посредно разликовање, привилеговање, искључивање или ограничавање засновано на полу, које има за циљ или последицу да појединкама / појединцима отежа, угрози, онемогући или негира признање, уживање или остваривање људских права у политичком, образовном, културном, економском, социјалном, **спортском**, грађанском и сваком другом подручју. Забрањена је како непосредна тако и посредна дискриминација.

В. Права жена спортиста као део "женских људских права"

I. Међународни документи посвећени спорту

1. Уједињене нације - УНЕСКО

Уједињене нације се проблемом спорта највише баве у оквиру УНЕСКА. UNESCO - United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization је специјализована агенција Уједињених нација, основана

[7] Службени гласник РС, бр. 13/2003.
[8] Службени гласник РС, бр. 32/02, 57/03 и 12/04.
[9] Службени лист АПВ, бр. 14/2004.

1945. године. Највиши орган ове агенције је Генерална скупштина, која се састаје сваке две године у редовно заседање, и одређује политику и правце рада УНЕСКА.

Генерална скупштина УНЕСКА усвојила је на свом 20. заседању одржаном 1978. године у Паризу, **Међународну повељу о физичком образовању и спорту**. Као основ за усвајање ове Повеље наведени су, у преамбули: Повеља Уједињених нација, „ ... у којој су народи прокламовали своју веру у основна људска права...“; Универзална декларација о људским правима, по којој је свако властан да ужива сва права и слободе које су њом проглашене, без дискриминације по било ком основу, укључујући и **пол**. У преамбули Међународне повеље о физичком образовању и спорту посебно је истакнуто уверење чланица УНЕСКА да је један од основних услова за ефикасно уживање људских права да свако буде слободан да развија и сачува своје физичке, интелектуалне и моралне снаге, те да приступ физичком образовању и спорту мора непрестано бити омогућен и сигуран свим људским бићима. Очување и развој физичких, менталних и моралних снага људских бића доводи, пак, до побољшања квалитета живота на националном и међународном нивоу. За жене спортисте посебно је значајан члан 1. Повеље. У том члану је утврђено да свако људско биће има основно право на физичко образовање и спорт, који су од суштинског значаја за развој личности. Слобода да се развију физички, интелектуални и морални капацитети кроз физичко образовање и спорт мора бити загарантована, како кроз образовни систем тако и кроз друге аспекте друштвеног живота. **Свако** мора имати све могућности, у складу са националном, спортском традицијом, на физичко образовање и бављење спортом, односно да развија своју физичку спремност и оствари ниво спортских резултата који су у складу са његовим талентима и способностима. Бављење спортом доприноси, ни индивидуалном нивоу, одржавању и унапређењу нивоа здравља, обезбеђује употпуњеност слободног времена и омогућава човеку да превазиђе изазове модерног живота. С друге стране, на нивоу заједнице, бављење спортом обогаћује друштвене односе и развија фер-плеј.[10]

Под покривитељством УНЕСКА одржано је неколико међународних конференција министара и високих звачника надлежних за физичко образовање и спорт. Свака од тих конференција бавила се и проблемом заступљености и равноправности жена у спорту. Ми ћемо овде издвојити документа које су усвојиле две последње (III и IV) конференције.

Трећа међународна конференција министара и високих званичника надлежних за физичко образовање и спорт (MINEPS III) састала се у Пунта дел Естеу (Уругвај) од 30. новембра до 3. децембра 1999. године. У духу истинске глобалне сарадње и међусобног разумевања, у циљу да

[10] Видети чл. 2. ст. 2 Међународне повеље о физичком образовању и спорту.

мобилишу владе, међувладине и невладине организације и индивидуалце широм света, учесници Конференције усвојили су **„Декларацију из Пунта дел Есте“.** У тачки 5. Декларације констатовано је да иако је у свету учињен значајан помак напред, жене су и даље мање заступљене као учесници, тренери, званичници и доносиоци одлука у спорту.

Такође, учесници Конференције позвали су државе чланице и спортске органе да предузму кораке у циљу повећања учешћа жена и девојчица у спорту и физичком образовању у пуном капацитету на регионалном, националном и локалном нивоу, те да се при томе користе Конвенцијом Уједињених нација о елиминацији свих облика дискриминације према женама из 1979. године и Брајтонском декларацијом о женама и спорту из 1994. године, као референтним документима.

Четврта међународна конференција министара и високих званичника надлежних за спорт и физичко образовање (MINEPS IV) састала се у Атини (Грчка) од 6. до 8. децембра 2004. године. У оквиру ове Конференције усвојено је неколико докумената који су се бавили и питањем учешћа жена у спорту:

- **„Атинска декларација: Здраво друштво изграђено на спортском духу“.** У Декларацији учесници Конференције подржали су даљу промоцију бављења спортом и физичком активношћу младих и старијих жена и развијање мултилатералне сарадње са циљем да се промовише програм „жене у спорту“, што би довело до продубљивања демократије у друштву, како је наведено у Конвенцији УН о елиминацији свих облика дискриминације према женама.
- **Препоруке Комисије II: „Физичко образовање и спорт као кључне компоненте квалитетног образовања за све“.** У препорукама Комисија II позвала је владе држава чланица УНЕСКА да развију свеобухватан приступ физичком образовању и спорту, са посебним освртом на учешће девојчица и жена, уз посебан нагласак на вредности поштовања и толеранције.
- **Препоруке Комисије III: „ Жене и спорт“.** Кључне тачке ових Препорука су: спорт и физичко образовање има кључну улогу у животима и развоју жена и девојчица, посебно у области промоције здравља, самопоуздања и вере у себе; владе и невладине организације треба да препознају употребу спортског буџета као инструмента за достизање равноправности полова; владе држава чланица и невладине организације, полазећи од потребе за јасним доказима и подацима као подршком стратегијама за повећање нивоа инвестиција у програме који промовишу прилике за учешће жена и девојчица у спорту, треба да пронађу ресурсе за програме истраживања који би осликали ситуацију у земљи и осигурали систематско прикупљање података; у наставним школским програмима значајно време мора бити одвојено

за физичко образовање како дечака и девојчица, без обзира које су њихове потребе; пожељно је и од суштинске важности да са женама и девојчицама раде жене; програми влада држава чланица и невладиних организација треба да буду тако развијени да утичу на проблем пораста дечје гојазности, посебно међу девојчицама, све већи број случајева ране сексуалне активности и тинејџерских трудноћа, као и појаве остеопорозе међу женама у менопаузи путем повећања учешћа жена и девојчица у физичким активностима и вежбању; полазећи од улоге традиционалних игара, спортова и плесова у стварању прилика за активности девојчица и жена, државе чланице треба да ускладе програме развоја у овој области са TAFISA међународном невладином организацијом.

Спортом се у оквиру Уједињених нација бавила и Генерална скупштина УН усвајањем **Резолуције 58/5: „Спорт као средство за промоцију образовања, здравља, развоја и мира“,** на 52. пленарној седници, одржаној 3. новембра 2003. године. У уводном делу Резолуције бр. 58/5, Генерална скупштина УН је констатовала да се спорт и физичко образовање у многим земљама суочавају са маргинализацијом у оквиру образовних система, без обзира што су важно оруђе не само за здравствени и физички развој већ такође и за достизање вредности које су неопходне за социјалну кохезију и међукултурни дијалог. Поред овога са забринутошћу су констатоване и бројне опасности са којима се суочавају спортисти и **спортисткиње**, посебно млади, у које спадају: дечји рад, насиље, допинг, прерана специјализација, претерани тренинг, и друге форме комерцијализације, као и друге, мање видљиве, претње и губици (прерани прекид породичних веза, губитак спортских, друштвених и културних веза). Када су питању жене спортисти посебно је значајна тачка 1ц Резолуције у којој су владе држава чланица УН и институције повезане са спортом позване да раде заједно тако да спорт и физичко образовање могу да представљају прилику за солидарност и сарадњу у смислу промоције културе, мира и социјалне и полне једнакости. Резолуцијом бр. 58/5, Генерална скупштина УН прогласила је 2005. годину као „Међународну годину спорта и физичког образовања“.

У оквиру Међународне године спорта и физичког образовања, током 2005. године одржано је више међународних конференција и скупова на којима су разматрана различита питања савременог спорта, укључујући и положај жена спортиста. На тим скуповима усвојена су различита документа, између којих бисмо издвојили:

- **„Акциони план за спорт и физичко образовање“**, усвојен на Међународној конференцији о спорту и образовању одржаној у Бангкоку (Тајланд), 2005. године. Бангкошка Конференција је у Акционом плану позвала све државе да донесу десетогодишње националне стратегије, почев од 2006. године, са циљем да унапреде квалитет физичког

образовања и спорта (два петогодишња средњорочна плана). Важан део националних стратегија треба да представља допринос спорта и физичког образовања у достизању Миленијумских циљева развоја УН, посебно оних који се односе на сиромаштво, основно образовање, **полну** равноправност и здравствену заштиту. За сваку школу требало би да буде обавезујуће да се свим ученицима обезбеди у распоредима часова најмање 120 минута недељно за спорт и физичко образовање, а где је то могуће требало би ићи и ка граници од 180 минута.

- **„Декларација из Хамамета“**, усвојена на Међународној конференцији о спорту, одржаној у Хамамету (Тунис), 2005. године. Учесници Конференције су у Декларацији, између осталог, позвали Генералног секретара УН да осигура успех прославе Међународне године спорта и физичког образовања тако што ће захтевати да све заинтересоване стране уврсте у своје корпусе људских права и бављење спортом и физичком активношћу, са циљем да **сваки појединац** има могућности да учествује у физичким и спортским активностима у складу са својим потребама и могућностима.

- **„Позив на акцију из Маглингена“,** усвојен на Другој међународној конференцији о спорту и развоју, одржаној у Маглингену (Швајцарска), 2005. године. Учесници Конференције су у Позиву за акцију истакли решеност да користе спорт, свуда где је то прикладно, да побољшају квалитете образовања и здравља, да смање сиромаштво и да чувају мир и допринесу атмосфери толеранције и разумевања. У том циљу државе треба да поштују и промовишу принципе људских права – посебно права детета, различитост међу људима, и **једнакост полова** и одрживост животне средине. Од влада држава се очекује да: промовишу идеал спорта за све, развију кохерентне спортске политике и координирају њиховим спровођењем, промовишу спорт и физичко образовање у школама и интегришу спорт и игру у смислу јавног здравља и друге релевантне политике.

2. Савет Европе

Савет Европе је међувладина организације у чије главне циљеве спада и заштита људских права и тражење решења за проблеме с којима се суочава европско друштво. Државна заједница Србија и Црна Гора постала је пуноправни члан 2003. године, а након распада државне заједнице 2006. године, Србија је задржала континуитет чланства у Савету Европе.

Конвенције су главни инструменти правне сарадње међу државама. Оне су обавезујуће за државе које их ратификују. Савет министара (Министарски комитет) усваја и препоруке владама земаља чланица, дајући им смернице за промене националног законодавства или управне

праксе. У области спорта усвојене су две конвенције (спречавање допинга и насиља на спортским такмичењима).

Од 1977. године за проблем спорта је у оквиру Савета Европе надлежан Комитет за развој спорта (CDDS), у који улазе све државе потписнице Европске културне конвенције. Србија је ратификовала (сукцесија) ову Конвенцију. Комитет за развој спорта припрема Конференције Европских министара спорта, а организује и читав низ семинара. На конференцијама и семинарима које је широм Европе организовао CDDS, донети су бројни документи (резолуције, препоруке, закључци) у којима се, између осталог, разматра и положај жена спортиста.

Спорт за све – **„Европска повеља спорта за све“** дефинисана је на Конференцији европских министара спорта, одржаној у Бриселу 20. марта 1975. године, а званично је усвојена и објављена 24. септембра 1976. године. Усвајањем ове Повеље Савет Европе је признао значај и вредност спорта за европске државе. За жене спортисте од суштинског значаја су два основна принципа Повеље: 1) свако има право да се бави спортом;[11] 2) спорт је важан чинилац људског развоја и треба да му се пружи одговарајућа подршка из јавних фондова.

Европска повеља спорта за све послужила је као основ за доношење 1992. године Европске спортске повеље и Европског кодекса спортске етике. Ова два документа ревидирана су 2001. године, проширењем забрана и на сексуална искоришћавања и злоупотребе, посебно деце, младих и жена. **Европска спортска повеља** представља основни документ Савета Европе за вођење спортске политике у свим државама чланицама.

Према чл. 1. Европске спортске повеље, владе држава чланица Савета Европе обавезне су да, у циљу промоције спорта као значајног чиниоца људског развоја, предузму неопходне кораке ради примене одредаба Повеље, у складу са принципима из Кодекса спортске етике. Резултат предузетих мера треба да буде: 1) омогућавање **сваком** појединцу да учествује у спорту, а посебно: како би сви млади људи имали могућност физичког образовања, обучавања и шансу да стекну основне спортске вештине; како би **свакоме** биле осигуране могућности да се бави спортом и физичком рекреацијом у безбедној и здравој околини; како би у сарадњи са одговарајућим спортским организацијама, било обезбеђено да **свако** ко жели и може добије шансу да побољша своје спортске резултате и досегне сопствене границе и - или доспе до јавно признатог нивоа савршености; 2) заштита и развој моралних и етичких основа спорта, као и људског достојанства и безбедности оних који су укључени у спорт – заштитом спорта, спортиста и **спортисткиња** од експлоатације ради политичке,

[11] Видети чл. 1. Европске повеље спорта за све.

комерцијалне и финанасијске користи, као и поступака који представљају злоупотребу или понижавање, укључујући и злоупотребу дрога и сексуалног злостављања и злоупотребе, посебно деце, младих и **жена**.

Према чл. 8. Европске спортске повеље, владе држава чланица дужне су и да развију, у сарадњи са спортским организацијама, методе пружања одговарајуће непосредне или посредне подршке спортистима и **спортисткињама** који показују изузетне спортске квалитете. Циљ је да се спортистима и **спортисткињама** омогући пун развој њихових спортских и људских капацитета, уз пуно поштовање њихове личности и физичког и моралног интегритета. Таква подршка подразумева елементе везане за препознавање талента, уравнотежено образовање за време боравка у институцијама које се баве тренингом, и лаку интеграцију у друштво кроз развој могућности за запошљавање током и након спортског врхунца. Посебно, лица која се професионално баве спортом морају имати одговарајући друштвени статус и заштиту, као и етичку одбрану од свих облика искоришћавања.

Европска спортска повеља упућује на поштовање принципа **Кодекса спортске етике** Савета Европе. У односу на жене спортисте, из Кодекса спортске етике посебно су значајне следеће одредбе:

„ Савет министара, на основу члана 15. б Статута Савета Европе, ...

Уверен у неопходност потребе да спортистима и **спортисткињама** обезбеди систем вредности који ће их оспособити за доношење одговорних одлука у ситуацијама када су суочени са таквим притисцима (притисци којима савремено друштво излаже спорт, попут трке за успехом , потребе за „звездама“ и изложености мас-медијима – Н. Ђ),...

Фер-плеј се дефинише као пуно више од играња по правилима. Он обухвата концепте пријатељства, поштовања за друге и сталног играња у добром духу. Фер-плеј се дефинише као начин размишљања, не само начин понашања. Обухвата питања везана за укидање варања, некоректне колегијалности, допинга, насиља (физичког и вербалног), сексуалног злостављања и злоупотребе деце, младих људи и **жена**, искоришћавања, неравноправнних шанси, претеране комерцијализације и корупције...

Спортске и са спортом повезане организације имају следеће одговорности: ...

Да обезбеде мере заштите, у контексту свеукупног оквира подршке и заштите деце, младих и **жена**, како за заштиту наведених група од сексуалног злостављања и злоупотребе, тако и за спречавање искоришћавања деце, посебно оне која показују изразите способности.“

Савет министара Савета Европе усвојио је 1995. године **Препоруку бр. Р (95) 16, „Европски манифест – млади и спорт“.** Савет министара је ову Препоруку донео признајући важност равномерног развоја физичких и интелектуалних компоненти сваке личности и верујући да свако друштво треба да обезбеди младима услове за бављење физичким активностима

које обезбеђују конструктивно коришћење слободног времена, али и помаже у решавању многих друшвених проблема. У члану 3. став. 1. Европског манифеста – млади и спорт, утврђено је да спорт у свим облицима треба да буде подједнако доступан свим младима без дискриминације, чиме ће се омогућити једнаке могућности дечацима и **девојчицама**, уз уважавање посебних потреба сваког старосног узраста. Бављење спортом треба за све младе да има за циљ: развој менталних, социјалних и физичких квалитета; разумевање етичких вредности фер-плеја, дисциплине и правила; поштовање сопствене личности и других; учење толеранцији и одговорности; учење самоконтроле, самопоштовања и развој самопостигнућа; развој здравог начина живота; балансирано ментално и физичко развијање.

За проблем већег учешћа жена у спорту нарочито је важна **Резолуција бр. 3/81 – „О већем учешћу жена у спорту“,** која је усвојена на Трећој конференцији европских министара надлежних за спорт, одржаној у Палма де Мајорци, од 8. до 10. априла 1981. године. Конференција је усвојила наведену Резолуцију полазећи од следећих ставова: неравномерно учешће оба пола више је резултат социолошких образаца и традиционалних ставова него физиолошких фактора; спорт може да понуди богатије облике слободног времена оним женама које су изложене проблемима двоструке одговорности – за породицу и посао, и стресовима урбаног живота; потребно је подржати напоре наставника и родитеља да допринесу свести девојчица, кроз детињство и адолесценцију, о непрестаној користи и вредности бављења спортом у свим старосним добима; у неким државама постоје спортски клубови који одбијају да пруже, макар ограничено, чланство женама, у супротности са идејом и духом спорта и фер-плеја. Од држава чланица Савета Европе, Резолуција бр. 3/81 тражи да предузму све потребне мере активне политике са циљем да подрже веће укључивање жена у спорт, посебно помоћу: охрабривања јавних власти (свих нивоа), спортских организација и других заинтересованих страна да препознају и прихавате појединачну одговорност у стварању радикалних промена у ставу према учешћу жена у спорту; промовисања веће употребе од стране жена свих могућности које су им на располагању за укључење у спорт; омогућавања доступности и додатним спортским ресурсима, или где то није могуће давањем приоритета у коришћењу постојећих ресурса, са циљем да се унапреде објекти намењени за оне спортове у којима жене посебно желе да учествују; разматрања улоге жена у промоцији и спортској администрацији као јавним услугама, на националном, регионалном и локалном нивоу, укључујући и презентирање активне политике ангажовања жена на пословима који носе одговорност; подршком постојања у јавним спортским објектима просторија за чување деце; подршком организацији програма у оним објектима који омогућавају

читавим породицама да заједно упражњавају спортске активности; разматрањем могућих мера да се елиминише сексизам у спорту и физичком образовању, у школама, али и ван њих. У Резолуцији се посебно позивају масовни медији, полазећи од њихове уређивачке слободе, да анализирају начин на који се баве спортским темама и пажњу која се поклања мушкарцима у односу на жене.

Женама спортистима бави се и **Препорука бр. (99) 9 – „О улози спорта у продубљивању социјалне кохезије“**, коју је Савет министара Савета Европе усвојио 22. априла 1999. године. У Препоруци је препоручено владама држава чланица да по питању жена: предузму мере да се охрабре да одвоје време у својим животима за спортске активности и да се супроставе предрасудама да је спорт мушка област; обезбеде да могућности за свакодневни рекреативни спорт буду доступне свим женама; обезбеде посебне мере за оне које имају посебне потребе које могу изнићи из њиховог друштеног миљеа, мањка спортских објеката, или чињенице да нису запослене и не примају плату за свој рад.

Женама у спорту бавила се и посебна радионица у оквиру семинара **„Допринос спорта на јачању демократског друштва“**, који је у оквиру Савета Европе одржан у Лисабону (Португал) од 24. до 26. октобра 1997. године. У усвојеним Закључцима Семинара истакнути су следећи ставови: широм Европе постоји мали број жена лидера у спорту; како у активном спорту тако и у администрацији постоје баријере за жене које обухватају факторе као што су доминантан утицај идеје о јасно подељеним улогама мушкараца и жена и културолошка преоптерећеност са којом се суочавају жене, а која им оставља мало времена и слободе; друштво које је истрајно у ставу да подигне ниво партиципације жена у спорту треба да обезбеди капацитете за прихват деце у близини спортских објеката, као приоритет; за побољшање положаја жена у спорту могућа је употреба решења, појединачно и заједно, еволуције (што се више жена укључи у спорт и спортску администрацију то је више помака набоље и позитивнијег деловања) и позитивне дискриминације (коришћење афирмативних мера, као што је кворум у комитетима); циљ сваке акције треба да буде дати женама могућност избора и дозволити амбициозним талентованим женама **спортисткињама** исте могућности у којима уживају мушкарци спортисти.

Полазећи од тога да спорт омогућује друштвени развој сваког појединца, уз неопходно уважавање заштите околине, дечака и девојчица, мушкараца и жена, Савет министара Савета Европе усвојио је 1995. године и општу **Препоруку бр. Р (95) 17 – „О значају спорта за друштво“.** У овој Препоруци се препоручује владама држава чланица да заједно са другим јавним властима и аутономним спортским савезима, и у складу са Европском спортском повељом, дефинишу оквир националних политика и стратегија (национални програм развоја спорта), којима ће се стимулисати развој спорта и мотивисати људи свих узраста да се редовно

баве физичким активностима и дефинише улога спорта као фактора друштвеног развоја. Национална стратегија је потребна јер највећу здравствену корист од редовних физичких активности има **цела популација**, а то је могуће уколико се укаже на важност бављења физичким активностима свих старосних категорија људи, и то на свакодневном нивоу (сваког дана минимално пола сата вежби умереног интензитета). Посебно девојчицама треба обезбедити више могућности да се баве спортом и остану у спорту, с тим да ниво и интензитет тренинга и такмичења треба да буде адекватан њиховом узрасту и физичком и менталном стању. Примарна одговорност на стварању и одржавању услова за развој спорта, како је то дефинисано у Европској спортској повељи, лежи на јавним властима свих нивоа.

Брига о већем учешћу жена у спорту представља задатак не само за владе држава чланица Савета Европе него и за све локалне и регионалне власти. Конгрес локалних и регионалних власти Европе (Савет Европе) истакао је у **Резолуцији бр. 27 (1996) 1 – „Спорт и локалне власти“** да спорт чини интегрални део локалних културних активности и да је стога од виталног значаја да локалне власти имају активан, свестран став и приступ о томе од које је важности интеграција спорта у локалну политику уопште. У тачки 5 Резолуције посебно су позване локалне и регионалне власти да предузму све одговарајуће мере за веће бављење спортским активностима жена.

Учешћем жена у спорту бавила се и Европска конференција о спорту и локалним властима, која је одржана на иницијативу Савета Европе 1996. године у Мађарској (Godollo). На конференцији је усвојена Декларација – **„Спорт за све: улога и одговорности локалне власти“.** Сматрајући да спортске и физичке активности не смеју да буду искључиво право људи одређеног узраста и да треба поспешити да оне буду доступне широј јавности у оквиру концепта „Спорт за све“, учесници Конференције су у тач. 25. и 26. Декларације позвали локалне власти да обезбеде адекватне мере како би се поспешило веће бављење жена спортом. Позиција жена на промоцији и раду у спортској администрацији треба да буде преиспитана, као што би се требали организовати и програми којима ће се омогућити целој фамилији да се бави спортом. Нарочито треба обезбедити да спортски савези признају свој део одговорности за учешће жена у спорту. Они треба да промовишу такву политику која ће обезбедити женама бављење спортом.

3. Европска унија

Европска унија (The Europian Union) је наднационална интеграција 27 држава Европе. Србија жели да постане пуноправан члан Европске уније и

у тренутку писања овог рада је у фази завршних преговора за закључење Уговора о стабилизацији и придруживању са ЕУ.

Према истраживањима рађеним за 15 чланова ЕУ, пре проширења ЕУ, у Европској унији се око 25 милиома људи бавило спортом. Анкете су показивале да мушкарци у ЕУ у просеку упражњавају спорт 10 минута дневно (5 минута викендом) а жене 5 минута дневно (викендом 6 минута), с тим да степен бављења спортом варира од земље до земље ЕУ.

У оснивачким уговорима ЕУ није предвиђена нека специфична надлежност ЕУ у области спорта, што не значи да спорт не игра значајну улогу у активностима ЕУ: У Амстердамски уговор из 1997. године унета је „Изјава о значају спорта“, која је проширена децембра 2000. године Декларацијом из Нице: „Декларација о специфичним карактеристикама спорта“. У тим документима је посебно подвучен друштвени значај спорта и наглашена потреба да се социјалне функције спорта подрже.

Европска унија је покушала да створи правне основе за већу улогу ЕУ у области спорта уношењем у **Предлог устава Европске уније** посебног члана који се односи на спорт (чл. III-182). Према одредбама тог члана, ЕУ треба да доприноси развоју европске димензије спорта, помоћу промовисања поштења и отворености у спортским такмичењима и сарадњом међу органима надлежним за спорт, као и заштитом физичког и моралног интегритета спортиста и **спортисткиња**, посебно младих спортиста и **спортисткиња**.

За положај жена у спорту посебно је важна **Декларација из Нице: „Декларација о специфичним карактеристикама спорта – социјална функција спорта у Европи; кључни аспекти за имплементацију заједничке политике“** коју је усвојио Европски савет 2000. године. У тачки 4. Декларације наведено је да спортске активности треба да буду доступне свим људима и женама, са поштовањем стремљења и способности свих појединаца у свим врстама организованих спортова или индивидуалног и рекреативног бављења спортом. Заштити спортиста и **спортисткиња** посвећене су тачка 12 и 13 Декларације. У тим тачкама, Европски савет посебно истиче благодети спорта за младе и посебно стимулише исплату новчаних надокнада за образовање и стручну обуку врхунских спортиста. Европски савет је изразио и забринутост за комерцијалне трансакције везане за малолетна лица у спорту, посебно оних из трећег света, јер се на њих не примењују важећи закони о раду, чиме се угрожава њихово здравље и благостање. Од спортских организација и држава чланица ЕУ затражено је да испитају и врше мониторинг такве праксе и, где је потребно, предузимају одговарајуће мере.

Од других званичних докумената Европске Уније који су од посебног значаја за жене спортисте могу се издвојити:

Европска комисија

- 19/02/2004 - COM (2004) 115 final: Извештај о једнакости између жена и мушкараца;
- април 2000 – COM/99/0567 final - CNS 99/0251: Предлог за одлуку Комисије о установљавању програма за борбу против дискриминације (2001-2006);
- март 2000 - COM (2000)123 final: Извештај - Једнаке могућности за жене и мушкарце у Европској унији.

Европски парламент

-11/11/2003 – Писано питање E - 3442/03: Дискриминација између спортиста;
- 05/11/2003 – Писано питање E - 3353/03: Једнак третман мушкараца и жена у спорту;
- 23. април 2003 – састанак Комитета за права жена и једнаке могућности – Извештај пројекта „Жене и спорт“ [2002/2280 (INI)];
- 07/02/2002: Извештај о политици ЕУ према медитеранским земљама у односу на промоцију права жена и једнаких могућности у овим земљама [2001/2129 (INI)].

Европски савет

- 27/11/2000: Одлука о установљењу акционог програма за борбу против дискриминације (2001-2006) – ОУ L303, 02/12/2000;

Комитет региона

- 20/11/1997 – CdR 182/97 final: Мишљење Комитета региона о једнаким могућностима за девојчице и дечаке у активностима у слободном времену и посебно у спортским и омладинским програмима ЕУ.

Састанци министара

- 12/11/2001 – Брисел – Конференција министара за спорт 15 држава чланица ЕУ; Закључци Белгијског председавања; Изјава министара за спорт држава чланица ЕУ у односу на безбедност у спорту, борбу против допинга и специфичним функцијама спорта у контексту интеграције ЕУ.

Европски суд правде

- пресуда у случају: Kalanke (C – 450/93);
- пресуда у случају: Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fagelqvist (C – 407/98).

II. Република Србија и права жена спортиста

Важећи **Закон о спорту Републике Србије**[12] ступио је на снагу 25. 12, 1996. године. Регулишући правни положај спортиста, Закон о спорту не прави разлику између мушкараца и жена.

Права и обавезе спортиста су уређени другим одељком Закона о спорту – чл. 8. до 17. Према члану 8: „Права, обавезе и одговорност спортиста уређују се спортским правилима, колективним уговором у области професионалног спорта и уговором између спортисте и спортске организације, у складу са законом“. Спортским правилима не могу се спортисти давати мања права или утврђивати неповољнији услови обављања спортских активности од права и услова који су утврђени законом.

Спортиста који жели да учествује у неком систему такмичења мора да се најмање једанпут годишње подвргне утврђивању здравствене способности, након кога му се издаје уверење да има потребне здравствене способности.[13] Спортска правила су та која одређују да ли ће се на здравственом прегледу утврђивати само општа здравствена способност за бављење спортом или, додатно, и посебна здравствена способност за бављење конкретном врстом спорта. Спортским правилима се може предвидети обавеза спортисте да се и више пута годишње (периодично) подвргава здравственим прегледима.

Према чл. 15. Закона о спорту, забрањено је спортисту изложити спортским активностима које могу да угрозе или погоршају његово здравствено стање. Излагање спортисте спортским активностима које могу да угрозе или погоршају његово здравствено стање представља прекршај, сходно чл. 79. ст. 1. тач. 2. и чл. 80. тач. 2. Закона о спорту.

Улога јавних власти ближе је регулисана чл. 69 и 77. Закона о спорту, којима је утврђен општи интерес и потребе грађана у области спорта. У овим члановима нису, нажалост, издвојени програми којима би се доприносило већем учешћу жена у спорту, тако ти програми морају бити укључени у неке општије категорије.

Желећи да се отклоне уочени недостаци, у неколико одредби **Нацрта (новог) закона о спорту** из јула месеца 2006. године унета су правила која би требала да подстакну бављење жена спортом и спрече њихову дискриминацију. Према чл. 4, свако има право да се бави спортом, а бављење спортом мора бити доступно свим грађанима под једнаким условима без обзира на узраст, ниво физичких способности, степен евентуалне инвалидности, пол и друго лично својство. Такође, забрањена је свака непосредна и посредна дискриминација спортиста у обављању

[12] Службени гласник РС, бр. 52/1996.
[13] Чл. 14. Закона о спорту.

спортских активности, с обзиром на неко лично својство, статус, опредељење или уверење, осим када се прављење разлике, односно стављање спортисте у неповољнији положај у односу на друге спортисте у истој или сличној ситуацији темељи на самој природи или стварним и одлучујућим условима обављања одређене спортске активности, а циљеви који се тиме желе постићи јесу оправдани.[14] У општи интерес у области спорта, за чије остваривање се обезбеђују средства у буџету Републике, улазе и програми промоције и подстицања бављења жена спортом.[15] Ти програми су саставни део и потреба грађана које се задовољавају на нивоу аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.[16]

Закон о спречавању допинга у спорту донет је 2005. године.[17] Ни овај Закон се не бави посебно женама спортистима, јер то није ни било потребно, и утврђује општу забрану допинга у спорту.[18] Допинг у спорту јесте постојање једне или више повреда антидопинг правила утврђених у члану 3. Закона о спречавању допинга у спорту. Сви спортисти и други учесници у обављању спортских активности и делатности дужни су да дозволе и омогуће обављање допинг контроле. [19] Допинг контрола спроводи се по правилима утврђеним од стране Антидопинг агенције Републике Србије.[20]

III. Олимпијски покрет и жене спортисти

Креатор и највиши орган олимпијског покрета је Међународни олимпијски комитет (МОК). У МОК су учлањена 202 национална олимпијска комитета. Данас МОК има 115 чланова и 23 почасна члана.

Основни документ олимпијског покрета је **Олимпијска повеља МОК-а** (на снази од 1. 1. 2004. године). Према тачки 4. Основних принципа олимпизма, дефинисаних у Олимпијској повељи, бављење спортом је људско право. Сваки појединац мора имати могућност да се бави спортом, без дискриминације било какве врсте и у олимпијском духу, што захтева узајамно разумевање у духу пријатељства, солидарности и фер-плеја. Сваки облик дискриминације у погледу особе на основу расе, вере, политике, **пола** или другога није у складу са припадањем Олимпијском покрету.[21]

---

[14] Чл. 9. ст. 1 Нацрта (новог) закона о спорту.
[15] Чл. 155. ст. 1. тач. 7 Нацрта (новог) закона о спорту.
[16] Чл. 173. ст. 2. и чл. 176. ст.1. тач. 1 Нацрта (новог) закона о спорту.
[17] Службени гласник РС, бр. 101/2005.
[18] Чл. 2. Закона о спречавању допинга у спорту.
[19] Чл. 6. ст. 1 Закона о спречавању допинга у спорту.
[20] Чл. 7. ст. 1 Закона о спречавању допинга у спорту.
[21] Тачка 5. Основних принципа олимпизма – Олимпијска повеља.

Циљ Олимпијског покрета је да допринесе изграђивању мирног и бољег света путем образовања младих кроз спорт, којим се баве у складу са олимпизмом и његовим вредностима. Три главна саставна чиниоца Олимпијског покрета су: Међународни олимпијски комитет, међународне спортске федерације и национални олимпијски комитети. У основну улогу МОК-а спада и да подстиче и подржава јачање улоге жена у спорту, и то на свим нивоима и у свим структурама, у смислу принципа једнакости мушкараца и жена.[22]

Мисија Националног олимпијског комитета (НОК) је да развија, унапређује и штити Олимпијски покрет у својој земљи, у складу са Олимпијском повељом. У улогу НОК-а спада и да се бори против сваког облика дискриминације у спорту.[23]

Национални олимпијски комитет Републике Србије је „Олимпијски комитет Србије". **Олимпијски комитет Србије** се већ у Преамбули свог **Статута** [24] обавезао да ће, у складу са својом мисијом и улогом на националном нивоу, учествовати у активностима којима се унапређује положај жена у спорту. Према члану 9. став 1. Статута ОКС, у основне циљеве ОКС спада и борба против сваког облика дискриминације у спорту.

Потребу за посебном заштитом жена спортиста наглашава и **Етички кодекс Међународног олимпијског комитета**, усвојен на 109. седници МОК-а 1999. године (Сеул). Етичким кодексом МОК-а су обавезане све „олимпијске стране"[25] да унутар организације олимпијских игара спрече било какву дискриминацију учесника на основу расе, **пола**, етничког порекла, вере, филозофског или политичког мишљења, **брачног статуса** или на другим основама. Такође су забрањени сви облици злостављања учесника, било да се ради о физичком, психичком, професионалном или сексуалном злостављању.

У циљу афирмације улоге у спорту, Међународни олимпијски комитет је иницирао и организацију **Светске конференције за жене и спорт**, која је одржана у Лозани (Швајцарска), од 14 - 16. октобра 1996. године. Полазећи од тога да је циљ олимпијског покрета изградња мирног и бољег света путем спорта и олимпијског идеала, без дискриминације било које врсте, и потврђујући да се олимпијски идеал, не може у потпуности остварити без једнакости жена унутар олимпијског покрета, учесници Конференције су усвојили завршну **Резолуцију**. Конференција у Резолуцији, између осталог: позива МОК, међународне савезе и НОК да

[22] Видети правило 1 и 2 Олимпијске повеље.
[23] Видети правило 28 Олимпијске повеље.
[24] Пречишћен текст – јун 2006. године.
[25] МОК, чланови МОК-а, градови кандитати олимпијских игара, организациони одбори олимпијских игара и национални олимпијски комитети.

узму у обзир питање једнакости полова у свим њиховим стратегијама, програмима и поступцима, као и да потврде посебне потребе жена, како би имале потпуну и активну улогу у спорту; препоручује да се свим женама укљученим у спорт пруже једнаке могућности за професионално и лично напредовање, било као спортискињама, тренерима или менаџерима, као и да међународни савези и НОК оснују специјалне одборе или радне групе које се састоје од барем 10% жена, који ће обликовати и спроводити план активности ради подршке женама у спорту; захтевају да се на националном и међународном нивоу оснују одбори који се специфично баве питањем жена у спорту; препоручује да НОК оснује Одбор спортиста који укључује жене, као начин обуке жена за руководеће положаје; подстиче МОК да настави напоре у постизању једнаког броја дисциплина за жене и мушкарце на олимпијском програму; захтева да МОК организује сваке године на пет континената семинар за жене за једно од следећих подручја: тренирање, стручна активност, администрација или медији; предлаже да једно од мерила за оцену градова кандидата за олимпијске игре буде њихова способност да буду на услузи потребама жена у спорту; подстиче повећану продукцију истраживачких и статистичких података о темама које се односе на жене и спорт; препоручује МОК-у прекидање праксе провере женског пола током олимпијских игара; позива националне и међународне спортске савезе да олакшају и подстичу спорт инвалидних жена, у светлу чињенице да се те жене суочавају с двоструким изазовом у свету спорта; препоручује да радна група МОК-а „Жене и спорт“ добије статус Одбора МОК-а и да се ова радна група усмери на разматрање питања специфичних потреба жена и деце у спорту, узимајући у обзир важност породичне подршке у развоју младих **спортисткиња**; подстиче МОК на наставак разраде образовних материјала који ће подупрети могућност напредовања жена у спорту.

Коришћена литература:

Агнеш Картаг – Одри, Родна равноправност – правни и институционални оквири, „Зборник радова Правног факултета у Новом Саду“ , бр. 3/2004, стр. 121-138;
Гордана Лукач Коритник, Женска људска бића и њихова заштита прама међународном праву, „Крух и руже“ (Хрватска), бр. 18/2003;
Anite White - Deene Scoretz, “From Windhoek to Montreal - Women and Sport“;
Progres Report 1998-2002,
www.sportdevolpment.org.uk/html/women_progress_report_2002.html; Sport and equal opportunities, http:europa.eu.int/comm/sport/sport-and/equal_en.html;
Towards Gender Equality in Sports Management, Report of the European Symposium on gender Equity in the Management and Governance of Voluntary Sports Organisations, Leeds, England, May, 1999;
Документа Уједињених нација, УНЕСК-а; Савета Европе, Европске уније, Међународног олимпијског комитета и Олимпијског комитета Србије, наведена у овом раду.

Prof. Dr. Nenad Djurdjevic,
a full-time professor

SPORT AND HUMAN RIGHTS OF WOMEN

Sport, as an integral part of society, isn't safe from the unfair discrimination of women, even tough the excuses for this phenomenon has always been found in specific characteristics of some sport disciplines. Numerous researches has shown that sport could assure various benefits for women, and that it also could be powerful tool for improvement of general position of women in society and achievement of gender equality.

Every human being has right on physical education and sport that are of the enormous importance for development of personality. One of the basic conditions for the efficient enforcement of basic human rights is that anyone should be entitled on free development of its physical, intellectual, and moral strength.

Primar responsibility for creating of conditions, that would make greater involvement of women in sport, lies on the public authorities on all levels. Public authorities should undertake all necessary measures of active police, with the goal to support greater involvement of women in sport. This could be done especially by: promoting of greater using, by the women themselves, of all the opportunities for involvement in sport, further development of the facilities that are used for practicing certain sports for witch women shows particular interest, reconsidering role of women in sport's development and sport's administration, as the parts of public services, with creating and enforcing of the measures that would prevent sexism in sport and physical education, with support of such programs and facilities that would make possible to whole families to practice sport together.

Зоран Вуковић,
асистент-приправник

347.451(4-672EU:497.11)

КАТАЛОШКА КУПОВИНА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

I. Уводне напомене

Куповина на даљину (дистанциона куповина, куповина из куће) у савременим условима представља веома значајан начин потрошње. На данашњем степену изузетно високог технолошког развоја, значајан број компанија, почевши од великих трговинских ланаца, па до малих уско специјализованих радњи, нуде потрошачима широк спектар роба и услуга путем различитих средстава комуникације на даљину.[1]

Од више различитих облика куповине на даљину који су у примени, најдужу традицију има каталошка куповина. Овај облик дистанционе куповине је у САД и у неким европским земљама достигао прилично висок степен развоја, тако да данас, на релативно економичан начин омогућава истовремено остваривање неколико циљева.[2] То су:

1) презентација компаније која се бави каталошком продајом и производа које нуди потрошачима,

2) сама продаја тих производа, и

3) стратешки развој компаније.

Каталог, као основа каталошке куповине, омогућава продавцима да потенцијалним потрошачима пруже информације о себи и производима које продају.[3] Наиме, данас се израђују богато опремљени каталози који се бесплатно достављају на кућну адресу потенцијалних потрошача и на јасан, приступачан и релативно јефтин начин обезбеђују презентацију компаније и производа без директног контакта између продавца и купца.[4] Један такав каталог садржи практично све информације које су од значаја за доношење одлуке потрошача о куповини одређеног производа - нпр. омогућава визуелну презентацију производа, даје кратак опис његових карактеристика (нпр. врста, квалитет), садржи цену производа, начин

---

[1] Видети: Home shopping: Distance Selling Regulation,www.brc.qov.uk/downloads /pdf/e_com_pdf (20. 3. 2007).

[2] Видети: History of long distance -commerce, http://experiencefestival.com/ history_of_long-distance_commerce(15. 4. 2007).

[3] Видети: Poslovni – software. com , http://www.poslovnisoftver.com/proizvodiphp? ID=66&pid=207(28. 4.2007).

[4] Ibid.

плаћања, адресу продавца, рок испоруке и читав низ других информација. На основу тих информација сваки потрошач има могућност да у оквиру широких, унапред датих могућности изабере производ који жели да купи.

Компаније које се баве каталошком продајом тим путем нуде потрошачима читав низ производа и на тај начин омогућавају купцима једноставан и релативно сигуран начин куповине који штеди њихово време. Према неким истраживањима, међу најпродаванијим артиклима налазе се: књиге, текстилна роба, обућа, техничка роба, намештај, алати, апарати за домаћинство, хемијски производи за кућну употребу и козметички производи.[5] Каталошком куповином, дакле, потрошачи могу задовољити своје потребе за најразноврснијим производима.

Као једна од значајних карактеристика каталошке куповине наводи се интензивна комуникација са купцем путем каталога.[6] Подаци који се добијају реализацијом куповине на основу каталога се сакупљају, анализирају и користе за планирање будућег пословања. Наиме, свака трансакција је праћена одговарајућим евидентирањем тако да је продавац у ситуацији да правовременом реакцијом своју понуду може прилагодити потребама и жељама потрошача.[7] Ствара се нова понуда производа (шири се асортиман производа), тако да потрошачи посредно добијају могућност да намећу своје потребе и укус. Све то доприноси јачању улоге потрошача који нису више ограничени географским простором приликом куповине, што може битно да утуче на цене, а самим тим и на конкурентност компанија које се баве каталошком продајом.

Изузетно успешни финансијски резултати пословања великих компанија које се баве каталошком продајом (нпр. Neckermann, Quelle, Oriflame, Avon, Otto) и велики интерес који потрошачи показују за куповином на овај начин, потврда су да каталошка куповина, уз куповину путем Интернета, данас представља најважнији облик дистанционе куповине. Несразмерно значају који каталошка куповина има у савременим условима, домаћа правна литература у овој материји је и више него оскудна.

II. Нелегална трговина путем каталошке куповине

Појединим од великих иностраних компанија које су се на нашем тржишту бавиле каталошком продајом, биле су довољне непуне три године пословања у Србији, да остваре велике зараде. Наиме, у периоду од августа 2003. па до марта 2006. године, дошло је до повећаног увоза робе путем каталошке куповине, а да при томе држави нису плаћане никакве

[5] Подаци су узети из дневног листа Вечерње новости од 20. априла 2006. године.
[6] Видети: Poslovni – software. com, op. cit.
[7] Ibid.

увозне дажбине.[8] Чак ни велике компаније као што су Neckermann и Quelle нису плаћале увозне дажбине што је државном буџету нанело штету од око 70 милиона евра. То је омогућила злоупотреба царинске повластице која је у том периоду била на снази и по којој су домаћи и страни држављани били ослобођени од плаћања царине и пореза на додату вредност за предмете у вредности до 100 евра (у динарској противвредности) које примају у пошиљкама из иностранства.[9] Ове две фирме, рекламирале су се као продавци из Србије, а робу су заправо продавале из свог дистрибутивног центра у Вараждину (Хрватска), посредством поштанског саобраћаја Србије.[10] На тај начин дошло је до повреде одредби Закона о оглашавању РС. Приликом контроле оваквог увоза од стране инспекцијских органа Министарства финансија утврђено је да су примаоци великог броја пошиљки иста физичка лица. Дакле, непрецизни прописи и сукцесивна достава производа путем каталошке куповине омогућили су купцима да набављају велике количине робе намењене даљој продаји, не плаћајући притом ни царину ни порез на додату вредност.[11]

Да би се овакве злоупотребе онемогућиле убудуће,[12] Министарство финансија предложило је Влади да смањи новчани износ царинске повластице за робу коју физичка лица примају из иностранства путем поштанских пошиљки са 100 на 20 евра.[13] У том циљу, Влада Републике Србије је усвојила Уредбу о измени уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати

[8] Видети: Каталошка продаја и плаћање пореза, www.b92.net (28. 5. 2006).

[9] Видети: Саопштење Министарства финансија Републике Србије, hhtp://modules .php?op=; odload&name=Subjects&file=indeks&req=printpage&pageid=158 (7. 7.2006).

[10] Подаци су узети из дневног листа Вечерње новости од 07. августа 2006. године.

[11] Према неким анализама, нелегална трговина путем каталошке куповине нанела је највећу штету текстилној индустрији Србије због великог увоза текстилне робе на овај начин. Видети: Стопирана дистрибуција каталога Некерман и Квеле, www.danas.co.yu (28. 10. 2006).

[12] Вишемесечна забрана оглашавања и дистрибуције каталога, као и „принудна легализација“ пословања иностраних компанија које су се у Србији бавиле каталошком продајом, довела је до повлачења са овдашњег тржишта великих каталошких продаваца, компанија Neckermann и Quelle. Одлазак са овдашњег тржишта ових компанија биће финансијски ударац и за предузеће ПТТ „Србија“ које је неколико година било ангажовано на пословима дистрибуције робе поручиване из каталога. Видети: Некерман се повлачи, www. politika.co.yu (06.11.2006).

[13] Видети: Саопштење Министарства финансија, op. cit.

царинског дуга.[14] Према овој Уредби физичка лица ослобођена су плаћања увозних дажбина у два случаја:

1) уколико укупна вредност пошиљке коју примају од другог физичког лица из иностранства не прелази вредност 100 евра,

2) на предмете које уносе из иностранства, под условом да њихова укупна вредност не прелази 100 евра.

Царинским повластицама, дакле, више нису обухваћене пошиљке које домаћи и страни држављани примају од правних лица из иностранства, што значи да чак и уколико би вредност такве пошиљке износила 20 евра или мање, на њу би се наплатиле увозне дажбине (царина и порез на додату вредност).

III. Директива 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину

Уговор о продаји закључен на основу каталога спада у тзв. потрошачке уговоре. У развијеним земљама потрошачи данас уживају посебну заштиту и за њих су резервисане посебне погодности када се налазе у улози једне од уговорних страна.[15]

Политика активне заштите потрошача данас представља једно од обележја модерних демократских држава и она обухвата скуп разноврсних мера које државни органи предузимају на подручју заштите потрошача у циљу побољшања њиховог положаја на тржишту.[16] Поред заштите коју треба да обезбеди држава, остваривању права потрошача и њиховој заштити значајно могу да допринесу и медији, сами потрошачи преко својих удружења, органи локалне самоуправе. Ниво укупне заштите потрошача данас се сматра важним показатељом развоја сваког друштва.[17]

Заштита потрошача представља и један од највиших прокламованих циљева Европске уније.[18] Заштита здравља, сигурности, информисање,

---

[14] Видети: Уредба о измени уредбе о царински дозвољеном поступању са царинском робом, пуштању царинске робе и наплати царинског дуга („ Службени гласник РС“ ,број 47, 2006. године).

[15] Видети: Заштита потрошача - Закон о заштити потрошача – CONSUMER PROTECTION, http: //www.poslovniforum.hr/potrosac (7. 3. 2007).

[16] Видети**:** Одлука о оснивању и именовању Вијећа за заштиту потрошача,http: //www.ingorp.hr/default.asp?id=220&glink=25 (7. 3. 2007).

[17] Ibid.

[18] Права потрошача у Европској унији су један од темеља унутрашњег тржишта на коме потрошачи могу куповати само оне производе који својим техничким, естетским, употребним, еколошким и правним обележјима задовољавају њихове жеље и потребе, али и међународне стандарде кји се односе на сигурност и квалитет производа. Видети: Марко Беванда, Грађанскоправна одговорност

образовање и удруживање потрошача стална је брига различитих тела Европске уније, као и државних органа појединих земаља чланица уније.

Структуру савременог европског права заштите потрошача чине одредбе оснивачких уговора Европске уније, заједно са Програмима, Акционим плановима и праксом Суда правде Европске уније. Веома битан елемент те структуре несумњиво је и Директива 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину.

Директива 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину (Distance Selling Directive – у даљем тексту: Директива) усвојена је 20. маја 1997. године.[19] Ова Директива обезбеђује правну заштиту потрошачима који за куповину роба и услуга користе различита средства комуникације на даљину.[20] Државе чланице Европске уније биле су у обавези да у своја национална законодавства укључе решења усвојена овом Директивом најкасније до 6. 6. 2000. године. У складу са тим, поједине државе приступиле су изради посебних закона које регулишу област потрошачких уговора,[21] док су друге приступиле измени и допуни својих постојећих закона.[22]

Потрошачки уговор на даљину Директивом је дефинисан као уговор закључен између продавца и потрошача у оквиру организоване продаје производа или организованог обављања услуга продавца који, у време закључења уговора, за потребе његовог закључења, искључиво користе једно или више средстава комуникације на даљину.[23] Под појмом потрошача подразумева се свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства, односно не набавља их нити користи за обављање трговачке или професионалне делатности.[24] Продавац је свако физичко или правно лице које, уговоре на које се односи Директива, користи за обављање своје трговачке или професионалне делатности.[25] Директива о заштити потрошача у уговорима

произвођача за штету изазвану недостатком на производу у праву БиХ и ЕУ, Мостар, 2004, стр. 2, http://www.pravna datoteka.hr/ hrv/aktualno.asp (10. 5. 2007).

[19] Видети: Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriserv.do?uri=CELEX:31997 :EN:NOT (1. 2. 2007).

[20] Видети: Home shopping : Distance Selling Regulations, op. cit. , стр. 1.

[21] Видети: Закон о заштити потрошача В. Британије, Statutory Instrument 2000 No. 2334 The Consumer Protection (Distanse Selling) Regulations 2000, http:// www.hmso.gov.uk/si/ si2000/20002334.htm (20. 4. 2007).

[22] Нпр. у Немачкој је извршена измена и допуна BGB-а, која је ступила на снагу 01. 1. 2002. године.

[23] Видети: члан 2 . став1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину

[24] Видети: члан 2. став 2. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину

[25] Видети: члан 2. став3. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину

на даљину, као и на основу ње донети национални закони, не примењују се на следеће уговоре:[26]

- уговоре који се односе на финансијске услуге, нпр. инвестиционе услуге, услуге осигурања и реосигурања, банкарске услуге;
- уговоре закључене путем аутомата за продају;
- уговоре закључене са телекомуникационим оператером употребом јавних говорница;
- уговоре о грађењу;
- уговоре који се односе на промет непокретности, изузев закупа,
- уговоре закључене на аукцијама, и
- уговоре закључене између привредних субјеката (business to business).[27]

А. Средства комуникације на даљину

Појмом средстава комуникације на даљину обухваћена су сва средства која су погодна за закључење уговора између продавца и потрошача, без њиховог истовременог физичког присуства на истом месту.[28]

Средства комуникације на даљину предвиђена Директивом су:[29]

- адресирани и неадресирани штампани материјали;
- стандардна писма;
- штампана пропагандна порука са наруџбеницом;
- телефон са људском интервенцијом и телефон без људске интервенције (аутоматски говорни аутомати);
- радио;
- видеофон (телефон са екраном),
- факс машина;
- телевизија (teleshopping);
- каталог; и
- електронска пошта (e- mail).

На основу Директиве, за употребу појединих средстава комуникације на даљину у сврху закључења уговора (нпр. употреба факса и аутоматског телефона без људске интервенције) продавцу је неопходна претходна сагласност потрошача.

Такође, Директива оставља могућност државама чланицама да у свом националном законодавству могу предвидети да се одређена средства

[26] Видети: члан 3. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[27] Видети: Home shopping: Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 3.
[28] Видети: члан 2. став 4. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[29] Видети: Анекс 1 Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину

комуникације на даљину могу користити само уколико се потрошач томе изричито не противи.[30]

Оператер средстава комуникације на даљину је свако јавно или приватно физичко или правно лице чији посао, занимање или професионална делатност укључује и омогућавање кориснику употребу једног или више средстава комуникације да даљину.[31]

Б. Претходне информације и потврда пријема претходних информација

Директива предвиђа обавезу продавца да пре закључења уговора на јасан, недвосмислен и разумљив начин саопшти потрошачу одређене информације, на основу којих он може да одлучи да ли ће постати купац производа или корисник услуга које му нуди продавац.[32]

Потрошачу се морају саопштити информације о: [33]

- називу, фирми, матичном броју и пуној адреси продавца;
- главним карактеристикама производа или услуга;
- цени производа или услуга, укључујући и порез;
- начину плаћања, начину и року испоруке производа, начину и року пружања услуге;
- трошковима доставе производа;
- праву потрошача на раскид уговора;
- трошковима употребе средстава комуникације на даљину када се тај трошак не зарачунава по основној тарифи;
- периоду за који понуда или цена остају на снази;
- периоду на који продавац закључује уговор, ако се ради о уговору о континуираној достави производа или континуираном пружању услуга.

Све ове информације морају се саопштити на јасан, недвосмислен и лако разумљив начин, прилагођен средству комуникације на даљину. У случају телефонског позива, идентитет продавца и комерцијална сврха његовог позива морају се изричито нагласити на самом почетку разговора са потрошачем. [34] Приликом саопштавања ових информација мора се имати у виду нужност очувања поверења између уговорних страна, као и потреба заштите лица која не могу самостално да закључе уговор, као што су малолетна или ограничено пословно способна лица.[35] Тако, претходне

---

[30] Видети: члан 10. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[31] Видети: члан 2. став 5. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[32] Видети: Home shopping : Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 4.
[33] Видети: IT consumers contracts made at a distance, стр. 13, www.oft.qov.uk.nr /rdonlyres/FOF8ED8:CEF0-4C06-A500-F7C915DEEBD7/O/OFT672.pdf(11. 5. 2007).
[34] Видети: Home shopping : Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 6.
[35] Ibid, стр. 15.

информације морају садржати упозорење да уговор у име и за рачун малолетника или потпуно пословно неспособног лица могу да закључе само њихови законски заступници, односно упозорење да ограничено пословно способна лица могу закључити уговор само уз сагласност њиховог законског заступника.[36]

Поред обавезе претходног информисања, потрошачу се мора предати и потврда пријема претходних информација у писменој форми, или у неком другом потрошачу доступном трајном медију и то најкасније у тренутку испоруке производа, односно на дан почетка пружања услуге. У сваком случају, потврда пријема мора садржати следеће:[37]

- услове и поступак за остваривање права потрошача на раскид уговора закљученог путем средстава комуникације на даљину;
- седиште, односно адресу продавца на коју потрошачи могу послати евентуалне приговоре;
- информације о услугама које се нуде након продаје (сервисирање и продаја резервних делова);
- списак овлашћених сервиса, и
- услове и поступак отказа уговора који је закључен на неодређено време или са роком трајања дужим од годину дана.

Директива изричито наводи факс и стандардно писмо као средства комуникације на даљину којима се може доставити потврда пријема претходних информација. Међутим, њоме се не прецизирају остали трајни медији којима се потрошачу може доставити потврда пријема. Такав „пропуст“ направљен је из практичних разлога имајући у виду, са једне стране, чињеницу да је Директива усвојена 1997. године а, са друге стране, велику брзину развоја средстава комуникације на даљину. Тако се на данашњем степену технолошког развоја, електронска пошта (e-mail) сигурно може сматрати прихватљивим средством за достављање потврде пријема.[38]

Обавеза претходног информисања и потврде пријема претходних информација не односи се на:

- уговоре о континуираној достави хране, пића и остале робе за свакодневну употребу, на кућну адресу потрошача или на његово радно место од стране редовног достављача (нпр. млекаџија), [39] и
- уговоре о пружању туристичких или транспортних услуга којима продавац преузима обавезу пружања таквих услуга тачно одређеног

[36] Ibid.
[37] Видети: члан 5. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[38] Видети: A GUIDE TO THE CONSUMERS PROTECTION (DISTANCE SELLING) REGULATIONS 2000, стр. 4, http: //www.dti.gov.uk/ccp/topics 1/pdf 1/bus_guide.pdf (11. 2. 2007).
[39] Видети: Home shopping: Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 3.

датума или у току одређеног временског периода (нпр. изнајмљивање хотелског смештаја, куповина возних карата, улазница за спортске приредбе или концертних улазница).[40]

В. Право потрошача на раскид уговора

Директивом је прописано право потрошача на раскид уговора закљученог путем средстава комуникације на даљину и то без обавезе навођења разлога за раскид. Уговор се раскида путем обавештења о раскиду у тренутку када продавац прими обавештење.[41]

Рок за остваривање овог права потрошача износи седам радних дана и почиње тећи:[42]

- у случају уговора о продаји производа, од тренутка предаје производа потрошачу, уз претпоставку да је пре тога потрошачу предата потврда пријема претходних информација.
- у случају уговора о пружању услуга, од тренутка закључења уговора, односно, ако до тренутка закључења уговора потрошачу није предата потврда пријема претходних информација, онда од дана пријема те потврде.

Уколико продавац није доставио потврду пријема, потрошач има право на раскид уговора у року од три месеца: [43]

- у случају уговора о продаји производа, од тренутка предаје производа потрошачу;
- у случају уговора о пружању услуге, тај рок почиње тећи од дана закључења уговора.

Обавештење о раскиду уговора закљученог путем средстава комуникације на даљину мора бити у писменој форми или у неком другом, продавцу доступном, трајном медију. Продавац се, на пример, о раскиду уговора може обавестити факсом, стандардним писмом или електронском поштом (e-mail). Обавештење о раскиду путем телефона је могуће само у случају изричитог пристанка продавца. Такав пристанак може бити садржан у информацијама које претходе закључењу уговора.[44]

У случају раскида, потрошач је дужан да о свом трошку врати робу продавцу, с тим што при томе мора показати разумну пажњу, како не би дошло до њеног оштећења од тренутка раскида уговора до тренутка предаје продавцу. Са друге стране продавац је дужан да врати целокупан

---

[40] Ibid.
[41] Видети: A GUIDE TO THE CONSUMERS PROTECTION (DISTANCE SELLING) REGULATIONS 2000,op. cit., стр.5.
[42] Видети: члан 6. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[43] Ibid.
[44] Видети: Home shopping: Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 11.

износ који је потрошач до тренутка раскида платио на основу уговора. Ове обавезе морају се извршити у што је могуће краћем року, а најкасније у року од тридесет дана од дана када је продавац примио обавештење о раскиду.[45]

Осим ако уговорне стране нису уговориле другачије, потрошач нема право раскида следећих уговора:[46]

- уговора о пружању услуга, ако је пружање услуге, уз изричит пристанак потрошача започело пре истека рока у коме је потрошач имао право да тражи раскид уговора;
- уговора о продаји производа и услуга чија цена зависи од флуктуације на финансијском тржишту и на коју продавац не може утицати;
- уговора о продаји производа направљеног на основу спецификације продавца;
- уговора о продаји производа који по својој природи не може бити враћен;
- уговора о продаји производа који су подложни брзом пропадању;
- уговора о продаји аудио и видео записа, DVD-а, CD-а и компјутерских програма које је потрошач отпечатио;
- уговора о продаји новина, периодичних публикација и магазина;
- уговора о клађењу и играма на срећу.

Сасвим оправдано се поставља питање може ли потрошач злоупотребити своје право на раскид уговора закљученог путем средстава комуникације на даљину, посебно ако се зна да није дужан да наведе разлоге због којих раскида уговор. Теоретски, таква могућност свакако постоји. Међутим, право потрошача на раскид уговора уз повраћај производа којим није задовољан се већ дуго примењује у пословној пракси компанија које се баве каталошком продајом. Као објашњење за овакву праксу наводи се заштита права потрошача и тежња за стварањем односа поверења између продавца и потрошача, а прави разлог у ствари је снажна конкуренција и стална маркетиншка борба за задржавање старих и стицање нових купаца.

Г. Испуњење уговора

Осим ако уговорне стране нису уговориле другачије, продавац је дужан да испуни уговор о продаји робе или извршењу услуге закључен путем средстава комуникације на даљину у року од тридесет дана од дана

[45] Ibid.
[46] Ibid, стр. 12.

када му је потрошач послао поруџбину.[47] Није допуштено испоручити производ или извршити услугу потрошачу коју он није унапред наручио.[48]

Уколико продавац не испуни уговор у року (нпр. због тога што наручени производ нема на залихама или није у могућности да изврши услугу), мора одмах о томе обавестити потрошача. Ако потрошач у оваквом случају одлучи да раскине уговор, мора му се што је могуће пре вратити целокупан новчани износ који је платио на основу уговора, а најкасније у року од тридесет дана од пада продавца у доцњу.[49] У оваквим ситуацијама, Директива оставља могућност државама чланицама да у свом националном законодавству пропишу да продавац може испоручити други производ или извршити другу услугу приближно истог квалитета и цене. Потрошач о томе мора бити обавештен на јасан и разумљив начин. Такође, уколико потрошач искористи своје право на раскид уговора због тога што није задовољан алтернативном робом, продавац ће бити дужан да сноси трошкове враћања производа.[50]

Из напред наведеног може се закључити да Директива 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину представља један целовит правни акт који на савремен начин регулише готово сва питања која се јављају приликом закључења дистанционих уговора и обезбеђује адекватну правну заштиту потрошачима који за куповину роба и услуга користе различита средства комуникације на даљину.

Имајући у виду да Директива одређује каталог као једно од средстава комуникације на даљину која се користе за закључење дистанционих уговора, њена правила се, између осталог, односе и на регулисање каталошке куповине.

IV. Каталошка куповина према Закону о заштити потрошача РС

У нашем позитивном праву каталошка куповина регулисана је одредбама Закона о заштити потрошача. Овим Законом уређују се основна права потрошача производа и услуга, начин остваривања тих права, заштита права потрошача и примена етичких начела.[51] Приликом рада на изради Закона о заштити потрошача редактори су у великој мери применили начело преношења туђих решења, јер су основна решења комунитарног права која регулишу материју заштите потрошача највећим делом пренета у текст закона. Чињеница је, ипак, да постоје и извесна

[47] Видети: члан 7. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[48] Видети: члан 9. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[49] Видети: члан 7. став 2. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[50] Видети: Home shopping: Distance Selling Regulations, op. cit., стр. 11.
[51] Видети: члан 1. Закона о заштити потрошача

одступања, а несумњиво најзначајније одступање начињено је приликом регулисања куповине на даљину.

За разлику од земаља чланица Европске уније, као и земаља из нашег окружења,[52] које су приликом регулисања дистанционе куповине у своје националне правне системе инкорпорирале решења Директиве 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину, наш законодавац одлучио се за другачији приступ. Наиме, Закон о заштити потрошача разликује четири облика куповине на даљину:

1. каталошку куповину ,
2. куповину на основу узорка и модела,
3. куповину на пробу, и
4. понуду производа и услуга коришћењем електронских средстава.

Као услов за реализацију било ког од ова четири облика дистанционе куповине, закон захтева претходну сагласност потрошача.[53]

Каталошка куповина регулисана је веома оскудним правилима у члану 24. Закона о заштити потрошача. Најпре, предвиђено је да продавац који нуди производе на основу каталога одговара за све њихове недостатке.[54] Прописана је, дакле, одговорност продавца како за правне, тако и за материјалне недостатке производа који се каталошки продају. Правни недостатак постоји у случају када трећа лица имају извесна права на купљеној ствари која искључују, умањују или ограничавају право купца. То могу бити све врсте стварних и тражбених права која имају апсолутно дејство.[55] Ствар има материјални недостатак ако не поседује очекивана својства или порекло, односно ако има неки физички недостатак који ремети редовну употребу ствари или јој умањује вредност.[56]

Законом је прописана и обавеза продавца да у каталошкој понуди истакне обавештење о цени производа, условима гаранције ако се каталошка понуда односи на производе за које се обавезно издаје гарантни лист, начину плаћања, начину решавања приговора и другим прописаним условима продаје.[57] Овде се у суштини ради о обавези информисања потрошача пре закључења уговора. Као што је наведено у ранијем излагању, такву обавезу предвиђа и Директива 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину, додуше знатно прецизније него што то чини Закон о заштити потрошача. Наиме, Директива таксативно набраја информације које се пре закључења уговора морају саопштити

[52] Видети: Закон о заштити потрошача Р. Хрватске и Закон о заштити потрошача Р. БиХ

[53] Видети: члан 28. Закона о заштити потрошача

[54] Видети: члан 24. став 1. Закона о заштити потрошача

[55] Јаков Радишић, Облигационо право, општи део, шесто, прерађено и допуњено издање, Београд, 2000, стр. 132.

[56] Слободан Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981, стр. 389.

[57] Видети: члан 24. став 2. Закона о заштити потрошача

потрошачу. [58] Поред информација предвиђених Законом о заштити потрошача, према Директиви, потрошач се мора обавестити и о називу, фирми, матичном броју, седишту продавца, главним карактеристикама производа, трошковима доставе производа, начину и року испоруке, периоду за који понуда или цена остају на снази и праву на раскид уговора.

Продавац који нуди производе на основу каталога дужан је да у каталошкој понуди истакне обавештење о року испоруке производа и да у оквиру тог рока обезбеди испоруку производа на кућну адресу потрошача. Ако продавац не испоштује дати рок, односно ако у уговореном року не испоручи купљени производ, потрошач има право да затражи враћање плаћеног износа, односно износа у висини продајне цене неиспорученог производа, на дан враћања новца. [59] Такође, ако дође до кашњења у испоруци производа потрошач има право да захтева накнаду штете коју је због тога претрпео, под условом да до кашњења није дошло његовом кривицом.[60]

Продавци техничке робе, дужни су да за техничке производе које продају потрошачу обезбеде, односно издају прописно попуњен и оверен гарантни лист. Гарантни лист мора садржати назив и седиште даваоца гаранције, податке којима се идентификује производ, гарантни рок, изјаву о гаранцији и условима гаранције уз одговорност продавца и произвођача за исправност купљеног производа у гарантном року, списак овлашћених сервиса и друге податке, у складу са законом.[61]

За купљени производ за који се не издаје гарантни лист, потрошач има право приговора (рекламације), због недостатака који су настали у року од шест месеци од дана куповине.[62] Овлашћено лице је дужно да о приговору одлучи истог дана када је приговор поднет, а најкасније у року од осам дана од дана подношења приговора.[63]

Ако је приговор због недостатка на производу основан, потрошач има право на:[64]

1. замену купљеног производа за нов производ, односно производ одговарајуће марке (модела, типа), или

2. да му се врати износ плаћен за производ у висини малопродајне цене производа на дан враћања, или

3. отклањање недостатака на производу.

---

[58] Видети: члан 4. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину
[59] Видети: члан 22. став 3. Закона о заштити потрошача
[60] Видети: члан 22. став 4. Закона о заштити потрошача
[61] Видети: члан 21. став 2. Закона о заштити потрошача
[62] Видети: члан 34. став 1. Закона о заштити потрошача
[63] Видети: члан 34. став 4. Закона о заштити потрошача
[64] Видети: члан 35. Закона о заштити потрошача

Слободно се може рећи да Закон о заштити потрошача каталошку куповину регулише недовољно прецизно, уопштено, на начин који не одговара савременом начину регулисања и значају овог облика дистанционе куповине. Закон о заштити потрошача не одређује којим средствима комуникације на даљину се може изразити прихват понуде за закључење уговора, не предвиђа право потрошача на раскид уговора, непрецизно и непотпуно наводи информације које се потрошачу морају саопштити пре закључења уговора. Такође, овим Законом није предвиђена забрана каталошке продаје одређених производа као што су: лекови, експлозив, медицински и ветеринарски производи, која постоји у законодавствима већине европских земаља. Могућност да се отклони овај пропуст законодавца пропуштена је и приликом доношења Закона о оглашавању РС, који такође не предвиђа забрану оглашавања, односно рекламирања оваквих производа. У нашем позитивном законодавству, прописана је само забрана продаје лекова и медицинских производа изван апотека, предвиђена Законом о лековима и медицинским средствима из 2004. године.[65]

И иначе, у делу који регулише куповину на даљину, Закон о заштити потрошача готово у потпуности одступа од начина регулисања дистанционих уговора у праву Европске уније. Имајући то у виду, требало би размислити о измени Закона о заштити потрошача у делу који регулише куповину на даљину и његове одредбе ускладити са савременим решењима комунитарног права садржаним у Директиви 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину.

V. Слање каталога: понуда за закључење уговора или позив да се учини понуда

Уговори о продаји закључени на основу каталога не представљају неки нови тип уговора о продаји већ, као и остали уговори ове врсте, настају сагласношћу воља два или више лица о битним елементима уговора. Воља за закључење уговора своју спољну манифестацију добија кроз понуду за закључење уговора и прихват понуде. Традиционална правила облигационог права која се односе на понуду за закључење уговора и прихват понуде, узајамна права и обавезе уговорних страна, време и место закључења уговора примењују се и у случају закључења уговора о продаји на основу каталога. Имајући то у виду, нећемо се посебно бавити питањем поступка закључења ових уговора.

Међутим, с обзиром на то да по Закону о облигационим односима слање каталога не представља понуду за закључење уговора, већ позив да

[65] Видети: члан 31. Закона о лековима и медицинским средствима

се учини понуда под објављеним условима,[66] за потребе овог рада значајно је указати на разлику између понуде за закључење уговора и позива да се учини понуда, као посебне врсте уговорне иницијативе која не ствара могућност прихвата.

А. Понуда за закључење уговора

Понуда за закључење уговора се у нашем праву дефинише као предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу. [67] Она је једнострана изјава воље којом се даје иницијатива за уговор и по правилу нешто обећава другоме. Понуда није обична радња којом се припрема закључење уговора, него је сама уговорна изјава. Она је пуноважна једино ако је потпуна, тј. ако се из њене садржине може извесно закључити о суштини уговора који се хоће склопити. [68] Стога понуда мора представљати коначан предлог уговора. Као коначан предлог уговора понуда представља изјаву воље која је подобна за прихватање. Подобност за прихватање је битно обележје понуде и по њему се понуда разликује од свих осталих изјава воље које представљају иницијативу за закључење уговора.[69]

Лице које чини понуду назива се понудилац, а лице коме је понуда упућена понуђени. Значајно је нагласити да понуда може потицати од било које уговорне стране, тако да понудилац може бити и купац а не само продавац. Битно је само да лице које има намеру да закључи одређени уговор предложи другом његово закључење уз назначење битних састојака уговора.[70]

Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе дефинише понуду као предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица, под условом да је довољно одређен и да указује на намеру понудиоца да се обавеже у случају прихвата. [71] Предлог је довољно одређен ако означава робу, изричито или прећутно утврђује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање. Конвенција, као и многи национални закони, усваја становиште по коме се понуда чини једном или више одређених лица. Међутим, понуда може бити упућена и неодређеним лицима, као што је случај са понудом јавности, код које се понудилац под одређеним условима обраћа неодређеном броју

---

[66] Видети: члан 35. став 1. Закона о облигационим односима
[67] Миодраг Орлић, Закључење уговора, Београд, 1993, стр. 125.
[68] Радишић, op. cit., стр. 132.
[69] Орлић, op. cit., стр. 126.
[70] Перовић, op.cit. ,стр. 269.
[71] Видети: члан 14. Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе

лица у циљу закључења неког уговора.[72] Одређеност дестинара није, дакле, *conditio sine qua non* понуде. Изјава воље упућена неодређеном броју лица у Закону о облигационим односима назива се општом понудом.[73] Али израз општа понуда можда и није најбољи. Од њега је подеснији израз понуда јавности (публици) јер се њиме јасније изражава мисао да је понуда упућена свима и свакоме.[74]

Б. Позив да се учини понуда

Од понуде треба разликовати позив да се учини понуда (позив на понуду, invitatio offerendi). Њиме се, такође, изражава спремност на закључење уговора. Међутим, пошиљалац позива не жели да се њиме обавеже, јер још није донео коначну одлуку да закључи уговор. Он показује само властиту тежњу ка закључењу уговора и очекује да му друга страна упути понуду у том смислу.[75] Позив на понуду може се учинити слањем обавештења у виду каталога, ценовника, тарифа, проспеката или оглашавањем јавности путем штампе, летака, радија, телевизије и слично. Без обзира на начин оглашавања, ови акти немају дејство понуде, већ представљају само позив да се учини понуда.[76]

Када је иницијатива за закључење уговора упућена неодређеном броју лица као у случају слања каталога, ценовника, проспеката, њихов пошиљалац мора бити спреман да одговори на предлоге за куповину оглашаваних производа од стране великог броја лица. Његово пословање је и усмерено у том циљу. Међутим, може се десити да одзив премаши и најсмелија очекивања и да се пошиљалац нађе у ситуацији да није у стању да свим заинтересованима пошаље оглашени производ.[77] Ако би се његова изјава дата у каталогу или ценовнику сматрала понудом, сви позитивни одговори имали би нужно карактер прихвата. Тада би се пошиљалац нашао у положају да је закључио уговоре са мноштвом купаца, а да у односу на знатан број њих није у стању да испуни своју обавезу због тога што поруџбине вишеструко надмашују количину робе коју он има на залихама. Управо ограниченост у погледу количине робе с којима

[72] Перовић, op. cit., стр. 267.
[73] Предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора чијем закључењу је намењен, важи као понуда, уколико другачије не произилази из околности случаја или обичаја. Видети: члан 33. Закона о облигационим односима.
[74] Орлић, op. cit., стр. 294.
[75] Радишић, op. cit., стр. 132.
[76] Перовић, op.cit., стр. 269.
[77] Орлић, op. cit., стр. 298.

пошиљалац располаже, представља објашњење зашто се оваква изјава квалификује као позив, а не као понуда.[78]

Пошиљалац каталога, огласа, ценовника, проспеката итд. није дужан да прихвати понуду која му је упућена на основу његовог позива, чак и када има довољну количину робе на залихама. Међутим, с обзиром на чињеницу да је слањем позива изразио известан степен спремности да закључи уговор који му је на основу тог позива понуђен, дужан је одбити понуду на коју не пристаје. Начело савесности и поштења налаже му да одбијање понуде саопшти понудиоцу изричито и без одлагања. Уколико пропусти то да учини, постаје везан за своју изјаву као да је понудилац, јер се његов позив у том случају схвата као антиципирана изјава воље о прихватању понуде.[79]

Ипак, логично је очекивати да пошиљалац позива прихвати понуду која му је упућена јер он, као што је наведено, самим слањем позива изражава одређени степен спремности на закључење уговора. Уколико ипак без основаног разлога одбије прихват такве понуде, одговараће за штету коју због тога претрпи понудилац.[80] Наиме, неосновано одбијање понуде која се темељи на позиву такође није у сагласности са начелом савесности и поштења и обавезује на надокнаду штете због веровања.[81] Шта је основан, а шта неоснован разлог одбијања понуде, процењује се у сваком конкретном случају с обзиром на одговарајући стандард. Штета коју је понудилац претрпео може се манифестовати на различите начине, нарочито због тога што је услед таквог акта пошиљаоца позива на понуду, пропустио прилику да под истим условима ствар набави на другој страни.[82]

Према становишту неких правних писаца, изјава воље којом се пошиљалац обраћа неодређеном броју лица путем каталога, огласа, ценовника може се посматрати и као понуда, али са резервом изјавиоца да због ограничене количине робе његова понуда важи само док такве робе има на залихама.[83] У пословној пракси случајеви оваквих изјава су прилично чести.

[78] Ibid.
[79] Радишић, op. cit.
[80] Перовић, op. cit., стр. 270.
[81] Радишић, op. cit.
[82] Перовић, op. cit.
[83] Орлић, op. cit.

В. Критеријуми разликовања понуде и позива да се учини понуда

Сви национални правни системи праве разлику између понуде зе закључење уговора и позива да се учини понуда, као посебне врсте уговорне иницијативе која не ствара могућност прихвата.[84] Међутим, поставља се питање утврђивања довољно јасних критеријума за њихово разликовање.

Уколико предлагач одговарајућим речима прецизира да ли намерава да упути понуду за закључење уговора или само да упути позив на понуду, јасно је да ће судови тако израженој вољи предлагача дати предност. Уколико то не учини, судови ће, приликом тумачења предлога ради утврђивања његовог карактера, узети у обзир различите критеријуме као што су обичаји, околности случаја итд.

У делу „Formations of contracts" у чијој изради су учествовали представници најважнијих правних система, наведени су критеријуми који се мање или више регулативно узимају у обзир приликом одређивања да ли је један предлог понуда за закључење уговора или позив на понуду:[85]

1. одређеност, детаљност и коначност предлога;
2. употреба клаузула које ограничавају обавезност;
3. околност да је предлог упућен неколицини лица, а може га прихватити само једно;
4. поверење у предлог;
5. претходно пословање странака; и
6. одређивање цене.

Питање разликовања понуде од позива да се учини понуда од посебног значаја је приликом закључења уговора о продаји на основу каталога. Слање каталога може се схватити као позив купцу за састављање понуде физичком или правном лицу које нуди производе и услуге на овај начин. Правно се може говорити о понуди тек када купац упути понуду за закључење уговора пошиљаоцу каталога. Понуда се може учинити у форми испуњеног обрасца поруџбине из каталога, стандардним писмом, путем телефона, факса или електронском поштом (e-mailom).

Ипак, готово сви правни системи предвиђају изузетак од овог правила у случају да је каталог састављен на такав начин да у ствари представља јасну и прецизну понуду за закључење уговора.[86] Према Начелима европског уговорног права, предлог за испоруку робе или услуге по

---

[84] Дубравка Стојановић, Закључење уговора о продаји путем Интернета, магистарски рад, Крагујевац, 2003. стр. 89.

[85] Formations of Contracts, изд. Oceana Publicatins Inc, General editor Rudolf B. Schelinger, London, 1968, стр. 77- 81.

[86] Перовић, op. cit., стр. 269.

одређеној цени, учињен у јавном огласу, каталогу или излагањем робе, сматра се као понуда за продају или испоруку по тој цени, све док се залихе не испразне, односно док се не исцрпи могућност испоручиоца да пружи дате услуге. Каталози упућени одређеним лицима јасно изражавају вољу за закључење уговора и представљају понуду за уговор. Супротно, предлог упућен неодређеном броју лица сматра се као позив на понуду, изузев ако лице које чини такав предлог јасно не укаже на супротно.[87] И према нашем Закону о облигационим односима, каталози који су упућени неодређеним лицима, представљаће понуду за закључење уговора само ако је то у њима јасно назначено, односно ако садрже битне састојке уговора чијем закључењу су намењени.[88]

Закон о заштити потрошача као посебан закон (lex specialis), одступа од решења прихваћених у Закону о облигационим односима и предвиђа да слање каталога представља понуду за закључење уговора. Из чињенице да Закон о заштити потрошача захтева претходну сагласност потрошача као услов за реализацију каталошке куповине,[89] произилази закључак да се каталози могу упутити само тачно одређеним лицима. Већ је речено да каталози који су упућени одређеним лицима јасно изражавају вољу пошиљаоца за закључење уговора и стога представљају понуду за закључење уговора. У прилог ставу да слање каталога према Закону о заштити потрошача представља понуду за уговор, може се навести и терминологија тог Закона. Наиме, приликом регулисања каталошке куповине законодавац слање каталога изричито назива каталошком понудом. На крају, на усвајање овог решења нашег законодавца је вероватно подстакло и чињеница да већина националних законодавстава европских земаља, под утицајем Директиве 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину, предвиђа да слање каталога представља понуду за закључење уговора. При томе, скоро да је непотребно напоменути да се овакво решење, у циљу заштите потрошача и њихових интереса на тржишту, односи само на каталошку продају код које се као купци производа јављају потрошачи, а не и правна лица.

VI. Закључак

Куповина на даљину (дистанциона куповина, куповина из куће) у савременим условима представља веома значајан начин потрошње. На данашњем степену изузетно високог технолошког развоја, значајан број компанија, почевши од великих трговинских ланаца, па до малих уско

[87] Видети, члан 2:201. став 3. Начела европског уговорног права
[88] Видети: члан 33. Закона о облигационим односима
[89] Видети: члан 28. Закона о заштити потрошача

специјализованих радњи, нуде потрошачима широк спектар роба и услуга путем различитих средстава комуникације на даљину.

Од више различитих облика куповине на даљину који су данас у примени, најдужу традицију има каталошка куповина. Изузетно успешни финансијски резултати пословања великих компанија које се баве каталошком продајом и велики интерес који потрошачи показују за куповином на овај начин, потврда су да каталошка куповина, уз куповину путем Интернета, данас представља најзначајнији облик дистанционе куповине.

У праву Европске уније куповина на даљину регулисана је Директивом 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину. Ова Директива представља један целовит правни акт који на савремен начин регулише готово сва питања која се јављају приликом закључења дистанционих уговора и обезбеђује адекватну правну заштиту потрошачима који за куповину роба и услуга користе различита средства комуникације на даљину. Имајући у виду да Директива одређује каталог као једно од средстава комуникације на даљину која се користе за закључење дистанционих уговора, њена правила се, између осталог, односе и на регулисање каталошке куповине.

У нашем позитивном праву каталошка куповина регулисана је одредбама Закона о заштити потрошача. Слободно се може рећи да Закон о заштити потрошача каталошку куповину регулише недовољно прецизно, уопштено, на начин који не одговара савременом начину регулисања и значају овог облика дистанционе куповине. Закон о заштити потрошача не одређује којим средствима комуникације на даљину се може изразити прихват понуде за закључење уговора, не предвиђа право потрошача на раскид уговора, непрецизно и непотпуно наводи информације које се потрошачу морају саопштити пре закључења уговора. Такође, овим Законом није предвиђена забрана каталошке продаје одређених производа као што су: лекови, експлозив, медицински и ветеринарски производи, која постоји у законодавствима већине европских земаља.

И иначе, у делу који регулише куповину на даљину, Закон о заштити потрошача готово у потпуности одступа од начина регулисања дистанционих уговора у праву Европске уније. Имајући то у виду, требало би размислити о измени Закона о заштити потрошача у делу који регулише куповину на даљину и његове одредбе ускладити са савременим решењима комунитарног права садржаним у Директиви 97/7/ЕС о заштити потрошача у уговорима на даљину.

Zoran Vukovic,
an assistant

CATALOGUE SELLING IN THE EUROPEAN LAW AND IN THE LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

In this work, Author tries to compare legislative solutions of Consumer Protection Act of Republic of Serbia, which is basic legal document for regulation of catalogue selling (as a form of distance selling), with solutions that could be found in the Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts (Distance Selling Directive).

This Directive represents one integral legal act, which, by the modern means and methods, regulates almost all of the issues that might show during the process of conclusion of distance selling contracts, and, by that, Directive provides adequate legal protection of the consumers, particularly if those that use different means of communication in process of contract conclusion. Having in mind the fact that Directive considers catalogue as a form of communication instrument, that is used in conclusion of distance selling contracts, the rules of Directive therefore applies on the catalogue selling.

On the other hand, Serbian Consumer Protection Act regulates catalogue selling in a way that is not very precise, using the generalization in proscribing some of the rules, on way that is not appropriate for the modern times, and the way that is not in accordance with the importance of this form of distance selling. Consumer Protection Act does not proscribes by which of the means of distance communication acceptance of the offer could be shown, does not proscribes consumers right of withdrawal from the contract, on a way that is imprecise and incomplete gives us the prior information of the facts that must be given to consumer before the conclusion of the contract. Also with this Act the catalogue selling of some products is not prohibited, such as selling of the: medicaments, explosives and veterinarian medical products, despite of the fact that the selling of this products is prohibited in most of the European countries.

In general, in the part where it regulates the catalogue selling Consumer Protection Act of Republic of Serbia is mostly unsynchronized with legal solutions of these issues in the EU Law.

Др Свето Пурић,
редовни професор

UDK: 338.23:336.76+316.324

НЕРАЗВИЈЕНЕ ЗЕМЉЕ У СВЕТЛУ ФИНАНСИЈСКИХ ТРЖИШТА И ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ

1. Неједнакост међу земљама се повећава. Зашто?

Просечне стопе раста, мерене ДБП по глави становника, већ доста дуго времена, показују повећање неједнакости међу државама и народима.

Посматрано на доста високом степену апстракције током осамдесетих година наступиле су промене у светској привреди јер су релативно сиромашне земље почеле бележити спорије стопе раста од истих у богатијим земљама.

Међу најважније разлоге оваквог стања, поменутих 80-их што ће се наставити до данас, приписују се, пре свега, брзом порасту цена нафте, а по том основу и осталих енергената, с једне, али и повећањем каматних стопа - цене капитала - с друге стране.

Почев од раних 90-их привреде у транзицији, праћене свим проблемима и тешкоћама таквог процеса, постале су а имам утисак и остале "локомотива" растуће међународне неједнакости.

Економска теорија је идеју конвергенције замишљала на концепту бржег напредовања неразвијених од развијених. Идеја се заснивала како на међународној трговини, тако и на кретању фактора производње - миграцијом радне снаге из неразвијених у развијене и обрнутим кретањем капитала, из развијених у неразвијене. Идеја се заснивала и на чињеници опадајуће маргиналне продуктивности капитала, где се рачунало са већом маргиналном продуктивношћу капитала у земљама које су њиме сиромашне.

Стандардна теорија раста претпоставља да ће дохоци конвергирати кроз трговину, миграције, кретање капитала и ширење технологија. Заборавља се при томе, да поред поменутих варијабли, постоје и многе друге које битно опредељују раст. "Ако капитал има тенденцију да иде у земље које су већ богате капиталом, а квалификована радна снага у земље које су већ "богате" високо-квалификовани радном снагом, то мора да је зато што постоје растући приноси и на рад и капитал. Технолошки напредак такође је бржи у условима концентрације капитала и радне

снаге".[1] Ако је ово тачно, а јесте, како то већина анализа потврђује, тешко је говорити о било каквој конвергенцији доходака у земљама.

Године 1979. и 1980. биле су прекретница за велики број земаља у економском и политичком смислу. Прекретница настаје, између осталих разлога, и због чињенице што САД, које су до тада били главни извозник капитала, одједном постају главни увозник капитала ради финансирања свог дефицита текућег платног биланса и буџета. То је аутоматски изазвало осетно смањење кретања капитала у мање развијене земље 80-их година. То је практично значило да се на светском финансијском тржишту требало директно такмичити са САД.

Те године постају прекретница, како у економском тако и у политичком погледу, за многе земље. Оне су изложене већ поменутом двоструком шоку пораста цена нафте и виших реалних камата. Иницијативе опраштања дуга говоре у прилог чињеници да је терет дуга постао неодржив за многе земље, како за дужнике тако и за повериоце.

Превазилажење проблема сиромаштва и неједнакости у земљама које помоћ примају, највише је отежано тенденцијом да је помоћ усмерена ка политичким и економским циљевима донатора. Резултати показују да богате и велике земље са израженим геополитичким интересима показују мало жеље да помоћ додељују сиромашнима.

Но ипак, имајући у виду укупан опрез изражен према тенденцији "глобалног села", мора се за почетак признати да је убрзани темпо глобализације (посебно у области комуникација и информатике) омогућио јасније уочавање разлика које постоје како између држава и друштава, тако и између људи у оквиру истог друштва. Ако ништа друго, а оно корист од овог процеса у овој фази јесте процес повишене заједничке свести о постојању сиромашних који протеком времена постају још сиромашнији.

Како се неједнакости у дохоцима повећавају а трошкови кретања радне снаге у принципу смањују, за очекивати је да ће миграције из неразвијених у развијене наставити да расту. На тај начин владе богатих земаља без много успеха покушавају да створе затворене државе. Економска мотивација рада је супротстављена таквој логици, ма колико она не одговарала земљи миграције и послодавцима у богатим земљама.

Могло би се закључити да редистрибуција дохотка између држава, које су сличне у погледу идеологије и дохотка, по логици ствари би требало да буде усмерена и на редистрибуцију између богатих и сиромашних, с тим што је за очекивати да богати (под условом да на редистрибуцију пристану) то користе да битно утичу на развој и

[1] Др Милановић Бранко, "Мерење међународне и глобалне неједнакости - одвојени светови", Програм Уједињених нација за развој (УНДП), Београд, 1998, стр. 50.

прилагођавање политичког система према сопственим потребама. Питање одговорности богатих према сиромашнима, у поменутом смислу, је тема која је за себе довољна и компликована, временски врло растегљива и вероватно више је питање сазревања свести неголи недостатка средстава за редистрибуцију.

Правила која регулишу редистрибуцију унутар држава морају бити глобално прогресивна, односно кретање новца морају усмеравати од богатијих ка сиромашним домаћинствима. Исто тако, али са другачијом и компликованијом методологијом, то би требало да буде пренето и на међудржавне и међунационалне односе.

Чињеница је да гласачи у богатим земљама показују растући отпор према повећању међународне помоћи сиромашним. Ово је немогуће спровести ако богати нису спремни да поделе део своје добити сиромашнима, а то је практично доста тешко замислити. Пут до овог циља биће и дуг и мукотрпан. Зар најбољи пример за то није "демократски дефицит" у искуству Европске уније? Но, ипак, нам се чини да питање позитивне повратне спреге мора почети озбиљно да тангира економију и да констатација да је ланац јак онолико колико му је јака најслабија карика, јесте оно што треба решавати, ако се са глобализацијом богати не желе и даље само играти са сиромашнима.

2. Приступ глобализацији и покушај њеног мерења

Свест о глобализацији у земљама "трећег света" је нажалост више него убедљиво везана за колонијализам, ропство, пљачку природних ресурса итд., углавном, ништа добро и са поштеним намерама. Ове земље глобализацију доживљавају, са доста разлога, као процес неоколонијалне зависности која је преобучена у нове форме и савременија и перфиднија средства реализације. Модерни глобалисти увек нешто нуде са циљем да би од тога много више узели. Глобализација је за почетак пут поплочан понудом нових, често беспотребних или макар не по приоритету на реду, технологија које данас крче пут за проширење тржишта и за све друго. "Садашња глобализација, посебно економска, осим што се заснива на насиљу - а не стварном ауторитету оних који је предводе из чијег би беневолентног, солидаристичког, мирољубивог и уопште филантропског и цивилизацијског понашања проистицала истинска жеља све већег дела света да следе баш такве предводнике - заснива се и на надуваној (bubble) моћи, имајући у виду да око 70% светске економске активности чине шпекулације и проблематичне берзанске трансакције у којима се не ствара ништа реално, осим богатства"[2].

[2] Др Покрајац Слободан: "Технологизација и глобализација", Графолик, Београд, 2002, стр. 47.

Хиперглобалистички приступ полази од тога да у свету већ постоји јединствена економија, која већ интегрише водеће економске регионе света, не као националне и државне привреде него као корпоративне организације.[3] Колико год да концепт на први поглед делује симпатично, не можемо се отети утиску и сазнању велике количине цинизма, јер је, понуђен од стране оних којима највише одговара тзв. слободно тржиште, утакмице у којима учествују професионалци и аматери, припремљени спортисти и озбиљно хендикепирани за коњичку трку у којој учествују расна припремљена грла са сапетим полукрвњацима.

Имајући у виду претходни приступ, ***скептичан приступ*** полази од генералног става да глобализација изазива искључиво штетне последице, како економске, тако и културне и еколошке. Присталице овог приступа се залажу за економски национализам, еколошку одрживост, културни локалитет итд. Глобализација се доживљава као процес где јачи гута слабије, као насиље које се остварује монополом над знањем, образовањем, информацијама и технологијом. Наравно после свега, или боље речено, заједно са свим то подразумева и војни монопол.

Трећи приступ, тзв. ***трансформишући или реформски***, глобализацију дефинише шире и залаже се за јавно (државно) обуздавање капитализма слободне конкуренције. Моћ се овде јавља као резултанта свих неједнакости које је капитализам одгајио, где се не доводи у питање оправданост капитализма као система али се глобализација усмерава у духу западноевропске државе благостања, кејнсијанске економије и социјалдемократског политичког размишљања.

Више је него очигледно, да је потребно размишљати о новом приступу у којем би богати и моћни видели "частан начин да успоре, пре свега у свом интересу, јер сада неконтролисано забијају "аутоголове" због којих ће њихови потомци можда имати великих проблема и хипотека, а сви остали добити самопоуздање да могу и морају моделирати своје специфичне приступе глобализацији уместо што тако поданички и кооперативно прихватају све што садашњи моћници од њих траже.[4] Отпис дугова, директне инвестиције и далеко повољнији односи размене у спољној трговини, јесу три најважније економске претпоставке бржег раста производње, запослености, конкурентности и дохотка неразвијених земаља. Сматра се да је од ових промена најтежа она која је менталног карактера, тј. одрицање од сопствене моћи за рачун опстанка и одржавања у будућности.

Поуздане оцене и закључке о глобализацији није могуће доносити без података на основу којих је могуће исту *мерити*. Ми унапред нисмо свесни чињенице да постоје и они ефекти које није могуће мерити,

[3] Мисли се пре свега на ТНК (транснационалне компаније, велике банке и сл.).
[4] Исто, стр. 49.

односно чији је утицај са вишим степеном вероватноће могуће проценити. То су они попут фрустрације због губитка националног идентитета, губитак запослења због преузимања националне фирме од стране транснационалне корпорације, итд.

Оно што је више него сигурно јесте то, да је економски вид глобализације могуће најлакше и најпоузданије мерити. Један од показатеља за ову врсту употребе је индекс глобализације.[5] Међународно статистичко праћење популационих кретања и миграционих токова се користи као значајан податак о тенденцијама глобализације. Подаци о трансферу технологије, мобилност научних и стручних кадрова, могу помоћи у процесу мерења глобализације. Пораст, међународног телефонског саобраћаја, сателитска телевизија и Интернет омогућују да се без великих трошкова ступа у тренутан и дискретан контакт са саговорником.

Показало се да је глобализација интересно усмерен процес, чак не ни групе земаља, већ само једне земље - САД, којим се желе наметнути јединствени стандарди понашања у читавом свету. Све мање су убедљиви аргументи да је то добро за све, а интегрише, уједињује и глобализује. Ту се истовремено и успут приватизација намеће као најважније средство за подизање мотивације у свим подручјима економског понашања, што по нашем скромном мишљењу и процени треба прихватити са мање тријумфализма и заноса, посебно у неким земљама транзиције. Но независно од ове оцене, нажалост, недостатак капитала за инвестиције, технолошка заосталост, висока незапосленост итд., чине нужно тле за продор приватних инвеститора (ТНК), преносећи на тај начин славу приватности као једини универзални кључ који откључава капију сигурног успеха, заборављајући при томе да успех дугује и великом броју других фактора.

Када је реч о ТНК које прибегавају тзв. трансферним ценама по којима оне обрачунавају трансакције, а које најчешће одступају на горе или на доле у односу на светске цене, оне при томе приказују фиктиван губитак у пословању избегавајући плаћање пореза, доводећи земљу домаћина у такав положај да она од целог посла нема никакве користи. Овакве и сличне потезе ТНК могу спроводити у живот јер иза моћних ТНК стоје њихове моћне националне државе које су увек спремне да их подрже у "светој мисији глобализације," чак и ако треба и оружаном силом. Исте им то враћају на тај начин што иду тако далеко у директно мешање у избору политичких гарнитура у тим земљама, а неретко су спремне да "помогну" и у промени државног уређења.

[5] Реч је о квантитативном показатељу економске међузависности једне земље у односу на светску привреду као целину.

Дугови који непрекидно расту у земљама у развоју најбољи су доказ њиховог места и перспективе у процесу глобализације који им се нуди. "Само у периоду 1980-1992. год., значи у време отпочињања најновије фазе глобализације, иностранi дуг земаља у развоју порастао је са 567 милијарди долара на читавих 771 милијарду долара, а на име отплате главнице дуга још 890 милијарди или укупно 1 661 милијарду долара, тј. скоро три пута више него што је износио дуг 1980. године".[6] Тај тренд ће бити настављен, да би њихов укупан дуг 1995. год. пришао цифри од близу 2 милијарде долара.

Један број економиста, без изузетка једног броја који потиче из земаља које пропагирају глобализацију, склон је да закључи да у основи погубне глобалне економске политике стоји светска завера. Финансијски моћне институције, попут Светске банке и Међународног монетарног фонда, у крајњој инстанци, земљама које су корисници позајмица, људе у њима чине још сиромашнијима уништавајући њихове традиционалне и економски виталне програме у име фиктивне развијене утопије.

Бићу слободан да на једном месту учиним покушај да поменем уобичајене услове које земље, корисници капитала и нови путници на броду глобализације, треба да прихвате. Подразумева се да оне иду на укидање заштитних царинских тарифа (што директно угрожава домаћу привреду); подразумева се и укидање закона којим се контролишу страна улагања (што јасно говори о давању предности елементу иностраности); домаћа мала пољопривреда се претвара у корпорацијске монокултуре оријентисане на извоз (што озбиљно ставља домаће становништво у проблем прехране); укида се контрола цена уз успостављање контроле надница; драстично се смањује помоћ коју пружају социјалне и здравствене службе; агресивна приватизација државних агенција државне службе чини недоступним за сиромашне и чини крај популарним програмима који су до јуче домаће становништво подстицали на разнолику домаћу производњу. На крају питање: Шта је то што у економском смислу остаје као слободно поље активности националне економије? И ради чега и због чега?

Нормална логика, чак без оне економске, ће закључити да овакви предлози, препоруке и налози могу само осакатити једну земљу, чинећи је неспособном да преживи. У почетку је приступна филозофија "рушење села како би их спасли", а потом се руше читаве привреде. Они који то прихвате товаре себи терет на врат, "мућевите мегабране, бескорисне путеве који пропадају и који не воде никуда, празне пословне вишеспратнице, опустошене шуме и поља и силне, неотплативе дугове западним банкама, што је, уосталом, највећа заоставштина политике

[6] Исто, стр. 69.

Светске банке од времена Макнамаре до данас.[7] Глобална привреда не може функционисати на општу корист, тако се не може одржати. Ако њену основу чини експоненцијални раст и привреда заснована на извозу а не задовољавању потреба домаћег тржишта, уз све унапред побројане услове и предуслове, јасно је куда такав пут води.

Тржишна привреда не хаје за искуства сиромашних. Слободно тржиште реагује на новац а не на потребе, на њему, по логици закона вредности, богати односе победу сваки пут. На стотине милиона оних који су лишени било каквог материјалног права бивају протерани са своје земље, вода, пашњака и рибњака, које неко други прилагођава својој потреби и намени. Ако се у обзир узму најбогатији из сиромашних земаља и сиромашни који живе у богатим земљама, доходак 20% најбогатијих у светској популацији већи је око сто педесет пута од доходака 20% најсиромашнијих. И овај јаз се продубљује.[8]

3. Економска монетарна унија (ЕМУ) и финансијско тржиште

Последње деценије 20 века обележио је процес глобализације. Његово дејство на међународно тржиште је повећало мобилност капитала и нестабилност девизних курсева. Да би превазишле овај проблем земље развијеног тржишта привреде Западне Европе, привредно повезане у Европску унију (ЕУ) определиле су се да формирају Европску монетарну унију, са ЕУР-ом као јединственом валутом. Концепт скројен за европске потребе, као највиши облик економске сарадње регионалног карактера, подразумева да је економска политика држава чланица унифицирана, монетарна политика јединствена уз функционисање јединствене централне банке. У том смислу, европске државе су прошле неколико развојних фаза и облика.

Развој монетарне уније започео је 1994. године, када је основан Европски монетарни институт у Франкфурту. Државе које су ушле у монетарну унију, са различитим политичким и институционалним пореклом, морале су пратити и испуњавати одређене критеријуме конвергенције држава, који су утврђени као услов за улазак у Монетарну унију. Као услови се наводе: стопа инфлације није смела бити већа од 3% DBP; јавни дуг није смео бити већи од 60% друштвеног производа; земља чланица је морала да има стабилан девизни курс и да није девалвирала своју валуту у последње две године, дугорочна каматна стопа није смела

[7] "Глобализација" - приредили Џери Мандер и Едвард Голдсмит, Клио, 2003, стр. 20.
[8] Извор, исто, стр. 34.

да буде за више од 2 процентна поена већа од непондерисаног просека каматних стопа у три земље чланице са најнижим стопама инфлације.

Мотив ЕУ да формира ЕМУ и да иста успе, произашао је из чињенице да заједничка валута има значајне економске предности: она у принципу смањује транснационалне трошкове (који у том обиму и оквиру нису никако за потцењивање). На овај начин се остварују не само директне користи, већ и оне индиректног карактера које ће стимулисати економске интеграције. Избегавањем ризика флуктуације девизних курсева ствара се ценовна и монетарна стабилност. Већа транспарентност цена обезбеђена употребом заједничке валуте повећања конкурентност, што у крајњем доноси корист потрошачима. Но независно од свега напред изнетог, морамо констатовати да Монетарна унија сама по себи не стимулише дугорочни економски раст. Осим добитака, монетарна интеграција подразумева и одређене трошкове. У том смислу, државе које имају намеру да се придруже Европској монетарној унији морају пред себе поставити озбиљно питање напуштања националне валуте као и свих користи и губитака који ће по том основу настати.

Државе се међу собом разликују по степену развијености и конкурентској способности, по томе шта у економији чини приоритет, шта су економски циљеви у наредном периоду (да ли је то рецимо смањење инфлације или незапослености, обоје или нешто треће). Велика разлика може постојати у институционалним решењима на тржишту рада, правном систему, стопи привредног раста и начину регулисања фискалног система. Ове разлике даље морају опредељивати инструменте економске политике уопште и монетарне посебно. Приступањем већ поменутој унији државе са великим разликама у погледу набројаних карактеристика могу по свом основу имати значајне трошкове и издатке. Да ли по том основу у њих може испасти скупља дара од мере?

Ако је тачно да напуштање националне валуте подразумева одређене трошкове, а тачно је, то значи да држава од монетарног суверенитета има користи. Употреба девизног курса као инструмента кредитно-монетарне политике јесте, пре свега, оно средство које држава губи из руку као механизам таквог регулисања. Девизни курс је успешан инструмент за одржавање конкурентности у земљама са различитим стопама инфлације. Да би задржала конкурентност својих производа, држави је довољно да депресира своју валуту. Производња у држави са већом стопом инфлације у односу на конкуренцију постаје неконкурентна и проблем незапослености мора бити отворен.

Формирање успешне монетарне уније подразумева да међу државама не постоје разлике у правном систему, а оне су и на европском, али и на ширем простору велике. У државама са англосаксонском традицијом фирме се финансирају углавном кроз банкарски систем. Раст каматних стопа снижава цене обвезница и акција, што директно утиче на пад богатства потрошача. Тај ефекат ће бити мање изражен у државама са континенталним типом

финансијског тржишта јер ће код њих раст каматних стопа утицати на потрошњу кроз канал банкарског одобравања кредита.

Успешна монетарна унија подразумева уједначен привредни раст држава чланица. Монетарна унија испада скупа за земље које имају убрзан привредни раст. Проблеми ће се јавити пре свега у трговинском билансу јер ће њихов увоз, у дужем временском периоду, расти брже него извоз. Да би се избегао дефицит трговинског биланса мора се ићи на смањење цена извозне робе преко депресијације домаће валуте, што је доводи у интерес да задржи националну валуту.

Финансирање буџетског дефицита је једно од оних питања која су битна за сагледавање опције задржавања сопствене валуте. Неке државе суштински дефицит финансирају креирањем вредносних папира а друге то раде из принудне емисије. Оне са неразвијеним фискалним системом повећавају приходе путем инфлације чешће него преко повећања пореза. Ако се таква држава придружи монетарној унији она мора обуздати буџетско трошење и смањити буџетски дефицит. То ће морати учинити повећањем пореза, односно преко раста прихода, што је најчешће скупљи начин његовог покрића.

У монетарној унији ће и даље остати значајне разлике између држава, почев од оних које имају политичко до оних које су институционалног порекла. Данашње чланице ЕМУ и даље одржавају многе од својих националних посебности. Тржишта рада у њима су задржала специјалне националне институционалне карактеристике; правни системи који нису идентични, стварају разлике у функционисању финансијских тржишта али и оних других; владе држава чланица монетарне уније користе различит порески систем и различите политике трошења.

На основу досадашњих практичних искустава може се закључити да су творци ЕМУ били свесни чињенице да ЕУ као целина не конституише оптималну валутну област, тј. да све државе ЕУ немају исти интерес да напусте своје националне валуте и укључе се у ЕМУ. Отклањање неравнотеже, до које неминовно долази, теже је у ситуацији када се напусте националне валуте и изгуби девизни курс као инструмент политике. Економски приступ заснован на сагледавању трошкова и добитака од монетарне уније јесте важан али не и једини присутан, код опредељења за и против монетарне уније. Заједничка валута може бити први и важан корак према жељеној политичкој унији.

4. Еуро и финансијска тржишта

По закону вероватноће, увођење еура би требало да убрза финансијску тржишну интеграцију у Европи. Елиминисањем девизног ризика настају и тешкоће у слободном току финансијске активе и услуга. Све док постоји национална валута постоји и девизни курс као основна препрека пуној

интеграцији финансијских тржишта. "Обвезнице у француским францима које је штампао Пежо и обвезнице у немачким маркама које је штампао Фолксваген биле су веома различита актива са различитим ризиком, не толико због тога што су две компаније имале различите стратегије, него углавном из макроекономских разлога: курс ФФ/ДМ се могао у будућности увек променити. Услед тога су разлике у саставу профита од ризика код ових обвезница биле под утицајем ризика промена девизног курса на шта ове две компаније нису могле утицати. У Еуроленду би ово могло да се промени. Када Пежо и Фолксваген штампају обвезнице у истој валути, тржиште ће бити способно да оцени вредност инхерентног ризика обе обвезнице на основу чистог корпоративног ризика. Кад цени вредност ризика обе ове обвезнице, тржиште не узима у обзир ризик од промене девизног курса између две националне валуте. Ово би требало да олакша кретање према јединственом тржишту обвезница у Еуроленду."[9] До истог закључка би дошли и у ситуацији када би речи било о акцијама, владиним обвезницама и др. где би укидањем националних валута била укинута важна препрека за интеграцију финансијских тржишта.

Сматра се да је тржиште владиних обвезница најлакше интегрисати. Мисли се, пре свега, на напред поменуте обвезнице. Тржиште корпоративних обвезница ће се суочити са различитим проблемима, пре свега оним које у себи носе национална обележја. Дивергентна кретања у ценама обвезница често нису резултанта девизног курса, већ управо непредвидивих промена у националним законодавству о корпоративном порезу или, пак, резултат промена у правилима преузимања акција.

У неким државама закон захтева да се хипотекарне стопе прилагоде тржишним каматним стопама, док у другима хипотекарне стопе остају фиксне за цео период уговора о хипотекама. То је разлог који отежава удруживање ових хипотека из различитих држава, и њихову продају као обвезница на широком еуро-тржишту. Све док национална правила и прописи буду различити, хипотекарном корпом обвезница ће се трговати на сегментираном националном тржишту обвезница.

Интеграција финансијских тржишта је битна за олакшано функционисање ЕМУ. То је механизам који олакшава прилагођавање на асиметричне токове. Да су финансијска тржишта Француске и Немачке у потпуности интегрисана, да постоји једно тржиште обвезница, једно тржиште акција, интегрисан банкарски сектор они би деловали и функционисали као систем осигурања. Ризик негативног шока у једној држави би био подељен на две (био би ублажен и дохотком друге). "У монетарној унији интеграција финансијског тржишта обезбеђује различите канале за поделу ризика. Ово омогућава резидентима држава (региона)

[9] Paul de Grauwe: "Економија монетарне уније", Сремски Карловци - Нови Сад, 2004, стр. 358.

које су погођене негативним током да држе свој доходак на релативно високом нивоу (у поређењу са аутпутом). Друга страна поделе ризика је да резиденти држава са процватом уочавају да њихов доходак расте по нижој стопи него аутпут."[10]

Питање је када и под којим условима еуро може постати главна валута и изазов за долар, односно да еуро-финансијска тржишта имају потенцијал да постану атрактивна за инвеститоре и зајмодавце на начин како су то данас финансијска тржишта САД. Фактори који воде настајању међународне валуте крећу од оних структурних до политичких, без којих валута не може добити међународни статус. Сматра се да величина земаља, а тиме и величина тржишта, јесу битан услов да би валута стекла међународни статус. "Сигурно је да је Евроленд велик. У смислу оутпута и трговине он премашује САД (бар ако се Велика Британија придружи ЕМУ), ако не, Евроленд и САД су приближно једнаке величине. У смислу величине финансијских тржишта Евроленд мора да прође још известан пут. Уочавамо да су тржишта акција и обвезница у САД-у два пута већа у односу на иста у ЕМУ. Стога, мада је "стварна" економија Евроленда велика попут америчке економије, исто се може рећи и за финансијску економију. Финансијска снага САД-а је око два пута већа него у Евроленду." [11] Финансијска снага битно опредељује ликвидност финансијске активе а тиме и лакоћу с којом велики инвеститори прилагођавају свој портфолио. Величина повећава различитост избора инвестиционих варијанти а тиме и конкурентску предност финансијских тржишта у односу на мале и неорганизоване.

За потенцијалну међународну валуту, поред величине, и степен либерализације финансијског тржишта је једнако значајан. Тржиште финансијских деривата може успети само на конкурентним и слободним финансијским тржиштима, пошто превише регулисања финансијског тржишта не обезбеђује добру основу за финансијске иновације и развој нових финансијских производа и тржишта. Из те перспективе гледано, може се извести закључак да ће долар задржати повлашћену позицију још неко време.

Валута може вршити значајан утицај на друге валуте и земље само под условом да постоји домаћа монетарна и финансијска стабилност, која пре свега зависи од монетарне и финансијске политике која се води у земљи. Пре осталих индикатор монетарне стабилности је стопа инфлације. Ценовна стабилност сама по себи не гарантује финансијску стабилност. Добар пример за то је Јапан, јер да је важна само ценовна стабилност, јен би имао користи од широке стабилности која би поспешила његову употребу као међународне валуте. Ово се није догодило јер и остали

[10] Исто, стр. 363.
[11] Исто, стр. 366.

услови финансијске стабилности морају бити задовољени. Најважнији од њих везани за стабилност финансијског система, владин дуг и дефицит платног биланса.

Prof. Dr. Sveto Puric,
a full-time professor

UNDEVELOPED COUNTRIES IN THE LIGHT OF FINANCIAL MARKETS AND GLOBALIZATION

An average rate of growth, measured by gross national product, has been pointing out to ever increasing discrepancy between the countries and nations. Overcoming the problem of poverty and inequality in the countries that receive help from the rich and developed states has been made more difficult by the fact that this help is colored by political and economic goals of those who offer it.

Market economy does not take into account the experience of the poor countries. It responds to the money, and not to the needs, and therefore, it is not surprising that in this battle it is the rich who are always winning.

On the basis of the previous experience, it can be concluded that the founders of the EMU were aware of the fact that EU as a whole does not constitute an optimal currency area, that is, their member states do not share the same interest in abandoning their national currencies and join EMU.

Др Нада Тодоровић,
ванредни професор

UDK: 336.7

ЈАВНИ ИНТЕРЕС И ХИПОТЕКАРНИ ЗАЈМОВИ

Хипотекарно финансирање је важан сегмент у финансијама и економији, јер се кроз механизам хипотекарног позајмљивања стиче власништво над непокретном имовином (куће, станови, земља). Власништво над непокретностима је трајна грађанска вредност и национална актива. Стицање власништва над стамбеним објектима је у интересу државе и у интересу појединаца. Власништво над кућама има своју моралну, етичку па и политичку димензију.

Интерес државе за функционисањем хипотекарног тржишта огледа се у томе што се преко механизма овог тржишта обезбеђује очување реалне вредности националног богатства, као и његово увећање.

Појединцима поседовање куће у власништву пружа сигурност и личну независност.

У неким земљама постоји традиционално укорењена жеља за поседовањем кућа у власништву (пример Велика Британија).

То се позитивно одражава на интересе друштва у целини и личне интересе појединца. Постојање ове сталне тежње у свести људи за поседовањем сопственог дома, доприноси увећању богатства у друштву, омогућава родитељима да обезбеде своју децу, стимулише жељу за независношћу, што је основ једног слободног грађанског друштва.

Према томе, власништво над кућом уз помоћ хипотекарног финансирања има политичку димензију, и по схватањима неких аутора рађа политички конзерватизам.[1] Овакви ставови се изводе на основу поређења економског статуса појединца који је станар (закупац) и појединца који је власник.

Појединац као закупац нема стално место становања, нема сигурност и личну независност и као такав је подложан разним политичким и идеолошким утицајима. Он, тражећи своје место под сунцем и сигурно уточиште, постаје бунтовник и настоји да се укључи у све револуционарне преврате у друштву.

Појединац као власник куће је штедљив и радан човек, сигуран у себе, поштује све норме грађанског друштва у коме живи и ретко се укључује у радикалне друштвене реформе.

---

[1] K. J. Gray, P.D. Symes, Real Property and Real People - Principles of Land Law, 1981., стр. 511.

Управо због постојања различитих интереса појединаца, као власника и као закупаца, који се рефлектују на читаво друштво, неопходно је постојање моћних хипотекарних финансијских институција које обезбеђују хипотекарне зајмове за куповину кућа. Оне имају стабилизирајућу улогу и темељ су једног слободног, економски развијеног друштва.

Јавни интерес за функционисањем хипотекарног тржишта огледа се нарочито у периоду рецесија. Тако у периодима високе инфлације и колебљивости каматних стопа, вредности кућа расту у односу на цене на мало и берзанске цене. Улагање у некретнине тада постаје најсигурнија инвестиција, а капацитет хипотекарног тржишта се повећава.

Међутим, упоредо са експанзијом стицања власништва над некретнинама посредством механизма хипотекарног тржишта, у периоду рецесија повећан је и број случајева несолвентних хипотека. То је природна последица незапослености, вишка радне снаге и стечаја.

Као резултат свих ових кретања у последње време појавила се наглашена потреба за очувањем јавног интереса на пољу дугорочног хипотекарног позајмљивања. Последњих година запажа се тенденција пораста судских поступака, које покрећу хипотекарни повериоци, а предмет је својина (власништво), као и простирање судске надлежности на заштиту власника кућа од могућности губитка својих домова.

Присуство државе је неопходно на хипотекарном тржишту, јер то доприноси стабилности и уравнотежењу овог тржишта. Проблеми који прате индустрију хипотекарног позајмљивања постојали су у раним фазама развоја (проблеми земљопоседника у 18. и 19. веку), јавили су се и касније као проблеми власника кућа у 20. веку, а постоје и данас у новом миленијуму.

Стицање власништва кроз хипотекарно позајмљивање одувек је било примамљиво за људе. Позната је прича о капетану Ross-у Poldark-у, који је почетком 19. века своју земљу Нампара константно употребљавао као обезбеђење за позајмљивање новца којим је финансирао подизање рудника. Са подизањем новца, упоредо је растао страх да ће изгубити све - рудник, земљу, дом, ако не врати зајам.

Још далеке 1938. године, Noël Coward је писао[2] о

Узвишеним домовима Енглеске,
Који стоје предивно у свом здању,
Да докажу вишим класама
Своју високо подигнуту руку
Иако се чини да ће чињеница
Што морају бити поново изграђени

[2] D. Chappelle, Land Law, Pearson Longaman, Education Limited, Harlow, England, 2004., стр. 335.

И често стављани потпуно под хипотеку
Скинути сољни сјај (позлату) са медењака
И сигурно осујетити забаву најстаријем сину.

Осамдесете и деведесете године су биле године рецесије. Прича капетана Poldark-а се поновила. Многи хипотекарни дужници нису били у стању да измирују обавезе преузете уговорима, јер су каматне стопе и незапосленост расли. Једина могућност за отплату дуга била је продаја куће. Неки људи су тада, у стању безнађа, напустили своје домове и убацили кључеве у поштанске сандучиће својих кредитора.

Тај талас се касније смирио, али се рецесија и даље наставила на нивоу светске економије са нешто слабијим интензитетом. И данас, када је хипотекарно тржиште веома развијено, у свести људи постоји потреба да се обезбеди корист од хипотекарног зајма, која се временом претвара у још израженију потребу да се ослободе терета зајма.

Упркос свим овим дилемама и ризицима, хипотекарно тржиште у савременом свету је реалност и потреба, његова инфраструктура је врло развијена, хипотекарни финансијски инструменти разрађени, што све уз присуство државе чини да хипотекарно финансирање буде све привлачније.

1. Основне карактеристике хипотекарних зајмова

Тржишни материјал који је предмет размене на хипотекарном тржишту чине хипотекарни зајмови и хипотекарне хартије од вредности.

Хипотекарни зајам је дугорочни зајам обезбеђен некретнином. Типови власништва над некретнинама које се могу заложити разврстани су у две велике групе. Стамбени објекти у власништву (куће за становање за једну или више породица) и комерцијални објекти (пословне зграде, трговински центри, хотели, складишта). Власништво над комерцијалним објектима доноси приход.

У складу са овим, хипотекарне зајмове можемо на самом почетку класификовати у две велике групе: хипотекарни зајмови на имовину за становање и хипотекарни зајмови на комерцијалне објекте.

У литератури ови хипотекарни зајмови познати су као стамбена и нестамбена (комерцијална) хипотека. Хипотекарно позајмљивање данас се још увек базира на финансирању куповине стамбеног простора, чак око 82% [3], па ће наредна излагања углавном бити посвећена стамбеној хипотеци.

[3] F. S. Mishkin, S. G. Eakins, Financial Markets and Institutions, Addison Wesley, 2000., стр. 310.

Процес покретања хипотеке започиње подношењем захтева за доделу зајма за куповину куће за становање. Према томе, потенцијални власник куће (зајмопримац) попуњава пријаву у којој су садржане све релевантне финансијске информације о подносиоцу захтева и плаћа накнаду за тај захтев. Сваки захтев за доделу зајма треба да садржи неке основне податке и то:[4]

- сврха кредита
- извор враћања кредита
- подобност, поузданост зајмопримца
- обезбеђење
- профитабилност за банку.

Уговори о хипотекарним зајмовима треба да садрже клаузуле које штите зајмодавца од финансијског губитка. Основне карактеристике хипотекарних зајмова: постојање колатерала, готовинско учешће, приватно хипотекарно осигурање, постојање подобности зајмопримца.

Колатерал је некретнина која служи као залог, обезбеђење зајма. Институција која одобрава зајам ће извршити право задржавања (пленидбе) својине, док се зајам не исплати до краја.

Право задржавања је јавни запис који се прилаже уз исправу о својини (праву) власништва и оно даје право зајмодавцу да прода имовину и да се из ње намири у случају да зајмопримац западне у дужничку доцњу.

Готовинско учешће је услов за одобравање већине хипотекарних зајмова. Врста хипотекарног зајма опредељује висину овог учешћа. Износ готовинског учешћа креће се 5 - 20 % куповне цене непокретности.[5] Обавеза уплате учешћа у готовини дисциплинује зајмопримца, обавезује га да редовно отплаћује зајам и спречава могућност одустанка од зајма.

Приватно хипотекарно осигурање је један од начина обезбеђења зајмодавца од губитка. Зајмопримац купује приватно хипотекарно осигурање (Private Mortgage Insurance - PMI). Полиса осигурања гарантује накнаду у случају одступања између цене имовине и износа зајма, када наступи доцња у плаћању зајма. Тако, ако је салдо на зајам био 150.000 $ у време настанка кашњења исплате зајма, а имовина вреди 100.000 $ приватно хипотекарно осигурање ће полисом исплатити 50.000 $ институцији која је дала зајам. Обично се ово осигурање захтева за зајмове са мањим готовинским учешћем и износи између 20 и 30 $ месечно на зајам од 100.000 $.[6]

Постојање подобности зајмопримца је пресудан услов за доделу хипотекарног зајма. Функционисање секундарног хипотекарног тржишта

[4] C. Turner, Personal Leading and Mortgages, Financial World Publishing, 2001., стр. 116.
[5] F. S. Mishkin, S. G. Eakins, Financial Markets and Institutions, исто, стр. 314.
[6] Исто, стр. 314.

на коме државне агенције купују хипотекарне зајмове који испуњавају одређене стандарде обезбеђења, још више је проширило услове за доделу хипотекарних зајмова и у први план ставило постојање подобности зајмопримца. Зајмодавац увек рачуна да преко зајмопримца препрода зајам некој од агенција на секундарном тржишту, дакле његов економски интерес није да зароби (веже) своја новчана средства.

Постоје два услова која су пресудна за одобравање хипотекарних зајмова и то[7]:

1. постојање размере између отплате и дохотка (PTI - payment-to-income ratio),
2. постојање размере између зајма и вредности (LTV - loan to value).

Први услов односи се на способност зајмопримца да отплати зајам (месечна отплата хипотеке и плаћање пореза на некретнине). Ако је размера између отплате и дохотка мања, то је већа вероватноћа да ће зајмопримац бити у стању да изврши своје обавезе из хипотекарног уговора.

LTV је размера између износа зајма и тржишне вредности некретнине. Нижа размера значи већу заштиту зајмодавца, јер се он у случају неплаћања зајма може намирити из продане имовине.

Пример:

Одобрени хипотекарни зајам износи 150.000 USD а процењена имовина је 200.000 USD.

Одобрени хипотекарни зајам 180.000 USD а процењена имовина износи 200.000 USD.

U првом случају LTV је 75%, а у другом 90%. U случају да зајмопримац не извршава своје отплате хипотеке, нижи LTV (75%) пружа већу заштиту зајмодавцу, јер ће он продајом ове имовине на тржишту (чак и да цене некретнина падну) моћи да намири одобрени зајам. Међутим, LTV 90% пружа зајмодавцу мању заштиту, јер у случају пада тржишне вредности некретнина и кашњења у отплати зајма, зајмодавац би био изложен већем ризику.

Услови који опредељују подобност зајмопримца су комплексни и подложни променама. Постоји једно правило на развијеним хипотекарним тржиштима у свету (пре свега у САД), да отплата зајма, укључујући порезе и осигурање, не би требало да износи више од 25% бруто месечног дохотка.[8]

Хипотекарни зајам се амортизује до његовог доспећа. То подразумева отплату (месечну) главнице и камате. Током првих година зајма највећи део отплате односи се на камату на зајам, а мали износ на неисплаћени салдо главнице. Зато је и разумљиво што се после више година отплаћивања зајма појављује салдо зајма који није значајно смањен.

---

[7] F. J. Fabozzi, F. Modigliani, Capital Markets, Institutions and Instruments, Prentice-Hall, New Jersey, 2003., стр. 484.

[8] F. S. Mishkin, S. G. Eakins, Financial Markets and Institutions, исто, стр. 315.

Управо због овога, интерес зајмопримаца базира се на узимању зајмова са краћим роковима трајања, тако да се данас све више узимају петнаестогодишње хипотеке.[9]

2. Врсте хипотекарних зајмова

Капацитет и апсорпциона моћ хипотекарног тржишта огледа се у томе што су на њему доступне бројне врсте хипотекарних зајмова, а учесницима како на страни тражње, тако и на страни понуде је остављено да се квалификују за различите зајмове.

У литератури преовлађују неке основне класификације хипотекарних зајмова (хипотека скр.). Тако постоје осигуране и конвенционалне хипотеке, као и хипотеке са фиксном и променљивом стопом.

Осигуране хипотеке су зајмови са гаранцијом и њих покрећу банке и друге финансијске институције, а за њих гарантује или Савезна стамбена управа FHA или Управа ветерана VA у САД.

Конвенционалне хипотеке такође одобравају одређене хипотекарне институције (као зајмодавци), али за њих нема гаранције. Кретања у последње време у хипотекарној делатности указују на тенденцију осигуравања конвенционалних зајмова од стране приватних хипотекарних компанија.

Према начину отплате хипотекарних зајмова исти се могу поделити на хипотеке с фиксном и хипотеке с променљивом каматном стопом.

Стандардна хипотека је хипотека с фиксном каматом (Fixed rate mortgage или FRM)[10], за коју се плаћају једнаке месечне отплате. Камата и главница се амортизују (отписују) током низа година и каматна стопа и месечна рата не варирају током времена трајања хипотеке.

Хипотека са променљивом каматом (Adjustable-rate mortgage или ARMs) подразумева да се камата одређује периодично и да она одржава промене краткорочних каматних стопа. Ове промене се врше у односу на неки параметар (индекс) и обично је то стопа Министарства финансија на

[9] Често се у литератури економско-финансијској употребљава скраћени назив хипотека, подразумевајући под тим хипотекарни зајам. У строго методолошком смислу и формално правно посматрано, то је погрешан термин. Хипотека је обезбеђење отплате зајма, она није сам зајам. Хипотека је пренос законског, правног удела у некретнини, која је прихваћена као јемство. Дакле, зајмопримци често кажу добили су хипотеку да купе кућу. Они су добили одређен износ хипотекарног зајма, а хипотека као удео у некретнини припада зајмодавцу. Према томе, када овај термин, хипотека, будемо користили у овом раду, под тим ћемо подразумевати скраћени израз за хипотекарни зајам, не доводећи у питање правну природу хипотеке као заложног права.

[10] J. C. Van Horne, Financial Market Rates and Flows, Prentice-Hall, New Jersey, 2001., стр. 222.

једнакомерно једногодишње доспеће (CMT), или Савезни индекс трошкова (COFI), или Лондонска међубанкарска стопа понуде (LIBOR).[11]

ARM(s) хипотеке имају нека ограничења која се зову капе (caps)[12], а односе се на то колико високо или ниско може да се креће каматна стопа током трајања зајма. Неке хипотеке са променљивом каматом имају укупну уговорену каматну стопу. Тако, ако је почетни зајам дат по стопи од 7%, максимално повећање у било којој години може да буде 1,5%, а укупна уговорена стопа може да буде 10%. Већина ових хипотека је у поседу финансијских институција које дају зајмове, а мали број је конвертован у хартије од вредности.

Економски интереси зајмодаваца и зајмопримаца су различити кад су у питању ове две врсте хипотека (FRM и ARMs).

Хипотеке с фиксном каматом су повољне за зајмопримце у случају раста каматних стопа на тржишту. Међутим, у случају пада каматне стопе губе се користи од фиксне каматне стопе. Пад каматних стопа подстиче многе зајмопримце да прибегну рефинансирању своје хипотеке, да би добили нови хипотекарни зајам по нижој каматној стопи.

Са становишта остваривања економских интереса зајмодаваца, повољнија је хипотека са променљивом каматном стопом (ARMs), јер смањује ризик каматне стопе. Хипотекарни зајмови су дугорочни зајмови који су веома осетљиви на кретање каматних стопа. Када каматна стопа расте, месечна рата расте и обрнуто.

Са развојем хипотекарног тржишта и хипотекарне индустрије уопште интереси зајмодаваца и зајмопримаца све више се усклађују, тако што зајмодавци нуде ниже почетне каматне стопе на хипотеке с променљивом стопом (ARMs), него на хипотеке с фиксном каматном стопом.

3. Неке нове врсте хипотекарних зајмова (хипотека)

Захуктала хипотекарна индустрија данас захтева иновативне хипотекарне зајмове који би привукли потенцијалне зајмопримце. Суштина нових типова хипотека је да оне користе различите методе отплате на основу два елемента: вредности зајма и елемента камате.

Тако постоје хипотеке с постепеном градираном отплатом, хипотеке растуће неисплаћене главнице, хипотеке са уделом у апресијацији (повећању) цене, хипотеке са учешћем у неисплаћеном салду (главници).[13]

Хипотека са постепеном градираном отплатом (Graduated-Payment Mortgage - GPMs) има ниже рате отплате током првих година и нарочито је

[11] Исто, стр. 223.
[12] F. S. Mishkin, S. G. Eakins, Financial Markets and Institutions, исто, стр. 318.
[13] Исто, стр. 319.

повољна за куповину стамбених објеката. Купци ових објеката очекују да им доходак порасте и да ће моћи да измире обавезе преузете хипотекарним уговором.

Хипотека растуће неисплаћене главнице (Growing-Equity Mortgage-GEMs) је посебно погодна за оне зајмопримце који желе да скрате време отплате зајма, односно да га отплате у краћем временском периоду. У почетку рате отплате ће бити једнаке да би током времена расле и овај раст би снажно смањио главницу и скратио век трајања зајма. Овакав метод отплате хипотекарног зајма је погодан за све зајмопримце који очекују повећање дохотка у будућности.

Хипотека са уделом у апресијацији (повећању) цене (SAMs) се јавља када на хипотекарном тржишту наступе неповољни услови за зајмопримце. Ту се, пре свега, мисли на раст каматних стопа које повећавају месечне рате отплате хипотека, што многе зајмопримце доводи у дужничку доцњу. Зајмодавци су прибегли новом типу хипотеке како би помогли зајмопримцима, а истовремено не би угрозили своје економске позиције. Тако су они смањили каматну стопу на хипотеке у замену за удео у било каквом повећању вредности некретнине.

Посебну иновацију на хипотекарном тржишту представља хипотека са учешћем у неисплаћеном салду. Код овог начина отплате хипотекарног зајма зајмопримац добија помоћ да испуни услове за зајам од инвеститора са стране. Спољни инвеститор допуњава месечне рате или обезбеђује део куповне цене некретнине, а за узврат добија део било каквог повећања вредности имовине.

Хипотеке са обрнутим ануитетом су посебно погодне за пензионере, који треба да живе на неотплаћеном остатку хипотеке коју имају на својој кући. Хипотекарни уговор са обрнутим ануитетом има банкарска авансна средства према месечном распореду. Зајмопримац не врши отплате зајма, али се неисплаћени део зајма намирује из вредности некретнине. Обично се после смрти пензионера његово имање продаје да би се намирио дуг.

Новину на хипотекарном тржишту представљају и тзв. хипотеке за посебне намене. То су, пре свега, хипотеке за куповину имовине за изнајмљивање, хипотеке на средства у страним валутама, хипотеке на објекте у изградњи, пресељене хипотеке, хипотеке део по део[14] и др.

Хипотекарни зајмови намењени куповини имовине за изнајмљивање, дакле у комерцијалне сврхе, одобравају се према висини ренте која се очекује кад се та некретнина изнајми (нпр. зајам се базира на 130% очекиваног дохотка од ренте са 80% LTV - зајам према вредности некретнине).

Хипотеке на објекте у изградњи зајмодавци одобравају у траншама које прате фазе извођења радова, тако да вредност имовине прати вредност зајма. Када је заложена имовина купљена у иностранству, или када зајмопримац

[14] C. Turner, Personal Lending and Mortgage, исто, стр. 101-102.

очекује да има доходак у страној валути онда се даје хипотека на средства у страним валутама.

Хипотеке део по део су комбинација хипотека укупне отплате (камате и главнице) и отплате само камате, а главница као једна рата се отплаћује на крају доспећа хипотекарног дуга.

Присуство нових врста хипотекарних зајмова указује на то да су хипотекарна тржишта у експанзији и да су доживела промене. Првобитно су ова тржишта била организована да задовоље потребе компанија и веома богатих појединаца.

Тржиште хипотекарних зајмова је постало конкурентније, зајмодавци се надмећу у томе да кроз нове модалитете отплате хипотекарних зајмова привуку зајмопримце. Без постојања и функционисања оваквог начина позајмљивања тешко би појединци могли сами према тренутном стању на тржишту некретнина да купе објекте за становање. Предузећа поготову мала и средња, све се више ослањају на хипотекарно позајмљивање да би финансирала сопствени раст.

4. Сервисирање хипотекарних зајмова

Посебно место на хипотекарном тржишту капитала припада агенцијама за сервисирање хипотекарних зајмова, које представљају посредника између покретача хипотеке (зајмодавца) и зајмопримца (инвеститора) који држи зајам. Посредничка функција сервисног агента састоји се у пружању услуга наплате месечних отплата хипотекарних дужника, слање опомена, вођење евиденције о хипотекарном салду. Хипотекарни сервисер (сервисни агент) такође пружа информације хипотекарним дужницима о порезима, води рачун на коме средства остају док се обавеза на порез за некретнине не изврши. У неким ситуацијама сервисни агент и покреће поступак за продају заложене имовине.[15]

На развијеним хипотекарним тржиштима постоји велика конкуренција међу онима који сервисирају хипотеке. Основни мотив који опредељује велики број агената да се баве овим послом је накнада за сервисирање која се креће у распону од 0,3 до 0,5 % годишње од укупне суме зајма.

Токови готовине коју прима сервисни агент за инвеститора не преносе се на њега одмах, већ се ту јавља један мањи временски размак, обично постоји период одлагања од петнаест дана.[16]

Поступак одобравања хипотекарних зајмова подразумева једну трочлану структуру учесника:

- Покретач хипотеке одобрава зајам неком инвеститору (зајмопримцу).

[15] F. J. Fabozzi, F. Modigliani, Capital Markets, Institutions and Instruments, исто, стр. 483.

[16] J. C. Van Horne, Financial Market Rates and Flows, исто, стр. 223.

- Инвеститор држи зајам.
- Сервисни агент обавља послове везане за папирологију.

Пракса на развијеним хипотекарним тржиштима у свету указује на тенденцију продаје хипотекарних зајмова од стране покретача (оригиналних зајмодаваца) одмах након отварања, другом инвеститору. Продајом зајма, покретач ослобађа средства која могу бити позајмљена неком другом зајмопримцу, а истовремено повећава своју зараду кроз наплату трошкова отварања зајма.

Присуство већег броја трансакција и учесника у тим трансакцијама са хипотекарним зајмовима, говори о квалитету хипотекарног тржишта и то како о дубини, тако и о ширини овог тржишта.

Закључак

Интерес државе за функционисањем хипотекарног тржишта огледа се у томе што се преко механизма овог тржишта обезбеђује очување реалне вредности националног богатства, као и његово увећање. Јавни интерес за функционисањем хипотекарног тржишта огледа се нарочито у периоду рецесија, јер улагање у некретнине тада постаје најсигурнија инвестиција.

Хипотекарни зајмови се могу класификовати у две велике групе: хипотекарни зајмови на имовину за становање и хипотекарни зајмови на комерцијалне објекте.

Према начину отплате хипотекарних зајмова разликујемо хипотекарне зајмове с фиксном и с променљивом каматном стопом.

Кретања у последње време на хипотекарном тржишту, указују на присуство нових врста хипотекарних зајмова. Суштина иновативних хипотекарних зајмова, је да они користе различите методе отплате на основу два елемента: вредности зајма и елемента камате.

Prof. Dr. Nada Todorovic,
an assistant professor

PUBLIC INTEREST AND MORTGAGE LOANS

The state interest in proper functioning of the mortgage market is reflected in the fact that this market has its mechanisms that ensure the protection of the actual value of national resources and secure its increase. Public interest in

mortgage market is especially seen in the period of recession when the investments in real estate seem to be most profitable and safe.

Mortgage loans may be classified into two major groups: mortgage loans for housing property and mortgage loans for commercial buildings.

As for the ways of payments, the difference is made between the mortgage loans with fix and changeable interest rate.

The recent trends on mortgage market have shown that new types of mortgage loans are appearing on daily basis. They vary in respect to the methods of their payment depending on the amount of the loan and elements that define the interest rate.

Мр Јасмина Лабудовић,
асистент

UDK: 338.5:368

ФАКТОРИ ПОЛИТИКЕ ЦЕНА У ОСИГУРАЊУ

1. Ризик – појам и карактеристике

Ризик је присутан у целокупној привреди, али нигде нема толики значај као у осигурању. John Maynard Keynes је посебно упозоравао на ризике који су везани за инвестиције, ризик повериоца који се односи на то да ли ће му бити враћен кредит о доспелости и ризик од промене вредности новца.

Проблем ризика нарочито добија на значају са либерализацијом привреде, тј. доминацијом приватне својине и конкуренције. Техничким прогресом природа се све више прилагођава човеку.[1] Веза између човека и природе се карактерише као дијалектичка противречност (непрекидна борба). Предмети рада, створени у производном процесу, подвргнути су рушилачким дејствима природних сила. Да би се заштитио од рушилачких дејстава природних сила, несрећних случајева и катастрофа, а настојећи да минимизира ризик и могуће штете, човек расподељује ризик на чланове ризичне заједнице, трансферишући ризик у осигурање.

Премија директно зависи од величине ризика као вероватноће наступања штетног догађаја. Ризик и несигурност се појављују због неизвесности у погледу будућих догађаја и због непотпуне обавештености (информисаности) привредних субјеката једних о другима.

За финансијску привреду често се каже да је својеврстан систем чија је основна функција подела ризика. Ово посебно важи за осигурање, али и банкарство. Ризик се појављује и код једне и код друге врсте финансијских услуга. Међутим, разлози пружања заштите од једних, тј. других финансијских институција су различити и исто тако, различит је круг ризика које оне обухватају. Заједничка карактеристика им је то што пружају заштиту својим комитентима. [2] У друштву за осигурање осигураник купује финансијску сигурност плаћајући одређену цену за то. На тај начин се "штити" од губитака имовине (капитала) услед неизвесних околности. С друге стране, "банке и депозитне институције нуде својим клијентима заштиту од могућности да им понестане новца услед других

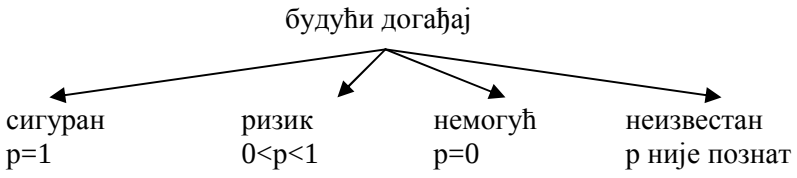
[1] Шахов В.В, *Введение в страхование: економический аспект*, Финансие и статистика, Москва, 2002, стр. 32.
[2] др Борко Крстић, *Банкарство версус осигурање*, Југословенско банкарство, бр.9-10, 1995, стр. 18.

околности".[3] Те "друге околности" могу бити недостатак новчаних средстава за отпочињање новог производног циклуса, премошћавање препрека између производње и потрошње, превазилажење проблема неликвидности и сл.

У оквиру банкарства на мало[4] и осигурања објеката (имовине) мањих вредности смањење ризика постиже се преко *економије обима*. То значи да банке треба да имају веће портфеље, а друштва за осигурање што већи број осигураника и што већи број различитих врста осигурања. Ово налази своју потврду у чувеној златној максими лондонског Lloyd`s-a: "Радије много малих него мало великих ризика".

Када је реч о банкарству на велико[5] и осигурању од лоших (великих) ризика, смањење ризика се постиже груписањем банака и одобравањем синдицираних кредита[6] и међубанкарским пословима. Код осигурања објеката великих вредности дисперзија се постиже преко саосигурања и реосигурања.

Без ризика нема ни осигурања, па је зато потребно дати објашњење овог појма. Када се каже "РИЗИК", увек се мисли на одређену опасност. Садржина ризика и степен вероватноће ризика одређују садржину и границе осигуравајуће заштите.[7] То је хипотетичка могућност настанка штете, тј. опасности настанка штетног догађаја у појединачном случају. Из овога произилазе неке особености ризика: 1. он је тесно повезан са објектом осигурања; 2. тесно је повезан са вероватноћом губитка; 3. његова реализација доводи до исплате из претходно формираног осигуравајућег фонда. Из економског аспекта, ризик представља вероватноћу настанка штетног догађаја.[8] Ризик увек асоцира на одређену опасност, губитак, неизвесност, штету. Будући догађај, са становишта ризика, може бити као на приказаној шеми.



p – вероватноћа

[3] *The future of Financial Systems and Services* (Edited by Edward P.M.Gardener), The Macmillan Press LTD,London, 1990, p. 25.

[4] Подразумева велики број трансакција мале појединачне вредности.

[5] Подразумева мали број великих комитената (мали број трансакција великих вредности).

[6] др Предраг Капор, *Међународно финансирање инфраструктурних пројеката*, Интермекс, Београд, 2004, стр. 131-135.

[7] В. В. Шахов, исто, стр. 33.

[8] А. Тасић, *Основи осигурања*, друго издање, Београд, 1952, стр. 21.

Извор: Андријашевић Сања и Петрановић Владимир, Економика осигурања, Алфа, Загреб, 1999, стр. 3.

У свим дефиницијама ризика полази се од неизвесности и губитака као суштинских елемената појма ризика.[9] Претходна шема управо показује да исход неког будућег догађаја може бити разноврстан, што укључује и могућност губитка (штете). Неизвесност мора да постоји да бисмо говорили о ризику. Ако је наступање будућег догађаја сигурно – нема ризика. Ипак, постоје и изузеци. Могуће је да је наступање неког догађаја сигурно (смрт), али се не зна тачно када ће наступити. У осигурању робе у поморском превозу, штетни догађај се преузима у осигурање, чак и ако је наступио пре закључења уговора, под условом да уговарач није знао обим штетних последица.[10]

За ризик се још каже да је стање у коме постоји могућност негативног одступања од пожељног исхода који очекујемо и коме се надамо.[11] Ова могућност, је у ствари, вероватноћа наступања штетног догађаја. Она се мери у распону од 0 – 1. Ако је вероватноћа једнака јединици (p=1) нема ризика и догађај је сигуран, а ако је p=0 догађај је немогућ. Дакле, потребно је да није немогућ и да није сигурно остварив. Очекивана вредност губитка је производ вероватноће губитка (p) и могућег губитка (s).

Ризик је један од основних појмова у осигурању. У пракси се овај појам користи да означи и сам предмет (објект) осигурања или посао осигурања, штету, па и узрок штете. Према Међународном лексикону осигурања (Internationales Versicherungs - Lexikon - Bern – Švicarska, 1959.)[12], под ризиком се подразумева:

1. ствар или особа која је покривена осигурањем;
2. вероватноћа реализације настанка осигураног случаја и
3. опасност или осигурани случај.

Ризик се дефинише као будући неизвесни догађај који укључује могућност неизвесних последица у виду штете или користи. У овом случају, корист се може јавити код осигурања живота, као исплата осигуране суме. Појам ризика не треба поистовећивати са самим догађајем који наступа. Он јесте опасност од наступања економски штетног догађаја, а реализација те опасности је осигурани случај. Различите врсте ризика, учесталост и интензитет штетног догађаја, немогућност утврђивања апсолутне вероватноће његове реализације, као и немогућност избегавања

[9] Emmett Vaughan, Therese Vaughan, *Основе осигурања - управљање ризицима*, Мате, Загреб, 2000, стр. 4.

[10] Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб, *Коментар ЗОО*, стр. 1463.

[11] Emmett Vaughan, Therese Vaughan, исто, стр. 5.

[12] Александар Палаш, *Ризик у привреди и осигурању*, Осигурање и привреда, бр. 6, 1969, стр. 14.

ризика и сношења целокупног ризика од стране појединца намећу потребу за осигурањем.

Из правног аспекта, ризик је могућност наступања неизвесног догађаја који не зависи од воље заинтересованих лица и чије је осигурање допуштено јавним поретком и моралом.[13] Такође, у овом контексту ризик се посматра као основни елемент правног односа осигурања за који су везане обавезе осигуравача и осигураника.[14]

У реосигурању, ризик се може дефинисати на исти начин. То је будући неизвесни догађај чије наступање не зависи искључиво од воље уговорних страна. Једина разлика, у односу на ризик у осигурању, је у погледу објекта ризика.[15] Објект ризика у осигурању је одређени предмет или одређено лице, а у реосигурању то је обавеза осигуравача. Наиме, у реосигурању ризик је неизвесност да ће осигуравач због наступања осигураног случаја бити дужан да исплати осигурану суму или накнаду штете, тј. код ретроцесије опасност да се имовина реосигуравача смањи због исплате осигуравачу, у случајевима на које се односе уговори о ретроцесији.

Ризик нужно имплицира и одређене трошкове. Може да означава и очекивани губитак, али и несигурност у погледу очекиваног губитка (вероватноћу да ће доћи до одступања од очекиваног губитка).[16] Губитак може да настане, али и не мора.

Основни циљ управљања ризицима је смањење ризика. Одабирање најпогодније методе управљања ризиком, смањење трошкова заштитних мера, трошкова премија, сигурност акционара, обезбеђење и исплате дивиденди, као и сигурност и континуитет пословања представљају основне функције risk management-a. Ризик се може дефинисати и као несигурност која се односи на настајање губитка.[17] Ова се дефиниција ризика односи и на последице насталог штетног догађаја (интензитет штете). Једна од дефиниција каже да је ризик варијација могућих резултата (догађаја) у односу на случај заснован на шанси.[18] Шанса, у ствари означава очекивани позитиван догађај. Велико одступање од

---

[13] Јелена Кочовић, Предраг Шулејић, *Осиīурање*, Економски факултет, Београд, 2002, стр. 59.

[14] Предраг Шулејић, *Право осиīурања*, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1992, стр. 83.

[15] И.Јанковец, *Уīовор о реосиīурању*, Институт за упоредно право, Београд, 1968, стр. 55-56.

[16] Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, *Risk Management and Insurance*, McGraw Hill, Singapore, 2004, p. 3.

[17] George E.Rejda, *Principles of risk Management and Insurance*, eighth edition, Pearson Education, 2003, p. 3.

[18] Mark S.Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance*, seventh edition, Prentice Hall, New Jersey, 2001, p. 6.

просечног очекиваног губитка представља велики ризик.[19] Ризик је величина "којом се описује вероватноћа настанка штетног догађаја и очекивана величина последице тих догађаја у једном затвореном систему током одређеног временског интервала или током одређене мисије".[20] Мери се преко закона великих бројева и теорије вероватноће.

Морамо указати и на чињеницу да се не може осигурати сваки ризик.[21] Уколико би се осигуравали ризици који су последица зле намере то би водило појави хазарда морала. Коначан резултат би био раст премија осигурања, тј. поскупљење осигуравајуће заштите.[22] Прихватање ризика у осигурању је могуће само уколико ризик поседује одређене елементе, тј. уколико испуњава одређене услове. Преваре у осигурању поскупљују увек услугу осигурања. Да би био покривен осигурањем, ризик мора да испуни одређене услове.

Као прво, ризик треба да је *остварив, тј. могућ*. То би значило да само оно што је могуће може бити и осигурано (смрт, телесна повреда, одговорност, уништење имовине). Друго, ризик мора да задовољи *услов неизвесности*. Постоје два концепта неизвесности: апсолутна и релативна. Апсолутна неизвесност постоји када се не зна да ли ће пожар наступити или неће. Релативна неизвесност постоји и онда када знамо да ће наступити одређени догађај, али не знамо тачно време његовог наступања. Услов неизвесности није задовољен у следећим случајевима:

1. када је догађај већ настао,
2. када је догађај у настанку,
3. када је извесно да неће наступити,
4. када је престала могућност наступања штетног догађаја.[23]

Неизвесност се дефинише као психолошки одраз недостатка знања о будућности.[24]

Треће, ризик мора да буде *независан од искључиве воље заинтересованих лица*. Четврто, ризик мора бити *допуштен јавним поретком и моралом*. Пето, ризик мора задовољити захтев у погледу *понављања (учесталости)*. Шесто, ризик мора бити *хомоген* ради прецизности статистичких обрачуна. Ризик треба да задовољи услов у

---

[19] Исто

[20] Ратко Вујовић, Владимир Капор, Предраг Борота, Милорад Мандић, Утицај превентивног инжењеринга на редукцију ризика и одређивање процењене највеће штете", стр. 51.

[21] George E.Rejda, *Principles*,p.20-21. Шулејић, *Право осигурања*, стр. 86-89.; Ј.Кочовић, П.Шулејић, *Осигурање*, стр.60-64.; А.Тасић, *Основи осигурања*, стр. 25-26.; С:Андријашевић, В.Петрановић, *Економика осигурања*, Алфа, Загреб, 1999, стр. 24-28.

[22] George E. Rejda, p. 20.

[23] Коментар Закона о облигационим односима, чл.898, исто, стр. 1462.

[24] Emmett Vaughan, исто, стр. 5.

погледу дисперзије догађаја, тј. равномерне распоређености у простору и времену, што се не може рећи за катастрофалне ризике. Коначно, ризик мора бити *одређен или одредив и мерљив.* То подразумева да се величина ризика одређује према времену, месту, узроку и износу, како би осигуравач могао да утврди висину своје обавезе. Другачије речено, ово је битно и за одређивање висине премије осигурања. Најлакше је висину обавезе проценити у осигурању живота.[25]

Једно од обележја ризика је и његова променљивост.[26] Промене у економији условљавају и промене ризика. Због тога је важно да осигуравач располаже информацијама које су битне за оцену ризика јер од његове величине зависи и висина премије.

Друштво за осигурање мора да прати развој ризика, а његова оцена се доноси на основу анализе ризичних објеката дате групе (хомогена група).[27] Постоје три метода за процену величине ризика.

Метод индивидуалне оцене (примењује се ако не може да се примени метод средњих величина) - према овом методу, осигуравач даје произвољну оцену која је одраз његовог искуства и субјективног става. Користи се код објеката изузетно високе вредности.[28]

Метод средњих величина подразумева поделу ризичних група на подгрупе. Тако се ствара аналитичка основа за оцену фактора (околности) које утичу на величину ризика. Ово доприноси стварању што хомогеније групе ризика.

Проценти метод подразумева примену одбитака и додатака у одређеном проценту (или у промилима) у односу на ризик средње вредности.[29]

Објективна страна ризика (вредност објекта, учесталост и интензитет штете) доминира приликом процене да ли преузети ризик у осигурање. Изузетак представља кредитно осигурање у коме доминира субјективна страна ризика (финансијска снага, пословна способност, морал дужника, бонитет).[30] Кредитно осигурање је специфично и по томе што се у осигурање не може преузети цео ризик (зато осигураник - поверилац мора вршити селекцију дужника). У овом осигурању не примењује се закон великих бројева.

Постоје бројне класификације ризика: субјективни и објективни, заједнички и појединачни, динамички и статички, чисти и шпекулативни. Од посебног је значаја ова последња класификација. Чисти ризици би били

[25] George E. Rejda, исто, p. 20.
[26] Шахов, исто, стр. 39.
[27] Исто
[28] Исто, стр. 40.
[29] Исто
[30] Др Сања Андријашевић, исто, стр. 111.

они ризици који су последица случаја или стихије, али не и човекових поступака (радњи). Шпекулативни би били они ризици који су последица човекових поступака. Управо из тог разлога нису осигурљиви. Онај који се бави шпекулисањем свесно преузима ризик на себе, а циљ тога је остваривање зараде (добити). Једино се чисти ризици могу осигурати. То су: лични, имовински и ризици од одговорности. Ако је ризик "лош" (велики), цена осигурања би у тим случајевима достигла вредност осигураног објекта што није у интересу ни једне ни друге уговорне стране. Из тога произилази да је, из аспекта вредности, ризик "еквивалент обавезе осигураваоца сведене на њену вредност на дан закључења осигурања".[31]

Већи обухват ризика у осигурању доприноси нижој цени осигурања. Важи и обрнуто. Често се дешава да обавезна осигурања имају већи обухват ризика него добровољна, као што је случај у осигурању од аутоодговорности. Већа цена добровољних осигурања допринела би смањењу потраживаних полиса.[32]

2. Теорије ризика

"Полазна точка теорије ризика је понашање субјеката и доношење одлука у условима неизвјесности." [33] То понашање се односи на рационалност субјеката и максимирање њихове користи. Конкретно, то би значило да субјект упоређује величину потенцијалне штете са вредношћу своје имовине и бира између две опције: задржати ризик или га осигурати. Одговор се може пронаћи процењивањем односа између величине штете и висине премије коју треба платити. Међутим, некада ће и поред веће премије (за осигураника је она издатак – трошак, док не наступи осигурани случај), потенцијални осигураник изабрати другу опцију, јер више вреднује пренос ризика на другог. Другим речима, није спреман да сам носи ризик. У извесним ситуацијама могуће је ризик избећи, али не увек. Појединци настоје да приликом доношења одлука максимирају очекивану корист.

Избор између различитих алтернатива нужно доводи и до питања опортунитетних трошкова. Опредељење за једну алтернативу, нпр. трансфер ризика у осигурање, подразумева и опортунитетни трошак, због тога што је осигураник изабрао ту, а не неку другу опцију која би за њега можда била корисnија. Опортунитетни трошак избора осигурања у односу на задржавање ризика био би разлика између премије и износа који представља очекивање будуће штете, а које је мање у односу на премију

[31] Антоније Тасић, исто, стр. 24.
[32] Ивица Јанковец, *Обавезно осиīурање за шīеīе од моīорних возила*, Научна књига, Београд, 1985, стр. 11.
[33] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић: исто, стр. 57.

која се плаћа. Ако се изабере задржавање а не осигурање, опортунитетни трошак је лишавање заштите од стране осигуравача и накнаде свих трошкова, лишавање третирања премије као расхода при чему се, у том случају, на њих не плаћа порез.

Задржавање ризика процењује се статистичким методама. Оптимални однос задржаног ризика и дела ризика који се преноси на осигуравача одређује се искуственом методом.[34] На избор методе управљања ризиком утиче и макроекономска стабилност, порески третман и сл.

Како се врши упоређивање величине штете и висине премије показаћемо на примеру који следи. Претпоставимо да је зарада осигураника 30.000 дин.; вероватноћа настанка штете p=0.1; штета износи 10.000. Под претпоставком да је премија 2.000 дин. и руководећи се оним што смо претходно рекли, можемо израчунати величину очекиване штете - 10.000*0.1=1.000. Будући да је очекивана величина штете мања од износа премије, осигураник ће одлучити да задржи ризик и да се не осигура.[35] У зависности од учесталости (фреквенције) штете и интензитета (величине) штете, разликује се и управљање ризиком у конкретном случају. Да бисмо то сликовитије приказали послужићемо се табелом.

Ризик	**учесталост штете**	**интензитет штете**	**метод управљања ризиком**
I	Ниска	низак	задржавање
II	Висока	низак	контрола штета и задржавање
III	Ниска	висок	осигурање
IV	Висока	висок	избегавање

Када је реч о осигурању пословања, важно је истаћи да осигураници имају на располагању много више могућности за управљање ризиком него у животном осигурању или осигурању домаћинстава. Те алтернативне методе би биле следеће: 1. издавање нових акција ради покрића губитака; 2. задуживање; 3. задржавање ризика; 4. порески третман премија; 5. фјучерси, свопови, опције као начини заштите од ризика промене цене и девизног курса; 6. captive. [36] Swiss Re Group је проценила да су алтернативни облици трансфера ризика 2000-те године из осигурања "извукли" око 83 милијарди долара. Премија осигурања је износила 370

[34] Исто, стр. 20.
[35] Исто, стр. 57.
[36] Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, исто, p. 465-526

милијарди долара. Највеће компаније на свету највише користе алтернативне облике трансфера ризика.[37]

Циљеви управљања ризиком се могу објаснити на два начина: смањује се премија и обезбеђује се боље разумевање и потпунија заштита и контрола у свим непредвиђеним ситуацијама у којима се може наћи осигураник. [38] После идентификовања ризика и његове контроле, осигураник доноси одлуку о томе шта учинити са ризиком. Може се одлучити за: избегавање ризика, самоосигурање, консолидовање (задржавање + контрола и управљање од стране професионалног управљача), уговарање франшизе и captive. Идентификација и процена ризика су битне и због: атомизирања ризика, тарифирања, утврђивања ММШ (максимално могуће штете) и предузимања превентивних мера. Обрада ризика је један од најтежих и најделикатнијих задатака у осигурању. Са становишта премије осигурања, свака промена ризика изазива и промену премије. Из тог разлога, ризик треба процењивати и контролисати (ревизија ризика) најмање једном годишње (пре продужетка уговора). Уколико је потребно, промениће се и премија.

Максимална очекивана добит (корист) није иста за све субјекте и пошто се не може у потпуности описати њихово понашање у условима неизвесности, прешло се на нов концепт. Daniel Bernoulli уводи у теорију ризика појам "моралног очекивања" чија је суштина у томе да *исти номинални износ нема исту вредност за богате и сиромашне*[39]. Сматра се да је овај став кључан за политику цена у осигурању, тј. за одређивање премија. *Корисност тог номиналног износа зависи од величине претходно стечене имовине.* Његова је претпоставка да је "економска важност додатног талира за појединца супротно размјерна количини талира коју он већ има. Ако се то примјени на доходак, а не – као што је то Bernoulli чинио – на новчану вриједност укупне нето имовине појединца",[40] тај додатни талир можемо изједначити са граничном корисношћу новчане јединице. За одређивање висине премије, тј. цене осигурања, према Bernoulli-јевој хипотези, није од значаја само вероватноћа губитка (добити) и вредност тих вероватности, већ и "важност коју одређени добици и губици имају за појединог привредника, што се, разумљиво, разликује према имовини појединаца."[41]

---

[37] Исто. 551

[38] D.B. Selby Bennett, *Управљање ризиком и трансфер-контрола ризика*, Осигурање у теорији и пракси, бр. 2, 1990, стр. 48.

[39] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, исто, стр. 57.

[40] Joseph A. Schumpeter, *Повијест економске анализе*, Информатор, Загреб, 1975, стр. 250.

[41] Исто, стр. 251.

Алфред Маршал је такође заговарао примену овог принципа. Указао је на то да ова теза може своју примену наћи у осигурању. Поједини субјекти су спремни да плате и више него што је процењена висина ризика (дакле, и трошкове увећане за профит осигуравача) само да би се ослободили ризика[42]. Ако занемаримо домен обавезног осигурања који је обавезан за све, можемо констатовати да ГСШ (гранична склоност штедњи) има великог утицаја на тражњу за добровољним осигурањима. Припадници богатијих слојева имају већу склоност ка штедњи, док сиромашни више вреднују садашњу потрошњу. Међутим, економска наука је дошла до закључка да људи током живота троше у складу са животним циљевима, а не са пролазном висином дохотка.

У економској теорији су се искристалисале 3 теорије ризика: класична, колективна и модерна.

Класична теорија полази од начела еквиваленције као једног од основних у осигурању. Ово начело подразумева једнакост између садашње вредности будућих премија и садашње вредности будућих накнада. Код дугорочних уговора узима се у обзир и камата.

$P\{q_1 + (1+v)q_2)+(1+v+v^2)q_3+...\}=S\{vq_1+v^2q_2+v^3q_3+...\}$

P - премија

q - вероватноћа

v - дисконтни фактор

S - садашња вредност будућих накнада

Проблем за осигуравача може настати уколико је штета већа од премије. Да се ово не би десило, због одступања стварних од очекиваних штета, класична теорија предлаже да на премију треба додати додатак за сигурност.

Bernoulli сматра да осигуравач успоставља скалу преференција између закључених уговора о осигурању. Сваки уговор који је више рангиран доноси већу корисност. У скупу уговора налази се и "дегенерисани". "Дегенерисани" уговор је онај који не доноси ни корист ни губитак.[43] Да осигуравач не би био у губитку премија која се плаћа мора да буде већа од премије за "дегенерисани" уговор или једнака њој. Из Bernoulli-јевог става могао би се извући закључак да се осигурање третира као "роба" и да је његова цена, једноставно, резултат понуде и тражње. Међутим, економске теорије ризика ово нису прихватиле. Разлог је у томе што су неки људи спремни да плате више него што износи трошак задржавања ризика, само да би га се ослободили.

[42] Види: др Сања Андријашевић, исто, стр. 61.
[43] Исто, стр. 64.

Новозакључени уговори о осигурању могу да повећају нестабилност у портфељу и доведу у питање могућност осигуравача да испуни обавезе према осигуранику. Доношење закључака на основу само једног случаја одступања стварних од очекиваних штета и вероватноће инсолвентности не може бити репрезентативно и валидно. Овај однос се мора посматрати дужи низ година (нпр. тек у периоду од 30 година могуће је утврдити праве пропорције између премија и штета). Уважавање временске компоненте је помогло у ближем одређивању обавеза осигуравача. Како класична теорија не укључује време као фактор, кажемо да је она статичка, што јој је и основни недостатак.

Колективна теорија ризика коју заступа Лундберг и група, углавном, скандинавских актуара, отклања недостатке класичне теорије уводећи и време као трећи фактор (поред премија и штета) у теорију ризика. Због тога је теорија динамичка. Очекивани одштетни захтеви у било ком периоду треба да зависе од дужине тог раздобља. Лундберг уводи појам "оперативног времена." И он полази од начела еквиваленције које подразумева да примљене премије треба да буду једнаке одштетним захтевима у датом временском периоду[44]. Премија је:

$P(t) = (1+\lambda)t$

$Pr\{\min St \geq 0\}$

λ - очекивани одштетни захтев

Модерна теорија ризика се развила независно од претходне две. Циљ јој је да укаже на оптималну пословну политику осигуравача у погледу висине капитала, исплате дивиденди и уговора о реосигурању. De Finetti полази од претпоставке да[45]:

1. осигуравач поседује одређени капитал,
2. постоји одређени портфолио уговора о осигурању у времену t са одређеном дистрибуцијом штета,
3. осигуравач прикупља премије,
4. вишак капитала се исплаћује као дивиденда,
5. негативан капитал значи инсолвентност и стечај.

Када је реч о капиталу, постоји горња и доња граница. Доња граница је онај минимум који је неопходан за извршавање обавеза по склопљеним уговорима, а горња граница је износ који омогућава да се изврши исплата дивиденди преко износа потребног за исплату накнада и осигураних сума. Код одређивања резерви, осигуравач, као што смо већ помињали, мора превасходно да дефинише циљеве свог пословања: дугорочно пословање или исплата дивиденди. У првом случају вишак ће користити за повећање

[44] Исто, стр .68.
[45] Исто, стр. 69-70.

фондова који ће бити гарант солвентности осигуравача и јемство за испуњење свих обавеза чак и у случају када су резултати пословања негативни[46]. У другом случају, осигуравач ће настојати да максимизира профит, тј. резерве како би исплатио дивиденде. При том није битна само њихова висина већ и то да оне што мање осцилирају. Наравно, важан је и порески третман дивиденди у односу на задржани капитал.

Модерна теорија ризика узима у обзир и реосигурање. Пренос ризика у реосигурање може бити скупљи од директно пласираног ризика у осигурање због високих трошкова уговора о реосигурању.

3. Остали фактори од утицаја на величину премије

На висину премије превасходно утиче вероватноћа и интензитет штетног догађаја. Вероватноћа је, по дефиницији, однос броја насталих штетних догађаја и укупног броја осигураних објеката.

$q = s / n$

На величину премије утичу следећи фактори:

1. сума осигурања (обим покрића),
2. вредност осигуране ствари,
3. трајање уговора,
4. максимално могућа штета,
5. камата на пласмане.

Све ове елементе могли бисмо окарактерисати као унутрашње факторе који детерминишу (одређују) величину цене осигурања. Међутим, постоје и неки спољни фактори, а то би били: инфлација, рецесија, државни интервенционизам, друштвено-политички интереси и сл. Колико год унутрашњи фактори били носећи (базични) у политици цена осигурања, ни ови други се не смеју занемарити будући да могу битно утицати на ценовну политику и довести до многих дисторзија на тржишту осигурања, свакако, у зависности од циљева које постављају креатори економске политике.

Вероватноћа штете, сума осигурања и трајање осигурања су елементи техничке природе, а камата на пласмане је финансијске природе.

На величину премије утичу и фактори као што су: рокови плаћања премије (годишње или оброчно у краћим интервалима), тонажа брода, број соба у згради, снага мотора и сл. Другим речима, спрега објективних и субјективних елемената дефинише премију. При том треба нагласити да је квота штете полазна премиса за неживотна осигурања, а за животна осигурања је то старост осигураника.

[46] Исто

Не смемо заборавити да премију одређује, не само статистика, већ и организација друштва за осигурање. Уколико је организација извршена рационалније, утолико ће премија бити мања, и обрнуто.

3.1. Сума осигурања

Сума осигурања је износ који представља горњу границу обавезе осигуравача, а који се одређује уговором или законом. Сума осигурања се појављује у свим врстама осигурања. Негде је њен значај већи а негде мањи.[47]

Највећи значај сума осигурања има у осигурању лица. Обично се у овој врсти осигурања користи назив осигурана сума. Она представља битан елемент уговора о осигурању. Када наступи осигурани случај исплаћује се осигурана сума која није ни у каквој вези са штетом која наступи. Исплаћује се независно од ње. Практично, осигурана сума овде има онај значај који има накнада штете у осигурању имовине. Она је горња граница обавезе осигуравача и "искључиво мерило обима његових обавеза"[48].

Осигурана свота се може одредити или уговором (обично је одређују уговорне стране) или законом (обично се одређује минимални износ осигурања, нпр. код осигурања путника од последица несрећног случаја). Параметри на основу којих се утврђује осигурана сума у осигурању живота су: тарифе, старост осигураника и дужина трајања осигурања.

Код имовинских осигурања, обавеза осигуравача се процењује на основу: вредности осигуране ствари, суме осигурања и настале штете. Већа сума осигурања може указивати на већу тежину ризика.[49] Њена висина може бити мања од вредности осигуране ствари. У таквом случају говоримо о подосигурању. Исплаћује се само део штете према пропорцији:

накнада:штета = осигурана сума:вредност осигуране ствари
накнада = (осигурана сума*штета) / вредност ствари

Уколико је, пак, уговорена сума осигурања већа од вредности осигуране ствари у моменту наступања осигураног случаја, говоримо о надосигурању. Под таквим околностима накнада неће бити једнака суми осигурања, јер важи правило да накнада не може бити већа од штете која је настала. Уколико би се дозволила исплата накнаде у висини осигуране суме, то би значило да би се осигураник неоправдано обогатио, што се не може дозволити. Намерно уговарање веће суме од вредности ствари разлог

[47] Предраг Шулејић, исто, стр. 102.
[48] Коментар ЗОО, стр. 1541.
[49] В. В. Шахов, исто, стр. 213.

је за поништење уговора, а уколико нема намере, сума осигурања се пропорционално снижава до висине вредности осигуране ствари. То исто бива и са премијом. Међутим, обавеза осигуравача може прећи износ суме осигурања када треба надокнадити и трошкове настале у вези са спречавањем и отклањањем последица штетног догађаја.

Често се осигурање имовине закључује на уговорену вредност, што омогућује осигуравачу да одреди вредност осигуране ствари која не мора да одговара стварној вредности те ствари.[50] Висина суме осигурања утиче на висину премије коју ће осигураник платити.[51] *Премија се добија када се премијском стопом помножи осигурана сума.* Што је већа осигурна сума већа је и премија. Закључивањем уговора о осигурању на суму која је мања од вредности осигуране ствари, осигураник сноси један део ризика (штете) сам, па тако плаћа и нижу премију. Нижа премија може бити разлог који опредељује осигураника за подосигурање. Посебно у условима рецесије то постаје општа појава.[52] *Ако осигурана сума није уговорена, сматра се да је вредност осигуране ствари сума осигурања.*

Различити осигурани објекти могу бити изложени различитим ризицима. Премија у таквим случајевима може бити различита, док њихове суме осигурања хипотетички могу бити исте. Осигурана свота може бити клизна и фиксна.[53] Први облик је неповољан за осигураника у условима инфлације, док му други обезбеђује заштиту. Други вид се јавља у комбинацији са девизном клаузулом.

Када говоримо о суми осигурања битно је указати на још једну чињеницу о којој говори и ЗОО - "Ако се у току истог периода осигурања догоди више осигураних случајева један за другим, накнада из осигурања за сваког од њих одређује се и исплаћује у потпуности с обзиром на целу своту осигурања без њеног умањења за износ раније исплаћених накнада у том периоду".[54] Одмах морамо констатовати да ово важи само у случају наступања делимичне штете, иначе, ако је штета потпуна, испуњена је сврха уговора. Ако уговарач осигурања набави нову ствар није више реч о ствари која је била осигурана, већ о новој, за коју се мора закључити нов уговор.[55] Ово правило неће важити ни уколико у случају делимичне штете осигураник не поправи исту, па се нови осигурани случај деси на ствари чија је вредност претходно већ умањена.[56] У прошлости је у оваквим случајевима било неопходно после наступања осигураног случаја и

[50] Борис Маровић, *Осигурање*, Нови Сад, 1997, стр. 51.
[51] В. В. Шахов, исто, стр. 213.
[52] Исто, стр. 52.
[53] Др Сања Андријашевић, исто, стр. 131.
[54] Коментар ЗОО, чл.925, стр. 1505.
[55] Исто, стр 1508.
[56] Исто

делимичног оштећења ствари повећати суму осигурања плаћањем веће премије. Ако не, сума би била смањена, а исто тако и премија.

Према ставовима у теорији, сума осигурања после наступања више осигураних случајева у оквиру истог периода осигурања може да остане умањена за износ исплата, може да се трајање уговора настави са претходном сумом, а може доћи и до иступања уговорних страна из уговора (швајцарски Закон о уговору о осигурању).[57] Према Општим условима за осигурање од аутоодговорности, предвиђено је да је сума осигурања горња граница обавезе осигуравача за сва давања по једном штетном догађају.

Закључивање осигурања на уговорену вредност и са променљивом сумом осигурања доводи и до промене суме осигурања (услед коефицијента раста цена), а са њом се мења и премија (цена осигурања).

И у осигурању од одговорности сума осигурања је параметар који лимитира обавезу осигуравача. Осигурана сума се у овој врсти осигурања разликује од оне код имовинског осигурања зато што је у осигурању од одговорности сума осигурања самостална у односу на вредност осигуране ствари.[58] Изузеци постоје код: осигурања од одговорности са одређеним објектима (осигурање закупца од одговорности према власнику за случај пожара на закупљеној непокретности) и код осигурања од одговорности које је ограничено на одређени износ (у ваздушном и поморском праву). У таквим случајевима важе правила као и за осигурање ствари. У условима инфлације осигураник бива погођен, јер инфлација умањује обавезу осигуравача, па је зато потребно уговорити обрачун премија *pro rata* са повећањем премије и своте осигурања.

3.2. Вредност осигуране ствари

Вредност осигуране ствари је један од елемената који утиче на величину ризика и висину цене осигурања (премије). Вредност ствари може временом да се промени. Зато разликујемо вредност ствари за осигурање и вредност ствари за накнаду.[59] Уколико у току трајања осигурања дође до повећања вредности ствари, то је разлог за повећање премије. Обрнуто, уколико се вредност ствари смањи, смањиће се и премија.

До повећања вредности може доћи због раста тржишних цена дотичне ствари (нпр. доградње). До смањења долази услед девалвације или зато што ствар више није у моди (демодирање). Промене вредности осигуране ствари у односу на суму на коју је закључено осигурање називају се

[57] Исто, стр. 1507.
[58] Предраг Шулејић, исто, стр. 104.
[59] Предраг Шулејић, *Право осиīурања*, Мисао, Нови Сад, 1992, стр. 275.

надосигурање и подосигурање. Проблем који из ових појава произилази односи се на равнотежу између суме осигурања и премија, будући да је уговор о осигурању уговор са еквивалентним престацијама.

Подосигурање може да изазове велике проблеме уговарачима осигурања (осигураницима) који олако прелазе преко могућности настанка штетног догађаја. Настојећи да смање укупне трошкове и полазећи од претпоставке да њихова имовина неће бити изложена ризику, привредни субјекти најчешће закључују осигурање имовине на суму која је нижа од вредности осигуране ствари. Тако плаћају мању премију, али морају рачунати на то да у случају тоталне штете неће добити пун износ накнаде штете, већ ће обавеза осигуравача бити лимитирана сумом осигурања. У таквом случају, средства накнаде штете неће бити довољна за подизање новог објекта (зграде), куповину нових машина и сл. Пракса наших предузећа је закључивање уговора о осигурању имовине на књиговодствену набавну ревалоризовану вредност која може бити нижа од стварне због утицаја инфлације. Премије су у тим случајевима мање од оних које би се платиле да је осигурање закључено на стварну вредност. У свету је овај проблем добио на значају због поплава у Чехословачкој 2002. године, када су многа предузећа била подосигурана. Постоји тенденција ка враћању на осигурање на новонабавну вредност, при чему се од те вредности не би одбио износ амортизације (утрошености).

Нарочито је интересантан случај у коме због пада вредности новца дође до номиналног повећања вредности ствари, при чему сума осигурања остаје иста. Уколико су у претходном периоду ове величине биле једнаке, сада је тај однос нарушен, па је дошло до подосигурања. Према правилу пропорције, осигуравач ће бити дужан да исплати само накнаду до износа суме која може бити мања од претрпљене штете. Та пропорција, у ствари показује и однос између плаћених премија и суме осигурања.

Питање вредности ствари је врло комплексно. Осим што постоје две врсте вредности, из овог појма произилазе још нека важна питања – време када се вредност процењује (према ЗОО то је моменат обештећења, а према Закону о поморској и унутрашњој пловидби – вредност на почетку осигурања), место где се вредност процењује (ЗОО – место одредишта, Закон о поморској и унутрашњој пловидби – место поласка; ово питање је важно јер различито место значи и различиту цену) и начин одређивања вредности (тржишна вредност, употребна вредност, уговорена, декларисана и осигурање нове вредности).[60]

[60] Исто, стр. 275-283.

3.3. Максимално могућа штета

ММШ (максимално могућа штета) је износ највеће штете која се према процени осигуравача може очекивати на једном осигураном објекту од осигуране опасности узимајући у обзир околности које су од значаја за тај ризик, под претпоставком да је тотална штета могућа али мало вероватна. Висина ММШ и максималног самопридржаја су најважнији елементи за доношење одлуке о преносу једног дела ризика у реосигурање. Процена штете је, поред процене ризика, један од најкомплекснијих послова у осигурању.

Процењивањем штете и њеним поређењем са сопственим самопридржајем осигуравач процењује колики ризик може да носи, а колики мора да пренесе у реосигурање.[61] Самопридржај је део ризика који је осигуравач способан да носи и да надокнади губитак у случају наступања штетног догађаја тако да исплатом одштетног захтева не доведе у питање своју солвентност. Другачије речено, осигуравач преузима на себе бруто ризик, а део ризика који задржава после реосигурања назива се нето ризик, тј. самопридржај.[62] Формула за обрачун максималног самопридржаја је $M = 2K^2P$, при чему је К – коефицијент финансијске стабилности (коефицијент хазарда) а Р – укупне нето премије за све врсте осигурања.[63]

Израз ММШ се првенствено користи у нашој пракси осигурања. Међутим, у свету је у употреби ПМШ – процењена максимална штета. Ову терминологију прво је предложило Удружење реосигуравача, а потом Удружење британских осигуравача (Association of British Insurers – ABN) јула 1996. Према тој дефиницији, ПМШ је штета која би се "разумно могла претрпети из непредвиђених ситуација које се разматрају као резултат једног штетног догађаја за који се сматра да је унутар граница вероватноће, узевши у обзир све чиниоце који би вероватно повећали или смањили обим штете, али искључујући коинциденције и катастрофалне штете које могу бити могуће али остају невероватне".[64] Када се каже ПМШ мисли се на штете у домену вероватноће, а не могућности. "Могућност" (possible) значи да се нешто може

---

[61] др Ратко Вујовић, мр Владимир Капор, мр Предраг Борота, Милорад Мандић, *Утицај превентивног инжењеринга на редукцију ризика и одређивање процењене највеће штете*, Осигурање у теорији и пракси, бр. 4/1997, стр. 50.

[62] др Јелена Кочовић и др Предраг Шулејић, исто, стр. 182.

[63] J.Valhner: *Изводи из економике осигурања*, Нови Сад, 1983. Према: Јелена Кочовић, Предраг Шулејић, исто, стр. 183-184.

[64] Graham Grainger, Дефиниција и процена могуће максималне штете / процењене максималне штете (ММШ/ПМШ) од пожара – гледиште тржишта Велике Британије, стр. 6, реферат са Међународног семинара: Утицај одређивања јединственог ризика и процене ММШ на расподелу ризика

догодити, а "вероватно" (probable) значи да се нешто разумно и рационално може очекивати да ће се догодити.[65]

Приликом процењивања максималне штете треба бити опрезан из најмање два разлога. Уколико је ПМШ прениско одређена, осигуравач може доћи у ситуацију да не може испунити своје обавезе по закљученим уговорима, што може резултирати у његовој инсолвентности. С друге стране, ако је ПМШ утврђена превисоко, доћи ће до одлива ризика, али и премија у реосигурање.

Поред ПМШ, постоји и ВМШ (вероватно могућа штета). То је штета коју би осигуравачи претрпели као резултат штетног догађаја за који осигуравач сматра да је унутар граница вероватноће (Maximum Probable Loss).[66]

Процењивање ВМШ је субјективно и основ њеног утврђивања је да се обезбеди критеријум за деобу ризика између осигуравача и реосигуравача. На тржишту осигурања у Великој Британији, ПМШ обично утврђују прегледачи ризика, на основу искуства. Они осигуравачу предлажу ПМШ у која може и да одступа од стварне, премда он сноси и одговорност, уколико је потцени.[67]

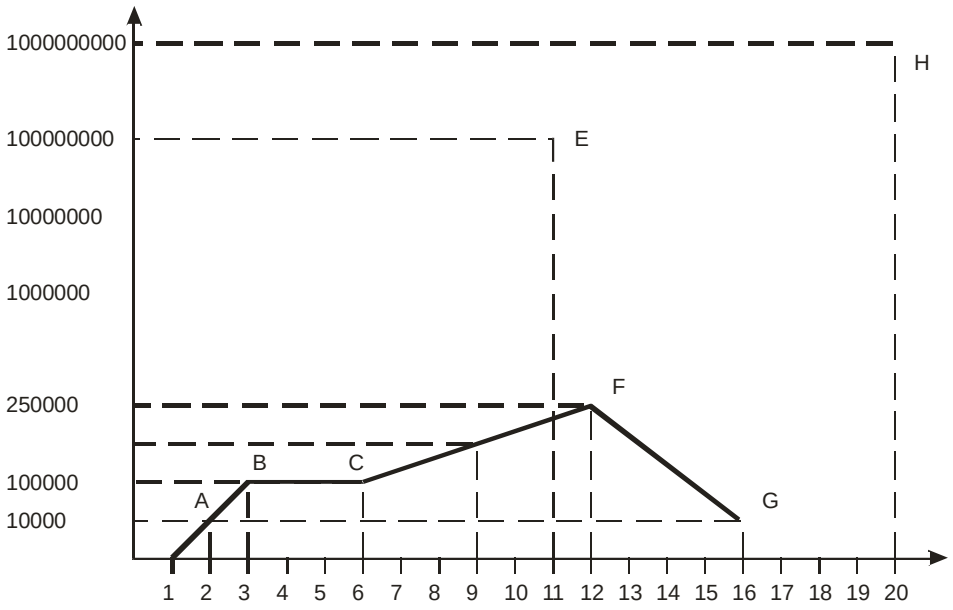


График приказује дисперзију штета у времену (највећи број штета је у близини хоризонталне осе; највеће штете су најудаљеније – E и H)

[65] Kurt Muler, *Вероватна максимална штета у осигурању техничких ризика*, Осигурање у теорији и пракси, бр.4/1997, стр. 17.
[66] Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, исто, p. 45.
[67] Graham Grainger, исто, стр. 5.

4. Плаћање премије

На величину премије може утицати форма (начин) као и време плаћања премије. Према форми, уплате премије се могу поделити на једнократне (single) и текуће (renewal).[68]

Уговорне стране се могу споразумети око овог питања. Скоро да је правило да се премија плаћа унапред за цео период осигурања. Таква премија се назива једнократна (миза). Она је карактеристична за краткорочна осигурања. Премија је у таквим случајевима мања, па не представља већи терет за уговарача осигурања да је плати одједном, и то приликом закључења уговора (унапред). Међутим, рецесија и пад животног стандарда, али и конкуренција међу осигуравачима су довели до тога да се премије за краткорочна осигурања плаћају у оброцима (ратама), и то: месечно, квартално или полугодишње. Ако се годишња премија плаћа у ратама, доплатак на премију се обрачунава унапред, у висини камата које на тржишту важе за кредите за грађане.[69]

Интересантно је правити разлику између момента плаћања прве премије и премија које периодично доспевају током трајања осигурања. У Европској унији је прихваћено правило да се премије плаћају према договору уговорних страна.[70] Прва премија се обично плаћа одмах по закључењу уговора.

Код вишегодишњих осигурања премија се плаћа периодично. То је тзв. текућа премија која доспева првог дана текућег периода осигурања (обично је то годину дана).[71] Ова текућа премија која се често идентификује са годишњом премијом може да се расподели на мање износе који ће се уплатити у току године. Међутим, важно је констатовати да је збир ових периодичних уплата редовно већи од годишње премије.[72]

Од правила да је премија платива унапред постоје изузеци. Могуће је и плаћање премије уназад (осигурање ваздухоплова према енглеској полиси – депозитна или дефинитивна премија[73] која се обрачунава на крају периода осигурања; осигурање залиха на флотантној основи). У таквим случајевима уговарач осигурања дугује камату, а уколико закасни са плаћањем, обрачунава се затезна камата. Начин плаћања премије мора се констатовати на полиси.

---

[68] В. В. Шахов, исто, стр. 220-222.

[69] Технички план за осигурање живота, Grawe осигурање а.д, Београд

[70] проф. др Предраг Шулејић, *Хармонизација уговорног права осигурања у Европској унији и југословенско право*, Ново законодавство у осигурању имовине и лица, зборник радова, УООЈ, Палић, априла 2002, стр. 100.

[71] Коментар ЗОО, чл. 913, исто, стр. 1488.

[72] В. В. Шахов, исто, стр. 221.

[73] др Вељко Томашић, *Уговор о осигурању у ваздухопловној пловидби*, Осигурање у теорији и пракси, бр. 3, 1988, стр. 5

Почетак обавезе осигуравача везан је за моменат плаћања премије. Ако је уговор закључен а премија није плаћена, мада је било уговорено да буде плаћена приликом закључења уговора, осигуравајуће покриће не почиње. Осигуравач је у обавези само од момента њеног плаћања. То значи да ако се осигурани случај догоди, он неће исплатити накнаду, јер ни премија није плаћена. Уговорне стране се споразумевају када ће премија бити плаћена – да ли у моменту закључења уговора или касније, одједном или у ратама. Ако питање доспелости премије није регулисано у полиси, уговарач осигурања премију плаћа приликом закључења уговора. Такође, ако се општим условима не предвиди плаћање премије у роковима, она се има платити одједном.

У нашим условима, наплата премије се често врши компензацијом премије са ликвидираним штетама или уступањем повериочевих потраживања (цесија) разним лицима,[74] при чему валоризација премије заостаје за растом цена.

Подела премија према времену плаћања на премије које се плаћају унапред у време закључења уговора и премије које се плаћају после закључења уговора, значајна је и у осигурању живота. У овом другом случају, уколико уговарач осигурања умре па не уплати све премије, корисницима осигурања ће се исплатити у потпуности износ осигуране суме на коју је било закључено осигурање живота. Разлика између ових премија је у томе што у овом другом случају осигураник добија, у случају наступања осигураног случаја, не само осигурану суму, већ и премије које нису уплаћене. Као што видимо, овде долази до изражаја нарушавање равнотеже између уплата и исплата (начело еквивалентне размене).

Посебно интересантно је плаћање премија код вишеструког осигурања и саосигурања. Наиме, код вишеструког осигурања, у зависности од тога колико има осигуравача, толико има и правних односа.[75] Последица тога је да услови по којима је закључено осигурање могу бити исти или различити. Тако и премија може бити иста или различита. Ако премија није плаћена једном осигуравачу (због чега није почело дејство закљученог уговора) то не производи последице на оне осигураваче којима је премија плаћена. Сваки осигуравач је слободан да раскине уговор због неплаћања премије, независно од осталих осигуравача.

Код саосигурања, услови осигурања су исти. Водећи осигуравач обично наплаћује целокупну премију, а затим се она расподељује осталим

---

[74] др Јелена Кочовић и др Предраг Шулејић, исто, стр. 75.

[75] др Ивица Јанковец, *Саосиīурање као īравни однос*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-4, 1983, стр. 360.

саосигуравачима.[76] Плаћање премије водећем осигуравачу третира се као испуњење уговорне обавезе и према осталим саосигуравачима.

Премије се не могу плаћати по истеку периода осигурања.

Пракса у САД-у познаје једну специфичну клаузулу која се може унети у уговор о осигурању живота. То је тзв. одредба о аутоматском зајму за премије[77]. Сврха ове клаузуле је да, уколико уговарач осигурања не плати премију о доспелости (ако је заборавио или има финансијских проблема), то аутоматски учини осигуравач. Та премија се одбија од готовинске вредности полисе. Осигуравач на овај начин одобрава једну врсту зајма уговарачу. При том се наплаћује одговарајућа камата. Услов за примену ове клаузуле је да је вредност зајма умањена за дуг - довољна за такву премију, али недовољна за покриће свих неплаћених премија.[78]

Закључак

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.

Основни фактор који опредељује величину цене је ризик. Премија је пропорционална величини ризика. За већи ризик плаћа се већа премија, односно ако је ризик мањи, мања је и премија. Међутим, стављање знака једнакости између премије и ризика не би било исправно, будући да премија не зависи само од њега, већ и од низа других фактора. Величина ризика се одређује на основу вероватноће настанка штетног догађаја и вероватноће интензитета штетног догађаја. Наравно, њену величину одређује још и вредност осигураног објекта, сума осигурања, трајање осигурања и каматна стопа на пласирана средства. Узима се у обзир

[76] Исто, стр.363. Изузетак је спорадично осигурање где сваком осигуравачу уговарач плаћа посебну премију.
[77] Emmett Vaughan, исто, стр. 220-221.
[78] Исто

прошло искуство. Одређивање цена у осигурању живота је битно другачије. Факрори који утичу на цену осигурања живота су: године живота, здравствено стање, осигурана сума, дужина трајања осигурања и каматна стопа.

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.

M.Sc. Jasmina Labudovic,
an assistant

THE FACTORS INFLUENCING THE INSURANCE PRICE POLICY

The price of insurance is a specific category, not only of the insurance market, but of the economy in general. It represents a good combination of the laws of mathematics and statistics including to an extent the rules of supply and demand as the imminent factors of price formation, and only in a small proportion the agreement reached between the insurance company and the beneficiary on the insurance amount, that is the ensured amount in the case of life insurance. This agreement is a minor, almost negligible factor since the major role is played by probability theories and big figures laws. Actuary is also an important factor which in a systematic and scientifically based way determines the amount of premium, tariff system, insurance funds, etc. Microeconomic conditions in a country and the goals set by the insurance company influence one dimension of actuary calculations. The other dimension is effected by the factors including risk, probability that an accident will occur, expenses, the property value, etc.

The principle factor that influences the price formation is risk. The amount of premium is proportional to the amount of risk – higher risk entails higher premium and vice versa. However, it is not correct to put the equality mark between premium and risk, since premium does not exclusively depend on risk, but on many other factors. The amount of risk is determined on the basis of the probability that an accident will occur and how intense (damaging) it will be. The amount is also determined by the property value, the ensured amount, the insurance duration and the interest rate.

The insurance price should guarantee the complete compensation for the risk that the insurance company has undertaken. If the amount is properly calculated, it will allow the company to be able to fulfill its obligations when such case arises, that is to compensate the damage to its beneficiariy. Even in this case the company runs the risk that the insurance fund, formed through premiums, will not be enough for damage compensation if the actual damage is bigger than estimated. Therefore it has been said that premium represents a *theoretical probability of the amount of compensation.* Hence, it is not surprising that setting the right insurance price is a very difficult task. It is not easy to determine the premium based on the amount of risk since the types of risk are also different being influenced by numerous factors. An adequate amount should represent a sum that is expected to cover estimated damage claims, as well as ensure some profit to the company.

Мр Милан Палевић
асистент

UDK: 341.1/.8

ПРИНЦИП УНИВЕРЗАЛНЕ НАДЛЕЖНОСТИ У ОДНОСУ НА ЗЛОЧИН ГЕНОЦИДА

Увод

Међународни поредак, конципиран на строго етатистичким основама, прихватио је територијалну надлежност држава као свој врховни принцип.[1] Међутим, постоји круг кривичних дела, на које је држава, и у одсуству персоналне и територијалне везе са починиоцем, позвана да примени судско–репресивни механизам. Како је истакао Стални Суд међународне правде у Случају Лотус 1927, "право и дужност обезбеђења јавног поретка не припада ни једној земљи посебно...свака држава, у интересу свих, може спровести надлежност и казнити"[2].

Идеја да се починиоцима посебно опасних и гнусних кривичних дела која погађају интересе човечанства, суди ма где год да се налазе на земљиној кугли, није нова. Још пре две хиљаде година велики римски правник и филозоф, Цицерон, писао је о пиратима као непријатељима човечанства-hostis humani generis. Из Римског права остала је и максима –aut dedere aut judicare - у слободном преводу "ако нећете да изручите злочинца да би му се судило, судите му овде". Међутим, попут многих других легата Римског права и ова два су, после распада Римске империје, запала у дуг период хибернације. Требало је да прође више стотина година да идеје које су носили у себи поново оживе у међународној заједници.

Универзална надлежност проистиче из природе самог злочина и примењује се на "суштинске злочине" међународног права. Она има за циљ да надомести празнине које постоје у осталим доктринама о надлежности и спречи могућност некажњавања починиоца међународних кривичних дела. Принцип универзалне надлежности – quasi delicta juris gentium - подстакао је остварење идеје о међународном кривичном судству и отворио простор државама да, у складу са потребом заштите универзалних интереса човечанства, казнено деловање протегну и ван граница својих територија.

Геноцид је колективни злочин, масовно насиље усмерено ка уништавању читавих људских група. Као такав, у свом припремном и извршном делу, он захтева постојање добро организованих и координираних механизама

[1] С. Аврамов, М. Крећа, Међународно јавно право, Београд, 1999. стр. 334.
[2] CPJI, Affaire du Lotus, Serie A, No 10, Opinion individuelle du Juge Moore 70

подршке. У највећем броју случајева, што је и историја доказала, логистичку подршку геноциду обезбеђује држава. Како се геноцид у највећем броју случаја јавља у форми унутрашњег злочина тзв "домаћег геноцида", како га назива Купер (Kuper)[3], починиоци злочина су по правилу држављани те земље. Избегавајући да им суди држава свесно прикрива сопствену политику која је довела до геноцида или, најблаже речено, прихвата, као готову чињеницу, извршење геноцида од стране неког "невладиног ауторитета" на њеној територији, пристајући на његове последице и фактички се солидаришући с њима. Ако и отпочну судски прогон национални судови углавном минимизирају конкретан догађај, импутирајући му другачији правни смисао и фраудализујући начела озбиљног судског процеса омогућавају починиоцу бег од адекватне казне. Са чисто правног становишта то представља изигравање обавезе суђења али и права на суђење[4] које држава поседује по основу принципа територијалности Пракса међународних односа (случај суђења у Турској за покољ Јермена, Лајпцишки процеси) потврђује бојазан да је такво понашање државе могуће. Из тог разлога, препуштање прогона за геноцид домаћим судовима не пружа убедљиве гаранције да починилац неће избећи примерену казну. Починилац геноцида тражи, и често пута проналази "рајску сигурност" некажњивости управо у принципу територијалности.

Због наведених разлога у доктрини се много пута истицало да универзална надлежност за геноцид мора бити безусловно прихваћена као једини могући начин да се обезбеди кажњавање починиоца. У раду се преиспитује правна утемељеност и практично-политичка оправданост таквог захтева.

Неке опште напомене

Кривична област је дуго времена представљала домен искључиве надлежности држава. Унутар националних система у кривичноправној материји формирао се јасан и крут однос надређености између државе и заштите јавног интереса с једне стране и појединца и његовог противправног понашања с друге стране. Државе су штитећи стабилност свог уређења, суверено одлучивале, законским путем, која се дела имају сматрати кривичним делима и којим санкцијама ће починиоци истих бити

[3] По Куперу опструкција процесуирања "домаћих геноцида" од стране држава и непостојање алтернативних међународних судских механизама, чине Конвенцију "скоро потпуно неефективном" у погледу обезбеђивања кажњавања злочина геноцида. L. Kuper, The prevention of Genocide, New Haven, 1985, p.173.

[4] Женевске конвенције посебно истичу да све потписнице имају не само право већ и дужност да суде односно изруче појединце криве за ратне злочине и злочине против човечности.

изложени. На тим поставкама изграђени су снажни системи кривичноправног прогона са јасно дефинисаним нормативним и организационо-техничким претпоставкама кривично-правне заштите општих и интереса група и појединаца.

Државе своју кривичноправну надлежност изводе на основу територијалности, заштитног принципа, држављанства починиоца, држављанства жртве и принципа универзалности. Територијалност је свакако најчешћи, најзначајнији и најсигурнији основ кривичне надлежности држава. Један од најранијих међународних кривичних инструмената Уговор о међународном кривичном праву, потписан у Монтевидеу из 1889, садржао је став по коме се злочини имају процесуирати пред Судовима и кажњавати по прописима оне нације "на чијој територији су почињени, без обзира на држављанство извршиоца или оштећеног".[5] То је потврдио и Стални Суд међународне правде у случају Лотус (Lotus case) 1927. где је Судија Мур (Moor) као важну претпоставку, назначио примарност принципа forum delicti commissi.[6]

Временом, економска међузависност принудила је државе да путем уговора дефинишу дела која угрожавају универзалне вредности човечанства и опште интересе држава.[7] За област кривичног права то је значило афирмацију његове међународно-правне садржине. Почетком деветнаестог века међу европским, а нешто касније и латиноамеричким, државама усталила се пракса склапања међународних уговора у којима су inter se дефинисани извесни злочини подложни принципу aut dedere aut judicare. Прихватање универзалне надлежности за пиратерију и трговину робљем је било засновано на чињеници да су се та дела, по правилу, дешавала ван граница националних суверенитета (terra nullius) и да су државе често биле у фактичкој немогућности да примењују своју територијалну надлежност. Ограничавајући фактор применљивости овако конципаране надлежности састојао се у томе да је могла бити спровођена искључиво унутар круга заинтересованих држава уговорница.

Универзална јурисдикција, у ограниченом обиму, несумњиво постоји унутар међународне заједнице. У обичајном праву она се врши у погледу пиратерије, трговине робљем и трафикинга. Код вишестраних уговора универзална надлежност прихваћена је код пиратерије,[8] отмице авиона,[9]

[5] AJIL, p. 638. Наведено по: W. A. Schabas, Genocide in International Law-The Crimes of Crimes, Cambridge, 2000, p. 353.
[6] SS Lotus, PCIJ, 1927, Series A, No 10, p. 70.
[7] Исто.
[8] Конвенција о праву мора, 1994. 1833 UNTS 3, чл. 105
[9] Конвенција о сузбијању противзаконитих аката усмерених против безбедности цивилног ваздухоплова, Монтреал 1971, 860 UNTS 105

напада на дипломатске представнике,[10] апартхеида,[11] тортуре,[12] нуклеарне безбедности[13] и тероризма.[14]. Ратни злочини, генерално дефинисани као "груби прекршаји" Женевских Конвенција, посредно упућују на универзалну надлежност кроз обавезивање држава да "'изруче или суде".

Велики искорак учињен је усвајањем Римског Статута Међународно кривичног суда 1998. (ступио на снагу 2002. године и ратификован од стране више од стотину држава света). У преамбули Римског Статута подсећа се на обавезу "сваке државе да употреби своју кривичну надлежност над одговорним лицима која су починила међународне злочине" јер "злочини признати од стране међународне заједнице као целине не смеју остати некажњени... Њихово ефективно пресуђивање мора бити обезбеђено предузимањем мера подједнако на националном и међународном нивоу".[15] Иако припремни радови конференције у Риму пружају јасне индикације да МКС није замишљен као ексклузивни пут за суђење међународним злочинцима, Статут садржи одредбе које експлицитно пружају охрабрење свим државама да усвоје и примењују у пракси универзалну надлежност тамо где је међународно право као такву предвиђа.

Да ли постоји универзална надлежност за злочин геноцида?[16]

Конвенција из 1948. је међународни карактер геноцида довела у питање неприхватањем принципа универзалне репресије. Док је садржински и ефектуозно лоциран у међународној сфери, кажњавање за геноцид препуштено је националним судовима на бази територијалног принципа. Правни системи трећих држава нису предвиђени као

[10] Конвенција о сузбијању и кажњавању злочина против међународно заштићених лица укључујући дипломатске агенте,1977, 1035 UNTS 167.

[11] Конвенција о сузбијању и кажњавању злочина апартхеида, 1976,. 1015 UNTS 243, чл. IV/b

[12] Конвенција против тортуре и других окрутних, нехуманих и деградирајућих поступака и кажњавања, 1984, чл. 10

[13] Бечка Конвенција, 1980. 101.

[14] Европска Конвенција о сузбијању тероризма, 1978. 99.

[15] Римски статут, Преамбула, ст. 3 и 5.

[16] Више о томе: N. Robinson,The Genocide Convention: A Commentary (New York: Institute of Jewish Affairs, World Jewish Congress 1960); W. A. Schabas, Genocide in International Law (Cambridge: University Press 2000).R. H. Jones, Jurisdiction and Extradition under the (Genocide) Convention, 16 Harv. Int'l L. J. 696-704; J. D. van der Vyver, Universal Jurisdiction in International Criminal Law, 24 So. Afr. J. Int'l L. 1-32 (1999); War Crimes, Genocide and Crimes against Humanity - Are States Taking National Prosecutions Seriously*?* in M. Ch. Bassiouni, ed., 3 International Criminal Law 227-238 (Ardsley, New York: Transnational Publishers, Inc. 2d ed. 1999).

конкурентни. Чл. VI Конвенције гласи: "Лица оптужена за геноцид или било које друго дело побројано у члану III биће изведено пред надлежне судове оне државе на чијој је територији дело извршено или пред међународни кривични суд који ће бити надлежан за оне стране уговорнице које по томе буду признале његову судску надлежност". Често описиван као "најгори од свих злочина", геноцид, по конвенцијском решењу, није упућен на директну универзалну јурисдикцију. Њој је остављен само мали простор алтернацијског деловања у оквирима условљене надлежности међународног кривичног суда чија форма није ни дефинисана.

Творци Конвенције одбацили су универзалну надлежност у корист традиционалног принципа територијалне јурисдикције, locus delicti. У образложењу је истакнуто да универзална надлежност представља само изузетак од општег правила За разлику од принципа територијалности који и данас представља основни и полазни принцип у материји кривичног права, принцип универзалности, заједно са заштитним принципом, улази у категорију додатних, субсидијарних принципа који делују у веома уским сферама међународног живота. Преседан у пракси сузбијања пиратерије и фалсификовања новца није могао представљати поуздани правни ослонац имплементирању универзалне надлежности националним судовима По схватању већине, геноцид, као злочин са дубоким политичким импликацијама по укупне међународне односе, тешко се може по карактеру поредити са пиратеријом, фалсификовањем новца, трговином робљем и другим сличним међународним деликтима, који представљају дела појединаца и група из друштвеног талога свих нација и која су најчешће мотивационо генерисана разлозима лукративне природе. Такође, истакнуто је да судови различитих држава, различитих правних система, не пружају исте правне гаранције. Принцип универзалног кажњавања оцењен је као теоријски-правно заснован, али политички неприхватљив када је у питању геноцид.[17]

Примена универзалне надлежности за геноцид први пут је у међународној заједници практикована на суђењу нацистичком ратном злочинцу Адолфу Ајхману. Случај Ајхман имао је не само преседански значај већ је подгрејао дискусије на телима УН-а о могућностима, потребама и условима остварења универзалне надлежности за "најгрознији од свих зкочина". Своје право на суђење Окружни суд из Јерусалима изводио је на чињеници универзалног карактера злочина геноцида као delicta juris gentium и специфичном карактеру случаја, будући да је жртва оптуженог био јеврејски народ. У разради ових премиса Суд се позвао на Саветодавно мишљење Међународног суда правде из 1951. по коме су "начела изложена у Конвенцији начела призната од стране просвећених

[17] С. Аврамов, нав. дело, стр. 90.

народа обавезујућа за све државе, чак и без посебног конвенционалног обавезивања". [18] По ставу израелског суда, она су била призната и потврђена у међународном обичајном праву и пре усвајања Резолуције 96/1 из 1946. Намера редактора члана 6 Конвенције, како су покушавали да докажу у Израелу, није била да се надлежност за судски прогон геноцида ограничи искључиво унутар територија држава. Територијална надлежност предвиђена у том члану више је један "нужни минимум", конзервативни компромис који би се могао упоредити са много нужнијим одредбама Женевских конвенција, којима је у том инструменту наметнуто правило принудне универзалне јурисдикције".[19] Одсуство, у Конвенцији о геноциду, одредби о универзалној надлежности, заједно са неконституисањем међународног кривично суда, представљало је, по мишљењу окружног суда у Јерусалиму, " велики недостатак Конвенције". Па ипак та чињеница ни у ком смислу "није могла да одведе до закључка о постојању било каквог правила које би било усмерено против начела универзалне надлежности у погледу злочина у питању". [20] Своју наслоњеност да суди Ајхману јерусалимски Окружни суд базирао је и на "заштитном принципу" кривичне надлежности, "који даје нацији-жртви право да суди сваком ко насрне на њену егзистенцију".[21] Како је таква намера код немачких нациста, међу којим је речени Ајхман био на самом врху ланца одговорности, неоспорно утврђена, "држава Израел, као суверена држава јеврејског народа, испуњава посредством својих законских прописа право јеврејског народа да казни злочинце који су убили његове синове..."[22] По жалби, Врховни Суд Израела, инсистирао је на аргументима који су се тицали универзалне надлежности. По његовој оцени они су применљиви не само на Јевреје, у чије име је Израел захтевао вршење заштитне надлежности, већ и у односу на Пољаке, Словенце, Чехе и Цигане."[23]

Универзална надлежност за геноцид највише оправдања налази у самој правној природи тог злочина и карактеру норми које га регулишу. Признат и утврђен као међународни злочин највишег ранга, због важности интереса који се његовом превенцијом и кажњавањем постижу, геноцид и норме које га регулишу, у целини представљају део jus cogens-a. Као такве оне су перемпторне норме општег међународног права које, као што

[18] ICJ, Case Summaries, Reservations to the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Advisory Opinion of 28. May 1951,p. 3.
[19] A-G Israel vs. Eichman, note 104 above, par. 24-25 Наведено по: W. A. Schabas, op. cit. p. 361.
[20] Ibid. par. 25.
[21] Ibid. par. 29.
[22] Ibid. par.38.
[23] A-G, Israel vs. Eicmann, 1968, 36 ILR 277, par.12. Наведено по: W. A. Schabas, op. cit. p. 361.

утврђује чл 53. Бечке Конвенције о уговорном праву из 1969. не могу бити мењане нити од њих може бити одступања. Поменути члан под перемпторном нормом општег међународног права подразумева ону норму "коју је прихватила и признала целокупна међународна заједница држава као норму од које никакво одступање није допуштено и која се може изменити новом нормом опоштег међународног права истог карактера."[24] С друге стране, акт којим је геноцид спецификован и правно уобличен као међународно кривично дело, Конвенција о геноциду, представља, што је потврдио и Међународни суд Правде у свом Саветодавном мишљењу из 1951., документ са обавезујућом правном снагом erga omnes. Ако "Jus cogens упућује на правни статус који извесни међународни злочини достижу, обавеза erga omnes спада у правне последице које произилазе из таквих jus cogens карактеристика тих злочина" Међународни суд правде је у Случају Барселона-тракт1958. потврдио да забрана у међународном праву аката, попут оних наведених у датом случају, представља обавезу erga omnes, према којој све државе имају правни интерес потпуног испуњења. Суд је у том смислу истакао: "Требало би потцртати разлику између обавеза државе према међународној заједници као целини, и оних које проистичу vis-a-vis осталих држава. Због своје природе ове претходне су брига свих држава. У погледу важности инволвираних права, све државе би могле имати интерес у погледу правне природе њихове зашптите; то су обавезе erga omnes. Такве обавезе, у савременом међународном праву, на пример, произилазе из стављања ван закона аката агресије и аката геноцида, као и из начела и правила која се тичу основних права човека, укључујући сузбијање ропства и расне дискриминације. Нека од поменутих заштитних права уведена су у грађу општег међународног права: остала су дата у међународним инструментима универзалног или квази-универзалног карактера."[25]

Објашњавајући разлоге за примену универзалне надлежности над злочинима против међународног права, (који се mutatis mutandis применљиви и за кривично дело геноцида) Ман (Mann) је сугерисао да изузетак од генералног правила, по коме државе не могу имати кривичну надлежност над злочинима почињеним изван граница њеног суверенитета, "произилази из карактера извесних преступа". То су злочини чији ефекти по опште интересе међународне заједнице "оправдавају, можда чак присиљавају, сваког члана породице нација да казни злочинца над којим

[24] Бечка конвенција о уговорном праву, 1969. чл. 53. Извор: Међународно право - Збирка докумената, Приредили: В. Хаџи-Видановић и М. Милановић, Београдски центар за људска права, Београд, 2005. стр.24.

[25] ICJ, Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. Judgment, Report, p. 32, par. 33-34.

се надлежност може и практички применити. Ово су злочини обликовани у међународном праву, за које су се нације света сложиле, обично уговором, да их треба сузбити и који су признати не као прости акти уобичајеног уговореног криминалитета, већ као крајње опасни акти, у ствари, напади на целокупни међународни поредак".[26] Басиони (Bassiouni) истиче да постоји довољно јасних и оправдавајућих правних разлога да се може закључити да геноцид спада у врсту злочина који представљају "делове jus cogens-a". [27] Екстензивно тумачећи смисао члана VI Конвенције о геноциду Кристофер Џојнер (Christopher Joyner) долази до закључка да стварна намера уговорница није била да надлежност за гоњење геноцида ограничи унутар својих националних законадавстава већ само да истакне његову важност због претпостављеног и доказано "интерног" карактера злочина.."Свака држава" каже он "на основу обичајног права овлашћена је да примени универзалну надлежност и суди кривцима за извршење злочина геноцида, ма где год или ма од кога тај злочин био почињен".[28] Теодор Мерон (Theodor Meron) такође сматра да је практиковање универзалне репресије у случају геноцида, "иако Конвенција ћути о њој"[29,] опште прихваћена чињеница потврђена унутар бројних теоријских дискусија. С обзиром да је геноцид "злочин по међународном обичајном праву" свака држава, констатује Мерон, "може над њим примењивати универзалну надлежност." [30] На универзалну надлежност за кажњавање геноцида сигнализирали су и чланови Експертске комисије у свом Завршном извештају за потребе Савета безбедности, где се наводи да "једине повреде права почињене у унутрашњем оружаном сукобу, за које постоји универзална надлежност, су злочин против човечности и геноцид".[31]

Снага изложених аргумената у корист тезе о постојању односно потреби увођења универзалне надлежности за кривично дело геноцида несумњиво је велика. Геноцид јесте злочин над злочинима. Његов поожај на врху пирамиде људског зла и моралног посрнућа не доводи се у питање. Као такав он је од међународне заједнице препознат и утврђен као злочин који изазива највећу опасност по опште интересе човечанства

[26] Amnesty International, January 1, 1999.
[27] Ch. Bassiouni, op. cit. pp. 63-68. Universal Jurisdiction and Absence of Imunity for Crimes Against Humanity, Amnesty International Jan. 1. 1999.
[28] Christopher Joyner, Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability, 1996. p. 153 and pp. 159-160.
[29] Th. Meron, International Criminalisation of Internal Atrocitiea, American Journal of the International law, 1995 p. 554, 569.
[30] Ibid. p. 569.
[31] Завршни Извештај Комисије стручњака основане у складу с резолуцијом 780/1992 Савета безбедности УН, ст. 42. Извор: D. Krapac, Medjunarodni sud za ratne zlocine na podrucju bivse Jugosalavije, 1995. стр. 257.

Перемпторни квалитет норми које регулишу геноцид и erga omnes карактер обавеза из Конвенције, су такође неспорни. Па ипак, не можемо се отети утиску да су предложена решења и приступи у добром делу de lege ferenda природе, него lex lata. Томе у прилог изнећемо нека правна и практичка запажања.

Конвенција изричито не предвиђа универзалну надлежност за кажњавање геноцида. Члан VI (је)само наговештава(о) могућност кажњавања геноцида на бази међународне јурисдикције. Оснивањем Римског суда интенција твораца Конвенције, у том делу је у великој мери испуњена. С друге стране и да се крене од претпоставке да је универзална надлежност за геноцид стипулисана у поменутом члану Конвенције, мора постојати доказ праксе и opinio juris-a из којих би смо закључили да је то правило издигнуто на принципијелни, ниво. Међународно-правна техника је у том погледу експлицитна и неумољива. Да би једно правно правило постало обичајном нормом међународног права потребно је постојање опште праксе држава која се изражава кроз једнообразно, сукцесивно понављање истог спољнег акта, од стране чланова међународне заједнице, праћено, без протеста, неопходном свешћу о обавезности таквог поступања. Правна свест, као опредељујући елеменат обичајних правних правила никада се не претпоставља, већ мора бити видно манифестована у пракси, кроз понашање држава. У погледу универзалне надлежности за геноцид она испољава велики степен неконзистентности.

Унутар самог конвенционалног режима постоје државе које су се оградиле од правних дејстава одредаба члана VI. Алжир је, рецимо, прихватајући Конвенцију о геноциду 1963. изјавио да та држава "ниједну одредбу члана VI Конвенције неће интерпретирати у смислу приписивања такве надлежности страним судовима."[32] Сличне, приступне, интерпретативне декларације, изнеле су и Бурма и Мароко. На исказане резерве пристигао је веома мали број приговора што упућује на закључак да и велики број осталих чланица уговора дели такав њихов став.[33]

Дебата о универзалној надлежности покренута на Римској дипломатској конференцији по много чему је подсећала на оне које су се водиле далеке 1948. Преовлађујући став доктрине и садржина неких од најзначајнијих међународних инструмената, нарочито оних из области људских права, навели су један број учесница Римске конференције да, у складу са трендом апологије универзалне надлежности за геноцид, који је базиран на чињеници њеног обичајно-правног карактера, предложи осталим уговорницама да се та врста надлежности директно транспонује на будући међународни суд. Међутим, та њихова идеја изазвала је велики отпор осталих држава-преговарача што је на крају довело до усвајања

[32] W. A. Shabas, op. cit. p. 363.
[33] Ibid.

једног компромисног решења којим је установљена територијална и активна персоналан надлежност. [34] По том решењу, међународни кривични суд "замењује" националне јурисдикције када овим недостаје воља или способност да делују. Шта нам то говори? Да ли се ситуација у практичном смислу изменила од оне која је генерисана одлуком Шестог Комитета да одбаци универзалну надлежност за геноцид. Наш је став да тога, осим на нивоу позитивног доктринарног тренда, још увек није дошло.

И скорија правосудна разматрања универзалне јурисдикције исказују дубину концепцијских разлика које око овог питања постоје унутар међународне заједнице. У Случају тужбе Босне и Херцеговине против Југославије (Србија и Црна Гора) за геноцид, пред МСП, Ad hoc Судија Крећа је истакао да Конвенција "не садржи принцип универзалне надлежности. Она чврсто оптира ка територијалној надлежности..." "Норму којом се забрањује геноцид" како је истакао судија Крећа "као и све друге међународне правне норме, примењују државе не у имагинарном простору, већ у подручју територијализоване међународне заједнице. Уколико ово не би био случај, норма о територијалном интегритету и суверенитету, која такође има карактер jus cogens, била би повређена.[35] Дијаметрално супротан став изнео је његов колега у истом спору Ad hoc Судија Лаутерпахт (Lauterpacht). Не тумачећи и не дотичући се правне снаге и домашаја члана VI Конвенције, он је закључак о постојању универзалне надлежности за геноцид извео из члана I која каже да је "геноцид злочин међународног права". По његовом мишљењу та одредба дозвољава "уговорницама, да унутар својих домаћих законодавстава, предвиде универзалну надлежност над злочином геноцида ... чак и онда када су радње геноцида почињене изван граница њихове територијалн надлежности и од лица која нису њени држављани".[36]

Комисија за међународно право, у најновијој верзији Кодекса злочина против безбедности и човечанства из 1996.утврђује универзалну надлежност за геноцид. У члану 8 нацрта Кодекса се каже: "..свака од страна уговорница предузеће такве мере које би могле бити неопходне за установљење њихове надлежности" за злочин геноцида, "без обзира где или од кога злочин био почињен. [37] Ценећи да је решење у Конвенцији о геноциду сувише рестриктивно, те да је "међународна заједница често била сведоком неефективности тог ограничавајућег режима ... у погледу суђења и кажњавања појединаца одговорних за чињење злочина геноцида..." Комисија

[34] Римски Статут међународног кривичног суда, чл. 12 ст. 2. Извор: Међународни уговори, Ратно право и безбедност, Београд, 1999. стр. 725.
[35] Dessenting Opinion of Judge Kreca, Case Concerning Application and of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, par. 102 p. 49.
[36] Separate Reasons of Judge Ad hoc Lauterpacht, Application…ISJ Reports, p. 325.
[37] Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eight Session, p. 27. Yearbook of The International Law Commssion Vol. II Part Two, New York and Geneva 1998.

је у свом нацрту предложила проширење надлежности националних судова правдајући то постојањем универзалне надлежности као норме међународног обичајног права. Међутим, Комисија, за разлику од већине теоријских сугестија и решења прихваћених у бројним међународним хуманитарним уговорима, обичајноправни квалитет универзалне надлежности не изводи из садржине и карактера Конвенције. Како стоји у коментару члана 8. она оптира на бази обичајног права "за оне државе које нису уговорнице Конвенције и самим тим нису везане ограничењима садржаним унутар ње"[38]. Из наведеног би се могао извући апсурдан закључак да универзална надлежност постоји за оне државе које нису стране уговорнице Конвенције, али не и за оне које то јесу. Да ли је баш тако? Да ли државе своје међународне обавезе из области људских права могу изводити на ниво обичајног права посредством вишестраних уговора који намећу мање строге норме? Мислимо да то није могуће. Пре ће бити да широко прихваћени међународни уговори потврђују реалну садржину међународног обичајног права, чија снага је неминовно мање експанзивна од снаге уговорних обавеза.

Унутар националних граница пракса судова по питању универзалне надлежности за геноцид такође није једнообразна. Амерички федерални суд у случају Демјањук против Петровског, (Demjanjuk v. Petrovsky) истакао је да су "неки злочини тако универзално одбачени да су починиоци непријатељи свих људи. Следствено томе, било која држава која ухапси починиоце може их казнити по свом закону."[39] Француски судови, међутим, одбијали су у више наврата да спроводе универзалну надлежност за случај геноцида[40]. У својој првој одлуци у случају Пиноче (Pinochet case), британски Дом Лордова одбио је могућност да је универзална надлежност постојала у међународном правном поретку пре 1948. и да је тадашња дебата на Шестом Комитету УН-а само и формално уобличила већ познату обичајну норму међународног права.[41] Савезни Врховни Суд Немачке је, у одлуци из априла 1999., утврдио да универзална надлежност као општи принцип међународног права постоји, али да је за немачке судове услов спровођења универзалне надлежности претходно установљење извесних "легитмних тачака везе" [42] . Током деведесетих било је више покушаја да се одрже суђења за геноцид везано за случај бивше Југославије и Руанде. Ту се посебно издваја ангажовање

[38] Ibid. par. 17.
[39] Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571. Наведено по: W. A. Schabas, op. cit. p. 365.
[40] Favor et al. Order of tribunal de grande instance de Paris, 6. may 1994 Dupaquier et al, Order of Tribunal de grande instance de Paris, 23. February 1995. Наведено по: W. A. Schaas, op. cit., 366.
[41] Ibidem
[42] Ibidem

Немачке[43], Аустрије и Белгије. Суђења су протекла без протеста и оспоравања на међународном плану. Одлуке појединих држава да у својим националним законодавствима пропишу универзалну надлежност за геноцид (нпр. Канада) такође је прихваћена без протеста. Занимљиво је да Сједињене Америчке Државе, иако унутар свог законодавства не признају универзалну надлежност, доста комфорно посматрају, а неким случајевима и својим активним понашањем, охрабрују друге државе да спроводе кажњавање, посебно када је окривљени већ стигматизован од њихове званичне политике као амерички непријатељ. Но, имајући на уму амерички однос према новоформираном Римском суду и "алергичност" америчких званичника на раније оптужбе судова неких европских држава за ратне и злочине против човечности почињене током операцији "Пустињаска олуја"1991. тешко је рећи да САД искрено припадају блоку држава које безрезервно подупиру настојања ка правној валоризацији когентног карактера норме о обавезној међународној надлежности, за било које, па и кривично дело геноцида.

Закључак

Сумирајући изнета запажања могло би се рећи да пракса држава, opinio juris, међународна и домаћа јуриспруденција а нарочито теоријске диксусије, сугеришу прихватање постојања универзалне надлежности изван граница појмова садржаних у члану VI. Конвенције. Међутим, постоје озбиљни формално-правни и практично-политички разлози који поткопавају реално утемељење, ове, помало идеалистички конципиране тезе. Закључак, који се може извести на бази догматско-текстуалног интерпретирања члана 6 Конвенције, је тај да на овом степену међународних односа универзална надлежност за геноцид не постоји, бар не, као норма која би се стриктно могла извести из садржине поменутог члана.

Формулисање и увођење нових међународних кривичних дела (геноцид, апартхејд, тортура, трговина белим робљем итд) оснивање ad hoc трибунала и Међународног кривичног суда у Риму 1998. учинили су да процес изградње система међународне кривичноправне заштите добије на интензитету и квалитативно новом садржају. Данас, међународно кривично право штити најзначајније друштвене и културне вредности савременог човечанства. Одредбе о заштити тих вредности, осим у Конвенцији о геноциду, садржане су између осталог и у документима међународне заједнице као што су Повеља УН-а, Универзална декларација о правима човека, Пактови о економским, социјалним и културним правима, о грађанским и политичким правима, као и другим хуманитарним уговорима. Међутим, све то још увек не

[43] Public Prosecutor v. Djajic, No. 20/96, Supreme Court of Bavaria, 23. May 1997; Public Prosecutor v. Jorgic, No. 2 StE 8/96. Supreme Court of Disseldorf, 26. September 1997

значи да у садашњој фази постоји међународно кривично право као самостални правни систем у оквирима међународног поретка који би био аналоган кривичноправном систему какав постоји у унутрашњем праву. Примена кривичноправног инструментарија у сфери међународног друштвеног живота и даље почива на моделу тзв. "индиректног извршења". Конвенцијама се иде само до нивоа теоријско-спекулативних обрада кривичноправних питања. Акциони део посла је и даље територијално опредељен. Између уговорених обавеза и прописаних кривичних дела с једне стране и казнене политике у њеном извршном смислу с друге, стоји организовано друштво и воља носиоца политичке моћи, омеђена, у институционалном и нормативном смислу, законодавним и оперативно-извршним механизмима државе. Са изузетком Нирнбершких и токијских суђења те актуелних ad hoc трибунала, међународно право само утврђује кривична дела међународног обележја али кажњавање препуста унутрашњим поретцима. Територијални принцип остаје и надаље основни и полазни принцип у материји међународног кривичног права, мада су усвојена још два допунска принципа: заштитини и принцип универзалности [44].

M.Sc. Milan Palevic,
an assistant

THE PRINCIPAL OF UNIVERSAL JURISDICTION OVER GENOCIDE CRIMES

Summarizing various views on this matter it could be concluded that the state practice, *opinion juris*, international and national jurisprudence, and, especially, theoretical legal discussions, they all suggest that there should exist a universal jurisdiction beyond the limitations of the concepts given in Art. VI of the Convention. However, there are serious legal, formal, practical and political reasons that undermine the foundation of this, somehow, realistically established thesis. So the conclusion that can be drawn on the basis of a dogmatic and textual interpretation of Art VI of the Convention is that, given the contemporary international relations, a universal jurisdiction for genocide crimes does not exist, at least not as a norm strictly derived from the text of the mentioned Article.

[44] Исто. стр. 335.

Мр Славко Ђорђевић,
асистент

UDK: 341.9

УСТАНОВА УЗВРАЋАЊА И ПРЕУПУЋИВАЊА (RENVOI) У МЕЂУНАРОДНОМ ДЕЛИКТНОМ ПРАВУ

Renvoi спада међу она питања међународног приватног права о којима се највише дискутује у доктрини и пракси. Свесни тежине великог броја проблема које установа renvoi твори, а због недостатка простора у овом раду да свима посветимо адекватну пажњу, ми ћемо у наредним излагањима расправљати, да ли примена установе renvoi треба да буде искључена код деликтноправних односа са елементом иностраности. Но, упуштање у ову расправу захтева разјашњење неколико значајних питања. Најпре, неопходно је посветити пажњу питању односа супростављених циљева којима служи установа renvoi и којима служе колизионе норме како би се бацило више светла на разјашњење питања ограничења поља примене установе renvoi у међународном приватном праву (I). Затим ћемо се позабавити начином примене, циљевима и пољем примене установе renvoi у нашем позитивном међународном приватном праву (II), да би се на крају упустили у расправљање питања примене renvoi у упоредном и нашем позитивном међународном деликтном праву (III).

I Установа renvoi и смисао (циљ) колизионоправног упућивања - ограничење поља примене установе renvoi у међународном приватном праву

У доктрини и пракси међународног приватног права најчешће се наводе два разлога за прихватање установе renvoi. Први се огледа у остварењу међународне хармоније одлучивања[1]. Сматра се, наиме, да

[1] Тако D. Looschelders, Internationales Privatrecht, Art. 3-46, Praxiskommentare, 2004, стр. 60; М.Петровић, Renvoi у упоредном праву и ЗРСЗ, Двадест година Закона о међународном приватном праву, Зборник радова, Ниш, 2003, стр. 37 и даље; Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, Нови Сад, 2001 стр. 121; M.Sonnentag, Der Renvoi im IPR, Tübingen, 2001, стр. 116 и даље; von Hoffmann, IPR, , 7. Auflage, München, 2002, стр. 234 и даље; Kropholler, IPR, 4. Auflage, Tübingen, 2001, стр. 160; Kegel/Schurig, IPR, 8. Auflage, München, 2000, стр. 343; Дика/Кнежевић/Стојановић, Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, Београд, 1991, стр. 24.

renvoi служи остварењу међународне хармоније одлучивања[2] тиме што обезбеђује да домаћи суд одлучује о спорном случају исто као и суд државе на коју су упутиле домаће колизионе норме[3]. Као други, рекли бисмо практичнији, разлог у прилог прихватања renvoi наводи се интерес полазне (домаће) државе за чешћом применом lex fori[4]. Овај интерес се остварује узвраћањем на домаће право.

Чини се, с друге стране, да много разлога говори против прихватања установе renvoi у међународном приватном праву, односно у прилог супстанцијалног упућивања, што се најбоље може сагледати ако се има у виду смисао и циљ саме колизионе норме.

Приликом формулисања сваке колизионе норме, законодавац, с једне стране, вреднује различите интересе[5] да би апстрактно, за неодређени број случајева, одредио са којим правним поретком један приватноправни однос има најближу везу, док с друге имплементира одговарајуће материјалноправне вредности свог правног поретка које жели одговарајућом колизионом нормом да оствари[6]. Дакле, свака колизиона

---

[2] Међународна хармонија одлучивања, као идеја водиља међународног приватног права, представља захтев да се о једном правном односу одлучује једнако, без обзира у којој се држави одлука доноси. Иза остварења идеје међународне хармоније одлучивања се налазе интереси поретка који се огледају у тежњи да се спречи настанак тзв. храмајућих правних односа како би се обезбедила сигурност правног и пословног промета. Опасност настанка храмајућих правних односа постоји увек када се о истом спору у различитим правним поретцима различито одлучује. Још је Savigny у свом познатом делу (System des heutigen römischen Rechts VIII, Berlin, 1849, стр. 27) описао овај идеал речима: „... die Rechtverhältnisse, in Fällen einer Kollision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterscheid, ob in diesem oder jenem Staate des Urtheil gesprochen werde“ (у слободном преводу: Правне односе, у случајевима колизије закона, треба једнако вредновати, без разлике у којој се држави доноси одлука). О међународној хармонији одлучивања као лајт принципу МПП-а види M.Sonnentag, ibid., стр. 116 и даље; Kropholler, IPR, стр. 36 и даље; Kegel/Schurig, IPR, стр. 122 и даље; Junker, IPR, München, 1998, стр. 84.

[3] Тако D. Looschelders, ibid., стр. 60; von Hoffmann, IPR, стр. 234. Види детаљно о односу међународне хармоније одличивања и renvoi код M. Sonnentag, ibid., стр. 119 и даље.

[4] Тако М.Петровић, ibid., стр. 38; von Hoffmann, IPR, стр. 236; M.Sonnentag, ibid., стр. 146; Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 121; Kegel/Schurig, IPR, стр. 343; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 24.

[5] Према Kegel-у, реч је о интересима странака, интересима промета и интересима поретка. Види Kegel, IPR, München, 4. Auflage, 1977, стр. 54 и даље.

[6] Упореди Kropholler, IPR, стр. 24 и даље, 31 и даље; M. Sonnentag, ibid., стр. 152 и даље, 156 и даље; Kegel/Schurig, IPR, стр. 114 и даље; Kegel, IPR, München, 1977, стр. 54 и даље; Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudence im internationales Privatrecht, «FS für Lewald», Basel, 1953, 259 и даље.

норма начелно служи остварењу међународноприватноправне правичности и представља одраз одговарајућих материјалноправних вредности поретка коме припада[7]. Имајући ово у виду, изгледа да се renvoi противи смислу и циљу саме колизионе норме, односно упућивање на одговарајући приватноправни поредак које налаже колизиона норма би требало увек да буде супстанцијално. Јер примена renvoi може довести до тога да се, уместо права које је домаћи законодавац одредио као најближе, примени право са којим чињенично стање има слабије везе, односно да се материјалноправне вредности које је домаћи законодавац имплементирао у одговарјућу колизиону норму замене вредностима које је у својим колизионим нормама поставио законодавац првоупућене државе [8] . Остварење међународноприватноправне правичности и остварење међународне хармоније одлучивања (којем служи renvoi) се, према томе, међусобно искључују[9].

Међутим, упркос томе, велики број међународних приватних права прописује renvoi као општи колизионоправни принцип, што значи да се прихвата могућност замене колизионоправних и материјалноправних вредности сопственог колизионог права вредностима другог (страног) колизионог права, односно даје предност међународној хармонији одлучивања коју треба да оствари renvoi. Али та могућност (односно предност), упоредноправно посматрано, не иде у недоглед. Зато се поставља питање у којим случајевима не треба удовољити интересима којима служи установа renvoi, већ интересима који налажу супстанцијално упућивање?

---

[7] Тако, на пример, уважавање права држављанства оба брачна друга у појединим колизионим нормама међународног брачног права представља колзионоправни израз начела једнакости полова у материјалном праву (материјалноправна вредност). Такође, правило убиквитета представља колизионоправни израз двоструке функције материјалног деликтног права (материјалноправна вредност) и посебне заштите оштећеног у облигационом праву. О имплементацији материјалноправних и колизионоправних вредности у колизионим нормама види, пре свих, Kropholler, IPR, стр. 31 и даље, као и M. Sonnentag, ibid.

[8] Слично M. Sonnentag, ibid., стр. 151; G. Mäsch, Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtfigur, RabelsZ (61), 1997, стр. 290.

[9] Има мишљења да се renvoi не противи принципу међународноприватноправне правичности, тј. да се међународна хармонија одлучивања и међународноприватноправна правичност међусобно не искључују. Тако Looschelders сматра да, када домаћа колизиона норма упути на колизионо право стране државе са којом, из угла домаћег законодавца, постоји најближа веза са чињеничним стањем, домаћи правни поредак у ствари признаје да је страно колизионо право «ближе» да одреди тежишну тачку везивања чињеничног стања са елементом иностраности него домаће колизионо право (види D. Looschelders, ibid., стр. 61).

У упоредној доктрини све више добија на значају схватање да оправданост примене установе renvoi не треба оцењивати само апстрактно, тј. само у односу на врсту приватноправног односа, већ и у односу на саму колизиону норму[10]. Сходно овом схватању, потребно је испитивати који је циљ законодавац применом конкретне колизионе норме примарно желео да оствари (имајући у виду свакако врсту приватноправног односа који се колизионом нормом регулише), односно којим интересима је желео да удовољи и да ли је тај циљ (односно задовољење интереса) такав да се може његовом остварењу дати предност, а не остварењу циљева којима служи установа renvoi (циљно-телеолошко тумачење колизионих норми). Према томе, потребно је телеолошки тумачити не само норму о renvoi, већ и сваку колизиону норму понаособ.

Видели смо да је начелно циљ сваке колизионе норме остварење међународноприватноправне правичности. Али, то није једини циљ којем појединa колизиона норма може да служи. У литератури преовлађује став да се (такође са телеолошког аспекта) могу начелно разликовати колизионе норме које представљају прост резултат свеукупног разматрања и вредновања различитих интереса, а да при том из њих самих не произилази неки посебан разлог за применом тачно одређеног приватноправног поретка, од колизионих норми које служе остварењу посебних циљева односно које из посебних, било колизионоправних било материјалноправних, разлога упућују на тачно одређени приватноправни поредак да би се применило његово материјално право[11].

Прву категорију колизионих норми чине оне норме које представљају компромисно решење између више разматраних алтернатива везивања, односно компромисни избор уважавања једних интереса наспрам других[12]. То је обично (не и искључиво) случај са већином колизионих норми у статусним, породичним и наследним односима код којих се даје предност или држављанству (интерес континуитета) [13] или домицилу односно

[10] У том смислу В. Томљеновић, Поморско међународно приватно право – Извануговорна одговорност за штету и проблем избора мјеродавног права, Ријека, 1998, стр. 177 са позивањем на француску литературу; види и M. Sonnentag, ibid., стр. 158 и даље, као и J.Kropholler, Anknüpfungsystem für das Deliktsstatut, RabelsZ 33, 1969, 1969, стр. 645.

[11] У том смислу M. Sonnentag, ibid., стр. 158-160; D. Looschelders, ibid., стр. 65 и даље; T. Rauscher, Sachnormverweisungen aus dem Sinn der Verweisung, NJW, 35/1988, стр. 2151 и даље. Законски основ за овакву поделу норми се може наћи у немачком EGBGB-у (чл. 4. ст. 1.) и чешком ЗРСЗ-у (чл. 35).

[12] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 158.

[13] Када се има у виду интерес континуитета, тј. интерес да се раније стечени правни положај одржи и да се евентуалне промене у статусним питањима осигурају убудуће, законодавци се опредељују за држављанство као тачку везивања. Види von Hoffmann, IPR, стр. 174-176.

уобичајеном боравишту (интерес прилагођавања)[14] као тачки везивања[15]. Ове колизионе норме не служе остварењу неког посебног циља, те код њих треба, у циљу остварења међународне хармоније одлучивања, применити renvoi[16].

У другу категорију колизионих норми спадају такве норме које, услед вредновања различитих интереса, из посебних, било колизионоправних било материјалноправних, разлога упућују на одређени правни поредак да би се применило одређено материјално право. Ове колизионе норме не служе примарно остварењу међународне хармоније одлучивања, већ остварењу посебног циља којем су намењене[17]. Зато би оне требало да налажу супстанцијално упућивање, тј. примена установе renvoi не би требало да се на њих односи. У ову категорију могле би се сврстати колизионе норме које садрже најближу везу као тачку везивања, као и оне норме које прописују алтернативно и акцесорно везивање[18]. Поред тога, један део доктрине сматра да супстанцијално упућивање треба да налажу и колизионе норме које настају вредновањем посебних (специфичних) материјалноправних интереса и које, као резултат тог вредновања садрже издиференцирани систем тачака везивања (различите тачке везивања за различите чињеничне ситуације)[19].

Примена колизионе норме која садржи најближу везу као тачку везивања се огледа у изналажењу оног правног поретка са којим је на основу разматрања свих околности конкретног случаја спорни приватноправни однос у најближој вези. Овакво упућивање би требало увек да буде супстанцијално, јер ближа веза од најближе не може да постоји[20].

---

[14] Ако се одлуче за домицил физичког лица, законодавци дају предност интересима његовог прилагођавања новој средини (брза интеграција у нову средину). Види von Hoffmann, ibid.

[15] У том смислу J. Kropholler, RablesZ 33, 1969, стр. 645 и даље.

[16] Међународна хармонија одлучивања, према владајућем мишљењу доктрине, има посебан значај у статусним и породичним стварима са елементом иностраности. Ови односи су трајнијег карактера тако да странке имају интерес да њихови лични правни односи буду признати у свим правним поретцима. Види M. Sonnentag, ibid., стр. 124.

[17] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 160.

[18] Упореди M. Sonnentag, ibid., стр. 169 и даље, 180 и даље, 203 и даље, 253 и даље; D. Looschelders, ibid., стр. 66-68; von Hoffmann, IPR, стр. 241-243; Kropholler, IPR, стр. 164-167; Junker, IPR, стр. 174-175.

[19] Види M. Sonnentag, ibid., стр. 161; Kropholler, IPR, стр. 160; слично M. von Hinden, Persönlichkeitverletzung im Internet, Tübingen, 1999, стр. 230-231.

[20]. Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 171; слично Kropholler, IPR, стр. 164-165. Али види функције клаузуле одступања у одељку IIIа.

Колизионим нормама које прописују алтернативно везивање жели се постићи одређени материјалноправни резултат, те се истиче да се применом renvoi може осујетити постизање таквог резултата[21].

Акцесорно везивање има за циљ да се сва правна питања унутар једног правног односа подвргну једном истом материјалноправном поретку како би се избегле евентуалне противречности. Ако би се применио renvoi, јединствено материјалноправно регулисање би се могло осујетити[22].

Најзад, када је реч о колизионим нормама које су настале као резултат вредновања специфичних материјалноправних интереса, те услед тога садрже издиференцирани систем тачака везивања, доктрина је на становишту да се тешко могу наћи разлози да се ове вредности домаћег колизионог права жртвују у корист вредности које садржи неко друго колизионо право[23]. Сматра се, дакле, да примена renvoi може осујетити испуњење посебне функције колизионих норми код којих је, приликом њихове изградње, вредновање материјалноправних интереса (вредности) имало одлучујућу улогу[24]. Тако, на пример, издиференцирани систем тачака везивања је заступљен у колизионим нормама за уговоре у нашем МПП-у (чл. 19.-23. ЗРСЗ) које представљају комбинацију принципа аутономије воље, принципа најближе везе, пребивалишта дужника карактеристичне престације и којима се регулише низ специфичних питања уговорног права. Изгледало би крајње неконсеквентно када би домаћи судија, упркос издиференцираном систему везивања у чл. 19. и 20. ЗРСЗ-а, на уговор применио, услед renvoi, право неке друге државе само зато што колизиона норма државе, у којој је уговор локализован применом чл. 19. или 20., садржи другу тачку везивања[25]. Ово треба да важи независно од тога што су поједине тачке везивања, као што је аутономија воље и принцип најближе везе, саме по себи неспојиве са renvoi.

Међутим, треба напоменути да се, у складу са схватањем о телеолошком тумачењу колизионе норме, могу дати само смернице за одређење у којим би случајевима требало прихватити renvoi, а у којима не, тако да се на овај начин може заузети само начелан став о пољу примене

[21] Тако von Hoffmann, IPR, стр. 241; M. Sonnentag, ibid., стр. 162-63 и стр. 207 и даље. Алтернативно везивање је у нашем ЗРСЗ предвиђено у чл. 7. (пуноважност форме правног посла или правне радње), чл. 28. (вануговорна одговорност за штету), чл. 31. (пуноважност форме тестамента), чл. 43. ст. 1. (позакоњење).

[22] Тако D. Looschelders, ibid., стр. 67; von Hoffmann, IPR, стр. 242; M. Sonnentag, ibid., стр. 180; Kropholler, IPR, стр. 166; Junker, IPR, стр. 175. Акцесорно везивање у циљу јединственог материјалноправног регулисања је прописано, на пример, у чл. 8. (питање застерелости) и чл. 25 (акцесорни правни послови) нашег ЗРСЗ-а.

[23] Види M. Sonnentag,ibid., стр. 161; Kropholler, IPR, стр. 160.

[24] У том смислу M. von Hinden, ibid., 231.

[25] Тако Kropholler, IPR, стр. 171, за чл. 28 EGBGB.

renvoi. Зато је неопходно у сваком конкретном случају испитивати да ли је законодавац конкретном колизионом нормом желео да оствари посебне интересе (циљеве) који су такви да, објективно посматрано, претежу над интересима којима служи установа renvoi. Јер, многе колизионе норме садрже издиференцирани систем тачака везивања, а само је код неких издиференцираност последица имплементације посебних материјалноправних интереса чије би остварење могло имати предност над остварењем интереса којима служи renvoi. Испитивање да ли је реч о остварењу посебних материјалноправних интереса зависи свакако и од врсте приватноправног односа који се колизионом нормом регулише. Исто тако, акцесорно везивање не мора увек да има за циљ јединствено материјалноправно регулисање свих питања једног правног односа, већ може бити прописано само у циљу да се, за правну категорију неке друге колизионе норме, избегне понављање законског текста[26]. Тада је реч о чистој законодавној техници, тако да renvoi није *per se* искључен[27].

Прихватајући схватање о телеолошком тумачењу колизионе норме као подобно за давање смерница за евентуално расветљавање осетљивог питања ограничене примене renvoi у међународном приватном праву, сматрамо да сваки законодавац, приликом формулисања како норме о renvoi тако и сваке колизионе норме, мора имати у виду интересе којима служи renvoi и интересе које жели да оствари самом колизионом нормом, како би у законском тексту могао да, у што већем броју случајева, недвосмислено одреди њихов међусобни однос. Када се законодавац није изричито изјаснио о искључењу renvoi, редовно је на судовима задатак да се телеолошким тумачењем норме о renvoi и поједине колизионе норме изјасне да ли је примена renvoi у конкретном случају оправдана.

II Начин примене, циљ и поље примене установе renvoi у међународном приватном праву Србије

Установа узвраћања и упућивања на даље право (преупућивања) је регулисана у чл. 6. Закона о решавању сукоба закона (ЗРСЗ):

«Ако би према одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права.

Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право СЦГ, примениће се право СЦГ, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права.»

[26] На пример, чл. 37. ЗРСЗ за уговорне брачноимовинске односе упућује на систем везивања прописан у чл. 36. ЗРСЗ који се односи на законски брачноимовински режим. Реч је о чистој законодавној техници.

[27] M. Sonnentag, ibid., стр. 180-181.

Премда ова одредба недвосмислено показује да је renvoi прихваћен у нашем МПП-у, њена формулација, како се истиче, ствара извесне дилеме и поједина питања оставља отвореним[28]. То се, пре свега, односи на преупућивање (ст. 1. чл. 6. ЗРСЗ), обзиром да ст. 2. чл. 6. ЗРСЗ налаже да се код узвраћања на домаће право увек примењују домаће материјалноправне норме (без обзира да ли је узвраћање страног колизионог права супстанцијално или колизионо), и на поље примене ове установе.

Када је реч о начину примене renvoi у нашем међународном приватном праву, према преовлађујућем мишљењу доктрине, треба прихватити тумачење чл. 6 ЗРСЗ-а које је дао Стојановић[29]. Наиме, када наша колизиона норма упућује на страно право треба, сходно чл. 6. ст. 1., применити њене колизионе норме. Ако колизиона норма првоупућеног права узвраћа на наше право примењују се, сходно чл. 6. ст. 2., материјалне норме нашег права. До истог резултата се долази и ако на наше право узвраћа неко даље преупућено право (другоупућено, трећеупућено итд.)[30]. Међутим, ако страно колизионо право не узвраћа на наше право, већ упућује даље (преупућује), питање прекида ланца упућивања решава се системским тумачењем норми ЗРСЗ, тј. чл. 6 ст. 1. ЗРСЗ треба тумачи системски, у вези са осталим нормама ЗРСЗ. Тада би у обзир дошао чл. 9. ЗРСЗ према коме право стране државе треба применити према смислу и појмовима које оно садржи. Отуда када нас нека наша колизиона норма упути на право стране државе, тада на основу чл. 6. ст. 1. у вези са чл. 9. ЗРСЗ, осим у случају предвиђеног изузетка у чл. 6. ст. 2 ЗРСЗ, примењујемо њено колизионо право на начин који је предвиђен у њеном правном поретку, тј. у односу на renvoi има се прихватити став права оних држава на које упућују наше колизионе норме[31]. Другим речима, колизионо право првоупућене државе треба применити исто онако како би га применио суд те државе, изузев када долази до узвраћања на наше право.

Из оваквог тумачења чл. 6. ЗРСЗ сматрамо да недвосмислено произилази да је смисао и циљ установе renvoi у нашем МПП остварење међународне хармоније одлучивања и проширена (чешћа) примена

[28] Тако М. Петровић, ibid., стр. 47 и даље; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 27; Г. Кнежевић, Практични проблеми узвраћања и упућивања у нашем праву, Правни живот, 6-7/1984, стр. 742 и даље.
[29] Види Стојановић у Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 29.
[30] Тако и М. Петровић, ibid., стр. 50; Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 129; Г. Кнежевић, ibid., стр. 745.
[31] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid.

домаћег материјалног права[32]. Сходно чл. 6. ст. 1. у вези са чл. 9. ЗРСЗ (под резервом чл. 6. ст. 2.), домаћи судија је дужан да примени страно колизионо право исто онако како би га применио страни суд, што би у резултату требало да води примени оног материјалног права од стране нашег суда које би на спорни случај применио страни суд, чиме би се остварила хармонија одлучивања између наше и стране државе[33]. До чешће примене домаћег права се долази применом чл. 6. ст. 2. ЗРСЗ. Ова одредба предвиђа да се, када страно колизионо право узвраћа на домаће право, примењује домаће материјално право, без обзира да ли страно колизионо право (првоупућене или неке даље преупућене државе) предвиђа колизионо или супстанцијално упућивање (узвраћање на наше право). Према томе, узвраћање на домаће право представља средство које доводи до проширене примене lex fori (чешће примене домаћег права).

Када је реч о пољу примене renvoi у нашем МПП-у, према владајућем мишљењу, renvoi се примењује на све приватноправне односе који су регулисани ЗРСЗ-ом[34]. Ослонац за овакав став је историјско тумачење чл. 6. ЗРСЗ. Наиме, Тезе за Закон о међународном приватном праву и поступку, као

---

[32] Видели смо да, према преовлађујућем мишљењу доктрине и праксе, међународна хармонија одлучивања и чешћа примена lex fori су разлози због којих се renvoi иначе прихвата у међународном приватном праву.

[33] Ипак, међународна хармонија одлучивања се путем renvoi може само делимично остварити. До њеног остварења долази када наша колизиона норма упућује, примера ради, на право државе X чије колизионе норме прихватају ово упућивање. У овом случају, наш суд ће применити материјално право државе X, што би исто урадио и суд државе X када би одлучивао о истом спору. Такође, можемо говорити о међународној хармонији одлучивања и када колизионе норме првоупућене (или другоупућене, трећеупућене итд.) државе узвраћају на наше право, при чему је реч о супстанцијалном упућивању (узвраћању) страног колизионог права. Хармонија одлучивања би била остварена између нашег правног поретка и правног поретка првоупућене државе, јер и када би се о спору расправљало пред судом првоупућене државе применило би се, такође, наше материјално право. Али, ако би у конкретном случају узвраћање првоупућене државе било колизионоправно (што ће често бити случај јер велики број држава прихвата renvoi), не би се постигла хармонија одлучивања. У том случају наш суд би, сходно чл. 6. ст. 2. ЗРСЗ, прекинуо ланац у сопственом правном поретку и на спор применио наше материјално право, без обзира што је узвраћање стране државе колизионоправно. Међутим, међународна хармонија одлучивања, када је реч о узвраћању на наше право, би се могла у одговарајућем случају остварити између нашег правног поретка и правног поретка који заступа теорију дуплог renvoi или теорију страног суда, јер би у датом случају судови обе државе примењивали исто (наше) материјално право. О критици међународне хармоније одлучивања као циљу коме служи renvoi види G. Mäsch, ibid., стр. 296 и даље.

[34] Тако М. Петровић, ibid., стр. 52-53; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 26-27 и даље; Г. Кнежевић, ibid., стр. 743-744.

и многобројни радни нацрти Закона су предвиђали искључење примене установе renvoi у одређеним областима[35]. Како се од тога одустало у коначном законском тексту, сматра се да се законодавац свесно определио за општу примену renvoi у свим приватноправним односима који су регулисани колизионим нормама ЗРСЗ[36]. Поред тога, и језичко тумачење чл. 6. ст. 1. би могло ићи у прилог овом мишљењу, јер чл. 6. ст. 1. изричито каже да «ако би **према одредбама овог закона** требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права», што значи да се renvoi односи на све колизионе норме (одредбе) ЗРСЗ-а.

Упркос владајућем ставу да се чл. 6. примењује на све приватноправне односе регулисане ЗРСЗ-ом, доктрина упозорава да би renvoi требало да буде искључен код неких приватноправних односа са елементом иностраности и то, најпре, код уговорних односа[37]. Тако, проф. Варади сматра да, иако за то нема законског основа, примену renvoi треба искључити у неким случајевима, а нарочито код уговорних односа са елементом иностраности због неспојивости ове установе са принципом аутономије воље и принципом најближе везе[38]. Такође, према једном мишљењу, можда би се могло стати на становиште да смо, када је реч о пољу примене чл. 6. ЗРСЗ, присутни тзв. неправој правној празнини за коју се сматра да, иако је законодавац неко питање решио, начин његовог решавања није адекватан, те да овако установљену правну празнину треба попунити. Ова правна празнина би се односила, пре свега, на уговорне односе, па би у том случају судови вредновали аргументе у прилог и против renvoi код уговорних односа, што би највероватније довело до искључења renvoi у овој области[39]. Ставови о искључењу примене renvoi код деликтних односа са елементом иностраности се, такође, могу наћи у нашој доктрини[40].

Иако поједини од ових ставова представљају предлоге законодавцу да у будућности преиспита оправданост установе renvoi и изричито искључи његову примену у одређеним областима права (de lege ferenda), док други бојажљиво остављају могућност судовима да renvoi искључе у појединим случајевима, сматрамо да би свакако требало размотрити могућност ограничења поља примене renvoi у нашем позитивном међународном приватном праву. Јер мора се признати да поједине колизионе норме нашег ЗРСЗ-а нису спојиве са установом renvoi. Отуда би се поље примене renvoi у

[35] Види Тезе за Закон о међународном приватном праву и поступку, Приноси за поредбено проучавање права и међународно приватно право, Загреб, 1973, Теза 6, стр. 9; за остале текстове види Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 26.
[36] Види детаљно Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 26-27.
[37] Тако М. Петровић, ibid., стр. 52-53; Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 122; Г. Кнежевић, ibid., стр. 743-744; Т. Варади, МПП, стр. 73 і 77.
[38] Т. Варади, МПП, стр. 77.
[39] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 28.
[40] Види М. Петровић, ibid., стр. 41.

нашем међународном приватном праву могло одредити полазећи од схватања о телеолошком тумачењу колизионих норми. Неопходно је, дакле, тумачити не само норму о renvoi (чл. 6), већ и конкретну колизиону норму, имајући у виду свакако врсту приватноправног односа који се колизионом нормом регулише. На овај начин би се испитивало који је циљ законодавац примарно желео применом конкретне колизионе норме да оствари, тј. којим интересима је желео да удовољи и да ли су ти циљеви (задовољење интереса) такви да им се може, објективно посматрано, дати предност у односу на циљеве којима служи установа renvoi.

III Примена установе renvoi у међународном деликтном праву

а) Renvoi у упоредној доктрини и пракси међународног деликтног права

Имајући у виду изнето схаватање о телеолошком тумачењу колизионих норми, као и саму врсту деликтноправних односа са елементом иностраности, ми ћемо покушати, ослањајући се на искуства из упоредне доктрине и праксе, да одговоримо на питање, да ли примену установе renvoi треба искључити у међународном деликтном праву.

Најпре, треба истаћи да је у упоредном међународном деликтном праву све више присутан издиференцирани систем колизионих правила за деликте са елементом иностраности. Тако, нпр. у Немачкој је у чл. 40-42 EGBGB предивђена комбинација аутономије воље, клаузуле одступања, принципа убиквитета и заједничког уобичајеног боравишта штетника и оштећеног. Многи немачки аутори сматрају да renvoi, управо због оваквог начина колизионоправног регулисања, треба да буде искључен, јер смисао и циљ издиференцираног колизионог регулисања је имплементација посебних материјалноправних вредности на колизионоправном нивоу чије би остварење применом renvoi било осујећено[41]. Ако би се колизионоправно решење условило применом renvoi, вредносна одлука законодавца о редоследу тачака везивања би била знатно релативизована, што би свакако ишло на уштрб правне сигурности и оправданих очекивања странака (штетника и оштећеног)[42]. Међутим, има и другачијих мишљења која оправданост примене renvoi код деликтних односа са елементом иностраности не оцењују у односу на целокупни систем везивања, већ у односу на сваку појединачну тачку везивања. У Аустрији је, на пример, такође прописан издифиренциран систем везивања (комбинација места

[41] Види von Hoffmann, IPR, стр. 468; ; M. Sonnentag, ibid., стр. 241 и даље; M. von Hinden, ibid., стр. 230-231.
[42] Тако M. von Hinden, ibid., стр. 230.

радње, калузуле одступања - принципа најближе везе и посебне колизионе норме за повреду права конкуренције), али судска пракса и доктрина су на становишту да се renvoi примењује увек када се меродавно право одређује према праву места радње[43]. Када је реч о принципу најближе везе примена renvoi је спорна, мада у аустријској литератури преовлађује мишљење да треба да буде искључена, док је за повреду права конкуренције, према већинском мишљењу, renvoi такође искључен[44].

Независно од издиференцираног система везивања, упоредна доктрина и пракса, баш као што је то случај у Аустрији, вреднују поједине тачке везивања у међународном деликтном праву у односу на renvoi. Нарочито је интересантно разматрати спојивост клаузуле одступања са renvoi. Клаузула одступања, грубо речено, има двоструку функцију у упоредном међународно деликтном праву: флексибилизација (ублажавање) деликтног статута (нпр. примена права заједничког убичајеног боравишта уместо lex loci delicti commissi, развијање посебних тачака везивања за поједине врсте деликата који нису посебно у закону регулисани итд.) и индивидуализација меродавног права на основу разматрања свих околности датог случаја[45]. У случају флексибилизације деликтног статута, често се истиче да се применом клаузуле одступања одступа од једне чврсте тачке везивања (lex loci delicti) да би се одредила опет једна таква (чврста) тачка везивања (нпр. заједничко уобичајено боравиште странака)[46]. Када је реч о развијању посебних тачака везивања за посебне деликте преко клаузуле одступања, судови формирају посебне колизионе норме са чврстим тачкама везивања за поједине деликте које редовно важе и за будућа слична чињенична стања са елементом иностраности. Зато у доктрини има мишљења да се функција клаузуле одступања у циљу ублажавања деликтног статута огледа у формирању нових колизионих норми, а не у индивидуализацији меродавног материјалног права, те само њено прописивање не може бити *per se* разлог за супстанцијално упућивање, односно за одступање од колизионоправног упућивања[47]. Када се смисао клаузуле одступања огледа у индивидуализацији

---

[43] Види OLG Wien 30.6.1986, IPRE 1983-1987 Nr. 83, стр. 171 и даље (цитирано према von Hein, Das Günstigkeitsprinzip in internationalen Deliktsrecht, Tübingen, 1999, стр. 155); за ставове у аустријској доктрини види наводе код von Hein, ibid.

[44] Види von Hein, ibid.; Beitzke, Österreichisches Kollisionsrecht, RabelsZ 43, 1979, стр. 251.

[45] О клаузули одступања у упоредном међународном деликтном праву види С. Ђорђевић, Меродавно право за интернет-деликте, маг. рад, Београд, 2006, (необјављено), стр. 68-72.

[46] Овакво схватање о смислу и циљу клаузуле одступања има H. Stoll, Kollisionsrechtliche Fragen bei räumlicher Spaltung des anwendbaren Rechts, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, hrsg. Von Peter Forstmoser usw., Zürich, 1989, стр. 521.

[47] Ibid.; D. Looschelders, ibid., стр. 593.

меродавног права на основу разматрања свих околности појединог случаја, тј. у тражењу најближе везе чињеничног стања са јединим правним поретком имајући у виду све појединости и чињенице које такву везу у конкретном случају могу да потврде, у доктрини је неспорно да renvoi треба да буде искључен, јер ближа веза од најближе не може да постоји[48]. Према томе, renvoi би био начелно применљив када до изражаја долази функција флексибилизације деликтног статута, а искључен када се остварује функција индивидуализације меродавног материјалног права на основу свих околности датог случаја.

Према нашем мишљењу, одвојено разматрање функција клаузуле одступања у односу на питање оправданости renvoi је крајње неприкладно. Прво, сматрамо да је немогуће у сваком конкретном случају ове функције раздвојити, тако да није искључено да дође до погрешне интерпретације клаузуле одступања и тиме до погрешног активирања установе renvoi, што би имало велике последице по правну сигурност. Друго, сматрамо да је раздвајање ових функција вештачко, јер смисао клаузуле одступања се једино може сагледати ако се њене функције свеукупно узимају у обзир. Клаузула одступања управо има за циљ да пружи могућност изналажења издиференцираних решења, било формирањем посебних колизионих норми било индивидуализацијом меродавног материјалног права, како би се остварили различити интереси у различитим констелацијама чињеница. Селективна примена renvoi у зависности од поједине њене функције нарушила би остварење овог циља. Према томе, renvoi би требало да буде искључен код примене клаузуле одступања.

У појединим међународним приватним правима као основно колизионо правило за деликте са елементом иностраности прописано је правило убиквитета и повољнијег права. Правило убиквитета представља вид алтернативног начина везивања за које се, видели смо, начелно заузима став да је неспојиво са установом renvoi. Пошто чл. 28. ЗРСЗ прописује принцип убиквитета и повољнијег права, оправданошћу примене renvoi код овог правила бавићемо се опширније у наредном одељку.

Најзад, и када се питање оправданости renvoi разматра апстрактно, тј. у односу на врсту приватноправног односа, у доктрини преовлађује став да renvoi треба да буде искључен у вануговорним односима са елементом иностраности, јер циљеви који се желе остварити установом renvoi немају велики значај у међународном деликтном праву. Прво, сматра се да остварење међународне хармоније одлучивања, као примарни циљ установе renvoi, не игра велику улогу код деликата са елементом иностраности[49].

[48] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 171.

[49] У том смислу, OLG Karlsruhe, 7.12.1978, IPRspr. 1978 Nr. 29, стр. 43, 47: «Im Bereich des Deliktsrechts erscheint dagegen das ohnehin nur schwer errechbare Ziel des Entscheidungseinklangs nicht so wichtig, als dass es nötig wäre, ihm die Anwendung

Остварење међународне хармоније одлучивања има за циљ да се спречи настанак тзв. храмајућих правних односа како би се обезбедила сигурност правног промета[50]. Деликтноправни односи са елементом иностраности су редовно краткотрајни (осим у ретким случајевима, нпр. накнада штете у облику ренте, када трају дужи временски период), тако да не постоји опасност од настајања храмајућих правних односа, па самим тим и остварење међународне хармоније одлучивања губи на значају[51]. За разлику од деликтних односа, међународна хармонија одлучивања би, према мишљењу доктрине и праксе, требало да има посебан значај у статусним и породичним стварима са елементом иностраности који су трајнијег карактера и код којих постоји нарочити интерес странка за њиховим признањем у свим правним поретцима[52]. Друго, сматра се да интерес за чешћом применом домаћег права, као други циљ установе renvoi, треба да уступи место посебним материјалноправним интересима који се желе остварити колизионим нормама међународног деликтног права[53].

Према томе, можемо заузети начелан став да renvoi треба да буде искључен код деликата са елементом иностраности, што је у данашње време, иначе, тренд у упоредном међународном деликтном праву[54].

б) Смисао и циљ чл. 28. ЗРСЗ и примена renvoi (примена renvoi у нашем међународном деликтном праву)

У чл. 28. ЗРСЗ је за одређење меродавног права за деликте са елементом иностраности прописано правило убиквитета и повољнијег права у корист оштећеног[55]. Ово правило се одликује трима карактеристикама које су од особитог значаја за утврђење његовог смисла и циља. Прво, правило убиквитета и повољнијег права представља вид

der als richtig erkannten Kollisionsnorm zu opfern.» (у преводу: Према томе, у области деликтног права чини се да тешко остварљиви циљ међународне хармоније одлучивања није тако важан да би било неопходно, ради њега, жртвовати примену правично постављене колизионе норме).

[50] Тако Kegel/Schurig, IPR, стр. 122; Junker, IPR, стр. 85.

[51] M. Sonnentag, ibid., стр. 243; von Hein, ibid., стр. 157.

[52] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 124; OLG Karlsruhe, 7.12.1978, IPRspr. 1978 Nr. 29, стр. 47. У међународном породичном праву, на пример, колизионе норме треба да допринесу да се породици убудуће омогући живот преко границе, како би се обезбедио континуитет породичноправних односа.

[53] M. Sonnentag, ibid., стр. 243.

[54] Види швајцарски IPRG чл. 14 I; s. 9 PIL Act 1995 В. Британије итд.

[55] Чл. 28. ст. 1.:*«За вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није друкчије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника.»*

алтернативног везивања које за једну правну категорију, вануговорну одговорност за штету, предвиђа могућност алтернативне примене више правних поредака (права места радње или места последице), да би се постигао одређени материјалноправни резултат (повољније од ова два права за оштећеног)[56]. Друго, правило убиквитета и повољнијег права представља колизионоправни израз двоструке функције материјалног деликтног права[57]. Треће, ово правило се односи на дистанционе деликте. Када је реч о месним деликтима са елементом иностраности[58], правило убиквитета и повољнијег права се, као комплексна тачка везивања, трансформише у просту тачку везивања која деликт везује само са једним правним поретком.

С обзиром на ове карактеристике члана 28. ЗРСЗ, а имајући у виду схватање о телеолошком тумачењу колизионих норми, треба испитати да ли је примена renvoi оправдана код правила убиквитета и повољнијег права. У доктрини и пракси о томе не постоји јединствен став[59]. Ми се придружујемо схватању које сматра да renvoi треба да буде у овом случају искључен[60], и то из више разлога.

Најпре, чини се да се законодавац, прописујући алтернативно везивање у појединим колизионим нормама, одлучио за материјализацију колизионог права[61]. Циљ алтернативног везивања је да се постигне одређени материјалноправни резултат при чему критеријум избора представља садржина материјалних права које се позивају на алтернативну примену. Отуда, одређење меродавног права примарно зависи од материјалноправних, а не колизионоправних критеријума. Примена renvoi код алтернативног везивања може осујетити остварење његовог циља – остварење повољнијег материјалноправног резултата -, што се дешава, у најекстремнијој ситуацији, када путем renvoi сви алтернативно позвани правни поретци упућују само на једно право као меродавно[62]. У овом случају нестаје алтернативитет, тако да сама колизиона норма губи смисао. Постаје, дакле, немогуће да се применом материјалноправних критеријума одреди повољније право. Ако би се

[56] О алтернативним тачкама везивања види von Hoffmann, IPR, стр. 205; Kropholler, IPR, стр. 136 и даље; Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 89.
[57] Тако von Hoffmann, IPR, стр. 448 и 468-469; С. Ђорђевић, ibid., стр. 61-64.
[58] Месни деликти са елементом иностраности су они деликти код којих су се радња и последица догодили у једној, истој држави.
[59] Види детаљан преглед мишљења код M. Sonnentag, ibid., стр. 203-206 и von Hein, ibid., стр. 171-176.
[60] Чини се да је у последње време ово схватање преовлађујуће. Види von Hoffmann, IPR, стр. 241 и 468-469; M. Sonnentag, ibid., стр. 229-230 са даљим наводима литературе; В. Томљеновић, ibid., стр. 181; T. Rauscher, ibid., стр. 2153.
[61] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 207.
[62] Ibid.

оваква ситуација догодила код примене чл. 28. ЗРСЗ (тј. примене чл. 28. у вези са чл. 6. ЗРСЗ) на дистанционе деликте, могућност да се одреди повољније право за оштећног не би постојала, тако да би оштећеном био повређен интерес за применом повољнијег права (favor leasi) који несумњиво произилази из ове норме. Према томе, постављајући за циљ да се постигне одређени материјалноправни резултат, сматрамо да законодавац, у ствари, недвосмислено показује да је њему важније остварење овог материјалноправног циља него остварење међународне хармоније одлучивања којем служи renvoi[63].

С друге стране, истина је да се применом renvoi код алтернативног везивања може повећати број потенцијално меродавних права и самим тим могућност за постизањем бољег резултата [64] . Међутим, законодавац приликом формулисања колизионе норме са алтернативним тачкама везивања свесно одабира одређене правне поретке који алтернативно треба да дођу у обзир[65]. Дакле, не ради се само о броју правних поредака апстрактно посматрано, већ и о тачно одређеним правним поретцима које законодавац има у виду. Када је реч о чл. 28. ЗРСЗ и правилу убиквитета, законодавац тачно има у виду право места радње и места последице. Пошто правило убиквитета представља колизионоправни израз двоструког функционалитета материјалног деликтног права, његов смисао и циљ се исцрпљује у остварењу ових функција, тј. у прилог места радње говори превентивна функција, а у прилог места последице компензаторна функција, тако да нема места за даље алтернативе[66]. Осим тога, уколико би се путем renvoi проширио избор алтернативно позваних правних поредака, нарушио би се однос међусобно супростављених интереса штетника и оштећеног, тј. дошло би до повреде интереса штетника[67]. Штетник, наиме, рачуна са применом или права места радње или права (предвидивог) места последице. Повећањем броја потенцијално меродавних права, његов положај би био знатно погоршан што би водило правној несигурности и повреди колизионоправног принципа предвидивости места последице који

[63] Ibid.

[64] Један део доктрине је на становишту да renvoi код алтернативног везивања треба следити само ако се повећава или остаје исти број потенцијално меродавних права, од којих треба изабрати најповољније за оштећеног. У супротном, колизиона норма треба да налаже супстанцијално упућивање. Види Henrich, Internationales Familienrecht, 1. Auflage, Frankfurt am Mein, 1989, 6 I 2, (цитирано према von Hein, ibid., стр. 172).

[65] Тако M. Sonnentag, ibid., стр. 208.

[66] von Hoffmann, IPR, стр. 468-469.

[67] Слично M. Sonnentag, ibid. стр. 230.

нарочито долази до изражаја код дисперзионих деликата[68]. Утврђивање предвидивих места последице би имало мало смисла, ако би се применом renvoi дошло до права са којим штетник није могао да рачуна. Према томе, правилом убиквитета и повољнијег права се оштећеном даје предност на колизионоправном нивоу, али та предност је, такође, истим правилом ограничена на алтернативни избор тачно одређених приватноправних поредака – места радње и предвидивих места последице. Ако би се та граница путем renvoi проширила, пружила би се заштита оштећеном у већој мери него што је законодавац то имао у виду, односно штетник би се нашао у још незавиднијем положају од оног који му је законодавац дао прописујући ову колизиону норму.

Правило убиквитета и повољнијег права као вид алтернативног везивања нема за циљ ни остварење међународноприватноправне правичности69. Законодавац, стављајући на располагање више правних поредака за регулисање једног правног односа, показује да се не ради примарно о покушају да се нађе најближа веза, већ да се постигне одговарајући материјалноправни резултат. Принцип убиквитета и повољнијег права подразумева материјалноправну корист за оштећеног и као такво одступа од принципа најближе везе, што је законодавац свакако имао у виду приликом његовог формулисања. Зато се не би могли прихватити ни они правни поретци до којих би се дошло путем renvoi, а који би били у ближој вези са чињеничним стањем него што је право места радње или места последице. Законодавац једноставно жели да постављањем правила убиквитета и повољнијег права оствари посебне материјалноправне интересе, без обзира на остварење било међународноприватноправне правичности било међународне хармоније одлучивања.

Најзад, поставља се питање да ли renvoi треба да буде искључен када се чл. 28. примењује на месне деликте са елементом иностраности. Видели смо да renvoi код примене чл. 28. треба искључити првенствено због алтернативног карактера правила убиквитета које је формулисано због дистанционих деликата. Међутим, ово правило се код месних деликата трансформише у просту тачку везивања, тако да алтернативитет, по природи ствари, нестаје. У таквој ситуацији више не говоримо о правилу убиквитета и повољнијег права, већ једноставно о повезници loci delicti. Разлози за искључење renvoi који примарно произилазе из алтернативне природе везивања правила убиквитета губе на значају. Зато би чл. 28.

[68] О принципу предвидивости места последице и његовом значају код дисперзионих деликата види M.von Hinden, ibid., стр. 94 и даље; С. Ђорђевић, ibid., стр. 39 и даље.

[69] Види von Hein, ibid., стр. 22 и даље.

ЗРСЗ требало да налаже колизионоправно упућивање (у складу са чл. 6. ЗРСЗ) када се примењује на месне деликте.

M.Sc. Slavko Djordjevic,
an assistant

THE INSTITUTE OF *RENVOI* IN THE INTERNATIONAL TORT LAW

In this work the author deals with the issue whether the application of *renvoi* institute should be excluded from tort law cases with international elements. However, in order to indulge into this matter some key issues should be clarified first. Therefore, in the first part of this work the author draws our attention to the issue of limited scope of application of *renvoi* institute in the international private law. The second part of this work deals with the methods, goals and fields of the application of *renvoi* institute in our positive international private law. Finally, the author analyzes the issue of the application of *renvoi* institute in comparative and our positive international private law.

Мр Дејан Матић,
асистент

UDK: 340.12

ТЕОРИЈСКОПРАВНА МИСАО РАЈКА ЛЕШЈАНИНА

Нема сумње да име Рајка Лешјанина, истакнутог научног радника, професора Лицеја и угледног државника, заузима значајно место у нашој историји. Па ипак, и поред тога, чини се да је данас његово дело поприлично препуштено неоправданом забораву. Рајко Лешјанин је рођен у селу Лешје, у параћинској општини, 17. јануара 1826. године.[1] Након завршетка основне школе коју је учио у Параћину и Крушевцу и гимназије у Крагујевцу и Београду, Лешјанин 1844. године уписује студије права на Лицеју у Београду. Одмах по њиховом успешном окончању 1847. године, Лешјанин наставља студије права, овога пута на Хајделбершком универзитету и у Паризу и то као државни питомац. По завршетку студија исте, 1850. године, Лешјанин одмах бива постављен за професора Природног права, Јустинијанових института и скраћене Јустинијанове пандекте на Лицеју у Београду.[2] Након доношења Закона о новом уређењу Књажеско – Српског Лицеја од 15. септембра 1853. године и замене Природног права Енциклопедијом права,[3] Лешјанин наставља да предаје Римско право и почиње да предаје Криминално право. У периоду од 1854. до 1856. године био је ректор Лицеја, и то први који је на њему претходно био и ђак. У периоду кад се бавио професорским позивом, Лешјанин обавља и друге значајне функције, па тако, већ почетком јануара 1851. године бива изабран за члана Друштва српске словесности, касније Српског ученог друштва, а од 1854. године постаје и члан Школске комисије. Професорску каријеру напушта почетком 1856. године када бива постављен за првог секретара Савета. Посветивши се политици, Лешјанин обавља функцију министра правде од краја 1861. па све до средине 1868. године. Овај период његовог живота обележили су, како Закон о судском поступку у грађанским парницама и Закон о судском поступку у

[1] Видети Мирољуб Симић, *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997, стр. 39.
[2] За време Лешјаниновог боравка на студијама у иностранству Указом о продужењу трајања наставе и оснивању још једне катедре на Православном одељењу Лицеума од 04. фебруара 1849. године студије православних наука се продужавају са две на три године и уводе нови предмети и то пре свега Јустинијанови институти и скраћена Јустинијанова пандекта које би предавао један професор заједно са Природним правом. Видети *Зборник закона и уредаба о Лицеју, Великој школи и Универзитету у Београду*, Београд, 1967, стр. 17-18.
[3] Видети исто, стр. 27.

кривичним делима за чије је доношење Лешјанин у великој мери заслужан, тако и његова критика пресуде Великог суда из 1864. године којом су ослобођени сви оптужени за Мајсторовићеву аферу.[4] Од 29. маја до 20. јула 1868. године Лешјанин обавља дужност члана привременог намесништва. Након тешке болести 19. октобра. 1872. године Рајко Лешјанин умире у Бечу.

За шест година, колико се бавио професорским позивом, Лешјанин је оставио значајан траг у нашој правној науци. Он је аутор првог уџбеника из римског права на српском језику, објављеног 1857. године под називом *Институције Јустинијановоī римскоī ūрава*. О његовом квалитету можда најбоље сведочи податак да се овај уџбеник користио читавих двадесет пет година, све до појаве *Системa римскоī ūривашноī ūрава (институције)* Глигорија Гершића 1882. године. Своја предавања из Природног права и Криминалног права Рајко Лешјанин није никада одштампао, те се, нажалост, са његовим теоријско правним погледима можемо упознати само посредно, користећи се његовим уџбеником из римског права. При том посебно имамо у виду оне делове уџбеника који се баве главним начелима и основним појмовима о људској слободи и праву, као и део који се односи на право и науку права и појединa питања опште правне науке.[5]

Према Лешјанину, права и закони постоје само за слободна умна бића, односно, постоје само за људе, па је стога човек једина подлога права. Сходно томе, „основ права је човекова слобода а умност опредељује докле се ова слобода простирати може.“[6] Двојство човековог бића Лешјанин открива у томе што је он са једне стране ствар природе, потчињен природним непроменљивим законима попут свих других бића, а истовемено је и духовно створење обдарено слободном вољом и умом. Управо захваљујући овој духовној страни свога бића, човек може правити разлику између добра и зла и изабрати, захваљујући својој слободној вољи, да не поступа онако како га природни нагони воде. У овој могућности избора на основу свесне одлуке Лешјанин види слободу.[7] Овако одређена слобода није неограничена. Њене границе су одређене умом који је човеку и дат да би његову слободу могао да управља. Управо због тога су „умност и слобода највише у човеку и једини основ права“.[8]

---

[4] Видети Марко Павловић, *Срūска ūравна исшорија*, Крагујевац, 2005, стр. 316-317.

[5] В. шире: Мирољуб Симић, Филозофско – правна мисао проф. Лицеја Рајка Лешјанина, у књизи *Научно наслеђе Правноī факулшеша у Беоīраду, 1841 – 1941*, Београд, 1994, стр. 74 – 81.

[6] Рајко Лешјанин, *Институције Јустинијановоī римскоī ūрава*, Београд, 1857, стр. 1.

[7] Видети исто

[8] Исто, стр. 2.

Сам појам слободе Лешјанин дефинише као „моћ, по којој човек, на основу урођене му умне увиђавности, правећи разлику између добра и зла, може себе на једно или на друго да усмери; моћ по којој он може нешто да хоће а нешто да неће, тј. може да направи избор између две могућности.“[9] Како је ово слобода човека који је природно, а самим тим и ограничено биће, ни она није бесконачна, већ ограничена, при чему ове границе не леже у њој самој, већ изван ње. Она заправо једино постоји само донде, докле је у границама које су умом одређене. Уколико их прекорачи, престаје да буде слобода.[10] Оно што разликује човека од осталих животиња је управо та слобода, односно његова могућност да изабере између добра и зла, могућност да не поступа само како га нагони гоне. Но, та слобода, како Лешјанин тврди, није човеку дата да би он поступао произвољно, бирајући једно или друго. Суштина људске слободе лежи, према мишљењу Лешјанина, само у правом избору, односно, у избору доброг, јер само тада је човек савршено слободан. У супротном уколико изабере зло, он је заправо неслободан.[11] Да би ово доказао, Лешјанин сматра да се најпре мора доказати истоветност воље и слободе. Полазећи од самог појма слободе, односно њеног одређења као слободног избора, Лешјанин разликује два њена елемента. Први је сама могућност избора, а други је воља, односно управљеност духа на изабрани предмет. Ова два елемента су заправо једна појава посматрана са различитих страна. Сасвим у складу са Хегеловим схватањима, на кога се и позива, Лешјанин тврди да слободу познајемо само у виду воље и да воља, да би то била у правом смислу речи, мора да буде савршено слободна. Сходно томе и тврди да је воља без слободе ништа, баш као што и слобода може постојати искључиво у виду воље.[12] Слично истоветности воље и слободе, он утврђује истоветност воље и мишљења. Према његовом мишљењу, воља хоће оно што човек мишљењем, односно размишљањем оцени као боље. Тек након ове оцене, човек може имати прави основ зашто нешто хоће или неће, односно, тек онда може имати праву вољу. Сходно томе, однос између воље и мишљења је попут односа теорије и праксе.[13] Лешјанин разликује чисто неопредељену вољу, опредељену вољу и праву појединачну (понаособну) вољу. Прва је заправо мисао по себи. Као таква она је општа, бесконачна и апсолутна. Друга, за разлику од прве, нешто хоће, односно, има садржај и предмет и није бесконачна, апсолутна мисао по себи. Трећа, односно, права појединачна воља, је опредељена, а ипак

[9] Исто
[10] Видети исто
[11] Видети исто, стр. 3-4.
[12] Видети исто, стр. 4.
[13] Видети исто, стр. 5.

безгранично слободна.[14] Једино она је за Лешјанина права слободна воља. У свим другим случајевима у којима се човек опредељује, он није слободан јер се његова воља не опредељује из унутрашњег убеђења, већ под утицајем страсти или неких других узрока. Управо зато Лешјанин слободну вољу одређује као „опредељење човека на нешто на основу своје савршене унутрашње и спољашње слободе и независности, на основу свесног познавања самог себе, уколико у сопственим поступцима налази делајући идеал“.[15] Овакво одређење слободне воље и последични појам слободе који се из ње изводи, не треба мешати са схватањем да се слобода састоји у томе да човек може чинити шта год хоће. То је самовоља и она, према Лешјанину, представља вољу у необузданом стању.[16] Ту човек бира сасвим случајно, бира једну опцију, само зато што не може изабрати све. Слобода је могућа само онда где је избор могућ, а слободан избор је могућ само тамо где се човек одлучује на основу убеђења да једино тако треба да поступа како то и чини, а не и другачије.

Лешјанин сматра да је излишно доказивати да човек може имати права управо због тога јер поседује ум и слободну вољу. Управо ова слободна воља представља основ права, па су стога сви правни односи управо њена последица. Из истих разлога, односно, због могућности избора и човек је субјект права. Да ли је он изабрао добро или зло, питање је којим се бави морал а не правословље, па уколико изабере зло, он може бити неслободан у моралном смислу, у правословном смислу он је увек слободан.[17] Пошто су сви људи обдарени слободном вољом и по томе међусобно једнаки, следи да право није ништа друго до једнакост. Односно, оно је „препознавање слободе код других људи и задатак је права да ову једнакост у свим правним односима одржи“.[18] Лешјанин као првобитно право човека одређује његову личност, при чему личност посматра као технички израз којим се означава стање човека у коме се он узима као субјект права. Ово се право у разним ситуацијама испољава на разне начине, па, према мишљењу Лешјанина, не треба да чуди то што неки имају обичај да набрајају више првобитних права, иако сва она, у крајњој линији, нису ништа друго до последица основног, главног начела да је човек слободно биће које располаже правом. Лешјанин сматра да су две особине укорењене у људима који им помажу да се изборе са непрестаном борбом, различитошћу и природним неједнакостима које постоје у природи и међуљудским односима. То су љубав и осећање правде. Оне имају за циљ да, упркос све природне неједнакости међу

[14] Видети исто, стр. 6.
[15] Исто
[16] Видети исто, стр. 7.
[17] Видети исто, стр. 8.
[18] Исто

људима, остваре формалну равноправност. Уколико се човек постави као основ права, те следствено томе призна да су сви људи подједнако обдарени умом и слободном вољом и сходно томе, у овоме равноправни, нужно следи да ово осећање правде, па и само право, имају за циљ да установе формалну равноправност међу људима, односно њихову једнакост пред законом.[19] Овако схваћено право, према мишљењу Лешјанина, до свог потпуног израза долази тек у држави, јер тек у њој настају општа правила која регулишу правне односе свих субјеката на исти начин. Он законе одређује као производ осећања правде дубоко укорењене у човеку, који претпостављају постојање опште правне свести као свог извора. Односно, Лешјанин одређује извор права као уверење народа о нужности таквог начина делања. Како ово народно правно уверење може бити различито код разних народа, тако се као последица јавља различитост права код разних народа. Како се временом ово уверење може променити, тако се и право њему прилагођава.[20]

Лешјанин разликује право у филозофском смислу и позитивно право. Пошто право претпоставља народну општу правну свест као свој извор, па сходно томе, није ништа друго до спољашњи израз унутрашњег правног уверења народа, право у филозофском смислу није ништа друго до „оно што укорењеној у човеку идеји права одговара“.[21] Оног тренутка када народ стекне такво уверење, он га одређује као опште правило, односно закон обавезан за све. Тада се, према мишљењу Лешјанина, може рећи да је право оно што је у складу са законом. На овај начин Лешјанин одређује појам позитивног права као „моћ или власт по којој ће људи од својих сила употребу чинити, тј. по којој могу у своју корист нешто предузети и друге у спољним предметима принудити да нешто учине или ако другоме штету наносе, да је не чине“.[22] Лешјанин сматра да без оваквог значења принуде и то оне засноване на закону нема ни права. Он право дели на подложно (субјективно) и предметно (објективно) право. Предметно право је правило, став или закон на основу кога можемо нешто чинити или некога другога на нешто принудити (*norma agendi*), док је подложно право оно које произилази из предметног (*facultas agendi*).

Рајко Лешјанин се бави и односом права и морала. Праву, које садржи принудна правила у спољним стварима, он супроставља морална правила која се односе на унутрашњи живот и која се не могу силом изнудити. Ова раздвојеност се огледа дакле у томе што и право и морал имају своје сфере деловања. Па ипак, ова раздвојеност није таква да би се могло рећи да је оно што је праведно истовремено и неморално и обратно, да је оно што је

[19] Видети исто, стр. 9-10.
[20] Видети исто, стр. 11.
[21] Исто
[22] Исто, стр. 13.

морално истовремено и неправедно. Напротив, Лешјанин сматра да се право и морал морају узајамно потпомагати и то тако што би морал покушавао да доведе у склад спољне радње са унутрашњим животом, док би закони то потпомагали. Задатак усаглашавања права и морала и њихово довођење у тешњу везу, према Лешјанину, припада филозофији права.

Идеју права Лешјанин сматра сасвим независном од државе. Право, по себи умно и паметно, нема потребу за државом да би такво постало. Па ипак, држава је нужна да би оно што је умно и праведно у практичном животу, постало обавезујуће правило, а не постојало само као идеја. Управо су из тог разлога појам права и државе тако нераскидиво повезани. Тек у држави право може да се развија како треба и да достигне своју пуну снагу. Баш због тога Лешјанин државу види као форму у којој идеја права поприма практичну важност.[23] Он државу дефинише као одређени простор земље, тачно одређен границама, са становништвом над којим је постављена врховна власт која се стара о спровођењу општепризнатих и општеобавезних закона, без обзира на облик владања. Иако држава може да има више циљева, Лешјанин их посматра само са правног аспекта.

Право, према његовом мишљењу, као историјски предмет може бити предмет проучавања како посебних правних наука, тако и опште науке, филозофије права. Ова наука има за задатак да проучава право као део једног организма вишег реда и утврди како је ово право из општег проистекло, какав је њихов однос, утврди како се право образовало и како су људи до њега дошли. Посебне правне науке ово напросто не могу да учине јер оне право и законе посматрају у његовој усамљености, схватајући их пре свега као самопостојеће целине. Није нужно да један правник истовремено буде и филозоф права од струке, али ће онда, како Лешјанин тврди, без знања која пружа само филозофија права тешко обавити свој задатак.[24] Два су основна питања, како Лешјанин сматра, на која правна наука треба да одговори: 1) шта је право по идеји и 2) шта као право уствари постоји. Прво питање је предмет филозофије права док се другим питањем бави позитивноправна наука. Друго питање се може поделити на три одвојена питања: 1) шта постоји као право у једној одређеној држави (ово је предмет правне догматике), 2) како је право настало (ово је предмет историје права) и 3) да ли је право паметно (ово је предмет филозофије права).[25]

Лешјанин прави разлику између апсолутних и односних (релативних) права на уобичајен начин. Апсолутна права делују према свима, док односно (релативно) право делује према тачно одређеним појединим лицима. Знатно је занимљивије његово разликовање положителног

[23] Видети исто, стр. 16.
[24] Видети исто, стр. 17.
[25] Видети исто

(позитивног) и умног права.[26] Под позитивним правом Лешјанин подразумева оно право које је код неког народа постојало или постоји као практични закон, дакле право у примени. Оно има национални карактер и по својој природи је динамично јер прати промене и развој потреба једног народа. Умно или филозофско право је оно које би по уму или идеји требало да влада. Оно нема национални карактер, то је право читавог човечанства и увек остаје исто, непромењено, те је по својој природи је статично. Баш због тога што умно право не обраћа пажњу на спољне различитости и потребе, оно никада у потпуности не може постати практични закон. То је и основни разлог зашто Лешјанин сматра да се судија мора придржавати искључиво позитивног права, а у случају непостојања одговарајућег законског решења, мора применити аналогију, строго избегавајући умно право. У противном, услед немогућности познавања умног права, судија би лако могао своје субјективно мишљење да постави као закон.[27]

Баш због његове природе, свако позитивно право, како Лешјанин сматра, треба црпети из народне свести. Само тако закони могу да буду дуготрајни и остваре свој циљ. Другим речима, закони морају да буду „спољашњи израз воље оног народа за који се праве“.[28] Извори позитивног права су у свим државама исти, односно, Лешјанин сматра да се позитивно право увек појављује на два начина. Први је свестан начин. Ту заправо спадају писани или обнародовани закони. Законодавац мора да пази да ови закони буду писани јасним и разговетним језиком који свако може да разуме, као и да њихово обнародовање буде обављено на прописан начин, те да пре њега не могу обвезивати, а ни после њега немају повратну снагу. Други начин појављивања је несвестан (безсвестан). Лешјанин овде заправо подразумева обичајно право. Оно настаје онда када народ по свом унутрашњем убеђењу поступа на одређени начин и када у недостатку закона ово понашање добија обавезујућу снагу као и сам писани закон.[29] Иако је у почетку обичај био једини извор права, током историје однос се мењао и писани закон постаје правило, а обичај изузетак. Лешјанин сматра да, што је законодавство савршеније, то потреба за обичајима као изворoм права постаје мања. Посебан, трећи извор права представља научно право.[30] Наиме, правна наука доводећи у склад противуречности и несклад које законодавац понекад неизбежно чини, често ствара нове ставове закона скривене у духу народног права, који нису претходили у народној

[26] Видети исто, стр. 18.
[27] Видети исто, стр. 19.
[28] Исто, стр. 20.
[29] Видети исто, стр. 20-21.
[30] Видети исто, стр. 22.

свести, нити су од законодавца створени, већ представљају чист резултат научног извођења из постојећих правних начела.

Од посебног значају су Лешјанинова разматрања питања тумачења права. Он тумачење права дефинише као одређивање оних правних правила која се могу извести из датог закона. Само тумачење може бити четвороструко, односно, могуће су четири врсте тумачења. Прво је критика и састоји се из одређивања првобитног текста закона. Оно је посебно често код старијих законских текстова. Друго се састоји у утврђивању праве воље законодавца. Овакво тумачење Лешјанин назива тумачењем у ужем смислу. Трећи вид тумачења се састоји у постављању нових правних правила у духу дотадашњег закона за оне случајеве које је законодавац превидео или није могао ни да предвиди. Последња, четврта врста тумачења састоји се у извођењу логичких последица из главних правних начела која је поставио законодавац не извевши њихове логичке последице. Овим се никако не стварају нови законски ставови, већ се само развијају постојећи. Лешјанин науку која се бави тумачењем права назива правословном Херменеутиком.[31] Према његовом мишљењу, тумачење може бити законско и научно. Законско тумачење је оно које и само има снагу закона. Њега врши законодавац, дакле ради се о аутентичном тумачењу. Ово тумачење има обавезну снагу чак и када добије различито значење од онога које је до тада имало, при чему се претходно значење проглашава погрешним и неистинитим. Штавише, ово тумачење добија повратну снагу и важи не само за случајеве у току, већ и за већ окончане случајеве, при чему се сматра да је суд био у заблуди.[32] Научно тумачење Лешјанин дели на нижу критику и вишу критику. Нижа критика се састоји у проналажењу и утврђивању оригиналног законског текста и може се користити искључиво код старијих законских текстова. Виша критика (тумачење у ужем смислу) има да утврди праву вољу законодавца. За разлику од ниже критике, виша критика се може користити и код старих и код нових закона, као и код привилегија, само је треба пажљиво разликовати од аналогије. Ову, вишу критику, Лешјанин дели на граматичко и логичко тумачење. Граматичко тумачење утврђује смисао закона према значењу речи, пазећи на то какво значење ове речи имају у народу, а какво им је значење дао законодавац. На основу тога се утврђује смисао закона, односно, оно што је законодавац хтео да каже. Логичко тумачење утврђује прави смисао закона водећи рачуна о духу законодавства, циљу и намери законодавца и последично закључујући на овим основама, даје речима пронађени смисао и значење. Лешјанин сматра да овако одређено логично тумачење у себи обухвата и

[31] Видети исто, стр. 142-143.
[32] Видети исто, стр. 143.

систематско и историјско тумачење које неки издвајају као посебне врсте тумачења.[33]

Лешјанин сматра да се аналогија може применити на све оне случајеве код којих је исти основ претходио као код регулисаних случајева по правилу *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (где је исти разлог ту је и исто право). Аналогију треба разликовати од логичког распростирања закона код кога се траже воља и намера законодавца. Ту се користи *actio directa*, а код аналогије *actio utilis*. Одатле следи да се аналогија не сме користити тамо где је распростирање закона противно општем правилу (у случају изузетака), као и тамо где је законски основ непознат. Аналогија се не сме употребљавати код закона којим се неки други закон појашњава, преиначује и допуњује, пошто се у таквим случајевима примењује логичко тумачење, а аналогија служи за попуњавање правних празнина. Поред ових случајева, Лешјанин не дозвољава употребу аналогије ни у случају таксативног набрајања изузетака. С друге стране, Лешјанин сматра да се аналогија може употребити и у обичајном праву.[34]

Са Рајком Лешјанином бива напуштен природноправни приступ инспирисан Кантовом филозофијом права у теоријскоправној мисли која је до тада доминирала у нас. Од Јована Стејића и Јована Филиповића, преко Јована Стерије Поповића, до његовог наследника Сергија Николића, можемо пратити развој теорије природног права у нашој правној мисли. За разлику од њих, Лешјанинова правна мисао обележена је одлучујућим утицајем Хегела и историјско–правне школе. Хегелово учење се најбоље види у Лешјаниновом налажењу основа права у умној слободи човека и његовом поистовећивању воље и слободе. Његов став да право до свог пуног развитка и савршенства долази тек у држави, сасвим је у складу са Хегеловим схватањем права. Са друге стране, његова схватања да је основ, односно, извор права, народно уверење о нужности каквог начина делања и да право није ништа друго до спољни израз унутрашњег убеђења народа, те да право мора одговарати особеностима оног народа за који се ствара, очито настају под утицајем Историјске школе права. Нема сумње да дело Рајка Лешјанина, баш као и дела његових претходника није сасвим оригинално. Но, попут њих и Лешјанин усваја она схватања која несумњиво имају трајну вредност. У време у којем је Лешјанин стварао и живео, свакако није без значаја његово инсистирање на слободи као основу права, једнакости пред законом и идеји да закони морају да буду спољашњи израз воље оног народа за који се праве. Његова, у основи слободарска мисао, свакако представља један од неизоставних беочуга у развоју наше правне мисли. Стога је несумњиво да дело Рајка Лешјанина има трајно место у богатом наслеђу наше теоријскоправне традиције.

[33] Видети исто, стр. 143-144.
[34] Видети исто, стр. 145-146.

M.Sc. Dejan Matic,
an asistant

LEGAL THEORY OF RAJKO LESJANIN

Although the name of Rajko Lesjanin, a distinguished scientist, professor of "Lyceum" and respectable statesman, has a special place in our history, it seems that his work has sunk into unjustified oblivion. Six years of his professorship have left significant trace in our legal theory. He was the author of the first textbook on Roman Law in Serbian language published in 1857 under the name *"Institucije Justinijanovog rimskog prava"* (The Institutions of Iustinian's Roman Law). The fact that it had been used for 25 years, until the appearance of Gligorije Gerisic's book *"Sistem rimskog privatnog prava (institucije)"* (The System of Roman Private Law - Institutions) in 1882, speaks most about the quality of this textbook. Rajko Lesjanin's lectures on natural law or criminal law have, unfortunately, never been published, so that we can get acquainted with his views on legal theory only indirectly, through his textbook on Roman law, where a special attention should be drawn to the sections referring to the main principles and basic concepts of human rights and liberties and the sections dealing with law and legal science in general. After his death, the legal theory based on natural law and inspired by Kant's philosophy of law, that was domineering in his era, has gradually been abandoned. His legal theory, similar to the legal theory of Dimitrije Matic, was marked by a decisive influence of Hegel's school of legal history. This legal theory, which was liberal and free-thinking in its nature, represents one of the major landmarks in the development of our legal theory. His insisting on freedom as the basic principle of law, as well as on equality before law and the idea that laws should be external expression of the will of the people they are made for, all presented in an elegant and well-balanced way, have earned him a permanent place among the most distinguished classical authors of Serbian legal theory.

.....

CIP katalogizacija

.....

.....

.....

.....