

▲  
ГЛАСНИК  
ПРАВА



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ  
КЊИГА 4 ▲ 1995 ▲ YUISSN: 0351-2207 ▲ УДК 34 (05)



## ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

### ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ

**УРЕДНИК:** Доц. др Ненад БУРЂЕВИЋ

**ИЗДАВАЧ:** Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,  
Буре Пуцара Старог 1, 34000 Крагујевац;  
телефон: (034) 47-130 лок. 320;  
телефакс: (034) 46-891;  
жиро рачун: 41700-603-3-1578.

**УРЕДНИШТВО:** Ред. проф. др Драгољуб Стојановић; Доц. др Слободан Марковић; Проф. др Предраг Стојановић; Доц. др Ненад Бурђевић; Доц. др Снежана Соковић; Доц. др Душица Палачковић; Др Јездимир Митровић, судија Вишег привредног суда Србије; др Зоран Ивошевић, судија Врховног суда Србије

### НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА:

**ПРЕТПЛАТЕ:** Једна књига годишње  
Претплата и наручивање појединачних примерака може се извршити на телефон издавача. Уколико се не откаже најмање шест недеља пре истека календарске године, уговор о претплати се продужава и на наредну годину.

**УДК:** Ружица Игњатовић, библиотекар Универзитетске библиотеке у Крагујевцу

### ДИЗАЈН ЧАСОПИСА:



**ШТАМПА:** "СГР "Графичар" Крагујевац

### ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ:

ГлП, књ. 4 (1995)  
Радове слати на адресу издавача, са назнаком "за Гласник права". Манускрипти се не враћају. Часопис издаје само ауторске прилоге који нису објављени, као и оне који су објављени, али нису издати. Уредништво задржава право на вршење техничких измена у прилогу, уколико су оне неопходне да би се прилог саобразио техничким стандардима часописа.

ГЛАСНИК ПРАВА је настављач излагања часописа "ГЛАСНИК ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ", који је основан 1979. године. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: Проф. др Миленко Јовановић, проф. др Живомир Ђорђевић и проф. др Тодор Подгорица.



Volume 4  
Kragujevac, 1995

## HERALD OF LAW

### CONTENTS

<b>ARTICLES:</b>	<b>Slobodan MARKOVIĆ, Ph.D., professor</b>	
	ADVERTISING OF MEDICAMENTS - LEGAL ASPECTS .....	1
	<b>Nenad DJURDJEVIĆ, Ph.D., associate professor</b>	
	MATERIAL DEFICIENCIES OF A NEW CAR .....	25
	<b>Milena PETROVIĆ, Ph.D., associate professor</b>	
	THE ROLE OF LAW-COURTS IN THE ENGLISH ARBITRATION TRIBUNALS PROCEEDING .....	45
	<b>Predrag STOJANOVIĆ, Ph.D., professor</b>	
	GERMANS CENTRAL BANK STATUS AND FUNCTIONS .....	57
	<b>Mile VRANJEŠ, Ph.D., professor</b>	
	CONTROVERSIES OF LOCAL FINANCES .....	65
	<b>Dragan NIKOLIĆ, Ph.D., professor</b>	
	LEGISLATION AGAINST THE ACTIVITY OF Haiduks IN PRINCIPALITY OF SERBIA .....	75
	<b>Snežana SOKOVIĆ, Ph.D., associate professor</b>	
	OBJECT OF EXPERT INVESTIGATION IN THE CRIMINAL PROCEEDING .....	81
	<b>Dragana PETROVIĆ, Ph.D., associate professor</b>	
	LIMITS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY AND PUNISHING THE ORGANIZER OF CRIMINAL ASSOCIATIONS .....	89
	<b>Dragica ŽIVOJINOVIĆ, L.L.M., assistant</b>	
	INCREASE RESP. DECREASE OF DESCENDANTS' HEREDITARY SHARES .....	105
	<b>Dragan BATAVELJIĆ, Ph.D., assistant</b>	
	EQUALITY OF FEDERAL UNITS IN FRY .....	119
<b>REVIEWS:</b>	<b>Nina PLANOJEVIĆ, L.L.M., assistant</b>	
	MEDICAL LAW AND MEDICAL ETHICS, Beograd, 1994, editor: <b>Jakov RADIŠIĆ, Ph.D., professor.</b> .....	125

Herald of Law  
University of Kragujevac Faculty of Law  
editor in chief: Nenad Djurdjević, Ph.D., associate professor  
Djure Pucara Starog 1  
34000 Kragujevac, Yugoslavia



# ГЛАСНИК ПРАВА

## САДРЖАЈ

<b>ЧЛАНЦИ:</b>	Др Слободан <b>МАРКОВИЋ</b> РЕКЛАМИРАЊЕ ЛЕКОВА - ПРАВНИ АСПЕКТИ ..... 1	
	Др Ненад <b>ЂУРЂЕВИЋ</b> МАТЕРИЈАЛНИ НЕДОСТАЦИ НОВОГ АУТОМОБИЛА ..... 25	
	Др Милена <b>ПЕТРОВИЋ</b> УЛОГА СУДА У ПОСТУПКУ ЕНГЛЕСКИХ АРБИТРАЖА ..... 45	
	Др Предраг <b>СТОЈАНОВИЋ</b> СТАТУС И ФУНКЦИЈЕ НЕМАЧКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ ..... 57	
	Др Миле <b>ВРАЊЕШ</b> КОНТРАВЕРЗЕ ЛОКАЛНИХ ФИНАНСИЈА ..... 65	
	Др Драган <b>НИКОЛИЋ</b> ЗАКОНОДАВСТВО ПРОТИВ ХАЈДУЧИЈЕ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ ..... 75	
	Др Снежана <b>СОКОВИЋ</b> ОБЈЕКАТ ВЕШТАЧЕЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ..... 81	
	Др Драгана <b>ПЕТРОВИЋ</b> ГРАНИЦЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ И КАЖЊАВАЊЕ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКИХ УДРУЖЕЊА ..... 89	
	Мр Драгица <b>ЖИВОЈИНОВИЋ</b> ПОВЕЋАЊЕ, ОДНОСНО СМАЊЕЊЕ НАСЛЕДНИХ ДЕЛОВА ПОТОМАКА ..... 105	
	Др Драган <b>БАТАВЕЉИЋ</b> РАВНОПРАВНОСТ ФЕДЕРАЛНИХ ЈЕДИНИЦА У СР ЈУГОСЛАВИЈИ ..... 119	
	<b>ПРИКАЗИ:</b>	Мр Нина <b>ПЛАНОВЕВИЋ</b> МЕДИЦИНСКО ПРАВО И МЕДИЦИНСКА ЕТИКА, група аутора, приредио др Јаков Радишић, Београд, 1994. година ..... 125

Др Слободан М. Марковић  
ванредни професор Правног  
факултета у Крагујевцу

## РЕКЛАМИРАЊЕ ЛЕКОВА - ПРАВНИ АСПЕКТИ

*КЉУЧНЕ РЕЧИ: лек, реклама,  
нелојална конкуренција, заштита  
потрошача*

УДК: 614.27+659.184:34

### А. РЕКЛАМА

#### 1. Општи појам и врсте

Реклама је феномен који је својствен тржишту, односно робној привреди. Она је, заправо, један од инструмената конкурентске борбе коју привредни субјекти међусобно воде за наклоност потрошача у циљу успешивања промета своје робе или услуга. У идеалној слици стања конкуренције на тржишту, постоји мноштво понуђача истоврсне робе или услуга на једној, и мноштво потрошача на другој страни. У таквој ситуацији, коју одликује могућност избора на страни потрошача, реклама развија своју пуну функцију.

Међутим, у стварности је тржиште једна мешавина монополских и конкурентских елемената.<sup>1</sup> Потрошач често нема могућност избора задовољења неких својих потрошачких потреба. Али и тада постоји интерес монополског понуђача да упућују рекламне поруке потрошачу, како би га обавестио о свом производу или услузи и придобио његову наклоност.

Реклама је вид комуникације између понуђача и потрошача на тржишту. Отуда, она је врста информације (поруке) која је управљена на свест и емоције публике са циљем да јој скрене пажњу на одређеног понуђача и његову понуду и да покрене вољу потрошача за куповином одређеног производа или коришћењем одређене услуге.

Дакле, економски гледано, реклама је функција тржишне конкуренције; социолошки гледано, она је вид друштвене комуникације;

1 Emmerich V.: Kartellrecht, Muenchen, 1988, str.7,8; Baumbach/Heffermehl: Wettbewerbsrecht - Kommentar, Muenchen, 1983, str.40.

психолошки гледано, она је вид индивидуалне и социјалне манипулације.

Могуће су бројне и разноврсне поделе рекламе према различитим критеријумима. За овај рад су од првасходног значаја следеће поделе:

Према садржини, реклама може бити обавештавајућа или вредносна. Обавештавајућа реклама садржи само обавештење понуђача роба или услуга путем вредносно неутралних чињеница и без позивања на било каква поређења са другим понуђачима и њиховом понудом.

Вредносна реклама на различите начине истиче разлог за одређену одлуку потрошача, сугеришући да је та одлука добра и рационална или на други начин у његовом интересу.

Према броју адресата, реклама може бити појединачна или групна. У првом случају реклама се обраћа само једном потрошачу (нпр. кад трговачки путник посети потрошача у његовом стану или на радном месту). У другом случају адресати рекламе су групе неодређеног броја људи које рекламу опажају, на пример, преко телевизије, новина, рекламног паноа на улици и сл.

Према врсти адресата, реклама може бити општа или стручна. Општа реклама је упућена јавности уопште, док се стручна реклама селективно упућује само лицима одређене професије и образовања.

Према психолошком механизму сугестије, реклама може бити управљена на свест потрошача или на његову подсвест. У првом случају реклама садржи информације којима се потрошачу сугерише да вољно и рационално донесе одређену одлуку, док је у другом случају реклама обликована тако да код потрошача активира компликовани несвесни психолошки механизам.

## II. Место рекламе у праву

Као сложен социјални феномен, реклама је непосредни или посредни предмет регулисања у неколико области права. За овај рад од значаја су две: право сузбијања нелојалне конкуренције и право заштите потрошача.

Право сузбијања нелојалне конкуренције је скуп правних норми чији је друштвени задатак да штити конкурентски однос између привредних субјеката, као добро које чини саставни део економско-правног поретка у земљама тржишне привреде<sup>2</sup>. У том циљу прописана је обавеза привредних субјеката да конкурентску борбу воде фер, односно лојалним методама. У већем броју земаља, па и код нас, тај специфични критеријум лојалности изражен је у виду правног стандарда "добрих пословних обичаја" који је садржан у тзв. генералној клаузули (норми) одговарајућег закона<sup>3</sup>. Посебна

2 На том задатку међусобно се допуњују право сузбијања монопола и злоупотребе монополског положаја (тзв. антимонополско право) једне и право сузбијање нелојалне конкуренције, с друге стране.

3 Код нас, материја сузбијања нелојалне конкуренције је саставни део савезног Закона о трговини (Сл.л.СРЈ 32/93). У номотехничком смислу, тај закон прво дефинише општи појам недозвољеног дела нелојалне конкуренције (чл.22), а затим набраја десет конкретних примера за дела нелојалне конкуренције (чл.23). Исти принцип, уз коришћење стандарда "добрих пословних обичаја" следи и немачки Закон о нелојалној конкуренцији из 1909, који са многим изменама и

противзаконита дела нелојалне конкуренције која се набрајају у закону само су једна отворена листа облика конкретизације садржаја генералне клаузуле.

У својој основи, дакле, право сузбијања нелојалне конкуренције полази од односа између два или више привредних субјеката који су у конкурентском односу. Међутим, како конкурентски однос често тангира и трећу страну, потрошача, то неке норме права сузбијања нелојалне конкуренције посредно добијају карактер норми за заштиту потрошача. Та веза је понајбоље видљива управо на реклами као средству конкурентске борбе. На пример, ако се један привредни субјект појављује на тржишту са рекламом која садржи нетачне податке, тако да потрошача преваром наводи да купи његову робу, онда је то вид понашања којим се наноси штета не само другим учесницима у конкурентској борби, већ и потрошачима. Отуда спречавање и санкционисање преварне рекламе на основу права сузбијања нелојалне конкуренције истовремено је и облик правне заштите потрошача<sup>4</sup>.

У савременом праву сузбијања нелојалне конкуренције није више спорно да у круг лица чији се интереси штите нормама ове правне области улазе поред привредних субјеката и потрошачи<sup>5</sup>.

Разлике међу националним законима из ове области постоје у погледу мере и начина заштите интереса потрошача. У неким законодавствима норме о сузбијању нелојалне конкуренције применљиве су само на однос у којем један субјект предузима одређену радњу у циљу конкуренције (тј. у циљу успешивања пласмана своје или туђе робе, односно услуга)<sup>6</sup>. Другим речима, привредне радње, укључујући и рекламирање које предузима мо-

---

допунама важи и данас. Важећи швајцарски Закон о нелојалној конкуренцији из 1943, међутим, у генералној клаузули користи стандард "савесности и поштења" (Treu und Glauben). О садржају стандарда "добрих пословних обичаја", а пре свега о његовом етичком супстрату види у Забел, Б.: Нелојална конкуренција (скрипта), Нови Сад, 1976, стр.61-81.

- 4 Schricker, G. - Lehmann, M.: Werbung und unlauteres Wettbewerb, u Handbuch des Verbraucherrechts, Duesseldorf, 1976, стр.6.
- 5 Реч је о једном свеобухватном процесу постепеног преображаја права сузбијања нелојалне конкуренције у опште право понашања субјеката на тржишту. Тај процес се одвија путем промене законских прописа или путем креативног еволуционистичког тумачења постојећих прописа. У том смислу долази до промена у функцији ове области права (појам конкурентског односа се проширује на односе између свих учесника у промету), у промени садржаја стандарда "добрих пословних обичаја" (ради тумачења тог стандарда примењује се телеолошки принцип који полази од друштвене сврхе права конкуренције уопште), као и у природи овог права (знатним проширењем круга активно и пасивно легитимисаних лица). Тако ово право губи свој превасходни привредноправни карактер, а добија карактер једне опште приватноправне дисциплине). Види Baumbach/Heffermehl, op. cit., стр.173, 174.
- 6 На пример, немачки Закон о нелојалној конкуренцији у свом чл.1. предвиђа: "Од лица које у пословном промету у сврхе конкуренције предузима радње које су супротне добрим обичајима може се захтевати обустављање тих радњи и накнада штете.

нополиста (као субјект који објективно нема конкуренцију), нису обухваћене прописима о сузбијању нелојалне конкуренције<sup>7</sup>. У законима других земаља, пак, примена норми о сузбијању нелојалне конкуренције могућа је и на радње привредних субјеката које објективно нису предузете ради конкуренције<sup>8</sup>. Постоје, затим, разлике између националних законодавстава у погледу права на тужбу због дела нелојалне конкуренције. У већини земаља то право дато је само удружењима потрошача,<sup>9</sup> док се појединачни потрошачи или групе потрошача изван удружења могу позивати једино на општа правила облигационог права о забрани проузроковања штете.

Најбољи пример за срастање права сузбијања нелојалне конкуренције са правом заштите потрошача управо на примеру рекламе јесу директиве Европске заједнице којима се тежи хармонизацији европског права сузбијања нелојалне конкуренције. У "Директиви о хармонизацији правних и управних прописа о преварној реклами" стоји да је њен циљ "заштита потрошача, лица која се баве трговином, другом привредном делатношћу, занатством или слободном професијом, као и интереса заједнице од преварне рекламе." (чл.1.)<sup>10</sup>. Следице томе, за дефиницију рекламе и појма преварне рекламе у овом документу није битно постојање конкурентског односа<sup>11</sup>.

Још даље отишло се у Предлогу директиве ЕЗ-а о упоређујућој реклами<sup>12</sup>. У овом документу се предлаже да се у интересу што потпунијег информисања потрошача либерализује рекламирање које садржи истинит резултат поређења релевантних квалитета одређеног производа или услуга са одговарајућим производом или услугом конкурента. Иначе, овај начин

7 Тако Strunz, Н: Heilmittelwerbegesetz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, Muenchen, 1987, стр.16. Другачијег мишљења су Baumbach/Heffermehl, op. cit., стр.273. По том мишљењу, управо чињеница да су ови прописи усмерени и на заштиту потрошача доводи до тога да монополиста нема бланко простор за понашање које је изузето из примене права сузбијања нелојалне конкуренције.

8 То је, на пример, случај у нашем Закону о трговини, који у свом чл.22 каже: "Нелојална конкуренција је радња трговца која је противна добрим пословним обичајима и пословном моралу и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу, другом правном лицу и купцу, односно потрошачу."

9 Тако је, на пример, према немачком Закону о сузбијању нелојалне конкуренције (чл.13 ст.1а). За наш садашњи Закон о трговини није могуће утврдити који је круг активно легитимисаних лица, јер је законодавац у целини пропустио да уреди питање судске заштите права. Међутим, према нашем бившем Закону о сузбијању нелојалне конкуренције и монополистичких споразума из 1976, активна легитимација је била призната не само удружењима потрошача већ и потрошачима појединачно (чл.14).

10 Сл.л.ЕЗ-а 1984, бр.250/20, одштампано и у GRUR INT, 1984, стр.688.

11 Чл.2, ст.1: "Реклама је сваки исказ дат приликом обављања трговине, друге привредне делатности, заната или слободне професије, са циљем унапређења промета ... робе или услуга." Чл.2, ст.2: "Преварна реклама је свака реклама која на било који начин обмањује или је подобра да обмане лица којима се обраћа или која су њоме захваћена тако да на основу њој иманентне обмане може да утиче на њихово привредно понашање или да из истог разлога нанесе штету конкуренту."

12 Сл.л.ЕЗ-а 180, стр.15. Текст је објављен и у GRUR INT 1991, стр.634.

рекламирања у неким земљама, посебно у Немачкој, традиционално представља облик дела нелојалне конкуренције<sup>13</sup>.

Закључно, на основу упоређивања националних закона, судске праксе и међународних аката у области права сузбијања нелојалне утакмице у вези са рекламом, могу се издвојити три основне групе ситуација у којима ови прописи посредно или непосредно штите материјални и нематеријални интерес потрошача. То су: заштита од довођења у заблуду; заштита од психолошке принуде и узнемиравања; заштита од злоупотребе људских осећања<sup>14</sup>.

Поред тога што је једним делом обухваћено (или срасло са) правом сузбијања нелојалне конкуренције право заштите потрошача чине и посебни прописи који непосредно штите потрошаче. У области рекламирања то су, на пример, прописи о забрани или ограничењима рекламирања: новина, књига и филмова са неморалном садржином, дуванских производа, алкохолних пића и сл.<sup>15</sup>. За разлику од претходне врсте прописа, прописи о заштити потрошача штите примарно нематеријални интерес потрошача и заједнице, као што су здравље, морал и сл.

## Б. ЛЕКОВИ

### 1. Општи појам лека

Појам лека садржан је у прописима који регулишу материју стављања лекова у промет.<sup>16</sup> Срж тих, на различит начин формулисаних, дефиниција јесте да је лек средство које служи за откривање, спречавање, отклањање и ублажавање болести или симптома болести човека или животиње. Следствено томе, нужни услови за квалификацију једног средства као лека су његова објективна подобност за откривање, спречавање, отклањање и ублажавање болести, и његова намена за те сврхе<sup>17</sup>.

---

13 Ближе о томе, у светлу Предлога директиве види Schricker, G: *Unlauterer Wettbewerb und europäisches Gemeinschaftsrecht (Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in Mittel und Osteuropa)*, Muenchen, 1992, стр.39.

14 Emmerich, V: *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, Muenchen, 1987, стр.141-154. Подразумева се да у другом и трећем случају суд мора да води рачуна о конкретним околностима и мери у којој адресант рекламе нарушава лични интегритет адресата, јер, не заборавимо, свака реклама је по својој дефиницији облик психолошке манипулације. Од међународних аката на ову тему посебан значај има "Директива ЕЗ-а о координацији одређених правних и управних прописа држава чланица у вези са обављањем телевизијске делатности" (тзв. Телевизијска директива) из 1989 (Сл.л.ЕЗ-а бр. 189, стр.23, текст одштампан и у GRUR INT 1990, стр.134.), чији је главни домет забрана тзв. прикривене рекламе (чл.10 ст.1) и забрана коришћења тзв. сублиминалних техника рекламирања, тј. техника које злоупотребљавају несвесни део љуске психе (чл.10 ст.3).

15 У Србији је Законом о радио-телевизији забрањено рекламирање алкохола и дувана.

16 Види код нас Закон о производњи и промету лекова (Сл.л.СРЈ 18/93); у Немачкој, Закон о промету лекова из 1976.

17 У новијој литератури посебно се истиче да се намена једног средства као лека

Лекови су, дакле, дијагностичка средства (нпр. контрасти), превентивна средства (нпр. вакцине), средства којима се болест или симптоми болести лече, одн. ублажавају, лековите супстанце које служе за справљање помонутих средстава, али и крв, крвни деривати, инфузиони раствори. Наш Закон о производњи и промету лекова познаје и категорију помоћних лековитих средстава, коју чине препарати или производи у разним фармацеутским облицима само за спољну и пероралну употребу, који могу бити корисни за ублажавање одређених стања (средства за ублажавање различитих тегоба и регулисање појединих физиолошких функција, и средства сличних намена и деловања), и чајеви и мешавине чајева који се припремају из биљних дрога благог дејства<sup>18</sup>.

Појам лека је овичен једном "сивом зоном" у којој се појављује проблем разграничења лека од других средстава, која су по спољњем изгледу, начину паковања, начину примене или месту продаје слична лековима. У сврху неопходног разграничења користи се критеријум болести, будући да је лек дефинисан у односу на појам болести.

У судској пракси постоји низ дефиниција болести. Оне одражавају, са једне стране, чињеницу да тај појам ни медицинска наука није одредила прецизно, и, са друге стране, прилагођеност дефиниције конкретном правном проблему који се односно судском одлуком решава. Тако, на пример, разликују се дефиниције које даје суд кад решава радноправни спор или спор из социјалног осигурања, од оних које се дају у спору због повреде закона о промету лекова или рекламирању лекова. Сматрамо да се може поћи од једне дефиниције коју је дала правна теорија, синтетизујући резултат судске праксе: "Болест је свака, чак и незнатна или пролазна сметња нормалног стања или нормалне активности тела, која прелази границу нормалне толеранције и/или знатно и не само пролазно одступање од нор-ме људског

---

не сме тумачити субјективно, тј. према критеријуму лица које производи, ставља у промет, примењује или узима одређено средство, већ се то мора чинити објективно, узимајући као критеријум опште схватање учесника у промету, које се може темељити, или бити под утицајем медицинско-фармаколошке науке. Види Doeppner, U: Heilmittelwerbegesetz - Kommentar, Muenchen 1980, стр.48,49. Ово схватање је формирано на темељу низа судских одлука у којима се показало да субјективни критеријум отвара могућности злоупотреба од стране произвођача који, декларисујући да једно средство није лек, избегавају низ законских обавеза и ограничења којима су подвргнути лекови. Потпуну објективизацију сврхе лека предвиђа наш Закон о производњи и промету лекова, који каже да је лек само онај производ за који је "научно и по поступку прописаним овим законом утврђено да се може примењивати...у одређеним количинама и на одређени начин ради..."(чл.2, ст.1). Сматрамо да је овај критеријум објективизације сувише формалан и да због тога, јединим делом, производи супротан ефекат од жељеног. Наиме, ако је циљ закона да заштити здравље људи и животиња од штетног дејства узимања лекова, а леком се не сматра средство које није тако квалификовано у поступку утврђеним законом, нема онда разлога да се на слободном тржишту не појављују препарати који нису подвргнути поступку утврђеном законом, јер их је њихов произвођач унапред декларисао као нпр.козметичко средство или дијететски препарат.

18 Чл.3, ст. 2. нашег Закона о производњи и промету лекова.

доживљавања и понашања.”<sup>19</sup> Најделикатније је питање ”нормалне толеранције”. Оно је изричито поменуто у једној пресуди немачког Савезног управног суда: ”Постоји једна зона тегоба које се ни у правном смислу не могу вредновати као болести. Нису обухваћене појмом болести оне појаве које имају уобичајени ток, и она колебања функција, којима је изложено свако тело, и које одговарају његовој природи и природном појачавању и слабењу његове функције.”<sup>20</sup>

Изложене дефиниције свакако нису савршене јер садрже појмове који се и сами морају посебно дефинисати (нпр. нормално стање, уобичајени ток и сл.). Ипак, оне дају извесну могућност за разграничење лекова од средстава за: отклањање или ублажавање тегоба које нису болест (нпр. менструације, митесера, умора и др., уколико је реч о нормалним стањима); козметику, исхрану, дезинфекцију и хигијену.

## II. Специфичност лекова као робе

Поред незаменљиве улоге коју имају у чувању здравља, лекови су истовремено подобни да угрозе здравље потрошача, уколико се узимају без контроле лекара. Опасност да лек наруши здравље је велика, јер потрошачи најчешће немају потребна медицинска и фармаколошка знања да би себи или другом поставили исправну дијагнозу, правилно одабрали и применили лек, и пратили његово дејство на организам. Неодговарајућа примена неких лекова може да доведе до тешких, непоправљивих, па и фаталних последица за пацијента.

Ова амбивалентност лекова чини од њих робу посебне врсте, која се у фази истраживања, производње и промета подвргава посебном правном режиму у интересу заштите здравља потрошача, односно заједнице у целини. Из те амбивалентности произлази још једна. Наиме, лекови су роба која се производи претежно индустријски, а вредност њиховог промета достиже огромне новчане суме. То значи да за производњу и промет лекова, као привредну грану, важе уобичајени принципи рентабилности и профитабилности, који су својствени тржишном привређивању уопште. Поменута ограничења која право поставља за производњу и промет лекова представљају извесну препреку пословању фармацеутске индустрије, чије савлађивање она урачунава у своје трошкове производње. Тако се произвођачи лекова налазе у процепу између два противречна социјална захтева: се једне стране, да лекови буду потрошачима што приступачнији, а са друге стране, да пласман лекова буде подвргнут што рестриктивнијем правном режиму.

---

19 Doerrner, op. cit., стр.51, са критичким освртом на немачку судску праксу.

20 Савезни управни суд Немачке у предмету ”Dentinox, из 1973 (Deutsche Apothekerzeitschrift 1973, стр.1360.)

### III. Специфичност лекова као предмета рекламирања и потреба посебног правног регулисања

Будући да послују према свим критеријумима економичности, произвођачи лекова су заинтересовани да увешавају промет својих производа. У ту сврху, рекламирање је један од најефективнијих начина. Међутим, због изложене специфичности лека као робе, уобичајена правна правила рекламирања, која имају за циљ лојалну конкуренцију и заштиту потрошача, нису довољна.

Однос између адресанта и адресата рекламе лека карактеришу две основне посебности. Прво, адресати су најчешће медицински лаици који немају потребно знање да би исправно разумели и оценили истинитост навода о леку и његовим својствима. Друго, адресати су најчешће већ оболела лица или лица која су у блиском родбинском или пријатељском односу са оболелим, што значи да се налазе у посебном стању психичке нужде<sup>21</sup>. Та околност их чини изузетно подложним психичкој манипулацији у циљу доношења одлуке да купе рекламирани лек.

Како овакво стање може произвести тешке последице по здравље потрошача лекова, па и заједнице у целини, намеће се потреба да се рекламирање лекова подвргне посебном режиму, који је рестриктивнији од режима за друге врсте производа који су на тржишту.

У том смислу, примарни циљ посебног правног регулисања рекламирања лекова јесте "заштита здравља потрошача", а тек као споредни и узредни ефекат појављу се заштита потрошача од економских штета и заштита лојалне конкуренције између привредних субјеката<sup>22</sup>.

Норме којима се на посебан начин регулише рекламирање лекова назваћемо техничким термином "правом рекламирања лекова".

## В. ПРАВО РЕКЛАМИРАЊА ЛЕКОВА

### 1. Предмет регулисања у праву рекламирања лекова

Право рекламирања лекова бави се питањима допуштености и начина рекламирања лекова. Имајући у виду специфични *ratio legis* може се разумети неопходност извесне модификације (тачније, проширења) коју општи појмови лека и рекламирања трпе у овој области права.

Кад је реч о појму лека, важећи немачки Закон о рекламирању лековитих средстава из 1978 проширује тај општи појам и на "друга средства, поступке, третмане и предмете, уколико се реклама односи на откривање, уклањање или олакшавање болести, патњи, телесних оштећења или болесних тегоба човека или животиње. Друга средства ..... су козметичка средства... Предмети... су предмети за негу тела..."<sup>23</sup>. Овим су назначене три битне околности:

21 Strunz, *op. cit.*, стр.26.

22 Strunz, *op. cit.*, стр.30.

23 Члан 1, став 2 и 3. Закона (Gesetz ueber die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens)

### III. Специфичност лекова као предмета рекламирања и потреба посебног правног регулисања

Будући да послују према свим критеријумима економичности, произвођачи лекова су заинтересовани да увећавају промет својих производа. У ту сврху, рекламирање је један од најефектнијих начина. Међутим, због изложене специфичности лека као робе, уобичајена правна правила рекламирања, која имају за циљ лојалну конкуренцију и заштиту потрошача, нису довољна.

Однос између адресанта и адресата рекламе лека карактеришу две основне посебности. Прво, адресати су најчешће медицински лаици који немају потребно знање да би исправно разумели и оценили истинитост навода о леку и његовим својствима. Друго, адресати су најчешће већ оболела лица или лица која су у блиском родбинском или пријатељском односу са оболелим, што значи да се налазе у посебном стању психичке нужде<sup>21</sup>. Та околност их чини изузетно подложним психичкој манипулацији у циљу доношења одлуке да купе рекламирани лек.

Како овакво стање може произвести тешке последице по здравље потрошача лекова, па и заједнице у целини, намеће се потреба да се рекламирање лекова подвргне посебном режиму, који је рестриктивнији од режима за друге врсте производа који су на тржишту.

У том смислу, примарни циљ посебног правног регулисања рекламирања лекова јесте "заштита здравља потрошача", а тек као споредни и узредни ефекат појављу се заштита потрошача од економских штета и заштита лојалне конкуренције између привредних субјеката<sup>22</sup>.

Норме којима се на посебан начин регулише рекламирање лекова назваћемо техничким термином "правом рекламирања лекова".

## В. ПРАВО РЕКЛАМИРАЊА ЛЕКОВА

### I. Предмет регулисања у праву рекламирања лекова

Право рекламирања лекова бави се питањима допуштености и начина рекламирања лекова. Имајући у виду специфични *ratio legis* може се разумети неопходност извесне модификације (тачније, проширења) коју општи појмови лека и рекламирања трпе у овој области права.

Кад је реч о појму лека, важећи немачки Закон о рекламирању лековитих средстава из 1978 проширује тај општи појам и на "друга средства, поступке, третмане и предмете, уколико се реклама односи на откривање, уклањање или олакшавање болести, патњи, телесних оштећења или болесних тегоба човека или животиње. Друга средства ..... су козметичка средства... Предмети... су предмети за негу тела..."<sup>23</sup>. Овим су назначене три битне околности:

21 Strunz, *op. cit.*, стр.26.

22 Strunz, *op. cit.*, стр.30.

23 Члан 1, став 2 и 3. Закона (Gesetz ueber die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens)

Прво, предмет регулисања нису само производи, већ и "радње" које су усмерене на медицинске сврхе. Реч је о свим облицима медицинске праксе, укључујући психотерапију, програм мршављења, одвицавања од болести зависности, медицинску масажу, третман ћелавости и др.

Друго, вишенаменски производи јесу предмет регулисања уколико, поред немедицинских сврха, задовољавају и медицинску сврху. Тако, на пример, ако паста за зубе, као средство за негу тела, садржи супстанцу која спречава каријес или успорава развој парадентозе, онда је та паста истовремено и лек. Аналогно важи и за тзв. медицинске чајеве<sup>24</sup>. Наравно, нека разграничења остају проблематична јер их није могуће учинити без стручног увида у конкретне околности (нпр. да ли су и под којим условима целулитис, гојазност, мршавост, ћелавост, маљавост медицински или коз-метички проблеми, одн. да ли, и под којим условима се средства за њихов третман сматрају лековима или козметиком)<sup>25</sup>.

Треће, медицинским сврхама поменутих средстава, радњи, и предмета није обухваћена сврха "спречавања" болести, патњи и др. То значи да је функционална дефиниција општег појма лека проширена на друга медицинска средства и радње на један селективан, одн. рестриктиван начин.

У Југославији нема специфичног појма лека за потребе права рекламирања лекова. Наше право користи јединствени, општи појам лека, с тим да тај појам, у функционалном смислу, обухвата не само производ који служи откривању, сузбијању и лечењу болести, већ и постизању било које друге "медицински оправдане сврхе"<sup>26</sup>. Тиме је законодавац назначио могућност циљног тумачења појма лека, односно његовог проширења на разне дијететско, витаминске препарате за јачање тела, поспешивање његових функција и сл. Ипак, очигледно је да нашим правом рекламирања лекова, најалост, нису обухваћени разни облици медицинске (и парамедицинске) праксе. Међутим, будући да наш Закон познаје и категорију помоћних лековитих средстава, која према својој дефиницији такође служе за постизање медицински оправданих циљева, у многим конкретним случајевима отвара се питање квалификације појединог препарата као лека, одн. помоћног лековитог средства. Као што ће се у даљем излагању видети, ово разликовање није без последица за режим рекламирања.

За дефиницију предмета регулисања у нашем праву рекламирања лекова, поред чл. 2 Закона о стављању лекова у промет, битна је и одредба чл.8, ст. 3 истог закона. Наиме, како је појам лека у чл. 2 формулисан тако да обухвата само производе за које је "по поступку прописаним овим законом" утврђено да имају лековита својства, чл.8, ст. 3 одређује шта бива са про-

скраћено: Heilmittelwerbegesetz), BGBl. 1978, књига I, стр.1677.

24 На пример, чајеве од уве, зове и жалфије немачка судска пракса сматра лековима. Види Doerpner, стр.62, 63.

25 Широку листу примера разграничења, са позивима на обимну судску праксу и указивањем на постојеће дилеме, види у Doerpner, op. cit., стр.52-73.

26 Члан 2, став 1 Закона о производњи и промету лекова.

изводима који стварно или наводно имају лековита својства, а који нису били подвргнути прописаном поступку: такви производи се не смеју стављати у промет, па тиме ни рекламирати, јер реклама је саставни део привредног појма стављања у промет. На тај начин чл.8, ст. 3 проширује предмет регулисања овог закона са формалноправног појма лека и на све производе којима се "приписују" лековита својства.

Кад је реч о правном појму рекламе, односно рекламирања, специфични *ratio legis* у праву рекламирања лекова налаже да се тај појам ослободи извесних ограничења која су везана за логику права сузбијања целојалне конкуренције. То пре свега, значи:

- да је појам рекламе независан од појма конкуренције, односно од постојања конкурентског односа<sup>27</sup>;
- да је за појам рекламе небитно да ли иза ње стоји стоји намера да се њом утиче на понашање потрошача<sup>28</sup>;
- да се рекламом сматра свака порука која објективно може да подстакне потрошача да прибави рекламирани производ или користи рекламирану услугу<sup>29</sup>;
- да појам рекламе обухвата, поред рекламног исказа, и најаву или понуду тог исказа<sup>30</sup>.

Границу овако широког појма рекламе чини свакако захтев да она мора бити предузета у привредном животу, тј. у вези са производњом и прометом робе, односно услуга. Дакле, овај специфични појам рекламе не излази изван оквира појма привредне рекламе<sup>31</sup>.

У вези са реченим, поставља се проблем разграничења рекламе лека од информација о леку и лечењу, које нису реклама. Сматра се да истинити подаци о леку, који су наведени на његовом паковању, нису реклама, иако објективно могу имати јак рекламни ефекат. Основ за ово изузете јесте чињеница да у свим земљама постоје прописи који обавезују произвођача да лек пушта у промет заједно са паковањем које садржи одређене, законом прописане, податке о леку, његовом дозирању и дејству. Уколико, пак, подаци садржани на паковању лека прелазе оквири који су законом прописани као обавезни, или ако је паковање лека изложено на јавном месту (нпр. у излогу апотеке) где се могу прочитати поменути законом прописани подаци, може се сматрати да је реч реклами<sup>32</sup>.

Даље, рекламом се не сматра кад државни или јавни органи и институције информишу ширу јавност о спречавању и лечењу одређених болести<sup>33</sup>. Такође, научна комуникација у области медицине и фармакологије

27 Strunz, H: Heilmittelwerbe-gesetz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, Muenchen, 1987 str.34, 35.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 Такву одредбу садржи чл.1, став 3 немачког Закона о рекламирању лекова. Тиме је домашај овог закона проширен и на случајеве уручивања позива за рекламну предавање и сл.

31 Strunz, op. cit., стр.32,33.

32 Doepner, op. cit., стр.43.

изузета је из појма рекламирања лекова. Коначно, сматра се да није реч о рекламирању уколико редакција средства јавног информисања саопшти јавности информације о одређеном леку у оквиру своје редовне информационе дужности<sup>34</sup>.

## II. Дилема: потпуна забрана или ограничење рекламирања - уставноправни аспекти

Основна дилема коју мора да реши сваки законодавац који се прихвати правног уређивања рекламирања лекова јесте да ли да такву рекламу сасвим забрани, или да је само ограничи. Подразумева се да, у случају одлуке да се рекламирање лекова само ограничи, одређивање оквира тог ограничења представља посебно тежак проблем.

Ова питања, која имају правнополитички карактер, решавају се на основу упоредне оцене интереса релевантних друштвених кругова. Интерес фармацеутске индустрије за потпуном слободом рекламирања је јасан и неспоран. Али, интерес потрошача лекова је амбивалентан: се једне стране, њихова ускраћеност за информације о лековима (као последица забране или ограничења рекламирања лекова) може бити штетна за њихово здравље, јер управо необавештен човек највише греши; са друге стране, њихова снабдевеност информацијама о лековима (као последица слободе рекламирања лекова) може подстаћи појаву нестручне самомедијације, о чијим штетним последицама није потребно посебно говорити. Општи друштвени интерес у вези са здравством, дакле, налаже да се нађе решење које ће максимално да смањи ризике којима су изложени потрошачи, али које не сме да фармацеутску индустрију сасвим лиши једног од главних механизма пласмана њене робе (јер би то слабило фармацеутску индустрију, што такође није пожељно са становишта здравства).

Значајно је да се решење овог проблема мора тражити у лавиринту противречних "правно заштићених" интереса поменутих друштвених група. Наиме, у развијеним демократским државама, слобода рекламирања се сматра обликом слободе изражавања мисли, а уз то је и саставни део слободе привредног предузетништва.<sup>35</sup> С друге стране, пак, право на самомедијацију је облик права слободе личности.<sup>36</sup> Реч је, дакле, о уставом заштићеним правима личности, која се могу законом ограничити само уколико то налаже неки посебни или виши правно заштићени интерес. У конкретном случају, то је интерес заштите здравља појединца и заједнице.

33 У том смислу и одредба чл.54 ст. 2 и 3 нашег Закона о производњи и промету лекова.

34 Doerner, *op. cit.*, стр.44, 45. Аутор истиче и тешкоће у поменутих разграничењима. Наиме, опште је место да се реклама жели прикрити велом научне информације, и сл.

35 За немачко право Sambuc, T: Zur Verfassungsmässigkeit der Informationspflichten in der Arzneimittelwerbung (Wettbewerb in Recht und Praxis), 1987, стр.105, 106.

36 Kleist Albrecht Hoffman: Heilmittelwerbegesetz, Frankfurt 1979, Увод, оквирни бр.1.

У вези са овим, занимљиво је да су право на самомедијацију и право на заштиту здравља аспекти једног истог уставом заштићеног људског права - права на заштиту личности (тј. духовног и телесног интегритета личности). Може се поставити питање шта је то што условљава да се у једним државама даје предност праву на заштиту здравља (што резултира рестриктивнијем режиму рекламирања лекова, као на пример код нас или у Немачкој), а да се у другим државама сматра да право на самомедијацију није у супротности са правом на заштиту здравља (што резултира у либералнијем режиму рекламирања лекова, као на пример у САД). Чини се да је вагање и рангирање правно заштићених интереса зависно од општег (културолошког) система вредности појединог друштва. У друштвима у којима је систем вредности под наглашенијем утицајем индивидуализма, држава ређе узима улогу арбитра у питањима рангирања људских права. Обратно је у друштвима у којима је јаче наглашен социјални моменат.

Наравно, правни режим рекламирања лекова није једини начин којим држава постиже своје здравственополитичке циљеве у вези са сиречавањем самомедијације. Још ефикаснији начин за то јесте режим промета лекова, по којем се одређени лекови могу набавити само у апотеци, од којих неки само на лекарски рецепт. Из тога произлази неопходност да режим рекламирања лекова буде усклађен са режимом промета лекова.

### III. Садржина права рекламирања лекова

Полазећи од ширине појма лека и рекламирања, јасно је да режим апсолутне забране рекламирања лекова не може да постоји, иако површни читалац одговарајућег законског текста некад може закључити управо супротно<sup>37</sup>. Право рекламирања лекова само ограничава рекламирање лекова, и то најчешће у погледу: адресата рекламе; врсте рекламираног лека; садржине рекламе.

Набројани аспекти ограничења рекламирања лекова нису међусобно независни. Напротив они се преплићу и условљавају, отварајући могућност за многе комбинације. Отуда је систематика излагања које следи формирана према примарном аспекту ограничења, док се остали аспекти појављују као пратећи или изведени.

#### *а) Реклама за општу публику и реклама за стручну публику*

Као што је напред већ истакнуто, здравствене опасности неограничене слободе рекламирања лекова постоје за медицински и фармаколошки лаичку публику, која је уз то најчешће у стању психичке нужде због болести. Отуда је логично да се одређена ограничења у рекламирању лекова односе управо на такву публику, а не на стручњаке.

У Југославији се, практично, у овом ограничењу испуњује суштина права рекламирања лекова. Наиме, према чл.56 ст. 1 (а имајући у виду чл.54

37 На пример, чл.54, ст. 1 нашег Закона о производњи и промету лекова каже: "Забрањено је рекламирање и оглашавање лекова, и давање информација о деловању лекова у средствима јавног информисања".

ст.1) Закона о производњи и промету лекова, предузећа која производе или стављају у промет лекове не само да могу већ морају да о њима, њиховом саставу, дејству и контраиндикацијама обавештавају "једино" здравствене и ветеринарске раднике, и то преко стручне медицинске, фармацеутске и ветеринарске штампе, или у посебним публикацијама, као и путем агената који морају такође бити стручњаци са високошколском спремом у области медицине, односно ветерине.

Другим речима, у нашем праву постоји потпуна забрана рекламирања лекова за општу публику.

За наше право може бити спорно да ли се изложени начин информисања стручњака о лековима уопште може сматрати рекламирањем, јер наш Закон термилошки прави разлику између рекламирања лекова у средствима јавног информисања (које је забрањено у чл.54 ст.1) и информисања стручњака о лековима (које је дозвољено и обавезно у чл.56).

Сматрамо да је, суштински гледано, ово разликовање привидно, а термилошки неоправдано. Наиме, полазећи од напред изложене поставке да је свака информација о леку, која је објективно подобна да утиче на промет тог лека, по свом бићу привредна реклама, за појам рекламе сасвим је релевантно на који начин и коме се та информација упућује. У том смислу, одредба чл.56 се мора тумачити као пропис којим се легализује рекламирање лекова стручној публици.

Подразумева се да релативно уска циљна група као што је медицински, односно фармаколошки стручна публика, одређује и одговарајући технички начин рекламирања. То ће, најчешће, бити путем писаног материјала у стручним часописима, пропагандним лецима, стручним предавањима или преко личне посете агента, а никако путем дневних новина, радија или ТВ-а. У том смислу, за наше право вреди истаћи да смисао забране рекламирања лекова путем средстава јавног информисања (чл.54, ст.1) није да одреди границу између дозвољеног и недозвољеног техничког начина рекламирања лекова, већ да посредно одреди границу између недозвољене рекламе за општу публику и дозвољене рекламе за стручну публику.

За наше право је карактеристична дозвољеност рекламирања општој публици помоћних лековитих средстава (чл.54, ст. 4 Закона о производњи и промету лекова).

#### *б) Реклама за одређене врсте лекова*

Постоје правни системи у којима се као примарни критеријум допуштености рекламе узима врста рекламираног лека, па се из њега изводи разграничење између рекламе за општу публику и рекламе за стручну публику.

То је, на пример, случај у немачком праву, где постоји само делимична забрана рекламирања лекова за општу публику. Тој забрани подлежу само лекови који се издају на рецепт, као и извесне врсте лекова који су одређени према својој специфичној терапијској намени<sup>38</sup>. Поменути лекови се могу рекламирати само стручној публици.

Логика овог ограничења је та што су од свих лекова издвојени они који у случају нестручне самомедијације могу да проузрокују највеће штете за

здравље потрошача, и што су управо ти лекови узети за основ разграничења дозвољене рекламе за општу публику од дозвољене рекламе само за стручну публику. Који су то лекови?

Поред лекова који се издају на рецепт (између осталог, управо због повећане опасности од нестручне самомедијације), реч је о лековима који утичу на расположење, односно који служе за успављивање и уклањање психичких сметњи код човека (наравно, уколико они већ нису на листи лекова који се издају само на рецепт).

Уз то, у немачком праву постоји и забрана рекламирања изван кругова стручне публике лекова, средстава, поступака и предмета који су намењени за откривање, спречавање, уклањање или олакшавање одређених врста болести које су набројане у посебној листи<sup>39</sup>. Може се оправдано поставити питање шта је смисао ове одредбе, ако већ постоји претходна одредба која читав низ "опасних" лекова изузима од рекламирања општој публици. Одговор је релативно комплексан. По обиму којим одређује предмет свог регулисања, ова одредба је знатно ширира од претходне одредбе (односи се не само на лекове у ужем смислу него и на остала средства и терапијске поступке). Тако она обухвата, поред највећег дела "опасних" лекова из претходне одредбе, и лекове, средства и поступке за лечење озбиљних (опасних) болести код којих здравствени ризик који произлази из лаичке примене одређеног лека није једини разлог за одвраћање од самомедијације. Као посебан додатни *ratio* ове одредбе појављује се "одвраћање и спречавање оболелог од бескорисног самолечења које, због поверења оболелог у дејство одређеног безопасног лека који се не издаје на рецепт, може у случају тешких болести и тегоба да га одврати од неопходне и неодољне посете лекару"<sup>40</sup>.

### *в) Садржина рекламе*

Овај аспект ограничења рекламирања лекова тиче се норми које, у својој основи, спадају у право сузбијања нелојалне конкуренције.

Наиме, главни захтеви у погледу лојалног рекламирања уопште постављају се и у праву рекламирања лекова. Дакле, реклама не сме бити преварна, излагати потрошача психолошкој принуди или узнемиравању, нити злоупотребљавати његова осећања. Разлика је једино у томе што су у пра-ву

38 Чл.10 Закона о рекламирању лековитих средстава.

39 Чл.12 Закона о рекламирању лековитих средстава, заједно са листом лекова која се налази у прилогу закона. На тој листи су, од хуманих болести, следеће: заразне болести и болести за које постоји законска обавеза пријављивања; отоци; болести размене материја у организму и унутрашње секретије, изузев недостатка витамина и минерала, и алиментарне гојазности; болести крви и органа који стварају крв; органске болести нервног система, очију, ушију, срца и крвних судова (изузев опште артериосклерозе...), јетре и панкреаса, мокраћних и полних органа; чиреви на цреву и желуцу; епилепсија; душевне болести; алкохолизам; болесне компликације трудноће, порођаја и последица порођаја.

40 Doerner, op. cit., стр.436.

рекламирања лекова поменути стандарди много прецизније дефинисани и значајно повишени.

#### aa) Забрана преварне рекламе

Право тражи да реклама буде истинита. Реклама је истинита онда кад садржи податке на основу којих публика стиче, односно може да стекне представу о предмету рекламирања, која одговара стварности. Ако је реклама неистинита, онда је публика у опасности да дође у заблуду о својствима предмета рекламирања. Будући да је истинитост квалитет који је објективан, тј. проверљив, подаци на које се односи захтев истинитости морају се тицати објективних чињеница у вези са предметом рекламирања. То значи да се захтев истинитости рекламе поставља само према оној врсти рекламе која оперише информацијама које се обраћају рационалној страни људског духа. Реклама која се обраћа људској подвести и ирационалности није подложна захтеву истинитости, јер су наводи у њој непроверљиви.

Појам рекламног исказа мора се схватити најшире могуће: то није само исказ који непосредно казује нешто о својству предмета рекламирања, већ и исказ који је подобан да потрошачку публику посредно наведе на одређени закључак о својству предмета рекламирања.

Посебно интересантно и важно питање тиче се правне квалификације прећуткивања одређених података у реклами. Прећуткивање податка о одређеном својству предмета рекламирања може се такође сматрати податком онда кад околности конкретног случаја дају основа за веровање да оно својство предмета рекламирања, о којем нема податка у реклами, одговара очекивањима потрошачке публике<sup>41</sup>.

Нека својства предмета рекламирања су од толиког значаја за заштиту интереса потрошача, да се сматра да у вези са њима постоји обавеза обавештавања у реклами<sup>42</sup>. Наравно да је у пракси спорно питање да ли, у погледу конкретног својства предмета рекламирања, постоји обавеза обавештавања или не.

Један од највећих домаћаја права рекламирања лекова у сузбијању неистините рекламе јесте попис података које реклама мора садржати, тј. који су обухваћени законском обавезом обавештавања. Реч је углавном о истим оним подацима који су прописани као обавезни садржај декларације коју сваки лек мора имати приликом стављања у промет (назив, састав, индикације, контраиндикације, узгредне појаве, рок трајања, начин чувања и др.)<sup>43</sup>.

У земљама као што је наша, где је рекламирање лекова дозвољено само у стручним круговима, горњи захтев није тешко задовољити, имајући у виду технику рекламирања (стручне публикације, посете агената и сл.). Међутим, у земљама као што је Немачка, где је у ограниченом обиму дозвољено да се

41 Strunz, *op. cit.*, стр.79.

42 Одлука Савезног суда Немачке из 1952 год (GRUR 1952, стр.417. наведено према Strunz, *op. cit.*, стр.79).

43 Види чл.41 југословенског Закона о стављању лекова у промет; чл. немачког Закона о рекламирању лековитих средстава.

реклама лека обраћа и општој публици, горњи захтев се поставља као фактичка препрека могућности ефектног рекламирања лека путем најатрактивнијег медија - радија и телевизије<sup>44</sup>. Да би се избегла ситуација у којој законодавац једном руком даје право, а другом руком онемогућује вршење тог истог права, у Немачкој постоје две корективне одредбе. Према једној, уколико се реклама обраћа општој публици, из списка обавезних података могу се изоставити наводи о "саставу лека према врсти и количини активних састојака"<sup>45</sup>. Према другој, сви прописани подаци се могу изоставити у случају тзв. потсећајуће рекламе (нем., Erinnerungswerbung). "Потсећајућа реклама постоји кад се рекламирање врши искључиво са ознаком лека или додатно са именом, фирмом или жигом фармацеутског предузећа"<sup>46</sup>.

Прописивањем листе података који се обавезно морају (истинито) навести у реклами лека, није у целини решен проблем преварне рекламе, јер она најчешће садржи и друге исказе (вербалне, звучне, визуелне) који нешто говоре о одређеном својству рекламираног лека, или бар наводе публику да на основу њих посредно закључује о томе.

Стога, листа обавезних података који се морају истинито навести у реклами лека представља само једну страну стандарда истините (или, још тачније) не-преварне, рекламе. Другу страну сачињавају сви други искази, независно од тога да ли су они истинити или нису, који доводе или могу довести публику до заблуде о одређеном својству лека.

Да би се типични случајеви неистините рекламе лека сузбили, у законима неких земаља прописана је листа забрањених радњи, којом се, примерице, разрађује општа забрана преварне рекламе. Тако, на пример, реклама се сматра преварном уколико се: рекламираном леку приписује терапијско својство које овај нема; оставља погрешан утисак да је успех лечења сигуран, или да не постоје штетна дејства дуже примене лека ако се он примењује према упутству; дају подаци који могу да доведу до заблуде о саставу и квалитету лека, или личности, образовању, способностима произвођача лека, проналазача или терапеута<sup>47</sup>.

Будући да су за превару потребне две стране - она која ствара привид истинитости и она која тај привид усваја, поред објективне истиносне вредности рекламног исказа, битна је и мера способности публике да исказ разуме. Та мера способности је различита код различитих индивидуа и друштвених група. Она зависи, пре свега, од степена образовања, професионалног усмерења и општег културног миљеа у којем индивидуа, односно група живи. Уз то, релевантност има и степен пажње коју лице посвећује

44 Albrecht, Wronka, GRUR 1977, стр.87 (наведено према Deutsch E: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin, 1991, стр.411.).

45 Чл.4, ст. Закона о рекламирању лековитих средстава.

46 Чл.4, ст. Закона о рекламирању лековитих средстава. На пример, "Aspirin - Bayer".

47 Чл. 3 немачког Закона о рекламирању лековитих средстава. Најчешћи облик ове врсте преварне рекламе у пракси јесу разне врсте претеривања, нпр. у погледу ширине индикационог подручја лека, броја и врсте активних састојака лека, "гаранције" успеха лечења и сл. Види исцрпно у Doerfler, *op. cit.*, стр.113-114.

једном исказу. То значи да и истинити искази могу, због објективно смањене способности разумевања или пажње онога којем су упућени, код њега да изазову заблуду.

Уважавајући околност да је способност разумевања исказа о лековима битно већа код стручне публике (лекара, фармацеута) него код опште публике (потрошача-пацијената)<sup>48</sup>, намеће се као логично да једна иста реклама лека може бити преварна за општу публику, а да за стручну публику она то не буде. Следствено томе, у конкретизацији опште забране преварне рекламе лека морају се применити строжији критеријуми кад је реч о реклами за општу публику.

Пример за овакав двоструки критеријум јесте забрана рекламе за општу публику која садржи: историју болести; графички приказ промена на телу које наступају као последица примене лека; графички приказ начина деловања лека; стручне или стране речи које нису уобичајене у свакодневном говору<sup>49</sup>.

bb) Забрана психолошке принуде, узнемиравања и злоупотребе осећања потрошача

Раније већ поменуто стање психичке нужде у којем се налазе крајњи потрошачи лекова манифестује се, између осталог, повећаним очекивањима од медицине, односно повећаним поверењем у медицинску науку и струку, као и у све пратеће струке и науке. Реч је о једној врсти односа зависности, који произвођачима лекова и медицинским посленицима даје скоро неограничене могућности да путем рекламе управљају тржишним понашањем потрошача лекова и корисника медицинских услуга.

Да би се ова врста нехумане манипулације спречила, право рекламирања лекова прописује знатно више критеријуме у погледу забране психолошке принуде, узнемиравања и злоупотребе осећања потрошача, него што је то случај у општем праву сузбијања нелојалне конкуренције, које се односи на рекламирање.

Јасно је да ова специфична правила постоје само у правним системима који дозвољавају (ограничено) рекламирање лекова и пред општом публиком.

Примера ради, у немачком праву забрањено је рекламирање лекова: уз помоћ стручних мишљења потврда научних или стручних приказа и референци; уз навод да је предмет рекламирања стручно проверен или препоручен; са сликама лица која су одевена у професионалну одећу медицинске или фармацеутске струке, или која на радном месту обављају посао медицинске или фармацеутске струке; са сликама промена које на људском телу изазивају одређене болести; уз коришћење исказа који су подобни да изазову страх, или да искористе постојећи страх људи од болести; уз коришћење изјава трећих лица, које садрже израз захвалности,

48 Постоји у судској пракси и теорији једно мањинско мишљење по којем лаичка публика надокнађује мањак стручних знања о лековима повећаном пажњом, због значаја добра (здравље) које је у питању. Види Доерпег, *op. cit.*, стр.99.

49 Чл.11, тач.3, 5б, 5ц немачког Закона о рекламирању лековитих средстава.

признања, препоруке, или које упућују на такве изјаве; уз помоћ написа са упутством како да лаик сам утврди дијагнозу и како да се сам лечи применом лека или терапијског поступка који је предмет рекламирања; ако се потрошачима самониницијативно поклањају узорци, или дају бонови за подизање бесплатних узорака<sup>50</sup>.

#### IV. Санкционисање повреде права о рекламирању лекова

У законима који непосредно уређују специфичну материју рекламирања лекова, противправне радње имају квалификацију кривичног дела, односно привредног преступа или прекршаја, па се санкционишу казним мерама (затвор, повчана казна, одузимање предмета којим је повређен закон)<sup>51</sup>. Овим јасно долази до изражаја доминантни јавноправни интерес да се посредством заштите здравља потрошача заштити здравље заједнице, што овим прописима даје казнено-управни карактер<sup>52</sup>.

Независно од тога, поставља се питање да ли повреда одредби закона који уређује рекламирање лекова истовремено представља и повреду грађанскоправних норми о лојалној конкуренцији. Имајући у виду да је, према дефиницији у генералној клаузули закона о сузбијању нелојалне конкуренције, "противност добрим (пословним) обичајима" суштинска карактеристика радње нелојалне конкуренције, питање је да ли повреда прописа о рекламирању лекова има истовремено обележје повреде добрих (пословних) обичаја.

Од посебног значаја за ову ствар је констатација да прописи који уређују рекламирање лекова нису *lex specialis* у односу на пропис о сузбијању нелојалне конкуренције, већ да те две врсте прописа истовремено и паралелно налазе примену на исте чињеничне ситуације.<sup>53</sup> Отуда, примена прописа о рекламирању лекова не искључује могућност примене прописа о сузбијању нелојалне конкуренције.

У немачкој теорији и судској пракси потврђено је схватање по којем повреда Закона о рекламирању лековитих средстава представља истовремено и повреду генералне клаузуле Закона о нелојалној конкуренцији, и то из следећих разлога: "Закон о рекламирању лековитих средстава штити потрошача, као што то чини и Закон о нелојалној конкуренцији. Међутим, на основу Закона о рекламирању лековитих средстава, потрошач није заштићен у погледу свих његових здравствених интереса, већ само уколико ти интереси могу бити угрожени путем привредне рекламе. Тако, норме Закона о рекламирању лековитих средстава уређују односе конкуренције непосредно у интересу потрошача. Због ове повезаности са сфером конкуренције, и делимичног подударана циљева заштите, повреда одредби Закона о рекламирању лековитих средстава увек се мора сматрати про-

50 Избор из чл.11 немачког Закона о рекламирању лековитих средстава.

51 Чл.14 и 1 немачког Закона о рекламирању лековитих средстава; чл.64 до 7 нашег Закона о производњи и промету лекова.

52 Strunz, *op. cit.*, стр. 38, 39.

53 Strunz, *op. cit.*, стр.232.

тивном добрим обичајима, у смислу чл. 1 Закона о нелојалној конкуренцији<sup>54</sup>. То значи да се радње повреде норми о рекламирању лекова могу санкционисати и путем грађанских тужби које се користе у циљу судске заштите од дела нелојалне конкуренције.

Сматрамо да има основа да се овакав став примени и за наше право.

Последица изложеног става дуплицитету основа заштите потрошача у области рекламирања лекова је следећа: према подацима од 1973. године, од свих судских пресуда у Немачкој, које су се односиле на ову материју, 13% је било кривичних, 3% управних и 84% грађанскоправних<sup>55</sup>. Од 1973. до 1984. године, проценат грађанскоправних пресуда из ове области порастао је чак на 92<sup>56</sup>.

Тужба због нелојалне конкуренције у вези са рекламирањем лекова може бити управљена на захтевање обуставе вршења противправне радње, уништења или преиначења предмета уз помоћ којих је радња извршена, и накнаде штете.

## Г. ДОПУНСКИ ПРАВНИ МЕХАНИЗМИ РЕГУЛИСАЊА РЕКЛАМИРАЊА ЛЕКОВА

У развијеним западним државама релативно ефикасан допунски начин правног уређивања материје рекламирања лекова чине прописи струковних удружења, као што су на пример лекарске, зубарске ветеринарске и апотекарске коморе. У склопу утврђивања правила струке, ови акти садрже и поједина правила рекламирања лекова, других лековитих средстава и терапијских поступака.

Уз то, и удружења произвођача лекова имају свој кодекс понашања, који, између осталог, разрађују правила рекламирања лекова<sup>57</sup>.

Смисао ових прописа (који су, наравно, усклађени са релевантним законским прописима о рекламирању) јесте што они конкретизују правила о лојалној конкуренцији између својих чланова, обликујући тако стандард "добрих пословних обичаја" у својој струци, односно привредној бранши. Редовни судови који суде у споровима због нелојалне конкуренције у области рекламирања лекова узимају ова правила као релевантна за утврђење постојања дела нелојалне конкуренције из генералне законске клаузуле.

Поред тога, поменути прописи чине основ за функционисање мера тзв. самоконтроле у поштовању правила лојалне конкуренције у вези са рекламирањем лекова. Институционално гледано, у сврху остваривања поменуте самоконтроле у Немачкој постоји неколико приватноправних тела

---

54 Уз навођење и супротних мишљења, са позивом на већи број извора, Strunz, op. cit., стр.53.

55 Hoepker, J.: Die Selbstkontrolle der Heilmittelwerbung - Organisation und Wirksamkeit (Wettbewerb in Recht und Praxis) 1975, стр.330, 331.).

56 Strunz, op. cit., стр.48.

57 Прописи одговарајућих немачких струковних удружења и кодекс Удружења фармацеутске индустрије одштампани у Ratzel, R.: Aerztliches Landesrecht, Frankfurt, 1990.

Др Ненад Ђурђевић  
доцент Правног факултета у  
Крагујевцу

## МАТЕРИЈАЛНИ НЕДОСТАЦИ НОВОГ АУТОМОБИЛА

*КЉУЧНЕ РЕЧИ:* нови аутомобил, материјални недостатак, одговорност продавца

УДК: 347.447.54:347.451.031

Купац новог аутомобила<sup>1</sup> може, у оквиру својих платежних способности, скоро неограничено да бира, почев од модела, економичности, боје, па све до учинка мотора. Ипак, једно не мора да бира: стање аутомобила без мане, које се препоставља. Захтеви у погледу квалитета се тичу не само материјала и израде, него и естетског изгледа возила. Узрок томе лежи не само у високој тржишној цени него и у сврси којој аутомобил служи. Међутим, недостаци у квалитету срећу се често код продаје новог аутомобила, и због тога су од великог практичног значаја.

Наше право одређује појам недостатка продате ствари и објективно и субјективно. Према чл. 479. Закона о облигационим односима недостатак постоји: 1) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет; 2) ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу, или му је морала бити позната; 3) ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно прописане; 4) кад је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавештења.

Од аутомобила као производа намењеног тржишту очекује се да поседује високе функционалне карактеристике, савремени дизајн и богату опрему. Међутим, сви ти елементи нису од значаја за утврђивање недостатка аутомобила. Право мерило за одсуство недостатка је неограничена подобност за

1 Реч је не само о путничким аутомобилима него и о другим моторним возилима.

уобичајену или уговорену сврху, као и постојање прописаних својстава. При том треба имати у виду да је код куповине новог аутомобила, по правилу, реч о куповини ствари одређене по роду.

## I. ПРОПИСАНА СВОЈСТВА

Прописана својства су она која аутомобил према закону или другим прописима мора да има, да би се могао ставити у промет и користити. Од њих се може одступити само у случају кад је таква могућност изричито предвиђена у самом пропису. У супротном, она представљају обавезан оквир у којем се може кретати слобода уговарања страна уговорница. Ван тог оквира, могу се уговорити само боља својства од прописаних. Ако се уговоре лошија својства, купац има право захтевати предају ствари са својствима која су прописана.

Све државе прописују одређене услове које аутомобил мора да испуни да би се могао користити у јавном саобраћају. Ти услови тичу се пре свега техничко-технолошких својстава која аутомобил треба да има. Првен-ствени циљ прописивања тих својстава јесте да се обезбеди сигурност у саобраћају, али нека од прописаних својстава могу служити и у друге сврхе (нпр. заштити човекове околине).

Технички услови за аутомобиле који се користе у међународном саобраћају утврђени су Конвенцијом о друмском саобраћају из 1948, и анексом уз ту Конвенцију.<sup>2</sup> Својства аутомобила који се употребљавају у унутрашњем саобраћају одређују се националним законодавством. Према одредби чл. 192, ст. 1. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима (ЗОБС)<sup>3</sup> возила у саобраћају на путу морају да испуњавају прописане услове у погледу димензија, укупне тежине и осовинског оптерећења, као и да имају исправне прописане уређаје и опрему. Ти су услови ближе утврђени Правилником о димензијама, укупним масама и осовинским оптерећењима возила и о основним условима које морају да испуњавају уређаји и опрема на возилима у саобраћају на путевима.<sup>4</sup> Њих прописује још Правилник о техничким нормативима за уређаје и опрему за погон моторних возила на течни нафтни гас,<sup>5</sup> Правилник о југословенским стандардима за возила и друмска возила,<sup>6</sup> и Правилник о југословенским стандардима за кочне облоге за друмска возила.<sup>7</sup> Прописана својства представљају минимум који мора да задовољи сваки аутомобил. У противном он је с недостатком. Која друга својства треба да имају поједини аутомобили, то зависи од њиховог типа и модела.

2 Службени лист СФРЈ, бр. 13/1957. и 6/1978 - међународни уговори.

3 Службени лист СФРЈ, бр. 50/1988.

4 Службени лист СФРЈ, бр. 50/82, 11/83, 50/88, 22/90, 50/90.

5 Службени лист СФРЈ, бр. 7/1984.

6 Службени лист СФРЈ, бр. 3/1984; Додуше, примена стандарда из овог Правилника није обавезна (чл. 3).

7 Службени лист СФРЈ, бр. 47/1990.

Пре пуштања у промет аутомобил мора бити подвргнут испитивању у погледу конструкционих особина и уређаја. Том испитивању подлежу и резервни делови који су битни са становишта безбедности саобраћаја. Карактеристике квалитета аутомобила, односно појединих делова који подлежу испитивању, утврђени су, по правилу, једнообразним условима или правилником који прати наредбу о обавезном атестирању (хомологацији). Чињеница, међутим, да продати аутомобил, односно неки његов део, има атест, не значи још да је аутомобил исправан. Атест није исправа којом се могу доказивати техничка и конструкциона својства аутомобила.<sup>8</sup> И поред атеста, купац може доказивати да аутомобил има одређени недостатак.<sup>9</sup>

Да би могао учествовати у саобраћају, аутомобил мора бити регистрован. Регистровати се могу само они аутомобили за које се на обавезном техничком прегледу утврди да су исправни.<sup>10</sup> На техничком прегледу се утврђује да ли аутомобил има прописане уређаје, а нарочито уређаје за управљање, уређаје за заустављање, давање светлосних сигнала, осветлење пута и возила, испуштање сагорелих гаасва, и да ли су ти уређаји у исправном стању, као и да ли он испуњава и друге прописане услове за учествовање у саобраћају.<sup>11</sup> Одбијање регистрације аутомобила услед техничке неисправности знак је да аутомобил има неки недостатак.

## II. УОБИЧАЈЕНА СВОЈСТВА

### 1. Појам

Уговорне стране већином изричито не уговарају својства која нов аутомобил треба да има, него се задовољавају његовим именовањем, односно навођењем припадности одређеном моделу (на пример, Југо 45). То није ништа чудно имали се у виду да је куповина новог возила, по правилу, куповина ствари одређене по роду. Међутим, то не значи да продати аутомобил може имати било које својство. Свака ствар, па и аутомобил, тек уз помоћ одређених својстава добија свој карактер као "ствар одређене врсте". Када неко именује одређени аутомобил, увек при том мисли на возило с одређеним својствима. Ближе значење ствари садржи увек и одређен број навода о њеним својствима, која тиме постају саставни део воље уговорних страна. Али, својства се не могу тражити у субјективним представама уговорника. Пошто за настанак уговора, по правилу, није меродавна унутрашња воља, већ објективно чињенично стање изјаве воље, и својства садржана у појму неке ствари морају се утврђивати на основу опште језичке употребе тог појма и обичаја у промету.<sup>12</sup> Да би се отклониле све недоумице

8 Видети одлуку Уставног суда Југославије, У 245/82-83, Судска пракса, бр. 2/1984, стр. 25.

9 Пресуда Врховног суда Војводине, Рев. 167/83, од 30. 6. 1983, (Архива Врховног суда Војводине).

10 Члан 196, ст. 1. ЗОБС

11 Члан 207, ст. 3. ЗОБС

о томе која својства треба да има продата ствар ако уговорне стране нису о томе ништа рекле, Закон о облигационим односима прописује да она треба да поседује својства која су потребна за њену редовну употребу (чл. 479, т. 1).<sup>13</sup> Ако је, пак, ствар одређена по роду, не сме бити испод средњег квалитета (чл. 311, ст. 1). Из тога би неко могао закључити да је код куповине генерички одређене ствари појам недостатка из чл. 479. ЗОО потпуно замењен појмом "средњи квалитет" из чл. 311. ЗОО. У пракси се, међутим, таква замена појмова не дешава, јер се питање о манљивости неке ствари увек поставља тек након преласка ризика, дакле, након њене индивидуализације.

Редовна употреба није апстрактни појам који увек значи исто. Да ли аутомобил има својства која га чине подобним за редовну употребу, про-суђује се према околностима конкретног случаја, моделу возила, обичајима у промету и очекивањима користи која је купац на основу уговора нормално могао да има.<sup>14</sup> Субјективна немогућност купца и његова лична схватања не узимају се у обзир. Ирелевантна је и околност да ли су у питању чести или ретки недостаци. Најопштије речено, продати аутомо-бил има својства потребна за редовну употребу уколико се може користити на начин који се редовно практикује за возила истог модела, под просечним животним односима конкретног случаја, а посебно с обзиром на месне односе.<sup>15</sup>

Продавац се не може ослободити одговорности доказујући да није знао која су својства потребна за редовну употребу продатог аутомобила. Али, његова обавеза не иде толико далеко да мора утврђивати да ли возило одговара очекивањима купца. Ко купи неки аутомобил а да о његовим својствима не води рачуна, или се о њима не распитује, тај мора сам сносити непријатности и штете ако он не одговара његовим очекивањима. Продавац одговара само за такве мане које аутомобил, објективно гледано, чине неподобним за редовну употребу. Извесна ширина у употребљивости је сасвим нормална, па се при одређивању недостатака треба зауставити код уобичајеног ризика с којим купац треба да рачуна.<sup>16</sup> Сем тога, мора се водити рачуна и о цени аутомобила. Купац који је купио јефтинији модел возила не може очекивати да ће он имати исти квалитет као и знатно скупљи модел.

---

12 Klaus Herberger, *Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmangelhaftung nach dem Buergerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1974, стр. 61.

13 У правној литератури се често, уместо о својствима потребним за редовну (уобичајену) употребу, говори о уобичајеним својствима. Сматра се да је то једноставније, јер су уобичајена својства увек она која она мора да има за редовну употребу.

14 Аутобусу је, на пример, смањена подобност за редовну употребу када је немогуће у потпуности искористити сва седишта услед сувише уског корисног простора између појединих седишта (Ulrich Huber, u: H. T. Soerel - W. Siebert: *Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2/2 - Schuldrecht 1/2, 11. Auflage, Stuttgart, 1986, стр. 1050)

15 Видети Heinrich Honsell, u: J. von Staudinger, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, Buch II - Recht der Schuldverhaeltnisse, 12. Auflage, Berlin, 1978, стр. 309.

16 Harm Peter Westermann, u: *Muenchener Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, Band 3 - Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband, Muenchen, 1980, стр. 181.

Недостатак својстава потребних за редовну употребу постоји и у случају тзв. латентних мана (конструкциони недостаци и мане материјала), које воде ка томе да функционално значајни и за сигурност погона битни делови возила могу изненада отказати.<sup>17</sup> Додуше, одговорност за материјалне недостатке је у овим случајевима због свог "кратког" дејства, сходно чл. 482, ст. 2. и чл. 500. Закона о облигационим односима, "слаба" правна помоћ купцу.

Дефинисање недостатка аутомобила са становишта одступања од његових уобичајених својстава одговара објективном појму мане ствари. Међутим, кад се са гледишта објективног појма одређује да ли постоји недостатак, неминовно се долази на питање који модел возила је меродаван за оцену да ли предати аутомобил поседује својства потребна за редовну употребу. Одговор, на први поглед, изгледа једноставан и неспоран: меродаван модел возила одређује се уговором о продаји. Он, међутим, не може да важи за све случајеве, иако за већину одговара. По правилу, могуће је из уврћења купљеног ауто у одређен модел (род) закључити о његовим типичним обележјима, али не увек. Мада је уобичајено да је уговорен модел истовремено и **нарочити** (особити) модел коме предати аутомобил припада, могуће је да уговорени модел буде шири од овога. У том случају, меродаван мора бити "нарочити модел" коме припада предато возило.<sup>18</sup> Такав случај постоји, на пример, када неко уговори куповину "једног Југа". Тада, што се тиче питања да ли аутомобил има недостатке, не треба истраживати да ли предато возило има уобичајена својства "једног Југа", него је битно да ли постоје уобичајена својства оног модела (Југо 45, 55, 60, 65) који је продавац предао. Ако појам недостатка треба да обухвати случајеве у којима је одговорност продавца заиста правична, тада не може бити меродавац општи род којем возило припада, него само нарочити модел предатог аутомобила.

Међутим, и када својства у потпуности одговарају уобичајеним обележјима возила **нарочитог** модела, предати аутомобил још увек може имати мане уколико је сам модел њима обележен. Ту неминовно искрсава питање према којим критеријумима треба одредити да ли нарочити модел којем купљени аутомобил припада има недостатке. Сматра се да за то постоје три мерила: схватања у промету, уобичајена својства возила општијег рода од нарочитог, и могућност очекивања од купца да се задовољи са аутомобилом тог модела<sup>19</sup>

На постојање недостатка аутомобила утиче и одсуство неког обележја које води ка знатнијем снижењу његове вредности. Она се проналази на основу тзв. "вредносно образујућих" фактора. У њих спада не само купопродајна цена него и друге околности које на њу утичу (на пример, година производње). Такве околности могу, али и не морају, да истовремено

17 Huber, op. cit.

18 Robert Knoepfle, „Der Begriff des Fehlers im Sinne des 459 I BGB bei beweglichen Sachen und seine praktischen Auswirkungen, insbesondere bei Produkten mit schlechtem Testergebnis.„ Archiv fuer civilistische Praxis, бр. 5/1980, стр. 486.

19 Видети, *ibid.*, стр. 490-493.

утичу и на подобност аутомобила за редовну употребу. На пример, аутомобил у који је уграђен измењен мотор (заменењени су извесни оригинални делови) има сва својства потребна за редовну употребу, али и поред тога поседује недостатак, ако учењене измене на мотору воде ка знатнијем снижењу вредности возила. У сваком случају, само субјективна процена вредности возила од стране купца, не узима се у обзир.

## 2. "Новина" и "фабричка новина" аутомобила

### а) "Новина" аутомобила

Код куповине новог аутомобила предмет уговора је ново возило. Сам појам "нов аутомобил" казује да је реч о невопроизведеној ствари. Другим речима, у нормална (уобичајена) својства новог аутомобила спадају барем две његове особине: 1) да је произведен од новог материјала, и 2) да још није коришћен у саобраћају. Аутомобил који је макар и за кратко време употребљаван као саобраћајно средство, није више нов. Коришћењем у саобраћају, аутомобил губи карактер новог возила и постаје употребљавано возило, односно возило с недостатком.<sup>20</sup> То правило није, међутим, без изузетка. Аутомобил, наиме, не губи својство "новине", иако је пре предаје коришћен у извесној мери, уколико је реч о пробној возњи, коју је купац обавио пре пријема аутомобила, како би испитао његово стање и својства. При том, дужина и трајање пробне возње нису од значаја, јер би у противном купац био у стању да вршењем пробне возње преко уобичајене мере одузме ауто-мобилу карактер новог возила.<sup>21</sup> Тај карактер се не губи чак ни у случају кад је лице које је обавило пробну возњу одустало од куповине испробаног аутомобила. Како се пробна возња, по правилу, обавља под стручним надзором продавца, пробани аутомобил може се понудити другим заинтересованим лицима као "ново" возило. Нешто је друкчије код тзв. пер-акс транспорта, тј. превоза аутомобила сопственом снагом мотора од места производње до места продаје. Купац се, по правилу, сме поуздати у то да купљено возило није превезено од произвођача до продавца на сопственој осовини. Изузетак би, евентуално, могао да постоји само у случају кад је реч о кратком растојању или кад је купац инстистирао на брзој испоруци.<sup>22</sup>

Пошто код аутомобила постоји јако напрезање материјала, нов аутомобил мора бити произведен уз употребу искључиво нове, неупотребљаване грађе. У њега, такође, морају бити уграђени искључиво нови делови. Ако је аутомобил направљен од старог материјала, или ако је у њега уграђен неки употребљавани део, то значи да постоји мана аутомобила, јер он нема својство "новине". Исто је и кад продавац изврши неку измену на аутомобилу, осим ако је она сасвим безначајна. Изузетак постоји у случају кад продавац приликом контроле аутомобила који је добио од произвођача

20 Видети Westermann, op. cit., стр. 194; Reiner Andres, Zur Fabrikneuheit eines Kfz, „Neue Juristische Wochenschrift - NJW“, бр. 51/1971, стр. 2312.

21 Kurt Reinking - Christoph Eggert, Der Autokauf, 2. Auflage, Duesseldorf, 1984, стр. 2.

22 Honsell, op. cit., стр. 318.

утврди да неки део аутомобила има недостатак. У том случају, он је овлашћен да манљиви део замени новим, одговарајуим делом, а да тиме аутомобил не изгуби карактер новог возила. Ово начело подлеже огранчењу да продавац мора бити довољно технички и стручно оспособљен да би замену могао извршити на начин како то раде овлашћени сервисни произвођача.<sup>23</sup>

б) "Фабричка новина" аутомобила

Судска пракса и правна теорија неких западноевропских земаља не задовољава се само постојањем својства "новине" да би аутомобил био без недостатка, него траже да продати аутомобил буде и "фабрички нов". На пример, немачки Земаљски суд у Келну је такав захтев образложио следећим речима: "Својство новине је управо значајно мерило за процену вредности моторног возила. Купац коме се нуди нови аутомобил межа, стога, очекивати да ће добити не само некоришћени аутомобил него и, према стању технике производње, најновији аутомобил жељеног типа. Тај интерес је, по правилу, препознатљив за продавца и без изричитог спомињања. Зато, ако уговорни формулар, који је купац потписао, гласи на нарудбину новог аутомобила, у том већ постоји одлучно гарантовање фабричке новине".<sup>24</sup> Слично образложење дао је и немачки Савезни врховни суд: "Купац очекује, што је за продавца сазнатљиво, да добије од произвођача некоришћен и неоштећен аутомобил. Услед јаког снижења вредности, које сходно искуству трпи чак и незнатно коришћени аутомобил, ово својство (фабричка новина - Н. Ђ.) јесте при куповини новог возила од великог значаја. Стога, продаја новог аутомобила треба, сходно начелу савесности и поштена и с обзиром на обичаје у саобраћају, тако разумети да продавац гарантује испоруку фабрички новог аутомобила".<sup>25</sup> Сматрамо да и у нашој земљи треба прихватити захтев да продати аутомобил буде "фабрички нов", да би био без недостатка.<sup>26</sup>

Шта све обухвата појам "фабрички нов", о томе постоје извесне недоумице. Према становишту немачког Савезног врховног суда аутомобил је фабрички нов под овим условима: 1) уколико се његов модел неизмењено производи, тј. кад не показује никакве измене у техници и опреми; 2) ако услед стајања на складишту нису настале никакве мане; 3) ако након напуштања фабрике произвођача нису наступила знатна оштећења која су оправљена пре испоруке купцу.<sup>27</sup> У правној литератури и судској пракси

23 Ibid., стр. 100.

24 Пресуда од 8. 1. 1982, наведено према Reinking - Eggert, op. cit., стр. 10.

25 Пресуда од 18. 6. 1980, "Neue Juristische Wochenschrift", бр. 39/1980, стр. 2128.

26 Проблем "фабричке новине" продатог аутомобила није у нашој земљи за сада у тој мери актуелан јер, с једне стране, наша аутомобилска индустрија не следи у потпуности светску тенденцију брзе измене модела, а, с друге стране, потражња аутомобила знатно премашује понуду. Међутим, било да се изврши либерализација увоза аутомобила, било да се наша аутомобилска индустрија почне укључивати у светске токове, пред наше судове ће се неминуовно поставити проблем "фабричке новине" аутомобила. У том погледу, сматрамо да решења усвојена у судској пракси и правној литератури западноевропских земаља могу бити користан путоказ.

може се срести мишљење да и неке друге околности одузимају аутомобилу својство фабричке новине (нпр. дужина ускладиштења, претходна регистрација, итд.). Једно је, међутим, несумњиво: "фабричка новина" подразумева постојање одређених обележја предатог аутомобила, али она не значи одсуство сваког недостатка. На пример, мане које су настале у току производње не воде ка губитку својства фабричке новине. С друге стране, одсуство неког од обележја "фабричке новине" представља недостатак аутомобила.

аа) Актуелност модела

Појам "фабричка новина" аутомобила подразумева, у првом реду, чињеницу да се његов модел и даље неизмењено производи, односно да не показује никакве измене у техници и опреми у поређењу са испорученим возилом. То је последица околности да купац фабрички новог аутомобила претпоставља, као само по себи разумљиво, да ће прибавити технички најновији модел који се на тржишту може купити. Ако је у току рока испоруке произвођач изменио модел или извршио промене детаља, продавац не сме без одговарајућег упозорења продати као нов аутомобил који нема тих новина. Према схватању у саобраћају, такав аутомобил се сматра застарелим чим нови модел доспе на тржиште. Знатност учињених измена не игра, при том, никакву улогу.<sup>28</sup> Под изменом модела подразумева се прелазак са текућег модела на "нови", при чему се нови модел у свом изгледу и техничкој опреми разликује од свог претходника истог имена. Насупрот томе, промене детаља обухватају технички и конструкциони даљи развој "мустре" одређеног модела, у току процеса производње. Оне најчешће служе отклањању уочених слабих страна конкретног модела, или прилагођавању модела најновијим техничким проналасцима. У промене детаља спадају и измене спољњег изгледа возила - тзв. "face-liftings". Купац се не може позвати на недостатак "фабричке новине" једино кад је с продавцем уговорио испоруку аутомобила који није из текуће серије, односно модела који се више не производи.<sup>29</sup>

Правило о нужности актуелности модела аутомобила не важи и када је возило продато са одређеним роком испоруке. Купац сноси ризик застаревања модела, када произвођач након закључења уговора о продаји, а пре рока испоруке предузме измене или побољшања модела. Тачно је да купац има интерес да при испоруци добије "најновији" аутомобил конкретног модела, али се не може од продавца очекивати да зато што је произвођач, на пример, при крају рока испоруке предузео побољшања модела одустане од предаје у међувремену произведеног возила. Купац, у сваком случају, добија аутомобил који је наручио.<sup>30</sup>

Питање се, међутим, може поставити и обрнуто. Има ли право продавац да преда купцу возила са изменама на моделу које су предузете за време рока

27 Пресуда од 6. 2. 1980, "Neue Juristische Wochenschrift", бр. 20/1980, стр. 1097.

28 Видети пресуду BGH од 6. 2. 1980, NJW, 1980,1097.

29 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 108-110.

30 Ibid., стр. 11.

испоруке? Проблем у пракси није посебно велик, јер ће сваки разуман купац са радошћу прихватити да добије аутомобил са најновијим побољшањима. Ипак, у начелу, може се рећи да купац не мора да прихвати нео-чекиване знатне измене или побољшања модела. Такве су, на пример, измене запремине и снаге мотора, темељне измене конструкције, као и измене које имају штетан утицај на трошкове одржавања аутомобила.<sup>31</sup> У сваком случају, реч је о растељивом појму чија се садржина има одредити у зависности од околности конкретног случаја. Купац, међутим, мора прихватити измене које су последица законских прописа донетих за време рока испоруке. Ако су измене које је предузео проивођач довеле до поскупљења аутомобила, продавац не може да захтева од купца плаћање више цене. Супротно решење би водило ка непримереном оштећењу купца, јер би ина-че продавац могао путем измена у опреми и изгледу аутомобила да једнострано накнадно одређује продајну цену.<sup>32</sup> Једино ако се наручени модел не може више да набави на тржишту у оном стању како га је произвођач описивао у тренутку закључења уговора о продаји, а учињене измене су толиког обима и такве природе да би њихово не узимање у обзир водило ка прекомерном оштећењу продавца, од купца се може тражити плаћање разлике у цени. Њему се, међутим, мора у том случају дати могућност да раскине уговор.

#### бб) Дужина стајања на складишту

Поставља се питање да ли на "фабричку новину" аутомобила утиче дужина његовог стајања на складишту. Према једном становишту, време стајања на складишту нема никаквог утицаја на својство фабричке новине, али то својство могу укинути знатни недостаци настали због ускладиштења. При том није битно да ли су недостаци проузроковани код произвођача или код продавца. Недостаци условљени ускладиштењем немају значај једино ако их продавац пре предаје стручно отклони, тако да аутомобил не изгуби на вредности.<sup>33</sup> Према другом схватању, већ само ускладиштење може укинути фабричку новину аутомобила. Услов је да постоји дужи временски размак између производње и продаје, или да већ сама година производње утиче на цену аутомобила проликом поновне про-даје.<sup>34</sup> У начелу, ускладиштење које траје 10 до 12 месеци не штети фабричкој новини аутомобила. Супротно је, међутим, ако је у питању дуже време.<sup>35</sup>

По нашем мишљењу, дужина стајања на складишту може сама по себи представљати недосатак продатог аутомобила. Друкчије становиште води ка непримереном оштећењу купца. Према схватањима у саобраћају дужина ускладиштења неке ствари значајно утиче на њену тржишну вредност, и увек постоји разлика да ли се она продаје "тек скинута са траке" или тек након дужег времена стајања. Као и сваки други технички производ и аутомобил након силаска са производне траке подлеже природном процесу

31 Ibid., стр. 67.

32 Ibid., стр. 112.

33 Видети, *ibid.*, стр. 84.

34 Westermann, *op. cit.*, стр. 195.

35 Reinking - Eggert, *op. cit.*, стр. 74.

старења. Дуго стајање на лагеру, а посебно на отвореном, нужно води ка погоршању, како општег стања возила тако и појединих његових делова. Тај процес се одговарајућим мерама, посебно конзервирањем, може донекле успорити али не и потпуно зауставити. Коначно, што је дуже стајање на складишту то је животни век аутомобила краћи.<sup>36</sup> Које време ускладиштења се може толерисати, зависи од околности конкретног случаја. Прецизну временску границу није могуће поставити јер бројни фактори утичу за време стајања на складишту на вредност возила. При процени треба нарочито узети у обзир врсту и обим мера које је произвођач или продавац предузео у циљу заштите од временски утицаја у случају лагеровања на отвореном, опште стање аутомобила и евентуалну потребу предузимања одређених рањи оправке, односно одржавања, као и стање понуде и потражње на тржишту аутомобила.

#### вв) Оштећења возила

Фабричка новина аутомобила подразумева и да након силаска са производне траке није претрпео неко знатније оштећење, односно да се током стајања на складишту нису појавили неки знатнији недостаци. На пример, ауто при транспорту на складиште претрпи у кругу фабрике удес; град "изубија" лагерован аутомобил; возило претрпи удес приликом транспорта ка продавцу; у току ускладиштења појаве се недостаци на лаку или избије рђа.

Поставља се питање да ли произвођач или продавац могу уклонити настало оштећење, односно уочени недостатак пре испоруке аутомобила купцу, и да тиме очувају његово својство "фабричке новине". Одговор зависи од тога да ли је у питању оштећење услед удеса или мана настала у току лагеровања. Знатна оштећења настала услед удеса аутомобила, било код произвођача или продавца, увек воде ка губитку својства "фабричке новине", без обзира на то да ли су оправком уклоњена. Возило које је пре-трпело удес увек има нижу тржишну вредност. Нешто друкчије је кад је реч о недостатку насталом током стајања на складишту. Ту треба разликовати недостатке на лаку и појаву рђе. Недостаци на лаку се, у начелу, могу уклонити накнадним лакирањем целокупног возила, с тим да се оно учини на стручан начин и без смањења вредности аутомобила.<sup>37</sup> Избијање рђе се, међутим, не може отклонити "поправком". Она је типична продукт дугог стајања материјала и истовремено последица манљиве корозионе заштите при првобитном лакирању. Појава знатније рђе аутомобила увек укида његово својство "фабричке новине".<sup>38</sup>

#### гг) Претходна регистрација

У пракси изазива неодумицу и питање да ли чињеница да је продати аутомобил био већ раније регистрован на име неког лица укида његову "фабричку новину". Извесни правници су мишљења да аутомобил који је

36 Ibid., стр. 105.

37 Видети већ наведену пресуду Савезног врховног суда СР Немачке, од 6. 2. 1980.

38 Reinking - Eggert, op. cit., str. 113.

већ регистрован за јавни саобраћај на име одређеног лица не може се више сматрати фабрички нов, без обзира на то да ли је први купац уопште возио аутомобил. Искуство учи да свако регистровање возила на име одређеног лица повећава ризик његове употребе услед мењања возача и других непознатих и недоказивих околности које мењање само по себи носи. Процена вредности аутомобила у битној мери зависи од броја уписаних власника у саобраћајној дозволи, па стога "нови стицалац" у случају даље продаје трпи штету у виду смањења продајне цене.<sup>39</sup> Већина правника је, међутим, мишљења да је у конкретном случају реч искључиво о правној формалности. Њоме се омогућава коришћење аутомобила у саобраћају, али она не значи да је дотично возила стварно коришћено. Она ни практично ни технички, нити правно, не представља ману аутомобила. Ако аутомобил није коришћен, само голо поседовање власти располагања не проузрокује промену његовог стања, па стога не доводи ни до смањења његове вредности. Ту поготову не може бити речи о знатном смањењу вредности. Да ли је ауто-мобил "фабрички нов", то се има ценити према стању на бројачу пређених километара.<sup>40</sup>

### 3. Остала својства

Основни критеријум исправности продатог аутомобила јесте његова неограничена подобност за употребу у саобраћају.<sup>41</sup> Тачније, да би се аутомобил сматрао исправним мора задовољити све захтеве који се од њега траже при уобичајеној употреби. То значи да треба да буде погонски спреман и сигуран у војњи, по сваком времену, на дугим и кратким војњама, у брдима или на равном путу.<sup>42</sup> Наравно, претерана оптерећења не узимају се у обзир. При конструкцији аутомобила потребно је, међутим, водити рачуна о граничним оптерећењима која су у оквиру уобичајене употребе и која су предвидљива. Аутомобил мора бити подесан и за ситуације у нужди, које се у саобраћају свакодневно догађају. Тако, на пример, при пуном кочењу ради избегавања саобраћајног удеса, не сме отказати кочница.<sup>43</sup>

Аутомобил треба да има и сва уобичајена својства одговарајућег типа. Међутим, при процени да ли је аутомобил исправан води се рачуна о томе да нови производи, услед серијске производње, испољавају, по правилу, и извесна одступања од уобичајених својстава свога рода. Таква незнатна одступања остају изван појма мане аутомобила. То је случај, на пример, када је највећа брзина продатог аутомобила неколико км/х испод просечне вредности.

39 Видети пресуду немачког Врховног земаљског суда у Karlsruhe од 16. 6. 1971, "Neue Juristische Wochenschrift", бр. 51/1971, стр. 23.

40 Andres, *ibid.*, стр. 2312-2313; Westermann, *ibid.*, стр. 194.

41 Према становишту Врховног суда Србије, зујање мотора које критично делује у психичком смислу на возача, нарочито при дужој војњи, представља недостатак који онемогућава купца да возило користи за намењену сврху (пресуда Гж 1780/86 од 11. 2. 1987, "Судска пракса", бр 6/1987, стр. 42).

42 Reinking - Eggert, *op.cit.*, стр. 68.

43 *Ibid.*

Недостаци аутомобила могу бити по врсти веома различити: рђаво лакирање (разлике у тоновима боје, флексе, љуштење боје), стварање рђе услед дугог ускладиштења, употреба некавалитетног материјала и неправилна претходна обрада лима каросерије, неисправност неког дела услед фабричке грешке, неуредно ублагање унутрашњости аутомобила, недовољно дихтовање прозора и врата, истрошене гуме, итд.

Зптан проблем за југословенску правну праксу може представљати чињеница да се на нашем тржишту продају и аутомобили страних произвођача, често призведени по друкчијим, по правилу вишим, стандардима квалитета од оних који важе у нашој земљи. Поставља се питање да ли постојање мане продатог возила, односно њене знатности, треба процњивати према квалитету који се тражи за "домаће" аутомобиле, или треба полазити од квалитета који се подразумева у земљи произвођача. Сматрамо да би било погрешно ако би се захтеви у погледу квалитета који важе у нашој земљи узели као мерило за утврђивање недостатака. Одлуку треба темељити на провери да ли продати аутомобил одступа од нормалних својстава возила ибидг типа, уз ограничење да у сваком случају морају бити испуњени минимални захтеви савременог стања технике. Околност да купац за аутомобил страног произвођача плаћа много већу цену, често и у девизама, него при куповини возила домаће производње, мора бити узета у обзир. Већа цена подразумева и већи квалитет. С друге стране, околност да сва возила одређеног типа и серије, произведена од страног произвођача, показују нижи квалитет у поређењу са домаћим возилима, још не значи и да су она манљива. Недостатак ће постојати тек ако се темељи на неком квару (грешци у производњи), ако проузрокује штете купцу или ако цела серија показује конструкционе или производне мане. Права купца су искључена само у погледу оних недостатака који, условљени нижим страним стандардима производње, леже унутар производне толеранције и одговарају минималним захтевима савременог стања технике.<sup>44</sup>

### III. УГОВОРЕНА СВОЈСТВА

Поред уобичајених, аутомобил мора имати и сва уговорена својства. Ако неко од тих својстава недостаје, продавац одговара чак и у случају кад због тога вредност или употребљивост продатог аутомобила није мања, него је, на пример, реч о својствима која представљају лични укус купца. На пример, боја је својство које не омогућује никакву специјалну употребу, али ако је уместо уговореног плавог испоручен црвени аутомобил, он је с недостатком. Ако су уговором одређена само нека својства аутомобила (на пример, да се уместо челичних монтирају алуминијумске фелне), у погледу осталих обележја аутомобил мора бити такав да је подобан за уобичајену употребу. С друге стране, уговореним се сматрају и својства која је продавац у часу закључења уговора приписивао аутомобилу, као и својства у погледу којих је продавац дао обећање да ће их до предаје возила успоставити.

<sup>44</sup> Ibid., стр. 99.

Гарантовање уговором одређених својстава може се при куповине новог аутомобила много ређе срести него приликом куповине употребљаваног возила. Разлог томе лежи у чињеници да је купац на основу произвођачевог описа возила у довољној мери информисан и упућен у његова својства. У нашој земљи и услови тржишта не омогућавају знатније уговарање посебних својстава.<sup>45</sup>

Ако уговорне стране изричито уговарају својства аутомобила, она морају да буду прецисно наведена. Одредбе које се односе на својства треба да буду јасне, одређене и потпуне. Уговором се својства могу гарантовати позитивно или негативно. Позитивно гарантовање постоји, на пример, у случају кад се каже да "аутомобил има турбо мотор", а негативно кад продавац изјави да "аутомобил не троши више од 6 л. бензина на 100 км".

Својства аутомобила могу постати део садржине уговора и навођењем намераване употребе. Када се уговорници сагласе да аутомобил мора бити подобан за одређену употребу (на пример, за трке), тиме су се споразумели и о својствима која он мора да има. То је лако појмити кад се зна да употреба зависи од својстава, а не обрнуто. Ако неко хоће аутомобил ради употребе у одређене сврхе (нпр. искључиво за трке), он нужно хоће аутомобил са својствима која ту употребу омогућују.

Уговарање својстава може бити и прећутно. Да ли су својства прећутно уговорена, просуђује се на основу околности конкретног случаја. Одговор у многоме зависи и од тога да ли се купац, с обзиром на околности (радње и изјаве странака које су претходиле закључењу уговора), могао ослонити на продавчеве изјаве, и да ли су га оне навеле да уговор закључи. И својства наведена у рекламама, каталогу, проспекту, и сл., могу се сматрати као прећутно уговорене, уколико је уговор закључен на основу њих. Тада треба претпоставити да су уговорне стране желеле да ти састојци уђу у њихов уговор.<sup>46</sup> Уговореним треба сматрати и својства аутомобила наведена у техничком упуству.

Продавац и купац често закључују уговор на основу каталога, проспекта, упуштава или неких дургих брошура произвођача, у којима су дати опис и својства одређеног модела аутомобила. Одступање од навода произвођачевих има карактер мане аутомобила. Додуше, ни то правило нема апсолутну вредност. Наиме, одступања која се крећу у оквирима неизбеж-

---

45 Француско право под појам мане ствари не подводи недостатак гарантованих својстава. Одговорност продавца оно ограничава на скривене мане. Гарантовање одређеног својства представља споредан уговор. На недостатак неког гарантованог својства не примењују се правила о скривеним манама, него одредбе о неиспуњењу обавезе испоруке ствари. (Видети Murad Ferid, *Das Franzoesische Zivilrecht, Band I - Allgemeine Lehren, Frankfurt am Mein, 1971, стр. 643*)

46 "Слањем проспекта произвођача продавац робе упознаје потенцијалног купца са својствима робе намењене за продају. Куповином те робе купац се саглашава са својствима робе датим у проспекту, па је у конкретном случају тужилац с правом очекивао да дробилица има својства наведена у проспекту..." (решење Врховног привредног суда Југославије, Сл. 2254/69, од 13. 2. 1970, "Збирка судских одлука", књига 15, свеска 2, бр. одлуке 235).

них ризика условљених индустријском масовном производњом, не узимају се у обзир. Грљина толеранције цени се према на делу савесности и поштења, а у зависности од околности конкретног случаја. Она, међутим, не може бити велика, с обзиром на високе стандарде квалитета индустрије аутомобила. Према стшовишту судске праксе СР Немачке, није саобразан уговор, на пример, аутомобил који, уместо у проспекту наведених 66 KW, има само 62,5 KW, и чија највећа брзина, уместо напачених 155 км/х, износи само 148 км/х. Подбатај у односу на наводе у проспекту може се допустити само до 5%. Нешто веће одступање мора се толерисати када је у питању повећана потрошња горива у односу на наводе из техничког упуства произвођача, каталога, проспекта или сличне публи-кације. Тачно је да према данашњим схватањима у саобраћају потрошња горива представља својство које значајно утиче на вредност возила и на које купци, нарочито мањих, аутомобила поклањају посебну пажњу. Међутим, наведена потрошња горива практично је могућа само у "лабораторијским" условима. На њу утиче не само начин израде мотора него и многи индивидуални фактори, као, на пример, густина саобраћаја, начин војње, временски услови, стање пута и сл. Имали се го у виду, може се, у начелу, узети да је допуштено просечно одступање до 7%.<sup>17</sup> Знатнија одступања нису за купца прихваћљива, имају ли се у виду, с једне стране, високи технички стандарди аутомобилске индустрије, а, с друге стране, цена горива.

Купац новог аутомобила очекује не само да је његов квалитет беспрекоран него и да је он, односно његов модел, произведен у складу са "савременим стањем технике".<sup>18</sup> У западноевропским земљама уобичајено је да се у уговору које закључују продајци и купци нових аутомобила уноси клаузула да продати аутомобил мора одговарати "савременом стању технике модела који је предмет продаје". Као мерило служи стање развоја технике целокупне ауто индустрије. Стање технике конкретног произвођача не узима се у обзир. Го, међутим, не значи да је произвођач обавезан да своје производе стално снабдева са најновијим "проналасцима", односно да обавезно у потпуности искористи сва све техничке могућности. Његова обавеза се састоји у томе да из производње аутомобила избаци неприкладне конструкције и материјале који су непримерени стању технике. Ако се неки од postoјeћих алтернативних система афирмише и докаже на тржишту, а присување у серијску производњу се покаже могуће без битног повећања трошкова, сваки произвођач треба да изврши таква побољшања и на својим моделима. Он, међутим, не мора да техничке могућности користи у потпуности. Уместо конструкције која пуно кошта, може се изабрати јефтинија и јефтинија, а опрема свести на безусловно потребну меру.

<sup>17</sup> Видети Kurt Rinkler, "Ueberhoeher Kraftstoffverbrauch als Kraftfahrergangel.", Deutsche Anzeiger, бр. 51990, стр. 172-173.

<sup>18</sup> Dr. P. Weckert, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III - Sachenrecht - Besonderer Teil, Erste Halbband, 2. Auflage, 1988, стр. 104. На тако висока, објективна, очекивања купца утиче у знатној мери и "рекламна кампања" произвођача, односно државца, која доводи протју производа на тржиште.

Довољно је да конструкција и израда омогућују одговарајућу безбедну употребу. Недостаци који се темеље на технички још нерешеним проблемима нису покривени одговорношћу за мане ствари.<sup>49</sup>

Да ли је и у којој мери произвођач требао да узме у обзир нове проналаске, одређује се према околностима конкретnog случаја. Цена аутомобила има при том велики значај. Захтеви у погледу техничких стандарда много су већи код скупљих него код јефтинијих модела. Међутим, и јефтинији модели морају одговарати минималним претпоставкама у погледу конструкције и производње. Произвођач мора безусловно да поштује опште призната основна правила технике. Продавац не сме да продаје као нов аутомобил који не задовољава основне техничке стандарде.

Процена да ли продати аутомобил одговара потребном стању технике врши се према тренутку када је произвођач завршио свој рад на конструисању одређеног модела и приступио серијској производњи. Без посебног споразума купац нема право да тражи да предато возило одговара текућој производњи дотичног модела у моменту испоруке. "Застарелост" предатог возила у погледу конструкције и обраде, условљена фабричким изменама унутар рока испоруке, не ствара обавезу за продавца да купцу преда возила са накнадним побољшањима. Таква обавеза постоји само под условом да првобитна конструкција или обрада возила конкретnog модела показује недостатке.<sup>50</sup>

#### IV. ПРЕДАЈА ДРУГОГ АУТОМОБИЛА УМЕСТО УГОВОРЕНОГ

Закон о облигационим односима, попут већине других европских законика, третира предају друге, уместо уговорене ствари (*aliud*), као случај потпуног неиспуњења, а не само манљивог испуњења уговорне обавезе (чл. 307). Стога се на тај случај примењују правила о доцњи, а не правила о одговорности продавца за мане. То повлачи и одговарајући правни положај купца. Ако му је предата друга ствар, он није дужан да утврђује њена својства нити да ставља приговор на квалитет продавцу. Такву ствар купац може, без даљег, ставити на располагање продавцу, односно вратити му оно што му је предато и захтевати дуговану ствар (чл. 307, ст. 2. ЗОО). Осим тога, његови правни захтеви нису подвргнути режиму краткотрајне застарелости, који карактерише захтеве због мана ствари.<sup>51</sup>

Имајући све то у виду, нужно се намеће питање када ваља сматрати да је продавац предао други аутомобил (*aliud*), а када само манљив. Тешкоће разграничења између одговорности због неиспуњења обавезе и одговорности због мана возила проистичу из различитог поимања појма својства, односно недостатак возила. Одговор на постављено питање је

49 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 96.

50 Ibid., стр. 97.

51 Према француском праву, купац мочје због мана ствари остваривати право на надокнаду штете једино ако докаже да је продавац поступао у рђавој вери, док му је према правилима о неизвршењу уговора довољно да докаже да је продавац, уместо дуговане ствари, испоручио неку другу (чл. 1184. и 1150. ЦЦ).

знатно једноставнији када је у питању куповина индивидуално одређеног аутомобила, јер је ту предмет куповине присутан (предочен) у тренутку закључења уговора. Преда ли продавац друго уместо продатог возила (*aliud*), могу се применити искључиво правила о неиспуњењу уговора. Чињенично стање одговорности за материјалне недостатке продате ствари није испуњено. Пошто је обавеза индивидуална кад се тиче возила чији је идентитет изврстан, то и *aliud* постоји када предато возило нема идентитет истоветан са дугованим. А идентитет неког возила, какво оно увек јесте, очуван је уколико он својом супстанцом одговара представама које имамо о возилу дотичног модела. Изгуби ли возило један део својстава која одређују његову суштину, односно на основу којих се оно разликује од свих других сличних возила, тада постаје *aliud*. Не ради се, међутим, о погрешној испоруци ако продавац између закључења уговора и предаје у возило угради или измени поједине делове.

Проблем разграничења између недостатака возила и неиспуњења уговора, између *reiis* и *aliud*, много је сложенији кад је возило купљено као генерички одређена (по роду) ствар, што је у пракси и најчешћи случај. Тешкоћа разграничења између својстава и припадности роду проистиче из околности да се "*differentia specifica*" и "*genus proximum*" не могу утврдити према објективним критеријумима. У пирамиди појмова извесног рода, он се може произвољно широко или уско поставити. Пирамида извесног рода може гласити: аутомобил, путнички аутомобил, Југо, Југо 45, итд. Појемо ли од рода путнички аутомобил, тада је Југо једно својство; посматрамо ли, међутим, Југо као самостални род, онда је у питању *aliud*. Према Аристотеловом учењу о категоријама, за одређење (образовање) рода битна је његова суштина (биће), све остало су својства. Али, питање о суштини је за судску праксу потпуно неприменљиво. Оно води у непрактичну сколастику, која се завршава ћорсокаком оличеним у питању о суштини суштине: *quid est quidditas quidditatis*.<sup>52</sup> Код таквог стања ствари, судови су принуђени да о постојању *aliud*-а просуђују у сваком конкретном случају, водећи рачуна о садржини уговора и схватањима у промету. Као суштинско се поставља питање да ли недостатак уговорених или уобичајених својстава мења припадност одређеном роду или не. У случају недоумице да ли је реч о *aliud*-у или о мани возила, меродавни су објективни критеријуми. Битно је, при том, да ако је купац примио возила као испуњење уговора, тада је ограничен на права из одговорности за материјалне недостатке.

## V. ЗНАТНОСТ НЕДОСТАТКА АУТОМОБИЛА

Купац не може претендовати да продати аутомобил има оптимална својства, него се мора задовољити тиме да продавац одговара само ако је недостатак "знатан". Када је стање ствари такво, зависи од околности

52 Heinrich Honsell, „Aktuelle Probleme der Sachmangelhaftung“, Juristische Blätter, бр. 4/1989, стр. 208.

конкретног случаја и схватања у промету. Међутим, претпоставка је да је сваки недостатак знатан, док се супротно не докаже. Ипак, одлучујућа је намена аутомобила и могућност његове употребе у складу са том наменом.<sup>53</sup> Смањење вредности возила или његове подобности за редовну употребу мора се не само индивидуално осетити него и објективно постојати. Битна је знатност недостатка као таквог, а не однос недостатка ка вредности купљеног возила или снижење цене које купац може евентуално захтевати.

Утврђивање знатности недостатка се, по правилу, врши према уобичајеној намени аутомобила. Ако је он прибављен искључиво за одређену сврху, његова употребљивост цени се само према тој сврси. У сваком случају, знатан је сваки онај недостатак због којег купац, према разумној оцени, не би уопште пристао да закључи уговор или барем не под оним условима под којима је то учинио.<sup>54</sup> При процени треба проверити да ли је мана толико тешка да би, према схватањима у промету и уз поштене намере уговорних страна, могла бити од утицаја на одлуку о куповини. Компензација недостатка путем погодности које нису предвиђене у уговору, или употребљивошћу аутомобила која прелази очекивања, не узима се у обзир.<sup>55</sup> С друге стране, недостатак је незнатан ако у кратком времену сам нестане или кад га купац може сам брзо отклонити, с незнатним трош-ковима.<sup>56</sup> Али зато тешка отклоњивост мане која је по себи малог значаја чини ову знатном. На пример, недостатак извесног шафа на мотору, иако је сам по себи незнатна мана, постаје знатна уколико се тешко сазнаје и услед тога се тешко отклања. Уколико аутомобил има више недостатака, за процену знатности одлучујуће је њихово укупно дејство.

С обзиром на високе стандарде аутомобилске индустрије и велика очекивања купца, захтеви у погледу знатности недостатка новог аутомобила не смеју бити сувише високи. Незнатни недостаци обухватају, пре свега, тзв. багателне штете. То су, на пример, мала улубљења и оштећења лака на неносећим деловима конструкције, која се могу отклонити с незнатним трошковима и без снижења вредности аутомобила.<sup>57</sup> Насупрот томе, свако оштећење на носећим деловима аутомобила представља знатан недостатак. Када су у питању технички недостаци, њихова знатност зависи од процене

---

53 У једном спору Врховни суд Србије је одлучио да умањење вредности шкољке продатог аутомобила за 5-10% услед пуцања траверзне насталог због некавалитетног заваривања за патос шкољке, представља незнатан недостатак (решење Гзз. 180/81, од 5. 11. 1981, "Привредно правни приручник", бр. 9/1982, стр. 61).

54 Murad Ferid, *Das Franzoesische Zivilecht*, Band I, Frankfurt am Main, 1971, стр. 636.

55 Westermann, *op. cit.*, стр. 189.

56 Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 2911/66, "Билтен судске праксе Врховног суда Србије", бр. 6/1966, стр. 24.

57 Reinking - Eggert, *op. cit.*, стр. 125; Други општински суд у Београду је у једном спору пресудио да је реч о незнатном недостатку када се у систему за хлађење, уместо течности отпорне на смрзавање, налазила обична вода (пресуда П-571/80, од 2. 9. 1980, потврђена пресудом Врховног суда Србије, Рев. 1201/81, од 9. 2. 1982 - архива Другог општинског суда у Београду).

да ли се и с коликим трошковима они могу отклонити. Поред трошкова, на знатност недостатка утиче и вредност аутомобила после оправке.

Већ смо указали на то да се код нових аутомобила морају толерисати одређена одступања од просечних вредности појединих својстава (нпр. трошња горива), наведених у техничком упуству или проспекту произвођача. Међутим, када је у питању квалитет материјала и израде возила, морају се поставити строга мерила за процену незнатности недостатка, посебно када је реч о оптичком и естетском стању аута. Пропуштање воде или замућеност шофершајбне, недихтовање бочних или задњих врата са пропуштањем воде, увек представља знатан недостатак. Купац новог аутомобила основано очекује да ће за свој новац добити возило у које неће продрати вода, ма колико временски услови били лоши. Сем тога, недихтовање утиче и на ваљаност употребе аутомобила.

## Summary

### MATERIAL DEFICIENCIES OF A NEW CAR

Requirements related to quality are particularly high when a new car is concerned. They refer not only to material and workmanship but also to aesthetic appearance of the vehicle. The cause lies not only in a high ruling price but in the intended purpose of the car. The purchaser of a new car may, within his/her payment capabilities, almost unlimitedly choose, starting from the model, economy, color, to the engine performance. Nevertheless, he/she need not choose one thing: defect-free car status which is assumed. However, defects in quality are often encountered at sale of a new car, and therefore they are of a high practical importance.

A car as a product intended for the market is expected to possess high functional characteristics, modern design and rich equipment. However, all these elements are not important for ascertaining the car deficiency. The real criterion for the absence of deficiency is an unlimited suitability for the usual or contracted purpose, as well as the existence of the specified properties. Here, it should be born in mind that, at the purchase of a new car, it is the matter of the purchase of a thing defined by the type.

The regular utilization is not an abstract notion which always means the same. Whether a car possesses features which make it suitable for regular use is assessed in accordance with circumstances of a concrete case, car model, traffic habits and expectation of advantages which the purchaser could normally have on the basis of the contract. Generally speaking, a sold car has properties necessary for regular use (customary properties) if it can be used in the way regularly practiced for vehicles of the same model, under average living relations of a concrete case and especially in respect to local circumstances. The customary properties of a new car include at least two of its characteristics: 1) that it is produced of a new material and 2) that it has not been put in traffic yet. We are of the opinion that this country should also accept the request that a sold car is to be „factory new“, in order to be free from deficiency.

In addition to customary properties, the car must also have all contracted characteristics. If any of these properties is missing, the Seller shall be responsible even in case when because of it the value of usability of the sold car is not reduced, but the property which represents, for example the personal Purchaser's taste is in question. If only some of the characteristics of the car are contracted for (for example fitting of

aluminium wheel rims instead of steel ones), as for other properties the car must be such as to be suitable for standard use. On the other hand, the properties attributed to the car by the Seller at the moment of concluding the Contract will be considered contracted for, as well as the properties which the Seller promised to ensure to the moment of delivery of the item.

Др Милена Петровић  
доцент Правног факултета у  
Крагујевцу

## УЛОГА СУДА У ПОСТУПКУ ЕНГЛЕСКИХ АРБИТРАЖА

**КЉУЧНЕ РЕЧИ:** арбитража; арбитар, *discovery*, *exclusion*, *agreement*; *special case*; арбитражни поступак; арбитражна одлука

У свим националним правним системима постоји веза између арбитраже и суда. Она се испољава у судској контроли арбитражне одлуке било путем правних лекова за њено побијање, било путем поступка признања и извршења страних арбитражних одлука, али исто тако и кроз разноврсне интервенције суда у току самог поступка.

1. Каква ће бити улога суда, нарочито у последњем случају, где су њене границе, колико простора ће се оставити арбитражи, уопште где ће бити равнотежа у том односу којим би се постигао како правни тако и прагматични оптимум, зависи од земље у питању. Упоредни преглед арбитражног права у том погледу показује велику разноликост. Негде, као у Шпанији и Италији, на пример, преовлађује уговорни елемент арбитраже па је обим њене аутономије и самосталности већи, док у другим земљама преовлађује судски елемент па су ингеренције суда сигурно веће што директно ограничава слободу арбитраже.

Ни у једном правном систему надлежност суда није толико изражена као у Енглеској. Његова већа права и разноврснија улога извесно отварају веће могућности за обраћање овом форуму у току арбитражног поступка што директно може да утиче на трошкове, одуговлачење поступка и уопште последице које странке нису желеле. Страни адвокати и пословни људи чак истичу да енглеско арбитражно право у ствари регулише однос између арбитражног и редовног суда.<sup>1</sup>

УДК: 325.56:341.6(410.1)

1 Види, Kerr, *Arbitration Law Relevant to English-German Business Relations in: Boekstiegel, Commercial Arbitration in the Federal Republic of Germany and in England*, Koeln, 1987, p. 8

С обзиром да су арбитражи потпуно одрешене руке само дотле док се не појави разлог за интервенцију суда нема сумње да је оваква аналитичка оцена тачна. Међутим, енглески правни теоретичари и судије тврде да је у пракси потпуно другачија ситуација и да је оваква слика о енглеској арбитражи погрешна. Мали је број захтева, истичу они, којима се странке сагласно обраћају суду јер најчешће оно што једна страна види као помоћ суда, друга види као неоправдано мешање, чак и у стварима за које је очигледно да су суштински потпуно корисне. Најчешће само једна странка упућује захтев и то из тактичних разлога како би добила на времену. С друге стране, мали је број случајева у којима се арбитража обраћа суду па је његов значај преувеличан због чињенице да се такви случајеви објављују, што није пракса са арбитражним одлукама, па се стиче утисак о претераној интервенцији суда.

Представници енглеске арбитраже даље истичу да се сваки захтев упућује *Commercial Court-u*, а да њега чине судије именоване од стране *International Bar Association*, да су у питању изванредни познаваоци трговачког права и да су великог арбитражног искуства колико и судског. По њима, нема супарништва између суда и арбитраже, напротив они се међусобно допуњују и *Commercial Court* чини све да арбитража буде брза и ефикасна што је њена и најважнија особина. У сваком случају о односу арбитраже и суда они веома често похвално говоре.

2. У сваком правном систему постоји спектар питања, почев од арбитражног споразума, преко поступка до арбитражне одлуке, због којих суд има право да интервенише. У енглеској арбитражи права суда у оквиру тог спектра се, према својој природи, могу класификовати на право помоћи, право надзора и право потпуне контроле,<sup>2</sup> а према фази арбитражног поступка ово право је могуће користити пре почетка арбитражног поступка, у току поступка и после доношења одлуке.

Суд нема општу надлежност надзора над арбитрама и не може да интервенише у арбитражном поступку по сопственој иницијативи. Он се може укључити само ако једна или друга странка, а у неким случајевима арбитраи, упуте одговарајући захтев, што је разумљиво ако се има у виду да је арбитража приватан начин решавања спорова.

Интервенција суда је могућа како због процесноправних питања (што је чешће случај), тако и због материјалноправних. Она се не може искључити споразумом странака сем у случају *Exclusion Agreement-a*, али и тада се може учинити само под, законом одређеним условима.

У овом раду желимо да укажемо у којим све ситуацијама енглески суд може да интервенише, било по основу закона или судске праксе, пратећи ток арбитражног поступка. Као што ћемо видети могућности су бројне, везане за све фазе поступка, а нама остаје да верујемо енглеским судијама и арбитрама да се у пракси то ипак не дешава често и да је енглеска арбитража, нарочито после доношења *Arbitration Act-a* 1979. године, којим је у великој

2 Kerr, op. cit., str. 10.

мери редукована судска контрола, ближа арбитражама континенталног права.

## I. ЛИТИСПЕНДЕНЦИЈА

По правилу, о постојању и пуноважности арбитражног споразума одлучује арбитража и то у тренутку када одлучује о својој надлежности. Ово међутим, не значи да је суд у потпуности изгубио надлежност у овом питању. Он ће одлучивати о постојању и пуноважности арбитражног споразума у поступку за поништај арбитражне одлуке, поступку њене егзекутуре, али и у случају литиспенденције.

Ако је једна странка, упркос постојању арбитражног споразума, поднела тужбу редовном суду, тужени може истаћи приговор ненадлежности суда пошто није могуће водити истовремено два поступка у истој правној ствари између истих лица. Приговор се може истаћи пре доставе одговора на тужбу или пре предузимања било ког другог корака у поступку,<sup>3</sup> пошто после тог момента наступа преклузија овлашћења туженог да истакне приговор ненадлежности суда. Неподношење правовременог приговора треба протумачити као саглашавање туженог са тужиоцем о изношењу спора пред редовни суд, односно као саглашавање о неваљаности или престанку арбитражног споразума.

Суд је поводом тужениковог приговора ненадлежности суда дужан да заузме став о постојању, правоваљаности и релевантности арбитражног споразума. У том погледу енглески суд прави разлику између "домаћег арбитражног споразума" под којим подразумева споразум о арбитражи са седиштем у Уједињеном Краљевству, у коме ни једна од странака није стране националности, нити има домицил, односно седиште у иностранству<sup>4</sup> и "међународног арбитражног споразума" у коме је једна од странака стране националности или домицилирана, односно са седиштем у иностранству. У првом случају, после анализе арбитражног споразума суд има дискреционо право да одбаци приговор ненадлежности суда и на тај начин суспендује арбитражни поступак или да прекине судски поступак. Суд може одбацити приговор ненадлежности ако утврди да је арбитражни уговор ништав или фразулозан или да судски поступак већ тече, било пред енглеским или неким страним судом.<sup>5</sup> Исто тако суд може да прекине судски поступак ако утврди да нема довољно разлога да се спор не упути на арбитражу, сагласно арбитражном споразуму и ако је странка која је истакла приговор нена-

3 Sect. 4 (1) Arbitration Act (у даљем тексту: АА) 1950. Под предузимањем било ког другог корака треба разумети процесне радње на основу којих се може закључити да се прихвата судски поступак, као нпр. обезбеђење судских трошкова.

4 Sect. 4 (1) АА 1950. се односи на домаћи арбитражни споразум иако га овај Закон не дефинише, већ то чини АА 1975. (Sect. 1 (4)), док се Sect. 4 (2) АА 1950. односи на међународни арбитражни споразум.

5 Види Kuehn, Practical Experiences with English Arbitration Proceeding in: Bockstiegel, op. cit., str. 136.

длжности суда у време отпочињања тог поступка и још увек спремна и вољна да учини све што је потребно за вођење арбитражног поступка.<sup>6</sup>

Ако се ради о међународном арбитражном споразуму суд мора да прекине поступак осим ако утврди: да је арбитражни споразум ништав, да је без дејства, да га је немогуће извршити или да у ствари нема спора међу странкама у погледу питања која су сагласно подвргле арбитражи.<sup>7</sup>

## II. ИМЕНОВАЊЕ АРБИТАРА

Именовање арбитра је интервенција суда која је по својој природи типичан пример помоћи у састављању арбитражног суда и то у фази која непосредно претходи почетку арбитражног поступка. Дакле, суд може да именује арбитра или *umpire-a* и то ће учинити само у следећим случајевима:

1. уколико странке пропусте или не постигну сагласност о именовању арбитра појединца;

2. ако именовани арбитар или *umpire* не може или не жели да суди, а странке нису изабрале другог;

3. ако именовање арбитра или *umpire-a* треба да учини трећа страна, орган именовања, а она то одбије или пропусти да уради то у, за то одређено време или у разумном року уколико време није прецизирано;

4. ако је пропуштено именовање трећег арбитра или *umpire-a*;

5. ако су се странке споразумеле да именовање изврши суд;

6. ако је арбитар или *umpire* одлуком суда опозван<sup>8</sup>.

Арбитри и *umpire* именовани од стране суда имају иста овлашћења као да су их споразумно именовале странке.<sup>9</sup>

Суд нема опште овлашћење да именује арбитра, већ то чини само на захтев било које странке и у том поступку узима у обзир, колико год је то могуће, природу уговора, околности спора, националност, седиште и језик странака.

Помоћ суда у именовању арбитра којом се заправо спречава могућност да арбитражни споразум остане без дејства, присутна је у свим развијеним правним системима као и Модел закону UNCITRAL-а, тако да се не може критиковати.

## III. ОПОЗИВ АРБИТАРА

Правило је да су овлашћења арбитра неопозива све док *High Court* не одлучи другачије и под условом да другачије није предвиђено арбитражним

6 Sect. 4 (1) AA 1950.

7 Sect. 4 (2) AA 1950.; Sect. 1 (1) AA 1975. Услов да га је немогуће извршити подразумева да арбитражни споразум не може да се изврши чак ни у ситуацијама када су обе странке спремне, способне и вољне да га изврше.

8 Sect. 10 (a) (b) (c) (d) AA 1950; Sect. 6 (4) (2) (a) (b) AA 1979.

9 Ibid.

споразумом,<sup>10</sup> а суд ће одобрити опозив арбитра само ако за то постоје ваљани разлози и одговарајући захтев странке.

По својој природи ова улога суда представља надзор над радом арбитра јер суд мора у сваком конкретном случају да испита понашање и рад арбитра како би утврдио да ли се у њима могу наћи законом прописани разлози за опозив или разлози прихваћени у судској пракси. А њих има доста, почев од недостатка непристрасности и независности, дисквалификације арбитра, *misconduct-a* арбитра, недостатка разумне брзине арбитра у започињању или вођењу поступка те доношењу одлуке, ексцеса у суђењу или одбијању арбитра да га врши, па до преварних радњи арбитра према странци.<sup>11</sup>

#### IV. ПРИВРЕМЕНЕ НАРЕДБЕ СУДА

У току самог арбитражног поступка енглески суд може да интервенише доношењем привремених наредби поводом бројних питања процесноправне природе, пружајући помоћ арбитрама у доношењу правоваљане одлуке. Суд углавном чини оно што арбитраи сами не могу, с обзиром да њихови налози немају снагу ни санкцију општег права.<sup>12</sup>

##### Mareva injunction

*Mareva injunction* је новији тип судског налога који је добио има по чувеној одлуци *High Court-a* из 1975. године<sup>13</sup> када је по први пут издат, па је као значајан принцип унет у *Supreme Court Act* 1989. (пар. 37 (1) (3)). Издаје се на захтев странке са циљем да се спречи уклањање или продавање имовине ван јурисдикције суда (Енглеске), чиме се штити арбитражна одлука, односно омогућава њено извршење. У почетку, овај налог се односио само на туженика чије је место пребивалишта, боравишта или пословања било ван Енглеске, али се доношењем *Supreme Court Act-a* (Пар. 37 (3)) круг ових лица проширује и на туженика са пребивалиштем, боравиштем или местом пословања у Енглеској. У оба случаја налог се односи на имовину која се налази у Енглеској.

Мала циљ овог налога одговара циљу налога *saisie conservatoire* континенталног права, његова примена је различита. Он делује *in personam* и треба да спречи туженика да у времену док траје арбитражни поступак уклони или располаже имовином (у смислу продавања, уступања права, оптерећења стављањем хипотеке или неког другог терета) пошто би то могло да доведе до онемогућавања извршења арбитражне одлуке уколико изгуби спор. Да би остварио овај циљ налог нужно има дејство и према трајим лицима која су посредно или непосредно укључена у тужениково пословање и која се увек истовремено обавештавају у случају издавања

10 Sect. 1 AA 1950.

11 Sect. 24 (2) AA 1950.

12 Види: Kerr, op. cit., str. 10.

13 *Mareva Compagnia Naviera S.A. v. International Bulk Carriers Ltd.* (1975) 2 LLR 509.

оваквог налога (на пример, банка којој није дозвољено да врши било какве исплате са тужениковог рачуна или складиште које не сме да издаје робу).

Овај налог има карактер привремене наредбе која траје до окончања арбитражног поступка или док је суд не измени или укине. За разлику од других налога, односно привремених наредби предвиђених арбитражним законима, суд га може издати и пре почетка арбитражног поступка.<sup>14</sup>

У току арбитражног поступка суд може издавати и друге налоге који се тичу заштите имовине, као на пример налог у погледу држања, чувања и контроле непокретности или ствари које су предмет арбитражног спора или у вези којих се може поставити питање у току арбитражног поступка.<sup>15</sup>

### Discovery i interrogatories

*Discovery* је веома значајна карактеристика енглеског судског поступка, тачније расправног начела, које је прихватила и арбитража. Под њим се подразумева обавеза странака да ставе на увид сва документа која су, или која могу бити релевантна за спор у питању. Странке су по закону дужне да једна другој саопште и доставе копије материјала и релевантних докумената које поседују и на које ће се ослонити у току расправе.<sup>16</sup> Непосредно после тог међусобног уручивање листе докумената свака странка има право да их прегледа и изврши контролу. Ако једна од странака одбије да стави на увид документа, друга се може обратити суду који ће тада издати наредбу за *full discovery*, односно за стављање на увид потпуне листе докумената.<sup>17</sup>

Чак и међу енглеским судијама има мишљења да су питања која се тичу *discovery* од врхунског значаја за вођење арбитраже и да су захтеви упућени суду у том погледу тирански и контрапродуктивни, те да би требало оставити да арбитража о њима одлучи, не дајући суду неко посебно право да у том смислу интервенише.<sup>18</sup> У току поступка свака странка може да користи *interrogatories*, односно писмено постављена питања о предмету спора која упућује другој страни са захтевом да ова на њих писмено одговори. Уколико једна од њих одбије то да учини или арбитар одбије да удовољи предлогу странке да одреди *interrogatories*, друга странка се може обратити суду за помоћ, односно да наложи другој странци да да тражени писмени одговор.<sup>19</sup>

### Обезбеђење трошкова

Арбитар нема право да наложи странкама да положи обезбеђење трошкова, осим ако то није изричито предвиђено арбитражним споразумом.<sup>20</sup> За разлику од арбитрара суд може то да учини и без изричите сагласности странака.<sup>21</sup> Наиме, туженик може захтевати од суда да изда такву наредбу

14 Види: Kuehn, op. cit., стр. 137.

15 Sect. 12 (6) (g) AA 1950.

16 Sect. 12 (1) AA 1950.

17 Sect. 12 (6) (b) AA 1950.

18 Kerr, Arbitration and the Courts: The Uncitral Model Law, I.C.L.Q. Vol. 34, 1985, p. 4.

19 Sect. 12 (6) (b) AA 1950.

20 Russell on Arbitration, London 1982, p. 226.

истичући у свом захтеву да је тужилац домицилиран ван Уједињеног Краљевства и да је таква мера опреза потребна како би се осигурало плаћање туженикових трошкова, у случају да арбитражна одлука буде неповољна по тужиоца.<sup>22</sup> Одлучивање о томе је дискрециона ствар суда и он у принципу неће издати такав налог, ако је арбитражним споразумом нарочито искључено право да се захтева обезбеђење трошкова.

### Судски позиви

Једна од дужности *solicitor*<sup>23</sup> је да обезбеди присуство свих неопходних докумената и сведока на расправи, односно главном рочишту. У ту сврху он се за помоћ може обратити суду који може да изда две врсте судског позива: а) *supboena duces tecum*; и б) *supboena ad testificandum*.<sup>24</sup>

*Supboena duces tecum* треба да обезбеди давање, односно подношење материјалних докумената на расправи која се налазе у поседу трећих лица. У том смислу ову процесну радњу не треба поистовећивати са *discovery*, чији је циљ да се добију документа које поседује друга странка у спору. При томе је од значаја да се у арбитражном поступку оваквим судским позивом не може издејствовати давање оних докумената који се иначе не могу тражити ни у судском поступку.

*Supboena ad testificandum* је судски позив којим се обезбеђује појављивање и присуство сведока у арбитражном поступку. У питању су само она лица која подлежу јурисдикцији Уједињеног Краљевства, која се налазе на његовој територији и која су у арбитражном поступку неопходна као сведоци. Овај позив суд издаје на захтев једне од странака. Ако је сведок добио овај позив најмање четири дана пре одржавања главне расправе, а без разумног објашњења одбије да присуствује расправи, биће кажњен за недолазак на суд.

### Сведочење под заклетвом

Ако арбитражним споразумом није другачије одређено, суд може на захтев странке да одреди сведочење под заклетвом<sup>25</sup> које се обавља у складу са *Oaths Act* 1978, дакле, на начин уобичајен у судском поступку.

21 Sect. 12 (6) (a) AA 1950.

22 Види одлуке: *Sloyan and Sons v. Brothers* (1975), 1 Lloyds Rep. 183; *Bilcon Ltd. v. Fegmay Investments Ltd.* (1966) 2. Q.B. 221.

23 У енглеском праву адвокати су подељени у две групе: солициторе (*solicitors*) и баристере (*barristers*). Разлика међу њима је функционална, а не квалитативне природе. Солицитор је дужан да припреми случај у најширем смислу, дакле, да одреди чињенице, доказе, посебно потребну документацију, да прибави исказе сведока, мишљења вештака, и осигура присуство релевантних сведока и вештака на расправи. Он је у директном контакту са клијентом и сем изузетних случајева се не појављује пред судом. За то је задужен баристер, који је одговоран за све правне поднеске. По правилу он нема директног контакта са клијентом, али упркос томе, он има пуну одговорност за поверени му мандат. Он је обавезан да обавести суд о релевантним законима и судским прецедентима.

24 Sect. 12 (6) (d) AA 1950.

## V. MISCONDUCT ARBITRA, ВРАЋАЊЕ ОДЛУКЕ НА ПОНОВНО РАЗМАТРАЊЕ И ПОНИШТАЈ ОДЛУКЕ

Израз *misconduct* се често користи само у техничком смислу и то као неправилност или неисправност у раду арбитра, а не као њихов морални недостатак. Међутим, он покрива случајеве у којима је нарушен *natural justice*, па га треба употребљавати у оба ова значења.<sup>26</sup> У најширем смислу под овим треба разумети лоше понашање и лоше вођење поступка, које чак укључује грешке у праву и грешке у утврђивању чињеничног стања.

Ако странка није задовољна одлуком, сматрајући да јој није дата пуна и адекватна могућност да изнесе све разлоге ради заштите својих права, може се обратити суду са захтевом да испита одлуку. У зависности од приговора на рад арбитра, захтев упућен суду може бити двојак: свака од странака може да тражи од суда да донесе одлуку о враћању арбитражне одлуке арбитрау на поновно разматрање (*remit*)<sup>27</sup>, које може да укључи и доношење нове одлуке и други, странка може да тражи од суда поништај одлуке *in toto* ако сматра да постоји *misconduct* арбитра, у смислу да се неправилно понео или неправилно водио поступак.<sup>28</sup>

Да ли ће суд вратити одлуку на поновно разматрање или ће је поништити, ствар је његовог дискреционог права. У сваком случају, одлуку о томе ће донети након испитивања арбитражне одлуке, односно надзором рада и понашања арбитра у току арбитражног поступка.

## VI. SPECIAL CASE I EXCLUSION AGREEMENT

Специфичност енглеског права коју не познаје ни једно од континенталних права, па чак ни право САД је судски надзор правних питања која се тичу поступка или одлуке. Преко тзв. *special case* или *case stated procedure*, *Arbitration Act 1950*. је дао право *High Court*-у, да уместо арбитра одлучује о правним питањима и о томе, у облику *special case* донесе одлуку.<sup>29</sup>

Захтев да суд одлучи о правном питању могао је да се упуту у току арбитражног поступка, дакле, пре неге што се донесе одлука и такав случај је назван *consultative case* или после доношења одлуке, што је означено као *alternate award*.<sup>30</sup> Захтев могу да поднесу сами арбитрари уколико су несигурни у погледу одговора или једна или обе странке, што је чешћи случај. Да би

25 Sect. 12 (6) (d) AA 1950.

26 Термину *natural justice* у сваком случају недостаје прецизност. У духу енглеског права под њим треба подразумевати правила за које би разуман човек сматрао да су *fair*, каква су, на пример, да нико не може да буде судија у властитој ствари (*Russell on Arbitration*, p. 105, 155.)

27 Sect. 22 (1) AA 1950.

28 Sect. 23 (2) AA 1950.

29 Sect. 21 (1) AA 1950.

30 Више о томе: *Craig, Park, Paulsson: International Chamber of Commerce Arbitration*, New York 1984. p. 20.

могло да се изнесе пред суд на одлучивање, правно питање мора да поседује одређене квалитете. Наиме, оно мора да буде *real, substantial and relevant*, дакле, право, суштинско и значајно за решење спора.<sup>31</sup>

Странка има право да се обрати суду захтевом да наложи арбитрау *to state a case* и, ако арбитар одбије то да учини, арбитражна одлука може бити поништена. Тек кад суд донесе одлуку арбитри настављају са поступком доносећи одлуку која је у складу са судском. Док суд не одговори на правно питање арбитражна одлука није коначна у правном смислу, па према томе не може ни да се изврши.

Једна од последица *special case procedure* је спречавање арбитра да одлуку доноси према власитом концепту правде и правичности, пошто се од њега захтева да примени "одређен и признат систем права".<sup>32</sup> Друга, која је изазвала бројне критике, је очигледно одуговлачење поступка које несавесна странка, која очекује да изгуби спор, користи за одлагање плаћања својих уговорних обавеза.<sup>33</sup>

*Commercial Court Committee* је предлагао укидање једног другог права *High Court-a*, права да поништи одлуку због погрешне примене права, истичући да су због таквог поступка арбитри оклевали да дају образложење одлуке, страхујући да ће бити поништена.<sup>34</sup> Критичари оваквог поступка даље истичу да он чини енглеску арбитражу спором и скупом и сам поступак излаже јавности, чиме арбитражу лишава њених основних предности у односу на суд.<sup>35</sup>

С друге стране, присталице *special case*, поступка истичу да је то питање ипак предимензионирано, да оно нема баш тако значајну улогу и да је такав поступак, уосталом, користан водич арбитрама за тешка и компликована правна питања. Они оправдање даље траже у чињеници да је оваква контрола у стању да осигура јединство и једнообразност у развоју трговачког права, с обзиром да арбитражне одлуке могу бити предвидиве у погледу правних питања у истој мери као и одлуке *Commercial Court-a*.<sup>36</sup>

Критике на рачун *special case* поступка су превагнуле и допринеле да се 1979. донене нов *Arbitration Act*, који је укинуо поменути поступак и увео потпуно нов систем ограничене контроле.

*High Court*, према овом Закону, може и даље да одлучује о правним питањима, било у току поступка (*preliminary point of law*), било у вези одлуке која је већ донета, али само под следећим условима:

---

31 Lord Denning у случају: *Halfdan Grieg & Co. v. Sterling Coal* in: OKeef, *Arbitration in International Trade*, Sidney, 1975, p. 198.

32 Lord Diplock, *The Fourth Alexander Lecture*, Charteret Institut of Arbitrators, London, February 1978., 44 *Arb. J.*, (1978), p. 107.

33 *Ibid.*

34 Види: *Commercial Court Committee Report on Arbitration*, Cmmd. No. 7284 (1978).

35 Sanders, „ECAFЕ„ *Rules for International Commercial Arbitration* in: Sanders (ed) *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, p. 31.

36 Види: Kerr, *Arbitration Law...* p. 11.

1. да је захтев упућен уз сагласност арбитра или *umpire-a* и свих странака, односно, у другом случају, уз сагласност свих странака у поступку;<sup>37</sup>

2. да је суд одобрио такав захтев<sup>38</sup>, а то ће бити само у случају ако би одлука *High Court-a* о правном питању могла бити да утиче на право једне или више странака (услов се односи на други случај када је одлука већ донета);<sup>39</sup>

3. да ће се одлуком суда о правном питању битно уштедети трошкови странака<sup>40</sup> (ово се односи само на правна питања која се као претходна појаве у судском поступку).

Правна питања која се појаве у току поступка суд решава на исти начин и у истом смислу као и ранији *consultative case*, предвиђен *Arbitration Act-om* из 1950.

*High Court* може наложити арбитрау да образложи одлуку уколико је странка упутила такав захтев арбитрау или *umpire-u*, пре него што је одлука донета или ако постоје "посебни разлози" (које Закон иначе не дефинише) због којих такав захтев није правовремено упућен, а арбитар ипак одлуку није образложио.<sup>41</sup>

Странке могу искључити контролу суда, било тиме што ће искључити право жалбе на одлуку или што ће искључити право суда да одлучује о одређеном правном питању у току арбитражног поступка.<sup>42</sup> То се чини *exclusion agreement-om*, који мора бити у писменом облику и у коме намера странака мора бити изражена јасно и изричито.

*Exclusion agreement* је најзначајња одредба *Arbitration Act-a* из 1979. с обзиром да се њоме искључује судска контрола. Домашај овог уговора зависи од врсте арбитраже и типа уговора. Домаће арбитраже и домаће трговачке трансакције подлежу већим ограничењима, што је и разумљиво, јер је национални интерес за њих већи. Тако *exclusion agreement* има дејство само ако се странке позову на њега после почетка арбитражног поступка.<sup>43</sup>

Код међународних арбитража, односно међународних уговора, ситуација је другачија. Странке имају право да *exclusion agreement-om* искључе судску контролу унапред, дакле пре настанка спора, изричитом одредбом унетом у текст уговора или саму арбитражну клаузулу.<sup>44</sup> Ограничење постоји само за типске уговоре у области поморства, осигурања и робног промета, код којих се судска контрола може искључити само после почетка арбитражног поступка или ако је такав уговор подвргнут неком страном праву, дакле не енглеском.<sup>45</sup> Разлог овом ограничењу је очита жеља да се постигне одређена

37 Par. 2 (1) (a) i par. 1 (3) (a) AA 1979.

38 Par. 1 (3) (b) AA 1979.

39 Par. 1 (4) AA 1979

40 Par. 2 (2) AA 1979.

41 Par. 1 (6) AA 1979.

42 Par. 1; 2 (3) (4) AA 1979. Види: Russell on Arbitration, p. 292.

43 Par. 3 (6) AA 1979.

44 Види: Kerr, Arbitration Law... p. 13.

45 Par. 4 (1) (i) (ii) AA 1979.

контрола и степен једнообразности у тумачењу ових уговора, пошто се ради о областима у којима је енглеско право, без сумње, најразвијеније.

Сврха *exclusion agreement-a* је да енглеску арбитражу, односно њен поступак, приближи арбитражама других земаља, с обзиром да је суд лишила оних надлежности које су у пословним ктуговима биле предмет најжешћих критика. Колико ће се у томе успети зависи у великој мери од начина на који судије *Commercial Court-a* примењују *Arbitration Act* из 1979. године.

## SUMMARY

### THE ROLE OF LAW-COURTS IN THE ENGLISH ARBITRATION TRIBUNALS PROCEEDING

There is no legal system in which the law court jurisdiction is so pronounced as in the English one. Its more extensive rights and more diversified role open, by all means, greater possibilities for referring to this forum during the arbitral proceeding which could directly affect the expenses, dragging out of the proceeding and undesirable consequences for the parties. The foreign solicitors and barristers as well as business people even point out that the English arbitration law regulates in fact the relation between the arbitration and the judicial court.

Since the arbitration has a free hand only as far as a reason for the Court intervention appears, there is no doubt that such an analytical assessment is right. However, the English legal theoreticians and judges claim that the situation is completely different in practice and that such a picture of the English Arbitration is wrong. There is a small number of requests, they point out, in which both parties agree to refer to the Court, because it is most frequent that what one party sees as the Court help, another one sees as unjustifiable interfering, even in the matters where such an interference is obviously entirely useful.

The paper points out to situations in which the English Court may intervene, either on the basis of the law or legal practice, following the course of arbitration proceeding. It showed that the possibilities are numerous, connected to all proceeding stages, and we are left to believe to English judges and arbitrators that this does not often occur in practice and that the English Arbitration is, particularly after passing the Arbitration Act in 1979, in which was greatly reduced the judicial control, closer to arbitrations under the Continental Law.

The questions of *lis pendens*, nomination and revocation of arbitrators, temporary Court orders, returning of decision for reconsidering and cancelling of decision, judicial supervision over legal issues related to the proceeding or decision have been especially dealt with in the paper.

**Др Предраг Стојановић**  
 проф. Правног факултета у  
 Крагујевцу

## СТАТУС И ФУНКЦИЈЕ НЕМАЧКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

*КЉУЧНЕ РЕЧИ: Немачка централна банка, банкарско право*

УДК: 35.073:336.711(430)

### 1. Уводна разматрања

Проблем централног банкарства у финансијскоправној теорији актуелизован је уназад неколико година услед економских и политичких промена после распада Совјетског Савеза и низа његових европских држава - трабаната. Скоро све распадом створене државе (укључујући само Словенију из оквира бивше СФРЈ) кренуле су више или мање извесним путеви-ма економске и финансијске транзиције, са намером да се приближе стандардима постављеним од стране Европске Уније, САД, Јапана и "малих тигрова" (Хонг-Конг, Тајван, Јужна Кореја). Транзициони методи нити су били нити јесу јединствени (јер процес још ни у једној пост- комунистичкој држави није изведен до краја), али су сви имали и имају једну заједничку карактеристику: постизање што већег степена независности матичне централне банке.

Независно централно банкарство представља, ако се тако може рећи, најболнију тачку намераваних или већ изведених промена у транзиционим државама. Разлог је једноставан: званична просовјетска теорија до скоро је прокламовала независност централне банке као јерес, што је аргументовано политичким прокламацијама о неопходности државне управе над свим финансијским сегментима, а посебно над централном банком.<sup>1</sup>

За разлику од "источне" финансијске теорије, "западна", која је своја решења у вези са централним банкарством већ одавно проверила у

1 Детаљније: Лисовски, Е: Финансовое право СССР, Москва 1987.

пракси, уназад последњих неколико година своја истраживања овог проблема усмерила је према учвршћивању постигнутих позитивних резултата. Заправо, у системима грађанских економија на делу је, социјалистичким речником речено, "доградња система".<sup>2</sup>

Мали је број овдашњих теоретичара, укључујући и аутора овог текста, указивао на неопходност промене приступа централном банкарству, посебно у новоствореној држави. Ипак, делимично успешна монетарна реформа која траје на овим просторима упућује на то да се нешто, мада врло споро, мења у нашим размишљањима о централној банци. То представља, сигуран сам, и обавезу више да се упознамо са статусом и функцијама немачке централне банке, банке која је остварила највиши степен независности у Европи.

## 2. Место централне банке у немачком државном систему

Немачка централна банка (данас Deutsche Bundesbank), одувек је, у складу са немачком традицијом, заузимала високо и угледно место међу тамошњим државним институцијама. То је банка која чува вредност националне монете и емитује националне банкноте.<sup>3</sup> Замишљена тако да настави традицију предратне Reichsbanke данашња Bundesbanka основана је 1957. године, а после уједињења западне и источне немачке државе - такав њен основни задатак још је очигледнији.

Дакле, пре готово четрдесет година Bundesbanka супституисала је Банку немачких земаља (Bank der deutschen Laender) - после рата провизорно организовану од стране федералних јединица Западне Немачке, која је, опет, служила за замену, до 1945. године постојећу Reichsbanku. За време свог постојања Источна Немачка имала је сопствену централну банку, која је сада инкорпорисана у систем Bundesbanke.

Позиција немачке централне банке како у односима са државом, тако и у кредитним односима са системом комерцијалних банака наглашена је различитим карактеристикама, које, без сумње, завређују теоријски и практични интерес.

## 3. Независност немачке централне банке

По својој суштини, Bundesbanka није класична уставна институција, иако представља правно лице са посебно истакнутом независношћу. Она је, према члану 12. Закона о централној банци независна од упутстава савезне Владе, али је обавезна да подржава општу привредну политику Владе и са њом сарађује (члан 13. истог закона). Гаранцију независности представљају највиши органи банке: Директоријум и из Директоријума и од председника покрајинских централних банака састављен Централни савет банке, чијим

2 Hirszowicz, Ch: Schweizerische Bankpolitik, Verlag Paul Haupt, Bern-Stuttgart-Wien, стр. 115-185.

3 Grundgesetz, Auswertiges Amt, Bonn 1994, чл. 88.

члановима припада ранг највиших државних службеника, резервисан, иначе, искључиво за савезне министре.<sup>4</sup>

Наглашена независност централне банке, која се другде ређе сусреће, типична је за Немачку и има историјске корене. Немачка Reichsbank и њена претходница, пруска Државна банка (Staatsbank), поставиле су темеље независности самом чињеницом што су у формирању банчиног капитала учествовала и приватна лица са признатим правом контроле капитала, јер држава није била у стању да обезбеди читав иницијални капитал из сопствених извора. Такву ситуацију искористиле су 1922. године Силе победнице, учинивши Reichsbank независном од немачке владе, а постављањем својих представника у Контролну комисију обезбедиле директни утицај на њен рад.<sup>5</sup>

Тако конституисана независност утемељена је Законом о аутономији централне банке из 1922. и Законом о Државној банци из 1924. године. Из разумљивих разлога, аутономија Reichsbank-е је, за време Трећег Рајха, потпуно напуштена. После Другог светског рата, због позитивних искустава из времена Вајмарске Републике, аутономија централне банке поново је уведена.<sup>6</sup>

Такође, не би требало заборавити да су инфлациони удари из 1922 и 1945. године у Немачкој запамћени као најтежи ударци, и да из тог разлога стабилност домаће монете важи као највећа национална вредност. Очување вредности немачке марке рангирано је чак изнад државе: 1948. године је прво уведена нова немачка марка (ДМ), а тек 1949. конституисана је Савезна Република Немачка. Такав редослед догађаја поновио се недавно: најпре је у јулу 1990. године уведена заједничка монета за Западну и Источну Немачку, а потом су, у октобру 1990, две државе уједињене.

#### 4. Положај Bundesbank-е у државној хијерархији

Немачка Bundesbank-а има, према члану 2. Закона о централној банци, статус самосталног правног лица јавног права са сопственим органима и правом на сопствено одлучивање у домену опште привредне делатности. Њено седиште се, према слову истог закона, налази где и седиште савезне Владе. Али закон иде и даље: "Све док се то седиште не нађе у Берлину, седиште банке је Франкфурт на Мајни." Могуће је претпоставити да ће банка тамо и остати и када Берлин, за сада само номинално, и стварно постане седиште Владе. Јер, банкарство је данас етаблирано у Франкфурту, а у Немачкој савезне установе традиционално нису концентрисане на једном месту (Савезни патентни завод је у Минхену, судови највишег степена у Карлсруеу, Савезни управни суд у Франкфурту, нпр.).

4 Stern, K: Staatsrecht, Bd.2, Berlin 1980, стр.463.

5 Uhlenbrueck, D: Die verfassungsmaessige Unabhaengigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, 1968, стр.5.

6 Uhlenbrueck, D.: op.cit., стр.9.

Bundesbank-a је савезна банка, али у односу на свој положај, она није централизована већ федерално структурирана установа.<sup>7</sup> Банка је представљена кроз централну управу у Франкфурту и кроз покрајинске управе у федералним јединицама (према члану 8. Закона о централној банци). Сваку покрајинску банку води управни борд са председником на челу. Поред тога, постоје филијале банке у свим великим градовима. Председнике покрајинских централних банака, који су по функцији чланови Централног савета Bundesbank-е, поставља председник Савезне Републике Немачке на предлог Савезног савета, а на основу (према) предлога односних федералних јединица (члан 8, одељак 4 Закона о централној банци). На тај начин, слободно узевши, федералне јединице обезбеђују свој директни утицај на политику централне банке, у складу са уставним овлашћењима у домену вођења опште привредне политике.<sup>8</sup>

У хијерархији савезне државе, међутим, Bundesbank-a не заузима положај класичне уставне институције упркос поменутом високом рангу њених управних органа. Пре би се могло рећи да припада великој групи савезних установа. Чланове најужег руководства, Директоријума (састављеног од председника, потпредседника и највише осам даљих чланова), поставља на одређени мандатни период председник савезне државе на предлог савезне владе, а из редова чланова Централног савета Bundesbank-е. Директоријум води послове централе банке и надлежан је за послове са иностранством и на тзв. "отвореном тржишту" (тржишни послови који посредно служе интересима банке). Најважније одлуке, ипак, доноси Централни савет банке, састављен од Директоријума и 16 председника покрајинских централних банака. Ови последњи, дакле, ако наступају као јединствена група, имају обезбеђену већину.

## 5. Задаци и овлашћења Bundesbank-е,

Најважнији задатак немачке централне банке састоји се у чувању вредности, односно стабилности домаће монете у том смислу да се њена вредност не умањује. При томе се ради о заштити штедиша и инвеститора, али и о гарантовању поузданих основа привредног саобраћаја. Према схватањима немачке савремене теорије, при сталним привредним флукуацијама не сме се дозволити ни увећања а посебно не галопирајућа инфлација, преко нормале од 3 до 4% годишње.<sup>9</sup> Године 1967, променом члана 109. Устава и чланом 1. Закона о одржавању стабилности и привредног раста, вредност домаће монете у обезбеђењу привредног развоја и стабилног нивоа цена и званично је утврђена као најважнији државни циљ, коме имају да служе федерација, федералне јединице и уопште све јавне институције.

7 Gabler Bank Lexikon, 10. Auflage, Wiesbaden, стр. 478 и даље.

8 Obst, Hintner: Geld-, Bank- und Boersewesen, 39. Auflage, Verlag Schafer - Poeschel, Stuttgart 1993, стр.204.

9 Ближе код: Pohl, R., Theorie der Inflation, Verlag Vahlen, Muenchen 1980.

Последње деценије потврдиле су исправност те политике, а у међувремену су и романске земље (Француска, Италија) напустиле инфлациони курс и стопу инфлације одржавају на nižем нивоу.

Но, немачкој централној банци стоје ограничена средства за спровођење такве анти-инфлационе политике, јер Bundesbank-а не учествује директно у одређивању тржишних цена роба, услуга и рада.<sup>10</sup> Ње једноставно нема као партнера у преговорима при захтевима за поскупљењем цена роба, услуга или рада. Своје мере у оквиру ограничених овлашћења она ретко употребљава и најчешће делује саветима и упозорењима.

Овлашћења Bundesbank-е у спровођењу политике чувања вредности новца у времену су следећа:

- регулисање новчних кретања (политиком драстичног смањења новчане масе лако се може изазвати инфлација),

- постављање правила под којима се комерцијалне банке могу рефинансирати, што директно значи утврђивање дисконтне и ломбардне стопе (чланови 15. и 19. Закона о централној банци),

- утврђивање минималних резерви које комерцијалне банке, без камате, морају држати на својим рачунима код Bundesbank-е, према члану 16. Закона о централној банци,

- делатност на отвореном тржишту, дакле купопродаја хартија од вредности, али и купопродаја девиза ради одржавања стабилног курса домаће монете, као и други интервенциони послови (члан 21. Закона о централној банци).

Са овим инструментаријумом који јој стоји на располагању, Bundesbank-а, пре свега, може да утиче на висину каматне стопе, јер је ова за привредну делатност од одлучујућег значаја. Уопште, у односу на коњукуру и степен инфлације, за Bundesbank-у постоји једно сензибилно и прецизно средство утицаја, које би се најбоље могло дефинисати као фино управљање. Bundesbank-а није овлашћена нити јој је остављено дискреционо право да диференцира поједине бранше или привредне делатности, па се из тог разлога не може говорити о глобалном управљању привредом.<sup>11</sup>

Затреба ли, у циклусу високих каматних стопа, помоћ привредној области којој прети рецесија или градитељу сопствене куће оптерећеном хипотекарним кредитом, њу неће указати Bundesbank-а већ савезна држава или надлежна федерална јединица својим субвенционим програмима. Одавде се и изводи један од основних разлога зашто се у СР Немачкој, упркос званичној политици ограничења субвенционирања, нове субвенције ипак траже и често одобравају.

Даље, Bundesbank-а има за задатак да обезбеди кредите за привреду (члан 3. Закона о централној банци), да служи федерацији и федералним јединицама као "њихова банка" (члан 20. Закона) и да развија платни промет са иностранством. У суштини, Bundesbank не стоји на располагању монопол

10 Gabler Bank Lexikon, 10. Auflage, 1993, стр.208.

11 Marsh, D.: Die Bundesbank, Bertelsmann, Muenchen, 1992, стр. 64.

спољне трговине, већ једно врло ограничено право контроле над платним прометом са иностранством.

Bundesbank-a је емисиона банка, којој припада искључиво право да издаје новчанице. На тај начин она користи своје овлашћење да утиче на обим готовог новца. Ово је интересантно и због тога што право ковања металног новца не припада Bundesbank-у већ федерацији. Међутим, федерација је дискретно пренела ово овлашћење у делокруг централне банке, не желећи да омета или угрожава основни задатак Bundesbank-е.

Вредно је, мислим, напоменути још и то да је у СР Немачкој уговарање клаузуле осигурања вредности дозвољено једино уз претходно одобрење Bundesbank-е. Према таквим клаузулама Bundesbank-a се држи врло резервисано, како би избегла могућност утицаја субјеката јавног или приватног права на глобалну стабилизациону политику, али и спречила могућност остваривања контроле истих тих субјеката над укупним привредним активностима.<sup>12</sup>

## 6. Bundesbank-a као "банка банака"

Bundesbank-a се у немачкој јавности често означава као "банка банака", што је истинито уколико се под тим подразумева њено старање о рефинансирању пословних банака и регулисање новчаних токова у земљи и према иностранству.<sup>13</sup> Чланом 19. Закона о централној банци таксативно су одређени дозвољени послови између привреде и Bundesbank-е, што је важно нарочито са становишта да Bundesbank-a осим законом утврђених задатака није овлашћена на било шта друго. Једноставно, њен делокруг нити јој може бити ограничен нити одузет. Комерцијалне банке су, дакле како је већ речено, обавезне да минималне резерве држе на рачунима код Bundesbank-е.

Та обавеза и учешће Bundesbank-е у "контроли савезне власти над кредитним односима" чине да Bundesbank-a у стварности изгледа као државна служба а не као банка. Наравно, о томе се расправљало и још увек се расправља и у пракси и у теорији. По мом мишљењу, Bundesbank-a има обе улоге: она понекад наступа као државна служба највишег ранга, а понекад ступа у правне послове на принципима пуне равноправности. Та комбинација, препознатљива и код других јавних предузећа у тржишним привредама, очувана је без обзира на проблеме који се ту и тамо појављују.<sup>14</sup>

Као банка, Bundesbank-a се појављује пре свега у оквиру својих привредних делатности. Bundesbank-a нема, као остале савезне институције јавног права, свој буџет и економски план - она привређује као и свака пословна банка и о томе на крају године подноси исцрпни пословни извештај, који контролише неки од привредних инспектора. Остварена добит, према члану 27. Закона о централној банци припада федерацији.

12 Puettner, G.: Oeffentliche Unternehmen, Boomer Verlag, Stuttgart 1993, стр. 178.

13 Marsh, ibid.

14 Puettner, G.: op. cit., стр.237.

Последњих година та добит није била занемарљива: до 10 милијарди ДМ годишње, што је федерацији сигурно било од велике помоћи у одговору на сталне финансијске захтеве.

Мање у свом интересу, а више у интересу информисања јавности, према члану 28. Закона о централној банци, Bundesbank-а објављује сталне тромесечне извештаје о стању најважнијих билансних позиција.

Са друге стране, Bundesbank-а не подлеже класичној банкарској контроли (она је, као што је већ речено, сама врши), као ни организационим прописима трговачког законодавства. Она, такође, не плаћа порез, што је разликује од класичних јавних предузећа, подложних опорезивању. Дакле, она стварно заузима један заиста посебан положај.<sup>15</sup>

Када се Bundesbank-а означава као "банка банака", не узима се само (или у највећој мери) у обзир њен правни положај. Тиме се, наиме, жели нагласити да у "банкарској породици" (а она постоји у СР Немачкој) Bundesbank-а заузима уистину водеће место. Она, ако се тако може рећи, држи све konce у својим рукама, даје тон свему и свиме управља. Све велике пословне банке имају своја седишта у Франкфурту у близини седишта Bundesbank-е, и све су тамо кадровски најрепрезентативније представљене. Такође и највеће иностране банке имају одговарајућа представништва у Франкфурту.

Немачки кредитни институти састоје се из три велике групе: приватних пословних банака, банака - друштава капитала (тзв. народне банке и покрајинске штедионице), као и штедионица у оквиру покрајинских централних банака. Поред тога, постоје специјални кредитни институти федерације и федералних јединица. Са појединачним комуналним штедионицама и месним банкама - акционарским друштвима Bundesbank-а послује ретко или готово никад; њени односи постоје, пре свега, са врхунским банкарским институцијама (покрајинским банкама, Немачком задружном касом, нпр.).

## 7. Bundesbank-а и Европа

Европска Унија се налази, упркос сталном противљењу Енглеске али и других земаља - чланица, на путу новчане уније, дакле стварања заједничке европске монете. Тај пут, свакако, захтева решење многих проблема, али се са великом вероватноћом може предвиђати стварно заједничко тржиште и стварни заједнички новац. Различите стопе инфлације у појединим земљама чланицама тада више неће бити могуће, а свака поједина држава биће упућена на очување вредности заједничке монете.

За Bundesbank-и и за остале централне банке земаља чланица Европске уније такав развој биће од одлучујућег интереса. Оне ће изгубити своју самосталност тако што ће своја овлашћења пренети на једну Европску централну банку или ће се у њу, једноставно, укључити. У савременој немачкој банкарској пракси се сматра да је заједничку управу у таквој банци могуће

15 Ibid.

решити као и у Немачкој до 1957/58. године, у оквиру које би постојеле централне банке земаља чланица ЕУ остале као организационе јединице јединствене Европске централне банке (која би доносила најважније одлуке). Међутим, расправе о оваквом решењу још увек трају и потребне сагласности за сада нема.

Немачка централна банка, колико се може приметити, не подржава безрезервно овакав развој европског централног банкарства као што то чини немачка Влада. Bundesbank-а држи до своје независности и страхује од неконтролисане опасности ако се у овако великој Европи (са тенденцијом њеног проширења) одлучује о стабилности новчане вредности. За сада су у првом плану проблеми немачког уједињења, али ће европски убрзо избити у гро - план.

Тиме се повећава обавеза транзиционих земаља у подручју непосредног европског утицаја да трансформишу своје банкарске системе, и то у смислу флексибилности и ефикасности, а према мерилима провереним у грађанским економијама. Изгледа ми да је и за наш банкарски систем одлучујући тренутак да изврши својинску, фискалну и банкарску реформу. Јер, закашњење може бити дефинитивно.

## Summary

### GERMAN CENTRAL BANK STATUS AND FUNCTIONS

The German Central Bank (Deutsche Bundesbank) has taken since long ago, in compliance with the German tradition, a high and good standing among the German State institutions. It is the bank which basic assignment is to preserve the value of the national currency and to issue bank notes. It is not in fact the conventional constitutional institution though it represents a legal entity with accentuated independence. It is independent as for the Federal Government instructions, but obliged to support the Government general economic policy and to cooperate with it. The accentuated independence of the Central bank, rarely encountered elsewhere, is typical for Germany and has historical roots.

The German Central Bank has a status of an independent legal entity of the Public Law with its own authorities and the right to self decision-making in the domain of the general economic activity. It is a federal bank but in relation to its position, it is not centralized but federally structured institution. Its most important task, which it performs successfully, consists in preserving value i.e. stability of national currency so as not to reduce its value. It protects saving depositors and investors, and guaranties reliable grounds for the economic transactions.

Др Предраг Стојановић  
проф. Правног факултета у  
Крагујевцу

## СТАТУС И ФУНКЦИЈЕ НЕМАЧКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

*КЉУЧНЕ РЕЧИ: Немачка централна банка, банкарско право*

УДК: 35.073:336.711(430)

### 1. Уводна разматрања

Проблем централног банкарства у финансијскоправној теорији актуелизован је уназад неколико година услед економских и политичких промена после распада Совјетског Савеза и низа његових европских држава - трабаната. Скоро све распадом створене државе (укључујући само Словенију из оквира бивше СФРЈ) кренуле су више или мање извесним путеви-ма економске и финансијске транзиције, са намером да се приближе стандардима постављеним од стране Европске Уније, САД, Јапана и "малих тигрова" (Хонг-Конг, Тајван, Јужна Кореја). Транзициони методи нити су били нити јесу јединствени (јер процес још ни у једној пост-комунистичкој држави није изведен до краја), али су сви имали и имају једну заједничку карактеристику: постизање што већег степена независности матичне централне банке.

Независно централно банкарство представља, ако се тако може рећи, најболнију тачку намераваних или већ изведених промена у транзиционим државама. Разлог је једноставан: званична просовјетска теорија до скора је прокламовала независност централне банке као јерес, што је аргументовано политичким прокламацијама о неопходности државне управе над свим финансијским сегментима, а посебно над централном банком.<sup>1</sup>

За разлику од "источне" финансијске теорије, "западна", која је своја решења у вези са централним банкарством већ одавно проверила у

1 Детаљније: Лисовски, Е: Финансовое право СССР, Москва 1987.

практи, уназад последњих неколико година своја истраживања овог проблема усмерила је према учвршћивању постигнутих позитивних резултата. Заправо, у системима грађанских економија на делу је, социјалистичким речником речено, "доградња система".<sup>2</sup>

Мали је број овдашњих теоретичара, укључујући и аутора овог текста, указивао на неопходност промене приступа централном банкарству, посебно у новоствореној држави. Ипак, делимично успешна монетарна реформа која траје на овим просторима упућује на то да се нешто, мада врло споро, мења у нашим размишљањима о централној банци. То представља, сигуран сам, и обавезу више да се упознамо са статусом и функцијама немачке централне банке, банке која је остварила највиши степен независности у Европи.

## 2. Место централне банке у немачком државном систему

Немачка централна банка (данас Deutsche Bundesbank), одувек је, у складу са немачком традицијом, заузимала високо и угледно место међу тамошњим државним институцијама. То је банка која чува вредност националне монете и емитује националне банкноте.<sup>3</sup> Замишљена тако да настави традицију предратне Reichsbanke данашња Bundesbanka основана је 1957. године, а после уједињења западне и источне немачке државе - такав њен основни задатак *још је очигледнији*.

Дакле, пре готово четрдесет година Bundesbanka супституисала је Банку немачких земаља (Bank der deutschen Laender) - после рата провизорно организовану од стране федералних јединица Западне Немачке, која је, опет, служила за замену, до 1945. године постојећу Reichsbanku. За време свог постојања Источна Немачка имала је сопствену централну банку, која је сада инкорпорисана у систем Bundesbanke.

Позиција немачке централне банке како у односима са државом, тако и у кредитним односима са системом комерцијалних банака наглашена је различитим карактеристикама, које, без сумње, завређују теоријски и практични интерес.

## 3. Независност немачке централне банке

По својој суштини, Bundesbanka није класична уставна институција, иако представља правно лице са посебно истакнутом независношћу. Она је, према члану 12. Закона о централној банци независна од упутстава савезне Владе, али је обавезна да подржава општу привредну политику Владе и са њом сарађује (члан 13. истог закона). Гаранцију независности представљају највиши органи банке: Директоријум и из Директоријума и од председника покрајинских централних банака састављен Централни савет банке, чијим

---

2 Hirszowicz, Ch: Schweizerische Bankpolitik, Verlag Paul Haupt, Bern-Stuttgart-Wien, стр. 115-185.

3 Grundgesetz, Auswertiges Amt, Bonn 1994, чл. 88.

члановима припада ранг највиших државних службеника, резервисан, иначе, искључиво за савезне министре.<sup>4</sup>

Наглашена независност централне банке, која се другде ређе сусреће, типична је за Немачку и има историјске корене. Немачка Reichsbank и њена претходница, пруска Државна банка (Staatsbank), поставиле су темеље независности самом чињеницом што су у формирању банчиног капитала учествовала и приватна лица са признатим правом контроле капитала, јер држава није била у стању да обезбеди читав иницијални капитал из сопствених извора. Такву ситуацију искористиле су 1922. године Силе победнице, учинивши Reichsbank независном од немачке владе, а постављањем својих представника у Контролну комисију обезбедиле директни утицај на њен рад.<sup>5</sup>

Тако конституисана независност утемељена је Законом о аутономији централне банке из 1922. и Законом о Државној банци из 1924. године. Из разумљивих разлога, аутономија Reichsbank-е је, за време Трећег Рајха, потпуно напуштена. После Другог светског рата, због позитивних искустава из времена Вајмарске Републике, аутономија централне банке поново је уведена.<sup>6</sup>

Такође, не би требало заборавити да су инфлациони удари из 1922 и 1945. године у Немачкој запамћени као најтежи ударци, и да из тог разлога стабилност домаће монете важи као највећа национална вредност. Очување вредности немачке марке рангирано је чак изнад државе: 1948. године је прво уведена нова немачка марка (ДМ), а тек 1949. конституисана је Савезна Република Немачка. Такав редослед догађаја поновио се недавно: најпре је у јулу 1990. године уведена заједничка монета за Западну и Источну Немачку, а потом су, у октобру 1990, две државе уједињене.

#### 4. Положај Bundesbank-е у државној хијерархији

Немачка Bundesbank-а има, према члану 2. Закона о централној банци, статус самосталног правног лица јавног права са сопственим органима и правом на сопствено одлучивање у домену опште привредне делатности. Њено седиште се, према слову истог закона, налази где и седиште савезне Владе. Али закон иде и даље: "Све док се то седиште не нађе у Берлину, седиште банке је Франкфурт на Мајни." Могуће је претпоставити да ће банка тамо и остати и када Берлин, за сада само номинално, и стварно постане седиште Владе. Јер, банкарство је данас етаблирано у Франкфурту, а у Немачкој савезне установе традиционално нису концентрисане на једном месту (Савезни патентни завод је у Минхену, судови највишег степена у Карлсруеу, Савезни управни суд у Франкфурту, нпр.).

4 Stern, K: Staatsrecht, Bd.2, Berlin 1980, стр.463.

5 Uhlenbrueck, D: Die verfassungsmaessige Unabhaengigkeit der Deutschen Bundesbank und ihre Grenzen, 1968, стр.5.

6 Uhlenbrueck, D.: op.cit., стр.9.

Bundesbank-a је савезна банка, али у односу на свој положај, она није централизована већ федерално структурирана установа.<sup>7</sup> Банка је представљена кроз централну управу у Франкфурту и кроз покрајинске управе у федералним јединицама (према члану 8. Закона о централној банци). Сваку покрајинску банку води управни борд са председником на челу. Поред тога, постоје филијале банке у свим великим градовима. Председнике покрајинских централних банака, који су по функцији чланови Централног савета Bundesbank-е, поставља председник Савезне Републике Немачке на предлог Савезног савета, а на основу (према) предлога односних федералних јединица (члан 8, одељак 4 Закона о централној банци). На тај начин, слободно узевши, федералне јединице обезбеђују свој директни утицај на политику централне банке, у складу са уставним овлашћењима у домену вођења опште привредне политике.<sup>8</sup>

У хијерархији савезне државе, међутим, Bundesbank-a не заузима положај класичне уставне институције упркос поменутом високом рангу њених управних органа. Пре би се могло рећи да припада великој групи савезних установа. Чланове најужег руководства, Директоријума (састављеног од председника, потпредседника и највише осам даљих чланова), поставља на одређени мандатни период председник савезне државе на предлог савезне владе, а из редова чланова Централног савета Bundesbank-е. Директоријум води послове централне банке и надлежан је за послове са иностранством и на тзв. "отвореном тржишту" (тржишни послови који посредно служе интересима банке). Најважније одлуке, ипак, доноси Централни савет банке, састављен од Директоријума и 16 председника покрајинских централних банака. Ови последњи, дакле, ако наступају као јединствена група, имају обезбеђену већину.

## 5. Задаци и овлашћења Bundesbank-е,

Најважнији задатак немачке централне банке састоји се у чувању вредности, односно стабилности домаће монете у том смислу да се њена вредност не умањује. При томе се ради о заштити штедиша и инвеститора, али и о гарантовању поузданих основа привредног саобраћаја. Према схватањима немачке савремене теорије, при сталним привредним флукуацијама не сме се дозволити ни увећана а посебно не галомирајућа инфлација, преко нормале од 3 до 4% годишње.<sup>9</sup> Године 1967, променом члана 109. Устава и чланом 1. Закона о одржавању стабилности и привредног раста, вредност домаће монете у обезбеђењу привредног развоја и стабилног нивоа цена и званично је утврђена као најважнији државни циљ, коме имају да служе федерација, федералне јединице и уопште све јавне институције.

7 Gabler Bank Lexikon, 10. Auflage, Wiesbaden, стр. 478 и даље.

8 Obst, Hintner: Geld-, Bank- und Boersewesen, 39. Auflage, Verlag Schafer - Poeschel, Stuttgart 1993, стр.204.

9 Ближе код: Pohl, R., Theorie der Inflation, Verlag Vahlen, Muenchen 1980.

Последње деценије потврдиле су исправност те политике, а у међувремену су и романске земље (Француска, Италија) напустиле инфлациони курс и стопу инфлације одржавају на нижем нивоу.

Но, немачкој централној банци стоје ограничена средства за спровођење такве анти-инфлационе политике, јер Bundesbank-а не учествује директно у одређивању тржишних цена роба, услуга и рада.<sup>10</sup> Ње једноставно нема као партнера у преговорима при захтевима за поскупљењем цена роба, услуга или рада. Своје мере у оквиру ограничених овлашћења она ретко употребљава и најчешће делује саветима и упозорењима.

Овлашћења Bundesbank-е у спровођењу политике чувања вредности новца у времену су следећа:

- регулисање новчних кретања (политиком драстичног смањења новчане масе лако се може изазвати инфлација),

- постављање правила под којима се комерцијалне банке могу рефинансирати, што директно значи утврђивање дисконтне и ломбардне стопе (чланови 15. и 19. Закона о централној банци),

- утврђивање минималних резерви које комерцијалне банке, без камате, морају држати на својим рачунима код Bundesbank-е, према члану 16. Закона о централној банци,

- делатност на отвореном тржишту, дакле купопродаја хартија од вредности, али и купопродаја девиза ради одржавања стабилног курса домаће монете, као и други интервенциони послови (члан 21. Закона о централној банци).

Са овим инструментаријумом који јој стоји на располагању, Bundesbank-а, пре свега, може да утиче на висину каматне стопе, јер је ова за привредну делатност од одлучујућег значаја. Уопште, у односу на коњуктуру и степен инфлације, за Bundesbank-у постоји једно сензибилно и прецизно средство утицаја, које би се најбоље могло дефинисати као fino управљање. Bundesbank-а није овлашћена нити јој је остављено дискреционо право да диференцира поједине бранше или привредне делатности, па се из тог разлога не може говорити о глобалном управљању привредом.<sup>11</sup>

Затреба ли, у циклусу високих каматних стопа, помоћ привредној области којој прети речесија или градитељу сопствене куће оптерећеном хипотекарним кредитом, њу неће указати Bundesbank-а већ савезна држава или надлежна федерална јединица својим субвенционим програмима. Одавде се и изводи један од основних разлога зашто се у СР Немачкој, упркос званичној политици ограничења субвенционирања, нове субвенције ипак траже и често одобравају.

Даље, Bundesbank-а има за задатак да обезбеди кредите за привреду (члан 3. Закона о централној банци), да служи федерацији и федералним јединицама као "њихова банка" (члан 20. Закона) и да развија платни промет са иностранством. У суштини, Bundesbank не стоји на располагању монопол

10 Gabler Bank Lexikon, 10. Auflage, 1993, стр.208.

11 Marsh, D.: Die Bundesbank, Bertelsmann, Muenchen, 1992, стр. 64.

спољне трговине, већ једно врло ограничено право контроле над платним прометом са иностранством.

Bundesbank-a је емисиона банка, којој припада искључиво право да издаје новчанице. На тај начин она користи своје овлашћење да утиче на обим готовог новца. Ово је интересно и због тога што право ковања металног новца не припада Bundesbank-у већ федерацији. Међутим, федерација је дискретно пренела ово овлашћење у делокруг централне банке, не желећи да омета или угрожава основни задатак Bundesbank-е.

Вредно је, мислим, напоменути још и то да је у СР Немачкој уговарање клаузуле осигурања вредности дозвољено једино уз претходно одобрење Bundesbank-е. Према таквим клаузулама Bundesbank-a се држи врло резервисано, како би избегла могућност утицаја субјеката јавног или приватног права на глобалну стабилизациону политику, али и спречила могућност остваривања контроле истих тих субјеката над укупним привредним активностима.<sup>12</sup>

## 6. Bundesbank-a као "банка банака"

Bundesbank-a се у немачкој јавности често означава као "банка банака", што је истинито уколико се под тим подразумева њено старање о рефинансирању пословних банака и регулисање новчаних токова у земљи и према иностранству.<sup>13</sup> Чланом 19. Закона о централној банци таксативно су одређени дозвољени послови између привреде и Bundesbank-е, што је важно нарочито са становишта да Bundesbank-a осим законом утврђених задатака није овлашћена на било шта друго. Једноставно, њен делокруг нити јој може бити ограничен нити одузет. Комерцијалне банке су, дакле како је већ речено, обавезне да минималне резерве држе на рачунима код Bundesbank-е.

Та обавеза и учешће Bundesbank-е у "контроли савезне власти над кредитним односима" чине да Bundesbank-a у стварности изгледа као државна служба а не као банка. Наравно, о томе се расправљало и још увек се расправља и у пракси и у теорији. По мом мишљењу, Bundesbank-a има обе улоге: она понекад наступа као државна служба највишег ранга, а понекад ступа у правне послове на принципима пуне равноправности. Та комбинација, препознатљива и код других јавних предузећа у тржишним привредама, очувана је без обзира на проблеме који се ту и тамо појављују.<sup>14</sup>

Као банка, Bundesbank-a се појављује пре свега у оквиру својих привредних делатности. Bundesbank-a нема, као остале савезне институције јавног права, свој буџет и економски план - она привређује као и свака пословна банка и о томе на крају године подноси исцрпни пословни извештај, који контролише неки од привредних инспектора. Остварена добит, према чла-ну 27. Закона о централној банци припада федерацији.

12 Puettner, G.: *Oeffentliche Unternehmen*, Boomborg Verlag, Stuttgart 1993, стр. 178.

13 Marsh, *ibid.*

14 Puettner, G.: *op. cit.*, стр.237.

Последњих година та добит није била занемарљива: до 10 милијарди ДМ годишње, што је федерацији сигурно било од велике помоћи у одговору на сталне финансијске захтеве.

Мање у свом интересу, а више у интересу информисања јавности, према члану 28. Закона о централној банци, Bundesbank-а објављује сталне тромесечне извештаје о стању најважнијих билансних позиција.

Са друге стране, Bundesbank-а не подлеже класичној банкарској контроли (она је, као што је већ речено, сама врши), као ни организационим прописима трговачког законодавства. Она, такође, не плаћа порез, што је разликује од класичних јавних предузећа, подложних опорезивању. Дакле, она стварно заузима један заиста посебан положај.<sup>15</sup>

Када се Bundesbank-а означава као "банка банака", не узима се само (или у највећој мери) у обзир њен правни положај. Тиме се, наиме, жели нагласити да у "банкарској породици" (а она постоји у СР Немачкој) Bundesbank-а заузима уистину водеће место. Она, ако се тако може рећи, држи све конце у својим рукама, даје тон свему и свиме управља. Све велике пословне банке имају своја седишта у Франкфурту у близини седишта Bundesbank-е, и све су тамо кадровски најрепрезентативније представљене. Такође и највеће иностране банке имају одговарајућа представништва у Франкфурту.

Немачки кредитни институти састоје се из три велике групе: приватних пословних банака, банака - друштава капитала (тзв. народне банке и покрајинске штедионице), као и штедионица у оквиру покрајинских централних банака. Поред тога, постоје специјални кредитни институти федерације и федералних јединица. Са појединачним комуналним штедионицама и месним банкама - акционарским друштвима Bundesbank-а послује ретко или готово никад; њени односи постоје, пре свега, са врхунским банкарским институцијама (покрајинским банкама, Немачком задружном касом, нпр.).

## 7. Bundesbank-а и Европа

Европска Унија се налази, упркос сталном противљењу Енглеске али и других земаља - чланица, на путу новчане уније, дакле стварања заједничке европске монете. Тај пут, свакако, захтева решење многих проблема, али се са великом вероватноћом може предвиђати стварно заједничко тржиште и стварни заједнички новац. Различите стопе инфлације у појединим земљама чланицама тада више неће бити могуће, а свака поједина држава биће упућена на очување вредности заједничке монете.

За Bundesbank-у и за остале централне банке земаља чланица Европске уније такав развој биће од одлучујућег интереса. Оне ће изгубити своју самосталност тако што ће своја овлашћења пренети на једну Европску централну банку или ће се у њу, једноставно, укључити. У савременој немачкој банкарској пракси се сматра да је заједничку управу у таквој банци могуће

15 Ibid.

решити као и у Немачкој до 1957/58. године, у оквиру које би постојеће централне банке земаља чланица ЕУ остале као организационе јединице јединствене Европске централне банке (која би доносила најважније одлуке). Међутим, расправе о оваквом решењу још увек трају и потребне сагласности за сада нема.

Немачка централна банка, колико се може приметити, не подржава безрезервно овакав развој европског централног банкарства као што то чини немачка Влада. Bundesbank-а држи до своје независности и страхује од неконтролисаних опасности ако се у овако великој Европи (са тенденцијом њеног проширења) одлучује о стабилности новчане вредности. За сада су у првом плану проблеми немачког уједињења, али ће европски убрзо избити у гро - план.

Тиме се повећава обавеза транзиционих земаља у подручју непосредног европског утицаја да трансформишу своје банкарске системе, и то у смислу флексибилности и ефикасности, а према мерилима провереним у грађанским економијама. Изгледа ми да је и за наш банкарски систем одлучујући тренутак да изврши својинску, фискалну и банкарску реформу. Јер, закашњење може бити дефинитивно.

## Summary

### GERMAN CENTRAL BANK STATUS AND FUNCTIONS

The German Central Bank (Deutsche Bundesbank) has taken since long ago, in compliance with the German tradition, a high and good standing among the German State institutions. It is the bank which basic assignment is to preserve the value of the national currency and to issue bank notes. It is not in fact the conventional constitutional institution though it represents a legal entity with accentuated independence. It is independent as for the Federal Government instructions, but obliged to support the Government general economic policy and to cooperate with it. The accentuated independence of the Central bank, rarely encountered elsewhere, is typical for Germany and has historical roots.

The German Central Bank has a status of an independent legal entity of the Public Law with its own authorities and the right to self decision-making in the domain of the general economic activity. It is a federal bank but in relation to its position, it is not centralized but federally structured institution. Its most important task, which it performs successfully, consists in preserving value i.e. stability of national currency so as not to reduce its value. It protects saving depositors and investors, and guaranties reliable grounds for the economic transactions.

**Др Миле Врањеш**  
 професор Правног факултета у  
 Новом Саду

## КОНТРАВЕРЗЕ ЛОКАЛНИХ ФИНАНСИЈА

**КЉУЧНЕ РЕЧИ:** локална са-  
 моуправа, финансије

У времену чији смо сведоци Савезна Република Југославија се налази у фази транзиције. То подразумева, између осталог, и напоре у изградњи модерног система и политике јавних прихода и јавних расхода локалних заједница (градова и општина).

Финансирање градова и општина наилази на разне проблеме. Ублажавање тих проблема није замисливо без државне интервенције, без повећања материјалних средстава и без адекватне расподеле средстава и задатака између државних органа различитог нивоа.

У тексту који следи учиниће се покушај да се опишу проблеми у поменутој области уз истовремено скицирање могућих путева и праваца за њихово превазилажење.

### I.

Познато је да економска теорија стоји на становишту о нужности максималног поштовања преференције корисника у задовољавању свих потреба, укључујући и оне за јавним добрима. У складу са тим формулисана је чувена Tieboutova хипотеза да одлуке о финансирању понуде конкретних јавних добара треба препустити резидентима оног локалитета на којем се та јавна добра користе и да их треба максимално децентрализовати. Другим речима, рационалну алокацију функција јавних финансија треба остваривати тако да се максимално поштује преференције потрошача, појединаца и колективитета. То се у овом домену не може остварити ако се игноришу локални нови друштвено-политички заједница, односно ако се не оствари одговарајући степен децентрализације

одлучивања. Стога су локалне финансије стекле право грађанства, односно аутономије у теорији. Проблем је, међутим, што се ефекти коришћења јавних добара не могу увек ограничити на један локалитет (због присуства тзв. "екстерних економија"), као што је сасвим извесно да реализација редистрибутивне и поготово стабилизационе функције јавних финансија захтева подизање одређених јавнопривредних одлука на виши ниво одлучивања.<sup>1</sup> То су разлози који не дозвољавају "апсолутизацију" начела децентрализованог одлучивања, односно који траже одређену равнотежу и поделу фискалне надлежности између различитих нивоа одлучивања не само у једној унитарној него и у федеративној држави.<sup>2</sup> Осетљивост избора те равнотеже је посебно изражена у државним заједницама овог другог типа, поготово ако се још уз све то ради и о мултинационалним федерацијама. Ако се томе дода и проблем поделе приходних извора проблем постаје још већи.<sup>3</sup> Неодређеност науке у том погледу ту често замењује политичка арбитража и политички опортунитет одлучивања.

У том контексту конкретна светска пракса је најчешће сасвим различита што се тиче појединих решења, али ипак са одређеним заједничким знацима и тенденцијама. У првом периоду сведочи семо већих надлежности централних власти у односу на ниже политичке територијалне јединице. Централне власти успеле су да преузму у своје руке главне приходне изворе, с једне стране, и надлежности за највећи део функција јавних финансија, са друге стране. Разлози за овакву поделу надлежности и поделу прихода између федерације, федералних јединица и нижих политичко-територијалних јединица нису били повезани само са неограниченим могућностима "усклађивања" централне власти, већ и са снажном милитаризацијом друштва и посебно ширењем државног интервенционизма у привреди.

После једног релативно дугог "настртаја" виших, посебно централних нивоа власти на фискалну аутономију нижих политичко-територијалних јединица сада је, чини се, дошла до изражаја тенденција децентрализације. Поједине јавне функције се преносе са централних на локалне власти. Тај процес није нарочито изражен, али се уочава у многим земљама (на пример, у Француској, Јапану, Турској и САД). Процес децентрализовања појединих функција нарочито у области друштвених служби: образовања, здравства и екологије, остварује се или једним чистим преносом надлежности или једним обликом партнерства, тј. заједничког ангажовања централних и локалних власти.

"Међутим, из ових појава не треба извлачити закључак да се ради о некаквој тенденцији слабљења интереса централних власти за локалне

1 Richard A. Musgrave, Теорија јавних финансија, Научна књига, Београд, 1973, стр. 4-5.

2 Ksente Bogoev: Fiskalna harmonizacija i fiskalni federalizam, (u studiji: Sistem i politika društvenog finansiranja, red. Pero Jurković), Zagreb, 1987, стр. 361.

3 Dejan Popović, Теорија и пракса фискалног федерализма и јавне финансије у Новом Уставу Југославије, Zagreb, Финансијска пракса, бр. 1-3/1990, стр. 4-13.

финансије и о њиховом постепеном повлачењу са овог терена. Напротив, њихово инволвирање у акцији локалних колективитета постаје чак продубљеније. Али, изразиту карактеристику понашања централних власти у новије време представља њихов све већи ослонац на посредне и неформалне методе деловања на овом плану".<sup>4</sup> Ради се о организованим контактима, информацијама и сугестијама о томе како треба решавати поједине проблеме локалних финансија. Произилази да је нови правац односа централних и локалних власти више заснован на некој врсти сарадње и координације, а мање на класичној шеми поделе надлежности.

Посматрајући поделу прихода између друштвено-политичких заједница<sup>5</sup> може се закључити да степен децентрализације није велик у свету. У укупним јавним приходима локалне власти учествују негде са 10 одсто у федеративним државама. Разуме се, има земаља у којима је тај процес већи, као нпр. Швајцарска и САД. Централним властима припада око 45 одсто, државама у саставу федерације око 20 одсто. На крају, социјално осигурање ангажује око 20 одсто укупних средстава јавног сектора. То најбоље потврђују подаци садржани у табели 1 (датај на крају рада).

Посматрајући, пак, састав прихода локалних заједница може се закључити да се у пракси земаља ОЕЦД-а могу срести четири модалитета финансирања буџетских расхода градова и општина. То су: сопствени порези градова и општина, наплата одређених услуга, допунска средства ширих друштвено-политичких заједница и кредити. У земљама ОЕЦД-а део сопствених пореза у укупним буџетским приходима градова и општина је релативно мали. Они су се 80-тих година кретали од 7,4% у Холандији до 57,9% у Швајцарској. Што се тиче састава тих прихода он је различит. У неким државама је главни приход локалних буџета порез на имовину, у другом порез на промет, а у трећим порез из дохотка привредних организација и личних доходака грађана. Структура јавних прихода градова и општина у неким земљама ОЕЦД-а дата је у табели 3.

Ако посматрамо целину фискалне карте локалних заједница може се закључити да оне не могу из сопствених приходних извора финансирати све своје потребе. Сопствени приходи локалних заједница једва да покривају 50 одсто укупних јавних расхода локалних заједница. Други део средстава локалне власти формирају из допунских средстава ширих друштвено-политичких заједница. Кад је реч о допунским средствима ширих друштвено-политичких заједница она се могу појавити у три облика: дотације, субвенције и уступање прихода од једног или више пореза. Проблем дотације<sup>6</sup> је једно од најсложенијих питања у односима између цен-

4 Ксенте Богоев, Актуелна питања локалних финансија, (у студији: Локалне финансије - порески систем и пореска политика у Новом Саду, Београд, 1990, стр. 5-26.

5 Маријан Ханжековић: Основна искуства и пракса финансирања општина и градова у свету (у студији: Локалне финансије - порески систем и пореска политика у Новом Саду), Београд, 1990, стр. 5-59.

6 Слободан Штампар: Подела прихода између друштвено-политичких заједница, Загреб, 1968.

тралних и локалних власти. У оквиру ове проблематике неколико питања заслужује посебну анализу и оцену. То су питања карактера допунских средстава; утврђивање обима допунских средстава и функције дотација. Дотација представља допунска средства која централне власти дају локалним без одређене намене: дотације не дирају у самоуправна права локалних заједница. Стручњаци ОЕЦД-а нису јединствени у ставу да ли је учешће у пореским приходима које шира политичко-територијална јединица одобрава ужој дотација или, пак, део система расподеле буџетских прихода. По мом мишљењу такво учешће је део властитих прихода уже заједнице ако се општим прописом даје свим заједницама, а дотација је ако се даје само неким. Што се тиче овима дотације она треба да буде онолика да покрије разлику између сопствених прихода и обима стварних потреба. Дотације се јављају најмање у трострукој функцији. Прво, оне билансирају недостатак фискалних извора на локалном нивоу, друго, оне врше неку врсту финансијског изравнања како би се смањиле разлике у диспаратетима међу појединим локалним заједницама и да би се постигао неки стандард, односно неопходни ниво квалитета оних услуга које се користе на локалном нивоу и треће, за остваривање појединих програма који су од ширег националног интереса кроз специјалне дотације уз услов да и локалне власти партиципирају својим средствима. Преглед допунских средстава локалних буџета у неким земљама ОЕЦД-а дат је у табели 2.

## II.

Што се тиче фискалне позиције (аутономије) локалних заједница у Југославији може се рећи да се она током послератног периода мењала.<sup>7</sup> Наиме, уставна овлашћења из 1974. године омогућила су да се функције локалних друштвено-политичких заједница знатно прошире, првенствено општина у области фискалног система и фискалне политике. То је било детаљно регулисано републичким и покрајинским законима о финансирању општих друштвених потреба којима су и биле утврђене врсте пореза и других дажбина које су општине, градови и заједнице општина могле уводити својим одлукама. На тај начин су градови и општине у фискалном смислу биле аутономне. Оне су доносиле и креирале бројне конкретне прописе и мере из домена пореске политике.<sup>8</sup>

Не улазећи у потпуну анализу локалних финансија у претходном систему, могу се истаћи његове три главне специфичности: прво, велики степен децентрализације, знатно већи у односу на друге земље. Слободно се могло рећи да такав степен децентрализације није имала ни једна земља, чак ни оне које су се узимале као узор децентрализованих односа, као нпр. Швајцарска, САД и Канада. Степен децентрализације био је веома изражен

7 Касим Бегих: Финансијска надлежност у развоју југословенске федерације, Сарајево, 1984; Ксенте Богоев: Локалне финансије Југославије, Београд, 1964.

8 Јуре Шимовић, Порески систем и пореска политика општина у Југославији, Загреб, 1989; Друштвене финансије општина и градова Југославије, Београд, 1985.

како на страни прихода, тако и на страни расхода локалних заједница. Због присутног начела децентрализације, градови и општине у Југославији имали су широку надлежност у обављању својих функција па им је због тога припадао већи део укупних прихода него што је то случај био са централно организованим државама и у неким федеративно уређеним државама. То је условило да градови и општине убирају бројне порезе, а осим тога су им републике и аутономне покрајине уступале неке порезе у потпуности и давале удео у неким републичким и покрајинским порезима. Такав систем јавних прихода дао је, углавном, задовољавајуће резултате.

Упркос релативно значајној фискалној аутономији локалних заједница у претходном систему оне ту аутономију нису злоупотребљавале, нису биле значајан подстрекач инфлације, нити су њихове одлуке о увођењу фискалног система, а у доброј мери фискалне политике, угрожавале јединствено југословенско тржиште. Колико је то резултат међусобног угледања локалних заједница, а колико договора о заједничким основама пореског система и пореске политике, тешко се могло рећи. Међутим, код локалних друштвено-политичких заједница је тада деловао својеврстан степен хармонизације и координације одлука на одговарајућем нивоу. Када је у питању, пак, био ниво бивше Југославије, показао се мањи степен ефикасности хармонизације и координације између република и аутономних покрајина. Другим речима, градови и општине у претходном систему су се показали као бољи и тачнији, прецизнији и благовременији реализатор свега онога што су се републике и аутономне покрајине договориле у оквиру пореског система и пореске политике.

Друга специфичност неких локалних заједница у претходном систему односила се на овим и структуру прихода. У свим општинама и градовима у бившој Југославији основу система прихода чинили су фискални, нефискални и парафискални приходи. Са становишта њиховог притицања они су имали карактер изворних, допунских или уступљених прихода. Основе су биле једнообразне због велике сличности у републикама и аутономним покрајинама. Међутим, разлике су биле код пореске политике, што је сасвим разумљиво с обзиром на диспаратете у привредном развоју градова и општина. Приходе градова и општина у претходном систему сачињавала су три сегмента. Први сегмент чинили су опорезивање имовине и приходи од имовине, као и локалне таксе и друге мање дажбине и ситни приходи. Овај сегмент формирао је око 15% укупних прихода општина. Други сегмент прихода представљао је опорезивање грађана. Републике и аутономне покрајине су се углавном повукле са терена опорезивања прихода грађана и препустиле га локалним заједницама. Локалне заједнице опорезивале су приватни сектор - слободна професија, привредне активности, пољопривреда, ауторска права. Овај сектор формирао је других 15% прихода локалних заједница. Трећи сегмент је био опорезивање промета на мало, тј. посебан општински порез на промет, до његовог укидања, и општински порез из личног дохотка радника. Овај сегмент формирао је око 70% укупних прихода општина.

Трећа специфичност претходног система локалних финансија односила се на проблем хоризонталне расподеле која је требала да у свим градовима

и општинама омогући финансирање потреба на приближно једнаком нивоу. Значај дотација у том периоду био је далеко слабији него у другим земљама. Као што смо већ истакли, дотације у другим земљама ишле су од 50-90%, а код нас су се у том периоду кретале око 10% од укупних буџетских прихода општина. Код нас чак је био један број општина које нису примале дотације. Разлог је био доста флексибилна и вишеструктурна структура прихода локалних заједница.

На даљњи развој локалних финансија у нашој земљи утицаја је реформа привредног и фискалног система, започета крајем 80-тих и настављена почетком 90-тих година.<sup>9</sup> Тако је Србија успоставила фискални суверенитет на целокупној територији.<sup>10</sup> То је довело до мењања фискалне позиције аутономних покрајина. Од аутономних фискалних система аутономних покрајина, које смо имали до 1990. године, данас имамо аутономне покрајине као територијалне аутономије. И градови и општине у садашњем систему имају веома сужен фискални суверенитет. У области јавних прихода (пореза и доприноса), градови и општине никаква фискална овлашћења. Они имају само право да уведе, дабоме на основу закона, самодопринос, локалне комуналне таксе и разне накнаде.<sup>11</sup> Реч је, дакле, о мање важним деловима система јавних прихода. Због тога, систем јавних прихода локалних заједница је веома ригидан, неиздашан, нееластичан и неефикасан, па су локалне финансије у СРЈ у процепу. С једне стране, имају широке одговорности и надлежности, а с друге стране, сопствени фискални домен им је доста ограничен. Због тога се појављује проблем како градовима и општинама обезбедити флексибилније и издешније приходне изворе. У том контексту један део пореза на промет производа и услуга, других пореских облика и такса се уступа градовима и општинама. Међутим, ни то није довољно за финансирање њихових бројних потреба. Градови и општине су све мање у могућности да сразмерно својој развијености допринесу решавању значајних друштвених проблема (нпр. незапослености) чије последице падају на њихов терет, без обзира што исте формално-правно не снесу одговорност. Због тога се други део финансијских средстава формира из допунских средстава.

Специфичности садашњих локалних финансија СРЈ могу се фокусирати у неколико елемената. Прво, специфичност наших садашњих локалних финансија огледа се у сужавању нивоа децентрализације одлучивања, а јачању нивоа централизације одлучивања, што није задовољавајуће, па је нужно његово проверавање и побољшавање. Готово апсолутна "централизација" одлучивања о систему и политици јавних прихода и јавних расхода на републичком нивоу, колико год у овим ненормалним

- 
- 9 Група аутора: Привредна реформа 1990 - пут у тржишну економију, Београд, 1993; група аутора: Основе концепције реформе фискалног система, Београд, бр. 7-8/89; група аутора: Концепције фискалне реформе, Београд, 1990; група аутора: Систем јавних прихода и јавних расхода у Републици Србији, Београд, 1994.
- 10 Устав Републике Србије, Сл. гл. Р. Србије, бр. 1/90. и Закон о јавним приходима и јавним расходима, Сл. гл. Р. Србије, бр. 76/91.
- 11 Миле Врањеш: Буџетско право, Нови Сад, 1994, стр. 64.

околностима (распад земље и рат у непосредном окружењу, блокада и др.) изгледа неизбежна, показала је своје бројне недостатке у смислу гушења фискалне аутономије градова и општина и рационалног коришћења сопствених фискалних капацитета.

Друга специфичност наших садашњих локалних финансија односи се на систем и политику јавних прихода. Наиме, у свим градовима и општинама у СР Југославији основу система јавних прихода локалних заједница чине локални јавни приходи. Са становишта њиховога притицања они имају претежно карактер допунских или уступљених јавних прихода. Систем и политика јавних прихода градова и општина је готово унифицирана. Када је реч, пак, о структури јавних прихода градова и општина, онда треба истаћи да не постоји флексибилна фискална структура јер им печат дају допунска, односно уступљена средства. Будућност локалних финансија, ипак, мора се све више ослањати на сопственим јавним приходима локалних заједница (нпр. приходима од имовине и др.).

Трећа специфичност локалних финансија СР Југославије односи се на проблем хоризонталне расподеле финансијских односа која треба да у свим градовима и општинама обезбеди финансирање потреба на приближно једаном нивоу. У том контексту посебан значај имају дотације. Готово да нема града ни општине који не прима дотације. Због тога је значај дотација у нас данас далеко већи него у претходном систему. Разлог томе је доста нефлексибилна и моноструктурна структура локалних јавних прихода. Законом република прописани су услови и мерила за додељивање градовима и општинама допунских средстава. Ваља очекивати да ће се и даље градовима и општинама уступати допунска средства. Републике уступајући допунска средства градовима и општинама контролишу расходе њихове а у неку руку су и саодговорне за буџетску политику.

Када је реч о практичном вођењу пореске политике од стране градова и општина у СР Југославији за ових готово четири године примене система јавних прихода и јавних расхода, могу се фокусирати неке опште оцене. Прво, пракса вођења пореске политике у једном граду и општини битно се не разликује од праксе вођења пореске политике другог града или општине у републици. Друго, готово сви градови и општине нису рационално користили своје фискалне капацитете. Треће, у избору кенкретних решења у пореској политици није се довољно водило рачуна о ванфискалним циљевима ове политике. На крају, због фискалне позиције, градови и општине сусрећу се са многим ограничењима у погледу рационалног задовољавања потреба и избора приоритета на том подручју.

### III.

Захваљујући разматрању система и политике јавних прихода и јавних расхода локалних заједница, контраверзно питање које се поставља је: Како пронаћи путеве за прикупљање одговарајућих средстава локалним заједницама у габаритама ограничених њихових фискалних овлашћења? Пролази време ослањања локалних заједница искључиво на изворне приходе што је карактерисало 70-те и почетак 80-тих година, а долази време

заједнице прихода и својеврсних дотација. То се мора уважавати и инкорпорисати у изградњу новог концепта локалних финансија. У осталом, ни једним локалним финансијама није дано да трају у непромењеном облику. Онако како ће се изграђивати модеран демократско политички систем и модерна тржишна привреда, тако ће се и изграђивати локалне финансије.

**Табела 1.**

Расподела пореских прихода у неким федеративно уређеним државама у годинама 1975. и 1985. (у %)

	Централна влада		Државе у саставу Федер.		Локални органи власти		Социјално осигурање	
	1975.	1985.	1975.	1985.	1975.	1985.	1975.	1985.
Аустралија	79,4	80,8	16,3	15,4	4,3	3,8	-	
Аустрија	51,7	48,9	10,6	13,1	12,4	10,7	25,3	27,2
Канада	47,7	41,3	32,5	36,0	9,7	9,4	10,1	13,3
СР Немачка	33,8	31,6	22,4	22,3	9,1	8,5	33,5	36,5
Швајцарска	27,3	28,1	24,0	22,5	19,5	16,7	29,2	32,1
САД	43,0	39,7	18,4	19,0	13,9	11,9	24,6	29,4
Непондерирани просек	47,1	45,2	20,7	21,4	11,5	10,2	20,4	23,1
Југославија	46,8	35,7	31,1	38,1	22,1	26,2		
Југосл. (1987)		43,4		30,8		25,8		

Извор података: Statistiques des recettes publiques, OECD, Paris, 1987, за земље OECD-а, а за Југославију Statistički godišnjak Југославије и Statistički bilten SDK Југославије

**Табела 2.**

Допунска средства локалних буџета неких земаља ОЕЦД-а као проценат укупних државних прихода у 1984. и 1985. години (у %)

Аустралија	1,6 (1985)	Ирска	2,8 (1984)
Аустрија	3,2 (1984)	Холандија	35,8 (1985)
Белгија	9,1 (1984)	Норвешка	15,0 (1984)
Канада	12,0 (1985)	Шведска	11,7 (1985)
Данска	29,6 (1985)	Швајцарска	5,9 (1984)
Финска	17,5 (1984)	В. Британија	15,7 (1985)
Француска	6,4 (1985)	САД	11,5 (1984)
СР Немачка	6,5 (1984)	Југославија	2,1 (1984)
		Југославија	1,6 (1987)

Извор података: Statistiques des recettes publiques, OECD, Paris, 1987, за земље OECD-а, а за Југославију Статистички годишњак Југославије и Статистички билтен СДК Југославије

Табела 3.

## Састав пореских прихода градова и општина у 1985. години (у %)

	Порез из радног одн.	Порез на привр.орг. и из ЈДД	Порез на имовину	Порез на пром.	Остали порези
Аустралија			95,9	4,1	
Аустрија	11,0	39,4	10,1	10,7	6,0
Белгија		78,9			2,1
Данска		93,4	6,4	0,1	0,1
Канада			84,7	1,2	14,1
Финска		99,0	0,9		0,1
Француска		16,0	32,6	3,3	48,1
СР Немачка		80,6	18,4		1,0
Грчка		14,5	9,0	26,9	49,6
Ирска			100,0		
Италија		66,7		10,2	33,1
Јапан		58,0	23,7	12,4	5,9
Луксембург		83,0	4,2	7,3	5,5
Холандија			75,4	1,1	23,5
Нови Зеланд			93,0	1,9	5,1
Норвешка		91,4	5,5		3,1
Португалија		64,4	1,6	28,5	5,5
Шпанија		40,3	10,4	39,9	9,4
Шведска		99,7	0,2		0,1
Швајцарска		87,1	12,6	0,2	0,1
САД	1,8	35,5	49,3	8,3	5,1
Велика Британија			100,0		

Извор података: Statistiques des recettes publiques, OECD, Paris, 1987.

## Summary

## CONTROVERSIES OF LOCAL FINANCES

Financing of towns and municipalities in Yugoslavia faces various problems. Mitigation of these problems is not conceivable without the state intervention, increase of financial means and without an adequate allocation of financial means and assignments among the state authorities of different levels. The time of relying of local communities exclusively on source incomes which characterized 70's and beginning of 80's has passed, and the time of income aggregation and donations is coming. This must be respected and incorporated into the construction of a new concept of local finances.

Analyzing the tax policy in practice pursued by towns and municipalities in FR Yugoslavia for the last four years, three general gradings are focused: the practice of pursuing taxation policy in a town and municipality does not essentially differ from the pursuing taxation policy in another town of municipality of the Republic; almost all towns

Извор података: Statistiques des recettes publiques, OECD, Paris, 1987, за земље OECD-а, а за Југославију Статистички годишњак Југославије и Статистички билтен СДК Југославије

Табела 3.

## Састав пореских прихода градова и општина у 1985. години (у %)

	Порез из радног одн.	Порез на привр.орг. и из ЈДД	Порез на имовину	Порез на пром.	Остали порези
Аустралија			95,9	4,1	
Аустрија	11,0	39,4	10,1	10,7	6,0
Белгија		78,9			2,1
Данска		93,4	6,4	0,1	0,1
Канада			84,7	1,2	14,1
Финска		99,0	0,9		0,1
Француска		16,0	32,6	3,3	48,1
СР Немачка		80,6	18,4		1,0
Грчка		14,5	9,0	26,9	49,6
Ирска			100,0		
Италија		66,7		10,2	33,1
Јапан		58,0	23,7	12,4	5,9
Луксембург		83,0	4,2	7,3	5,5
Холандија			75,4	1,1	23,5
Нови Зеланд			93,0	1,9	5,1
Норвешка		91,4	5,5		3,1
Португалија		64,4	1,6	28,5	5,5
Шпанија		40,3	10,4	39,9	9,4
Шведска		99,7	0,2		0,1
Швајцарска		87,1	12,6	0,2	0,1
САД	1,8	35,5	49,3	8,3	5,1
Велика Британија			100,0		

Извор података: Statistiques des recettes publiques, OECD, Paris, 1987.

## Summary

## CONTROVERSIES OF LOCAL FINANCES

Financing of towns and municipalities in Yugoslavia faces various problems. Mitigation of these problems is not conceivable without the state intervention, increase of financial means and without an adequate allocation of financial means and assignments among the state authorities of different levels. The time of relying of local communities exclusively on source incomes which characterized 70's and beginning of 80's has passed, and the time of income aggregation and donations is coming. This must be respected and incorporated into the construction of a new concept of local finances.

Analyzing the tax policy in practice pursued by towns and municipalities in FR Yugoslavia for the last four years, three general gradings are focused: the practice of pursuing taxation policy in a town and municipality does not essentially differ from the pursuing taxation policy in another town of municipality of the Republic; almost all towns

and municipalities failed to use rationally their fiscal capacities; in the source to concrete solutions in the taxation policy, sufficient care was not taken about non-fiscal aims of that policy; due to fiscal position, towns and municipalities are confronted with many restrictions regarding the rational satisfying of needs and choice of priorities in that area.

**Др Драган Николић**  
 професор Правног факултета у  
 Нишу

## ЗАКОНОДАВСТВО ПРОТИВ ХАЈДУЧИЈЕ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ

**КЉУЧНЕ РЕЧИ:** *хајдучија,  
 преки судови, КЗ Србије из 1860.,  
 јатаковање*

УДК: 34(497.11):323.269.6

У Кнежевини Србији ће у XIX веку доћи до значајне промене у гледању на хајдучију. Током ранијих времена хајдуковање је, уз сву разноврсност индивидуалних мотива и начина испољавања, у основи било израз бунта против туђинске власти; прихватано је са отвореним или прикривеним симпатијама становништва и међу хајдуцима је, бележи Вук у свом Рјечнику, "бивало кашто најпоштенијих људи, а у почетку владе Турске јамачно их је било и од прве господе и племића". Уосталом, претежно са таквим, афирмативним предзнаком, и сама је реч хајдук преко Балкана доспела као туђица у светску лексичку баштину.

Ако не још у устаничкој Србији (нпр. у Карађорђевој законнику), а оно сигурно већ на почетку Милошеве владавине, на хајдучију се гледа као на тежак облик криминалитета који озбиљно угрожава личну и имовинску сигурност људи и подрива јавни ред и мир. Кнез Милош је већ 1815. године на-ложио нахијским старешинама "сваким можним начином старати се истребити ајдуке горске"; године 1820. заповеда да "јатак који би ајдука дочекао и угостио код своје куће или ма где, биће обешен пред својом кућом, где ће остати док сам труо не падне, а ко би се усудио да га скине, биће на његово место обешен."<sup>1</sup> Таквим и сличним драстичним мерама Кнез је, изгледа, успео да око године 1824. скоро искорени ово зло.<sup>2</sup>

Нови замах хајдучија ће добити средином XIX века. Када је, по

1 Живановић Т., Законски извори кривичног права Србије, Београд, 1967. стр. 43. и 52.

2 Стојанчевић В., Милош Обреновић и његово доба, Београд 1966., стр. 162

речима законодавца, "умложавајуће се беснило ајдуковања" у Ужичком округу попримило крајње забрињавајуће размере, 13. априла 1850. донет је Закон ("Решеније") о истребљењу хајдука и њихових јатака у том Округу, а 13. јуна је његово важење проширио и на Чачански округ.<sup>3</sup> Овај Закон је један од најстрожих у целокупном кривичном законодавству Србије: окружни судови добијају овлашћења преких судова и право да по скраћеном поступку осуђују на смрт хајдуке и њихове јатаке; њихове пресуде су коначне и извршне, те се без одлагања достављају на извршење окружним начелницима; сав износ хајдуковањем причињене штете и трошкови потере наплаћују се из хајдуковог имања, а ствари и новац код њега затечени припашће ономе ко га је ухватио или убио; непокоравање наредби о гоњењу и хватању хајдука, као и сумња да им се потајно помаже, повлаче телесну казну до тридесет пет штапова. Хајдучке породице ("куће, тј. фа-милије кућне") имају се, по овом Закону, пресељавати дубље у унут-рашњост Србије, далеко од границе. Ово стога што се, по речима министра унутрашњих дела Николе Христића на Скупштини 1864. године, било уобичајило да "ајдуци, убијце, лопови и други зли људи налазе у суседној Турској, куда лако пребегну, безбедно склониште и закриље".<sup>4</sup> Закон из 1850. године биће укинут тек доношењем Кривичног законика 1860. (прећутно, самим тим што у Уводном закону за КЗ није изричито поменут међу прописима који и даље остају на снази). Поново је за Ужички и Чачански округ враћен у живот 30. марта 1861. овога пута у нешто блажем виду, будући да је 23. 5. 1851. допуњен одредбом да се од суђења по скраћеном поступку изузимају они хајдуци који су се добровољно предали властима. Остаће на снази све до 1.5.1863., када су Законом о преком суду за хајдуковање, разбојништво, јавна насиља, крађе и намерне паљевине, сличним ванредним мерама обухваћени још и Округ руднички, делови Округа крагујевачког (јасенички и гружански срез), београдског (колубарски и космајски срез) и ваљевског (колубарски и подгорски срез). Ванредно стање је укинато већ 29. октобра исте године, али не и у Ужичком и Чачанском округу: тамо ће остати све до 27. маја 1866., па и дуже за поједине њихове срезове - ариљски, златиборски, моравички и драгачев-ски.<sup>5</sup>

Првобитни текст Кривичног законика из 1860. године садржи три параграфа који се директно односе на хајдучију, али, наравно, у другим својим одредбама санкционише она кривична дела која су у хајдучији најчешће и чињена, као што су разбојничка крађа, удруживање ради разбојништва, насилно изнуђивање, уцена, претња, принуда, напастовање и злостављање. У односу на Пројект КЗ из 1857., Законик доноси две новине; прва је дефиниција појма хајдук, а друга је одредба да се за сваки у хајдуковању учињен злочин има изрећи искључиво смртна казна (у Законнику су, иначе, сва кривична дела била разврстана у злочине, преступе

3 Зборник закона и уредаба издатих у Кнежевини Србији, V, стр. 114. и 254.

4 Протоколи Народне скупштине 1864. године, стр. 47

5 Детаљније в. Зборник закона и уредаба VI, стр. 19., XIV, стр. 58, XVI, стр. 16. и 107, као и Протоколе Народне скупштине 1867. године, стр. 29.

и иступе). По Законику, хајдуком се има сматрати онај "ко се испод власти земаљске изтргне и од ове одметне тако, да у земљи, било сам за се, или у друштву с другима њему равнима, самовластно живити почне, пак се на позив власти до одређеног рока не преда". Најзад, Законик прописује да се и само одметање у хајдуке, без икаквог учињеног другог кривичног дела, има казнити затвором (дакле, до пет година, колики је био општи законски максимум за ову казну); уколико би се хајдук добровољно предао властима, не може му се изрећи казна затвора дужа од две године.

"Следство овог Казнителног закона небеше спешно за уништење доповлука и ајдуковања" - вели министар унутрашњих дела Никола Христић у свом извештају пред посланицима Народне скупштине 1864. године; "лопови, ајдучи и разбојници извештише се толико довијати према законим формама, да су често од судова без казни одпуштани из недовољни доказа..."<sup>6</sup> Изменама и допунама учињеним у Законику 17. јуна 1861., одметање у хајдуке је потврђено као самостално кривично дело, али је у раније предвиђену казну затвора додата као кумулативна казна и губитак грађанске части; одредба о смртној казни за било који злочин учињен у хајдуковању допуњена је и казном робије од десет до двадесет година за хајдучки преступ.<sup>7</sup> Све остале измене и допуне учињене у овој материји 1861. у основи су значиле поновно оживљавање идеја и настојања творца пројекта КЗ из 1857. године да се на хајдуке превентивно делује не само строгим запрећеним казнама већ и гарантовањем конкретних олакшица у случају добровољног одустанка. Пројект је, наима, био предвидео да се нико неће изводити пред суд хајдук који се на позив власти у остављеном року преда, да се онима који су у хајдуковању већ учинили кривично дело предаја властима узима као олакшавајућа околност, и обрнуто - неодрживање на позив за предају као отежавајућа.<sup>8</sup> Од измена и допуна КЗ из 1861., сви хајдучи који се добровољно предају властима разврстани су у неколико категорија; они који су и без позива власти одустали од хајдуковања пре но што су учинили било какво друго кривично дело ослобађају се сваке одговорности за сам чин одметања, а ако су се предали тек на позив власти могу бити кажњени затвором не дужим од шест месеци; посебну групу чине они који су се драговољно предали властима тек пошто су у хајдуковању учинили неко кривично дело, па ако је то дело по За-конику злочин, казниће се робијом до петнаест година, а ако ли преступ - затвором до пет година и губитком грађанске части; најзад, четвртој категорији припадају они који су се по учињеном кривичном делу предали тек на позив власти, и оно ће се за злочин казнити робијом до двадесет година, а за преступ до десет. Ова

6 Протоколи Народне скупштине 1864. године, стр. 51.

7 О разликовању злочина, престапа и иступа писано је доста у нашој старијој правној литератури, а основне назнаке се могу наћи и у нашој књизи Кривични законик Кнежевине Србије, Ниш 1991., стр. 106-7 и 113; исто важи и за разликовање робије, заточења и затвора (у пом. књизи в. стр. 163-8), као и за казну губитка грађанске части (стр. 169-70)

8 Архив Србије, ДС. РН. 774/875, Пројект общег казнителног законика за Књажевство Србију од 18. марта 1857., параграф 275.

читава скала кривичне одговорности хајдука дело је саветске Комисије на чијем је челу био Димитрије Црнобарац, док је други наш истакнути правник и јавни делатник Ђорђе Ценић истовремено био израдио и поднео Комисији и Савету знатно краћи сопствени предлог за допуна Закона: "Ајдук ће се и за само одметање казнити затвором до 5 година, но ако је и дејствително ајдуковао, казниће се смрћу; ако би се ајдук пошто је ајдуковао, на милост и немилост предао, сматраће се као олакшавајућа околност, но ако би се пре учињеног каквог ајдучког дела власти предао, може се затвор на три месеца спустити".<sup>9</sup>

Одредбе о кажњавању јатака су такође унете у КЗ 17. јуна 1861. године и дело су исте саветске Комисије. Обично прикривање хајдука забрањено је казном затвора од најмање месец дана и губитком грађанске части; у трећем поновљеном случају казна је робија до десет година. Опасно прикривање хајдука (које подразумева јатакову помоћ хајдуку у постизању материјале користи) казниће се робијом до десет година, а код троструког поврата - до петнаест. Јатаковање у форми заната (које је "у обичај прешло" вели законодавац) кажњава се робијом до петнаест година.

Будући да је у време доношења поменутог Закона о преком суду од 1. 5. 1863. године Кривични законик заједно са допунама из 1861. већ увелико био на снази, Закон у чл. 7 упућује на њега: "Преки судови изрицаће оне казне које су Казнителним закоником за која дела прописане", а у чл. 8 изричито наглашава да "прописи о томе да ли постоји казнено дело, као и прописи о доказима, важе они исти који су и за редовно суђење". Једине новине у односу на Законик јесу одредбе да је "сваком слободно од власти проглашеног ајдука убити догод се не преда", те да се привремено суспендују ограничења из Законика да се телесна казна не може изрицати лицу које је навршило педесет година живота. Ванредни ("преки") карактер Закону дају, међутим, одредбе процене природе, а нарочито оне садржане у његовом 13-ом члану да "пресуде преког суда неподлеже никаквом даљем расматрању, него се одма шиљу на извршење полицајној власти, која је дужна такове најскорије извршити, и то бој и смртну казну онде где она нађе за сходно". Закон је, иначе, донет на предлог тројице чланова Савета (Ђорђа Миловановића, Данила Стефановића и Ђорђа Ценића) који су по налогу кнеза Михаила претходно били обишли крајеве у којима "од неко-лико ајдучки чета људи су у својим кућама и на путу јавно нападани, пожари и убојства учесташе, јавна насилија и крађе беху обични догађаји... Неколико ајдучки чета би од тог доба разтурено, доста ајдука и убијца сатрвено, више јатака пронађено и суду спроведено, а многе куће и по-родице на које је била основана сумња да помажу ајдуке и допове сасељене су ближе у села..."<sup>10</sup> Сузбијању хајдучије и енергичној примени ванредних законских овлашћења лично је допринео и сам министар унутарњих дела Никола Христић; по речима Слободана Јовановића, он "даје окружним начелницима по четрдесет жандарма искључиво за гоњење хајдука, заводи тортуру за јатаке који се батинама приморавају на признавање и одавање".<sup>11</sup>

9 АС, ДС, РН 120/861, Ценићев нацрт измена и допуна КЗ, од 14. 3. 1861.

10 Протоколи Народне скупштине 1864. године, стр. 46-7

О распрострањености хајдучије (као, уосталом и других кривичних дела) у Србији педесетих и шездесетих година XIX века, тешко се може говорити егзактним језиком бројева, јер се све до краја осамдесетих година статистички подаци о криминалитету објављују изузетно ретко, без икаквог реда и метода. Публикација "Државопис Србије" која се у неједнаким интервалима појављивала од 1863. до 1894. тек је 1890. први пут објавила "Статистику кривичног суђења" у Краљевини Србији, и то само за претходну годину. Утолико пре заслужује пажњу табела са насловом "Преглед кривица које су биле на суђењу 1862. године" коју смо пронашли у Фонду Државног савета Архива Србије у Београду (РН 97/863, Совј. Н. 184/863). Из ње се види да је током 1862. године пред свим првостепеним судовима у Кнежевини (седамнаест окружних и Суд вароши Београда) било укупно 49 "кривица" хајдуковања и разбојништва (нажалост, ова два кривична дела у табели су увек дата збирно); у претходним годинама, према овој табели, било их је 5 (1858), 7 (1859), 15 (1860) и 32 (1861). Додуше, година 1862. баш и није погодна за било какве нумеричке илустрације криминалитета, будући да је после турског бомбардовања Београда 5. јуна у земљи заведено ванредно стање и у очекивању ратног окршаја са Турцима бејаше све до касне јесени такорећи замро сваки вид криминалитета.<sup>12</sup> По свој прилици је непосредан повод за издавање оног Закона из 1863. било поновно бујање хајдучије одмах после дипломатског решења спора са Турцима, када је постало извесно да рата ипак неће бити ("чим се поврати редовно стање у земљи, одма се почеше појављивати и лоповлуци, и зла дела лопова и ајдука врло учесташе и прететаше ма..." вели Никола Христић на Скупштини 1864).

Мада се Вук Караџић - барем у свом Рјечнику из 1852. где је речи "хајдук" уз још три друге посвећено највише простора - очигледно трудио да хајдучима сачува некадашњи ореол народних јунака, бораца против туђинске власти и против неправде уопште, стварност је говорила сасвим супротно. Вуковој поетизованој представи ("хајдуци се сви држе за велике јунаке ... неће никад убити човјека који му ништа не чини") супроставља се хладна правничка дефиниција Ђорђа Ценића у његовом чувеном Објаснењу КЗ из 1866. да хајдук "није ништа друго него што и разбојник ... тако да кажемо, систематичан је разбојник". Заправо, и један и други су у праву, јер не говоре о истој врсти хајдучије нити пред очима имају исту епоху - Вук је окренут прошлости и народној традицији, Ценић дубоко уроњен у стварност; а део те стварности била је чињеница да је у Србији већ од првих деценија XIX века на хајдучију гледано као на друштвено зло које треба искоренити свим средствима. Што су се државна власт и правни поредак више изграђивали, то су, идући ка другој половини XIX века, средства и начин борбе против хајдучије били савршенији и делотворнији. Преображај и самодеградација коју је код нас установа хајдучије доживела већ то-ком прве трећине XIX века, нису, међутим, помогли етимолозима у њиховој дилеми да ли је сама реч хајдук у наш језик доспела из мађарског - где је означавала војника, пешадинца који се на јужним границама бори против

11 ЈовановићС., Друга влада Милоша и Михаила, Београд 1923. стр. 162

12 Протоколи Народне скупштине 1864. године, стр. 44

Турака, или из турског језика - са значењем разбојник, одметник од власти, онај који је скренуо с правог пута. И за једну и за другу етимолошку варијанту наши простори пружају обиље историјског материјала.

## SUMMARY

### Legislation Against the activity of Haiduks in Principality of Serbia

During the ottoman domination in Serbia and greatest part of Balkan Peninsula, Haiduks as the fighters against the invaders enjoyed a favorable reputation among the Serbian people. Some of them were respected and honest men and there circulated numerous folk poems, stories and legends about them. During the XIX century, however, when the degeneration of their activity was obvious, the attitude of the population and the young Serbian State was changed. Their activity began to be considered a form of criminality which seriously endangered the personal and estate security and disturbed the public policy. Although some sporadic instructions to eradicate the Haiduks were being given by Prince Miloš beginning from 1815, the first important law against them was passed in 1850: the courts in District of Užice and District of Čačak were entitled to enact the capital punishment for the Haiduks and their collaborators in emergency criminal procedure. The Criminal Code of Principality of Serbia from 1860 treats the very outlaw status of the Haiduks as the criminal act ensuing the capital punishment for any crime committed by Haiduks. The modifications and additions to the Code of 1861, were to stimulate the Haiduks voluntary desistance from the criminal activity including banditry, armed robbery, phisical coercion, maltreatment, act of outlaw. They were rewarded for that by being quaranteed that they will not bw sentenced to death. Unfortunately, all these measures did not prove affective in some parts of the Contry. Consequently a special law was enforced in four more districts. The law allowed the emergency criminal procedure: the judgments were considered immediately final and enforceable. By the prompt and the decisive action of Legislators and Home Affairs Minister Nikola Hristić the Haiduks banditry was considerably eradicated so that the mentioned special law was abrogated only six months after its enforcement, except in two districts.

Др Снежана Соковић  
доцент Правног факултета у  
Крагујевцу

## ОБЈЕКАТ ВЕШТАЧЕЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

*КЉУЧНЕ РЕЧИ:* вештачење,  
кривични поступак, објекат  
вештачења

УДК: 347.948:341.1

### 1. РАЗГРАНИЧЕЊЕ ОБЈЕКТА И ПРЕДМЕТА ВЕШТАЧЕЊА

У свакодневном говору изрази објекат и предмет најчешће се употребљавају као синоними. Када се говори о предмету и објекту вештачења мисли се на два одвојена и различита појма. Лексичко тумачење ових израза допушта и оправдава такво разликовање јер израз "предмет", између осталог, значи и све оно што постоји као материјал за запажање, проучавање и доношење закључака, док се под изразом "објекат" подразумева ствар, предмет или биће на које је управљена пажња или посматрање.<sup>1</sup>

Сходно томе, за разлику од предмета вештачења који означава све релевантне чињенице и околности које у кривичном поступку могу и морају да буду установљене једино применом посебног стручног знања, односно вештачењем, објекат вештачења представља пре свега материјалне предмете, ствари или бића, на које је усмерена конкретна делатност вештачења ради установљавања важних чињеница које чине предмет вештачења.

Одговарајућа норма која регулише поступак вештачења налаже вештаку да "прегледа предмете вештачења у присуству органа који води поступак и записничара..." (чл. 246 ЗКП) и говори о предмету вештачења као материјалним предметима", стварима, односно као објекту вештачења. Следећи законску норму и део процесне теорије доследно не разграничава ове појмове и поистовећује предмет

1 Речник српскохрватског књижевног језика, Матица српска, Нови Сад, 1972., стр. 859, 908.

вештачења и област вештачења, па у смислу објекта вештачења употребљава и израз предмет и израз објекат, а предмет вештачења, дакле скуп чињеница који се утврђују вештачењем, означава као садржину вештачења.<sup>2</sup>

Јасно је да свака материјална ствар која је у вези са извршеним кривичним делом није аутоматски и објекат вештачења. Само материјални предмети који су прибављени на начин одређен законом и који носе, или у себи садрже податке који улазе у предмет вештачења и које није могуће утврдити на други начин осим вештачењем, имају својство објеката вештачења у кривичном поступку. У том смислу, објекат експертизе се не може означити као средство установљивања чињеница које улазе у предмет вештачења.<sup>3</sup>

Однос објекта вештачења према предмету вештачења адекватније одражава тврдња да је објекат вештачења носилац релевантних информација о делу и учиниоцу које чине предмет вештачења и које се посебним методама и посебним средствима испитују у процесу вештачења. Објекти вештачења се, сходно томе, најшире могу одредити као ствари, материјални предмети, жива бића или лешеве који су носиоци доказних информација које улазе у предмет вештачења.<sup>4</sup> Набрајање свих објеката експертизе није изводљиво јер су непредвидиви и увек одређени конкретним околностима извршене кривичне радње. У случају лица која су подвргнута вештачењу (психолошком, психијатријском, судско-медицинском, итд.) у складу са њиховом позицијом кривично-процесних субјеката у кривичном поступку може се говорити и као о пасивним субјектима у вештачењу.<sup>5</sup>

## 2. ПРОЦЕСИ И ПОЈАВЕ КАО ОБЈЕКТИ ВЕШТАЧЕЊА

У вези питања да ли догађаји, процеси и појаве могу да буду објекат вештачења постоји спор у процесној теорији. Наиме, упоредо са конкретним предметима, објекти експертизног испитивања могу да буду и различити процеси, догађаји, појаве и дејства. Заступници овог става истичу да при томе треба разликовати с једне стране, чисто гносеолошки аспект објекта експертизног истраживања, а са друге стране његову правну димензију. Правно објекти вештачења могу да буду ограничени само на материјалне предмете, али како су такве материјалне ствари истовремено и објекти спознаје у гносеолошком процесу експертизног истраживања, то се и сам процес, појава у вези конкретне ствари може сматрати објектом вештачења. Истицање само материјалних ствари као објеката експертизе значи неоправдано сужавање објеката спознаје при извођењу судских вештачења.

2 З. Симић Јежић: Кривично процесно право, Београд, 1983., стр. 252, 253; Димитријевић: Кривично процесно право, Београд, 1980., стр. 200.

3 У том смислу В. М. Галкин: Средства доказивања в уголовном процессе, част III, Москва, 1968., стр. 45.

4 А. Винберг, Н. Малаковскаја: Разграничение предметов, методов и объектов судебных экспертиз, С. Законитост, 8/78.; Р. С. Белкин: Криминалистика: Проблемы и тенденции, перспективы од теории к практике, Москва, 1988., стр. 65.

5 Д. Димитријевић: *op.cit.*, стр. 200.

Врло често је управо процес, појава, дешавање оно што се изучава у судској експертизи. Примера ради, при извођењу судско-технолошке експертизе, као непосредан објекат истраживања јавља се процес производње на одређеној технолошкој линији, дакле не свеукупност статичне индустријске опреме, већ механизми у динамици процеса експлоатације.<sup>6</sup>

Супротно овом ставу стоји тврдња да су објекти вештачења искључиво материјални предмети, жива бића или лешеви, а не и појаве, процеси и дешавања.<sup>7</sup>

Имајући у виду све специфичности манипулације експертизним материјалом, посебно објектима експертизе, које су делом и нормативно дефинисане (чл. 246 ЗКП), као и чињеницу да се прихватањем одређеног процеса, појаве као објекта вештачења, постављају и нека нова питања у том смислу, овај спор није без значаја за делатност вештачења.

У суштини неслагања око питања да ли процеси и појаве могу да буду објекти вештачења чини се да заправо стоји мешање појмова предмет и објекат вештачења који резултира ставом да су појаве и процеси објекти вештачења. Чак и ако, као спорно, изоставимо питање да ли је појава, процес или догађање од значаја за конкретно вештачење предмет или објекат вештачења, поставља се питање како се такав процес испитује у поступку вештачења ако не на основу места на коме се одвија, предмета посредством којих се одиграва, лица која у њему учествују, односно на основу свега онога што чини објекат вештачења. У поменутом примеру судско-технолошког вештачења одређеног процеса производње, експертизно испитивање одређеног технолошког сегмента значи испитивање укупне динамике одређених индустријских машина, дакле одређених материјалних објеката у карактеристичном процесу експлоатације. Непосредни објекат вештачења није сам процес рада, него су то одређени материјални објекти путем којих се он одвија. Процес рада у овом случају има значење предмета вештачења а не непосредног објекта на коме се одвија експертизно истраживање.

### 3. ОБЈЕКТИ ВЕШТАЧЕЊА И ЕКСПЕРТИЗНИ МАТЕРИЈАЛ

Објекте вештачења треба разликовати од материјала експертизе односно од материјала кривичне ствари. Експертизни материјал представља део материјала кривичне ствари и укључује у себе материјале од значаја за тражено вештачење и то, како објекте који се истражују и упоређују, тако и друге материјале кривичне ствари чије је упознавање потребно и корисно за успешно извођење експертизе.<sup>8</sup> У том смислу објекти вештачења су део материјала експертизе који се непосредно испитује у вештачењу, за разлику од других објеката и података из експертизног материјала чије познавање

6 Н.А. Селиванов: Спорније вопросы судабенои експертиз, С. законитост, 5/80; Слично и Р.С. Белкин: *op.cit.*, стр. 66, 67.

7 В.М. Голкин: *op.cit.*, стр. 47.

8 С. Бородин А.Ј. Палиашвили: Вопросы теории и практики судабенои експертизи, Москва, 1963., стр. 41.; А.Ј. Палиашвили: Экспертиза в суде по уголовним делом, Москва, 1973., стр. 48.

користи вештаку при стварању налаза и мишљења али непосредно не подлежу вештачењу.

Који ће део укупног материјала кривичне ствари у конкретном случају сачињавати експертзни материјал, зависи од конкретних околности. Према најшире заступљеном схватању вештака не треба упознати са свим материјалима кривичне ствари. Разлози за то налазе се у чињеници да то не само да не помаже стварању налаза и мишљења и успешном одвијању експертизе, него може озбиљно да угрози читав процес вештачења сугестивним деловањем на вештака и негативним утицајем на процес стварања његовог слободног уверења.<sup>9</sup>

Принцип упознавања вештака са материјалима кривичне ствари у мери која не утиче на његову самосталност, материјал вештачења ограничана на објекте на којима се непосредно врши вештачење и на оне околности кривичне ствари које су у релевантној вези са објектима експертзног испитивања.<sup>10</sup> Из тих разлога ЗКП допушта вештаку да присуствује увиђају, реконструкцији или другој истражној радњи, као и да разматра списе, при чему може тражити да му се разјасне одређене околности од значаја за каснију експертизу. При томе, увек треба имати у виду да сви релевантни објекти морају претходно да буду фиксирани у одговарајућој процесној форми, што значи да појам објекта вештачења, осим информационе, спознајне компоненте у себе укључује и процесни аспект (захтев да је прибављен на процесно дозвољен начин).<sup>11</sup>

#### 4. ПРОБЛЕМ ОРИГИНАЛНОСТИ И АУТЕНТИЧНОСТИ ОБЈЕКТА ВЕШТАЧЕЊА

Правила криминалистичке технике упућују на пажљиво придржавање посебних правила о фиксирању релевантних објеката, узимању узорака, паковању и припремању за експертизу, која су различита за различите врсте објеката. ЗКП у вези објекта вештачења прописује обавезу вештака да прегледа предмете (објекте) за вештачење у присуству органа који води поступак и записничара, осим ако су за вештачење потребна дуготрајна испитивања, или ако то траже обзир морала. Ако је потребно да се изврши анализа неке материје, вештаку ће се, ако је то могуће, ставити на располагање само део материје, а остатак ће се у потребној количини обезбедити за случај накнадних анализа.

Основни проблем објекта вештачења од утицаја и на укупан резултат експертизе, односи се на њихову оригиналност, аутентичност и протек

9 Б. Марковић: О доказима, Београд, 1908., стр. 162, 163.; V. Bayer: Jugoslavensko krivično procesno pravo II, Zagreb, 1980., str. 200; V.M. Galkin: op.cit., str. 28.; N.N. Kuhne: Strafprozesslehre, Kehl am Rhein, 1982., str. 280.; C. Bertel: Grundrissen osterreichischen Strafprozessrechts, Wien, 1973., str. 15.

10 В. Водинелић: Кривично процесни принципи вештачења, Наша законитост, 4/82.

11 Б. Петрић: Коментар закона о кривичном поступку Шид, 1982., стр. 652; Ј. Павлица, Н. Југовац: Закон о кривичном поступку у практичној примени, Београд, 1985., стр. 376; Lowe-Rosenberg: Gresskommentar, 24. Aufl. Berlin, 1987., стр. 80.

времена од проналажења и фиксирања објекта до његовог експертизног испитивања.

Оригиналношћу и аутентичношћу објекта експертизе значи да се као објекти експертизе могу појавити управо они који носе потребне информације, и то у непромењеном облику. Међутим, од изласка на лице места до самог вештачења најчешће прође доста времена, а конкретан објекат се, на више или мање адекватан начин, издваја из средине у којој је нађен, пакује, транспортује, а о њему одлучује више лица (СУП, истражни судија, вештак). Из тих разлога поставља се питање промена које на њему настају и њиховог утицаја на крајњи резултат вештачења.

Правилним узимањем узорак или неутралних компаративних узорак, паковањем, стручним транспортом, и, ако је потребно, стварањем стварно изведеног доказа,<sup>12</sup> мењање објекта експертизе се контролише и своди на најмању меру. Међутим, узимајући у обзир и чињеницу да највећи број вештачења, посебно криминалистичких, има лабораторијски карактер, не може се избећи закључак да вештак врло ретко долази у контакт са објектом у његовом изворном облику и непосредном окружењу, што већ у почетку умањује домете предстојеће експертизе и може битно да утиче и на давање налаза и мишљења.

У традиционалним вештачењима вештак не запажа објекте експертизе у њиховој природној средини, у одређеном простору и односима са другим стварима и лицима, због чега је најчешће у ситуацији да испитује и цени само његова појединачна и изолована својства. Нова вештачења, (све комплексне експертизе а посебно ситуациона експертиза), супротно класичном вештачењу, за предмет овог испитивања узимају, не појединачна обележја, него читав комплекс релевантних промена и обележја на објекту, и захтевају приступање објекту вештачења у његовој природној средини. Све недостатке и промене на материјалу за експертизу настале протеклом времена, који често битно ограничавају и крајње резултате вештачења, може да елиминира ситуација лица места фиксирана ситуационом експертизом.<sup>13</sup> Ситуациона експертиза управо и јесте карактеристична по свом објекту истраживања, а то је лице места, односно систем промена, трагова и предмета у одређеном простору, насталих извршењем кривичног дела које се истражује у непосредном облику, и то пре истека тзв. критичног гносеолошког времена, док релевантне промене још постоје у непромењеном конкретном идентитету, који је и једини долазио релевантан.

## 5. ОБЈЕКАТ ВЕШТАЧЕЊА КОД ВЕШТАЧЕЊА НА ОСНОВУ СПИСА

Осим случајева када је конкретан објекат експертизе доступан вештаку, било непосредно или посредно, постоје и ситуације када је објекат вештачења уништен, битно измењен, недоступан, или на други начин

12 В. Водинелић: Принцип непосредности и стварно изведени доказ, *Наша законитост*, 11-12/73.

13 В. Водинелић: Нова врста вештачења - ситуациона експертиза, *Приручник*, 6/88.

неприступачан за вештака, па се вештачење врши на основу списка. То је случај кад неправне поновне експертизе, или већ у првој експертизи (на пример код вештачења телесних повреда на основу документације и других података у списима, чл. 257. ЗКП) и увек када заиста нема никаквих других услова за непосредно експертизно испитивање самог објекта.

Не може се рећи да су објекти експертизе у овим ситуацијама списи на основу којих се врши експертиза, као што је то, примера ради, случај код графоскопске експертизе или техничке експертизе докумената. Објекат вештачења код вештачења на основу списка исти је као и код вештачења непосредног објекта, али обзиром да такав објекат више није непосредно доступан, о њему и његовим обележјима спознаје се посредно путем списка. Ако се узме у обзир да проблеми непосредности и аутентичности објеката експертизе постоје, због начина прибављања и фиксирања, и онда када је конкретан објекат непосредно доступан, ситуација у којој су његова релевантна обележја недоступна у процесу експертизног испитивања; и једино су забележена у списима, још јаче истиче овај проблем. Као основно, поставља се питање да ли су обележја објекта веродостојно и у потпуности пренета у списе, а сама вредност вештачења на основу списка, без икаквог непосредног увида у објекте испитивања, већ на самом почетку битно је умањена. Може се оправдано претпоставити да има случајева када је боље уопште не вршити вештачење, него вештачити само на основу списка. Вештачење на основу списка из тих разлога представља изузетак коме треба приступити само онда када другачије заиста није могуће поступити, а никако и у случају када је непосредни објекат вештачења доступан (на пример због уштеде времена или смањења трошкова вештачења).

## 6. ЗАКЉУЧАК

Предмет вештачења обухвата све релевантне чињенице и друге околности које се могу установити само применом посебног стручног знања, односно вештачењем, док се под објектом вештачења подразумевају материјални предмети, места, жива бића и лешеве, који су носиоци доказних информација које улазе у предмет вештачења. Процеси и појаве саме по себи нису објекти вештачења већ су то места и материјални предмети на којима се и посредством којих се оне одигравају. Објекти вештачења су део експертизног материјала који се непосредно испитује у процесу вештачења, за разлику од других објеката и података из експертизног материјала чије је познавање корисно приликом давања налаза и мишљења, али непосредно не подлежу вештачењу. При томе, у кривичном поступку важи принцип упознавања вештака са материјалима кривичне ствари у мери која не утиче на његову самосталност. Основни проблем код класичних вештачења у вези са објектима вештачења јесте њихова оригиналност и аутентичност, која се губи протеклом времена од њиховог прибављања до експертизног испитивања. Нове врсте вештачења (комплексне и ситуационе експертизе) из тих разлога објектима вештачења приступају непосредно, на лицу места пре истека критичног гносеолошког времена док релевантне промене још постоје у непромењеном конкретном идентитету. Код вештачења на основу

списа, када је објекат експертизе уништен, битно измењен, недоступан или на други начин неприступачан за вештачење, проблем непосредности и аутентичности објеката експертизе је још јаче изражен, због чега оваквом вештачењу треба приступити само у крајњој нужди.

## SUMMARY

### OBJECT OF EXPERT INVESTIGATION IN THE CRIMINAL PROCEEDING

The expertise subject matter includes all relevant factors and other circumstances which can be established only by applying a special professional knowledge, i.e. by expert investigation, while under the expertise object are understood the material objects, places, living beings and corpses which are bearers of evidence information included in the expertise subject matter. Processes and phenomena by themselves are not the expertise objects but those are the places and material items on which and by means of which these are happening. The expert investigation objects are part of the expert investigation material which is investigated directly during the expert investigation process, as distinguished from other objects and date from the expert investigation material which is useful to know when giving findings and opinion, but which do not directly undergo the expert investigation. Therefore, in the criminal proceeding there is a principle to put at the disposal to an expert the criminal cause materials to the extent which will not affect his/her independency. The basic problem in conventional expert investigations connected to the objects of expert investigation is their originality and authenticity which is becoming lost in time from their collection to expertise investigation. For these reasons, new types of expert investigations (complex and situation expertises) have a direct approach to investigation objects, at the spot prior to expiry of the critical gnoseologic time while the relevant changes still exist in an unchanged concrete identity. When the expert investigation is carried out on the basis of documents, when the expertise object is destroyed, considerably changed, unattainable or inaccessible in some other way for the expert investigation, the problem of immediateness and authenticity of the expertise object is more pronounced due to which such an expert investigation is to be taken only in urgent need.

Др Драгана Петровић  
доцент Правног факултета у  
Крагујевцу

## ГРАНИЦЕ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ И КАЖЊАВАЊЕ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКИХ УДРУЖЕЊА

*КЉУЧНЕ РЕЧИ:* злочиначка  
удружења; саучесништво; криви-  
чна одговорност;

### УВОД

Кривична одговорност органи-  
затора злочиначког удружења  
предвиђена је изричито одредбом  
чл. 26. КЗЈ, којом је прописано да  
онај који ради вршења кривичних  
дела створи или искористи орга-  
низацију, банду, заверу, групу или  
друго удружење кривично одговара  
за сва кривична дела која произиђу  
из злочиначког плана тих  
удружења и казниће се као да их је  
сам учинио, без обзира да ли је и у  
ком својству непосредно учес-  
твовао у извршењу појединог од тих  
дела. У том смислу, организатор  
злочиначког удружења одговара у  
два случаја: први случај - када је ор-  
ганизатор учествовао у извршењу  
кривичних дела и други случај -  
када организатор у томе није учес-  
твовао, па се његова делатност  
своди на организовање.

Слика коју нам је ова одредба  
пружила, у ствари је огледало једног  
специфичног облика саучесниш-  
тва, особеног најпре и најизразитије  
на подручју одговорности и кажњив-  
ости организатора злочиначког  
удружења. Но, оно што је још  
важније - овај члан конкретно  
изражава, дакле, на посебан начин,  
изван стандардне институције  
саучесништва и изван општих  
принципа о одговорности саучесника,  
нормативно регулише одговорност  
особе која ствара злочиначко  
удружење за кривична дела која  
изврши та организација.

Овим смо, у фокус нашег разма-  
трања, најпре ставили одговорност и  
кажњивост организатора у светлу  
нове концепције.

Ова концепција о кажњавању ор-  
ганизатора злочиначког удружења,  
као што и сам назив каже, новијег је

лагума. Посебни дубоке трагове традиционалног приступа у решавању означеног питања, она до данас није апсолутно прихваћена у правној теорији и законодавству. Међутим, иако под страшном "пресијом прошлости", она већ дуго времена лагано, постепено, али сигурно "узима све више маха", укоренује се.

С обзиром да је наш законодавац у Општем делу регулисао кривичну одговорност организатора применом ове нове концепције, то она грађи детаљно објашњење свог специфичног смисла и суштине.

## 1. ОПШТА РАЗМАТРАЊА О ОРГАНИЗАТОРУ ЗЛОЧИНАЧКОГ УДРУЖЕЊА

Организатор је лице које је створило злочиначко удружење, организовало злочиначки колектив, пројектовало план и програм њихове друштвено опасне делатности. Он је стожер око кога се одвија злочиначка делатност, шеф, диригент коме се остали чланови удружења покоравају. Ради се о личности која је способна да све препреке и сметње, све тешкоће које стоје на путу уједињења у злочиначкој активности, превазиђе и поништи захваљујући својим изузетним организаторским способностима. Једноставно, то је особа способна да створи организацију, у којој се по речима Сигела "микроб зла лако развија, а микроб доброг готово умире, јер се добре особине појединца у њој не спајају, већ елиминишу", дакле, производе кривично дело и ако поједини међу њеним члановима изоловано, сами за себе, по свом карактеру не би били у стању да га изврше.<sup>1</sup>

Организатор је, према томе, особа која стоји на челу злочиначког удружења делујући на све његове припаднике посредством злочиначког плана у једном правцу - реализовању циља злочиначког удружења, односно вршењу кривичних дела. Он, да поновимо, формира злочиначко удружење, врбује његове чланове, разрађује план криминалне активности и руководи спровођењем криминалне делатности.<sup>2</sup> То његово деловање се манифестује, најпре, у проналажењу, повезивању, а затим злочиначком ангажовању до тада изолованих појединаца, у давању организационе форме удружењу, усавршавању унутрашњих односа међу члановима ове организације, у старању о правилној и корисној подели рада и у другим делатностима организационог карактера.<sup>3</sup> Чиним нам се да из аргумената које смо изнели, разлика која се има повући између овог најопаснијег облика саучесништва и преостале две форме саучесништва, добија своје упалјиве црте. Хоћемо, заправо, да кажемо: све радње које у вези са злочиначким планом предузима организатор, нису ни подстрекивање, ни помагање чланова организације. Непосредним разматрањем односа организатор - члан организације, не може

1 Т. Живчиновић, Основи кривичног права Краљевине Југославије, општи део, 2. књига, Београд, 1937, стр. 191.

2 А.Н. Грејвинг, Учење о саучесништву, Београд, 1949, стр. 92.

3 Ж. Јовановић, Организовање злочиначких удружења као посебан облик саучесништва, докторска дисертација, Београд, 1960, стр. 145.

се рећи да организатор пружа помоћ члановима организације, ни обратно, јер њихова делатност представља саставни део злочиначког плана као заједничке платформе у реализовању криминалног подухвата.

Схватајући улогу и значај организатора злочиначког удружења на овај и овакав начин, стижемо до новог, веома комплексног и дискутабилног, пре свега, централног противуречја који прожима односну проблематику. Реч је, наиме, о следећем: непосредно истражујући однос између организатора и чланова његовог удружења, организатор се првенствено појављује као саучесник у свим кривичним делима које изврше чланови злочиначког удружења, без обзира што у њима није директно учествовао. Ово се може разумети само уколико се та битма димензија код организовања посматра на једном ширем, свеобухватнијем плану. Зато, за почетак, да скицирамо неколико ових основних идеја.

За кривично дело које изврши одређени припадник злочиначког удружења, у првом реду одговара оно лице које је својим понашањем проузроковало забрањену последицу, односно извршило то кривично дело. У том контексту, све изгледа прозачно јасно. Међутим, прелаз на подручје злочиначког организовања је изразито искомпликовао и учинио контрадикторним решење овог особитог проблема. У новом теоријском програму, тј. у новој концепцији о организовању злочиначких удружења, одређени степен кривице за то извршено кривично дело пада и на организатора злочиначког удружења због акција које је предузео - због тога што је створио злочиначко удружење и што је доношењем злочиначког плана поставио основну полуку управљања и усмеравања његових функција у правцу вршења кривичних дела. Наравно, уз усвојене теорије ограничене акцесорности, ово само и једино под условом да је заиста извршено кривично дело или кажњив покушај кривичног дела у чије извршење, односно покушају извршења он није учествовао. Према томе, о одговорности организатора као саучесника се не може говорити уколико неко од припадника злочиначког удружења није извршио кривично дело или, барем, кажњиви покушај. Велики троугао: организатор, припадник и злочиначки план, овде функционишу у складном јединству, ка заједничком циљу - вршењу кривичних дела. Дакле, то што организатор није непосредно учествовао у извршењу кривичног дела, односно, то што је кривично дело према злочиначком плану извршио припадник злочиначког удружења као непосредни извршилац, његова улога, том чињеницом уопште није доведена у питање, тј. опасност која долази од њега уопште није мања. Другим речима, чињеница да он непосредно не остварује биће кривичног дела не значи да он собом носи мању друштвену опасност у поређењу са непосредним извршиоцем. Управо супротно, из околности да је он идејни творац и покретач - основни носилац криминалне делатности (нарочито када се ради о великим злочиначким организацијама), произилази да је реч о једном од најопаснијих учесника, опаснијем чак и од непосредног извршиоца. Дакле, оно што је овде битно јесте да он на посредан начин учествује у том делу - он доприноси извршењу кривичног дела организовањем злочиначког удружења и постављањем злочиначког плана. Његова делатност се, слично као код подстрекивања и помагања појављује као услов који је допринео

наступању последице, односно извршењу кривичног дела или више њих. А рекли смо, свако ко било на који начин непосредно или посредно суделује у остварењу одређеног криминалног резултата, мора да одговара према значају своје улоге. Он је, према томе, својим злочиначким ангажовањем у специфичном облику омогућио вршење кривичних дела и он зато мора да одговара као саучесник у сваком извршењем кривичном делу.

Како, у тим грубо постављеним ситуацијама, прецизно одредити границе одговорности организатора?

## 2. ГРАНИЦЕ ОДГОВОРНОСТИ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКОГ УДРУЖЕЊА

Назначена линија кажњавања (чл. 26) организатора злочиначког удружења у смислу нове концепције, тражи детаљно објашњење.

1. Да се подсетимо. Из овакве одредбе Кривичног закона СРЈ, произилазе два случаја кривичне одговорности: први случај, када је организатор учествовао у извршењу кривичних дела; или, прецизније речено, организатор злочиначког удружења иако творац овакве асоцијације, иако идејни носилац планом обухваћених кривичних дела "кроз" чије се извршење остварује циљ криминалног деловања, може да у извршењу појединих кривичних дела, обухваћених злочиначким планом или кривичних дела која нису планирана већ представљају претходни услов, или се јављају као нужна последица за остварење пројектоване криминалне делатности, учествовати и као непосредни извршилац. Под таквим околностима, и поред тога што је организатор стваралац криминалне идеје са обједињавањем криминалне делатности свих чланова злочиначког удружења, његово учешће у извршењу једног или више кривичних дела унутар организације, завере, банде или групе неће и не може се посматрати из угла саучесништва, већ из угла извршилаштва (саизвршилаштва). У таквим случајевима, организатор злочиначког удружења третираће се као непосредни извршилац (саизвршилац). Ево једног таквог случаја из судске праксе. Реч је о пресуди Савезног врховног суда, односно Савезног суда, у чијем је образложењу речено: "Правилно је суд узео да је оптужени учествовао у инкримисаним делима као саизвршилац јер је у сва три случаја као активни припадник одметничкебанде у њеном саставу, свесно и, на основу претходног споразума са осталим учесницима, предузео радње које су биле усмерене на омогућавање, олакшавање и обезбеђење наведених убиства био је у случају лишена живота В.А. прећуцац, а приликом остала два убиства изричит, како је то правило утврдио суд, тако да се извршење инкриминисаних дела указује као резултат заједничке акције групе одметника, у којој се налазио и оптужени, а која је дејствовала у оквиру своје опште злочиначке делатности, свесно и на бази поделе улога између појединих учесника. При томе се не може уважити тврдња оптуженог истакнута у жалби да је приликом убиства В.А. дохватио оружје само са сврхом да се склони на сигурније место, јер је оптужени на главном претресу дао битно друкчији приказ догађаја, према којем је - чим је био упозорен на опасност ставио оружје (машинку) у припремно стање, којем је исказу суд у потпуности

поклонио веру и на том основу извео закључак о активном учествовању оптуженог у овом злочину”.<sup>4</sup>

У овом начину суделовања, организатор ће одговарати као извршилац, а не као организатор, јер је извршилаштво најтежи облик учешћа у извршењу једног кривичног дела и као такво конзумира све видове саучесништва, па самим тим и организовање злочиначких удужења.

Други случај кривичне одговорности организатора је онај када организатор није учествовао у извршењу кривичног дела. У таквој ситуацији, он је одговоран за сва кривична дела која су произашла из злочиначко плана удужења кој је створио или искористио.<sup>5</sup> На тој тачки се, управо, и остварио највећи проблем који се огледа, очигледно, у проширивању основа кривичне одговорности организатора.

Овакав приступ је омогућио темељни увид у специфичну природу одговорности организатора. Његово даље образлагање подразумева следеће: из одредбе чл. 26. произилази:

Прво, да организатор одговара за дела које је његова организација стварно извршила, дакле за дела која су реализована (или покушана), а не и за она која су само била обухваћена злочиначким планом.<sup>6</sup>

Наиме, у смислу теорије лимитиране акцесорности, кривична одговорност организатора (саучесника) се мора заснивати на кривичном делу оствареним од стране других лица - чланова злочиначког удужења (као непосредних извршилаца).<sup>7</sup> Дакле, потребно је да се одговорност

4 Пресуда Савезног врховног суда, Кж. 2/57. од 13. 3. 1957. године

5 Б. Чејовић, Кривично право, општи део, Ниш, 1995, стр. 351.

6 Супротно, у Кривичном закону - општи део у чл. 27, ст. 1. предвиђена је одговорност иницијатора и организатора злочиначког удужења, "за сва дела која су обухваћена злочиначким планом делатности тих удужења и за сва појединачна учињена дела која су произашла из тог плана". Полазећи од оваквог одређења граница кривичне одговорности и кажњивости организатора, желимо у једном обухватном погледу да пружимо слику овог решења, односно изнесемо кључни аргумент због кога је оваква одредба отпала у каснијој законодавној регулативи одговорности код организатора. У једној реченици, по овом правилу одговорност организатора је "поклапала" сва кривична дела која су била обухваћена злочиначким планом делатности злочиначког удужења, без обзира да ли су стварно извршена или не. То значи да је дошло до страшног проширивања одговорности организатора, до ширења зоне инкриминације изван и преко оквира опште усвојеног схватања о саучесништву. Ова нормативна прописана преобимност за одговорност организатора пре може да доведе до тога да се он због оваквог приступа позове на кривичну одговорност за кривично дело *sui generis*, него за саучесништво. Без значаја је, дакле, што је ова одредба нашла своје место у Општем делу - поглављу о саучесништву.

7 "...Оптужени не би могао одговарати чак ни као саучесник, јер није утврђено постајање кривичног дела и кривичне одговорности другог, будући да његова мајка нији ни оптужена. Ово због тога што је наш кривични закон у погледу правне природе саучесништва у принципу прихватио схватање о ограниченој природи саучесништва према којој се за постојање саучесништва тражи само постојање кривичног дела или покушаја на страни главног учиница, а није потребно још да тај учинилац је и кривично одговоран.", пресуда Врховног суда

организатора увек темељи на ономе што је стварно реализовано од стране чланова злочиначког удружења. То значи да организатор одговара за радње чланова удружења који се у овом облику саучесништва јављају као извршиоци.

Неспорно је да суштина овог правила указује на две битне чињенице. Прва, да нема речи о одговорности организатора уколико није дошло до извршења неког кривичног дела од стране припадника злочиначког удружења. Друга, он одговара за сва кривична дела која су обухваћена планом, а стварно су извршена од стране чланова удружења. Једном речи, организатор одговара не за дело које је било у плану злочиначког удружења, већ само за она кривична дела која су стварно извршена од припадника злочиначког удружења и под условом да су била обухваћена злочиначким планом.<sup>8</sup>

Друго, одређено је да организатор одговара за дела која су произашла из злочиначког плана. То тачно значи: организатор одговара за она дела која су непосредно обухваћена планом злочиначког удружења и за она која су произашла из тог плана у смислу да иако нису непосредно у плану овог удружења, ипак су таква да се њихово извршење појављује као нужна претпоставка, предуслов за реализовање злочиначког плана. Реч је, у ствари, о групи кривичних дела која су "органски" повезана са ефикасним извођењем плана, тј. која се јављају било као средство или претходни услов за извршење плана, било као нужна последица остваривања плана.<sup>9</sup> Тако, на пример, код удружења створеног у циљу вршења крађа, чланови удружења, услед стишаја многоструких непредвиђених околности, могу наизлити на разноврсне ситуације приликом остваривања тог плана. Па, понекад, да би извршили ова кривична дела чланови удружења морају да примене принуду, да нанесу повреде онима који из ометају у вршењу ових кривичних дела, да доводе друга лица у заблуду, да обијају и проваљују собе, касе, ормане и слично. Негде ће доћи до оштећења туђе ствари која је употребљена као средство за извршење крађе и сл. Да поједноставимо. Уз кривична дела која су тачно предвиђена у злочиначком плану удружења - у овом случају - вршења кривичних дела крађе - обично иду: тешка крађа, разбојништво, разбојничка крађа, кривично дело тешке телесне повреде и слично. Према томе, овде не могу доћи у обзир кривична дела која немају никакве везе са планом злочиначког удружења (на пример, ако је план удружења вршење кривичних дела крађе, а неко од чланова удружења изврши силовање). Довољно је да је извршено једно кривично дело у горе означеном смислу. Разуме се, то кривично дело може бити свршено или покушај, наравно, уколико се ради о кажњивом покушају.

2. Да направимо један "искорак" из овог контекста и покушамо концизно да одговоримо на питање: Због чега код организовања злочиначких удружења долази до проширивања зоне инкриминациј, шта је

Хрватске, Кж. 1756/66.

8 Ж. Јовановић, *op. cit.*, стр. 227.

9 Љ. Јовановић, *Кривично право*, општи део, Београд, 1978, стр. 232.

то што креира овакве границе кривичне одговорности организатора, тј. на основу чега долази до оваквог проширивања основа кривичне одговорности организатора злочиначког удружења?

Делimitedан одговор на постављено питање дали смо у овду овог компликованог тематског подручја. Овде ћемо прецизирати његов садржај.

У кривичноправној доктрини се сматра да проширивање кривичне одговорности организатора на сва кривична дела извршена од стране било ког члана злочиначког удружења има свој основ у претпостављеном узрочном односу дејства радње организовања као услова за извршење свих кривичних дела која произилазе из плана удружења.<sup>10</sup> Да видимо шта стоји у пзadini оваквог става, односно шта га оправдава.

Неколико је разлога који делују у прилог односне позиције. Најпре, организатор предузима радњу организовања, тј. стварања или искоришћавања неке организације за вршење кривичних дела. Затим, организатор својом активношћу ствара план или иницира његово доношење и тима ствара услове за извршење кривичних дела од стране чланова удружења. То су "одлучујући ваљци" који обликују сва злочиначка удружења у овом или оном правцу. Без предузете делатности организатора, не би дошло до стварања (искоришћавања) злочиначког удружења, као што би изостало и стварање, тј. доношење криминалног плана. У коначној линији, без предузете радње организовања, не би дошло до криминалне активности припадника удружења. Организатор је својом делатношћу допринео формирању удружења, тј. искоришћавању неког већ постојећег удружења, затим доношењу злочиначког плана тог удружења. Једноставно, он је допринео извршењу кривичних дела од стране припадника удружења и то на себи својствен начин. Ту се, у ствари, ради о својеврсном начину доприношења извршењу кривичних дела, који се манифестује кроз стварање организације и доношење злочиначког плана као реалне подлоге и могућности за вршење једног кривичног дела или, пак, више њих. Тиме је он успоставио објективну основу и пружио психичку подршку својим припадницима у предузимању криминалних подухвата. У том смислу, радња организовања - коју је остварио члан таквог удружења, налазе се у жестокој спрези. Оне представљају једно унутрашње јединство, злочиначку количину усмерену у једном једином правцу - реализовању кривичних дела. Између организаторовог доприноса и проузроковане кривичне последице - извршеног кривичног дела од стране члана удружења постоји блиска и нераскидива веза. Та веза се испољава у томе што се организовање злочиначког удружења према оствареним кривичним делима од чланова злочиначког удружења појављује као један од услова који је допринео њиховом наступању.

3. Из одредбе чл. 26. произилази да организатор одговара само за она дела која су извршена у оквиру плана злочиначког удружења. У том смислу, ако неко од чланова удружења изврши неко кривично дело које није обухваћено планом, нити је тесно повезано са делима предвиђеним планом, тада ор-

10 Ј. Таховић, Кривично право, општи део, Београд, 1961, стр. 312.

ганизатор неће одговарати за односно дело. То тачно значи: организатор не одговара за ексцесе чланова свог злочиначког удружења. Тако, на пример, организатор неће кривично одговарати за кривично дело убиства које је извршио неко од чланова удружења, а оно вије у вези са крађом.<sup>11</sup>

4. У посебном извођењу теорије лимитиране акцесорности у сфери саучествовања, ситуација је идентична. Наиме, ако је умишљај подстрекача и помагача (саучесника) управљен на једно кривично дело, а извршилац изврши сасвим друго дело, односно дело друге врсте (квалитативни ексцес), онда ће за такво дело одговарати само извршилац, а не и саучесници. Из изложеног, пошто нема заједничког деловања више лица за реализовање одређеног кривичног дела, нема ни саучесништва. Стога, одговорност саучесника зависи само од тога да ли је саучесничка радња предвиђена као самостално кривично дело. Према оваквој "скици" ако је саучесник доприносио извршењу кривичног дела крађе, а извршилац изврши кривично дело тешке телесне повреде, саучесник неће одговарати за ово друго кривично дело, јер у том случају, нема саучесништва у делу тешке телесне повреде (код неуспелог подстрекивања је направљен изузетак).

Даљи развој ове идеје подразумева неколико особених ситуација:

1) Саучесник ће бити кривично одговоран за последицу коју је проузроковао извршилац само онда када је она обухваћена његовим умишљајем и то само у оном облику у коме ју је он предвидео. Овде треба нешто рећи о ситуацији у којој је саучесник доприносио извршиоцу да изврши стриктно неко кривично дело, а извршилац учини блажи облик тог истог дела или неко истоврсно дело које је лакше од оног на које је био подстрекнут, односно у коме је био помогнут. У случају оваквог ексцеса, саучесник ће одговарати за дело које је извршилац извршио или покушао да изврши, а не за дело на које је био управљен његов умишљај. Реч је о доследној примени теорије лимитиране акцесорности. Истовремено, ту лежи разлог објашњења идентичне ситуације и на терену организације злочиначког удружења. Наиме, кривична одговорност организатора се заснива на ономе (оним кривичним делима) које чланови његове организације као непосредни извршиоци стварно остваре. То значи да уколико су припадници приступили реализовању злочиначког плана вршећи лакша кривична дела од оних које је организатор одредио злочиначким планом тада ће он одговарати само за извршена кривична дела, тј. за лакша кривична дела. На основу претходног излагања, уколико је код остварења злочиначког плана радња члана удружења остала у покушају, организатор ће одговарати као саучесник кривичног дела у покушају.

---

11 Организатор групе из чл. 128. Кривичног законика, односно чл. 136. КЗЈ (за вршење кривичних дела из чл. 125. и 126. Кривичног закона) не одговара по чл. 23. Кривичног закона, за убиство које је члан банде извршио на своју руку, без налога и без накнадног одобрења организатора, који је, ипак, учиниоца овог дела разоружао и дао најоштрије осудити. Из ових чињеница, наиме, може се извести закључак, да односно убиство није произашло из злочиначког плана. - пресуда Врховног суда Хрватске, Кж. 685/53, од 31. 12. 1965. године.

2) Из претходних напомена, када извршилац изврши теже кривично дело од онога које је било обухваћено умишљајем саучесника, саучесник неће бити одговоран за теже кривично дело, већ само за оно дело које је било обухваћено његовим умишљајем. На пример, саучесник доприноси извршиоцу у извршењу кривичног дела обичне тешке телесне повреде (чл. 53, ст. 1. Кривичног закона Србије), а извршилац изврши кривично дело особито тешке телесне повреде (чл. 53, ст. 2. Кривичног закона Србије); или, подстрекач наговара једно лице - извршиоца да учини кривично дело крађе, а извршилац учини кривично дело разбојничке крађе...

3) У том "истраживању" потребно је да се прецизира још једна ситуација: У случају кривичног дела квалификованог тежом последицом, за кривичну одговорност саучесника важи исто оно правило које важи и за одговорност учиниоца за такво дело (чл. 15. Кривичног закона СРЈ). У том смислу, саучесник ће одговарати за тежу последицу која произиђе из основног дела, уколико се тежа последица може приписати нехату саучесника. Дакле, уколико једно лице доприноси другоме да нанесе тешку телесну повреду, па извршилац то заиста и учини, али повређени услед задобијених повреда касније умре, саучесник ће, исто као и извршилац одговарати за кривично дело квалификовано смрћу, ако се смрт повређеног може приписати његовом нехату. Разуме се, из овога става произилази његова истоветна одговорност и за кривично дело квалификовано нарочитом околношћу, уколико је био свестан постојања такве околности.

5. Из ових упућивања биће могућно да се разуме сасвим супротна ситуација која влада на терену организовања злочиначког удружења. Рекли смо, организатор злочиначког удружења одговара за сва извршена кривична дела, која су предвиђена планом или произилазе из њега. И даље, организатор је "у вези" са тим кривичним делима повезан злочиначким планом који оцртава пут и границе злочиначкој делатности чланова његовог криминалног удружења. На плану конкретне анализе су обухваћена разноврсна кривична дела и њихови варијетети, под условом да се њима остварује злочиначки план или, пак, стварају услови који омогућавају његово реализовање. У складу са тим, без значаја је да ли је извршено кривично дело основног или квалификованог облика (обична или разбојничка крађа).

Указивање на овакву везу, ставља акценат на следећу чињеницу: на овом нивоу, организовање злочиначког удружења нема своје "утемељење" у теорији ограничене акцесорности.

Према томе, у сржи овакве оријентљације налази се одредба која начелно регулише кривичну одговорност саучесника. Или, да поједноставимо, јед-но од најосетљивијих места код организовања правно се нормира у "крилу" општих одређби о границама кривичне одговорности саучесника. Зато ћемо у анализи подвући следеће: за одговорност саучесника основно је правило да они одговарају у границама умишљаја независно од кривичне одговорности главног извршиоца, односно независно од тога у којој мери је одговоран други учесник (принцип самосталне одговорности саучесника). Полазиште за овакав став законодавца налази се у основним поставкама теорије лимитиране акцесорности (на којој су углавном базиране одредбе

Кривичног закона Југославије о саучесништву), која кривичну одговорност саучесника условљава самоа извршењем кривичног дела, тј. кажњивим покушајем, али не и кривичном одговорношћу извршиоца.

Такав приступ одлучујуће је "диктиран" компликованом ситуацијом која може да настане на овом плану. За објашњење: како је одређено кривично дело заједничко дело саучесника и извршиоца, то скупно реализовање односног кривичног дела, као по правилу, подразумева да код свих њих постоји и јединствен умишљај у односу на означено дело. Међутим, то није увек тако. Површним разматрањем и проучавањем извесних случајева (дакле, без удубљивања у унутрашњу страну проблема), могло се уочити да врло често отпада претпоставка о јединственом умишљају свих учесника, односно долази до релативног разилажења између умишљаја саучесника и овог облика виности код извршиоца (ексцес саучесништва).

Како смо организовање злочиначких удружења сврстали у систем саучесништва, то је, на ниову кривичне одговорности и кажњивости организатора, слична судбина, у овом погледу задесила и одговорност овог друштвено најопаснијег актера.

У том контексту, по изричитој законској одредби, организатор одговара само за умишљајно организовање злочиначког удружења. Организатор одговара за сва кривична дела која су произашла из плана злочиначке организације, без обзира да ли он уопште зна за нека од појединих дела. Другим речима, организатор одговара за сва извршена кривична дела, која су била у плану или су произашла из плана, а то подразумева да она нису организатору нити по врсти, нити по форми редовно унапред позната. У истом смислу, за његов умишљај довољно је да се ради о делу за које се може рећи да је произашло из злочиначког плана иако у самом плану ова дела углавном нису непосредно одређена, односно обично нису конкретизована и индивидуализована, већ се садржај злочиначког плана одређује с обзиром на општу сврху удружења. Полази се, наиме, од тога да је "база" његове кривичне у злочиначком плану, односно у радњи која му логички претходи (или је истовремена са њим) - стварању злочиначке организације. То је основа његове одговорности и за свако поједино дело које чланови те организације изврше у оквиру свог злочиначког плана, и то " без обзира да ли је и у ком својству непосредно учествовао у извршењу појединог од тих дела", и без обзира на то да ли је знао за неке од тих извршених кривичних дела, као и без обзира на околност да ли је знао који се чланови злочиначког удружења појављују у улози непосредних извршилаца.<sup>12</sup>

Даље, консеквентно извођење ове тезе поврћује чињеницу да је организатор назначеним кривичним делима повезан злочиначким планом јер се кроз њега изражава упадљиво субјективна веза која постоји између организатора и сваког тог појединог дела. Додуше, садржај њиховог субјективног односа показује извесне особености. Он даје оквире у злочиначком поступању чланова организације и одређује општи

---

12 Група аутора у редакцији Н. Срзентића, Коментар Кривичног закона, Београд, 1981, стр. 144.

нормативни опсег његове (организаторове) кривичне одговорности. Из тих разлога, за кривичну одговорност организатора је ирелевантно што тај однос није конкретар, што поједина дела нису конкретно обухваћена у свести учиниоца. У истом смислу, за сагледавање овог питања посебно су важне следеће констатације. Најпре, овај карактеристични субјективни однос између организатора и сваког тог појединачног дела произилази из знања злочиначког плана у целини, при чему су неважи детаљи, тј. поједина дела. Управо, тиме је конзумирано и свако поједино дело. Или, овим не само да су обухваћена разноврсна кривична дела већ и њихове варијанте, под условом да се њима реализује злочиначки план, односно да се њима не реализује криминални план, али су оне такве да је њиховог остваривање на линији остваривања основне сврхе удружења, да служе реализацији циљева удружења, да се њима стварају услови за њихово остваривање.

Суочићемо се сада са интересантним мишљењем Ж. Јовановић, који на једном месту каже: "... Важно је да та кривична дела буду обухваћена злочиначким планом или да произилазе из њега. Отуда би ово правило могло да претрпи модификацију да организатор не одговара у границама свог умишљаја, већ да одговара у границама злочиначког плана".<sup>13</sup>

Разматрајући Јовановићемо становиште, нашу пажњу ће заокупити следеће проблематске тачке: најпре, приметимо да су се оваквим занимљивим ставом отвориле значајне дилеме: Да ли, поселе свега, између злочиначког плана и умишљаја, у том погледу постоје суштинска разлике, односно да ли разилажење између одговорности организатора у границама умишљаја и његове одговорности у границама криминалног плана показује другачији квалитет? Да ли је ова друга одговорност - у границама умишљаја - ограниченог димензиона у односу на ову прву, т. да ли она сужава зону инкриминације или је проширује? Или су у питању безначајне, занемарљиве различитости и то, пре свега, у "квантитету" свести код организатора (разлике у интензитету свести)?

Ако је аутор овим предлогом хтео да стави катактеристични печат на кривичну одговорност и кажњивост организатора, онда овоме нећемо стављати никакве приговоре. Једноставно, са овим се, у основи можемо сложити.

Међутим, подсетићемо да један од разлога који нас је определио да организовање злочиначког удружења сврстамо у област саучесништва јесте баш и тај да се оно може само умишљајно (директни или евентуални умишљај) извршити. Овде тај услов, односно кручни моменат долази до најјаснијег изражаја. Он је баш "илустрована потврда" умишљајног поступања код саучесништва. А затим, рекли смо да се одговорност организатора темељи на виности, односно умишљају који се манифестује у субјективном односу организатора према сваком индивидуално извршеном кривичном делу преко злочиначког плана који је овај донео и за чију је реализацију створио (или искористио постојеће) удружење и усмерио његову злочиначку активност у одређеном правцу. Кроз злочиначки план

13 Ж. Јовановић, *op. cit.*, стр. 226.

се умишљај организатора оживотворује, добија одређене форме. Унутрашње условљен постизањем постављеног циља - вршењем кривичног дела, он сам (злочиначки план) постаје претпоставка, услов могућности успешног реализовања кривичног дела. У томе је и смисао стварања и функционисања неког злочиначког удружења. Једноставно, злочиначки план је рефлекс организаторовог умишљаја, његово "огле-дало". Криминални план је прост одраз организаторових различитих степена свести и хтења - у облику директног и евентуалног умишљаја. Из ове перспективе, сасвим је свеједно да ли смо употребили "ову" или "ону" понуђену алтернативу у његовом формулисању. У крајњој линији, како смо раније показали, оне означавају исту садржину, тј. обе имају за предмет испитивање истоветно значење.

Зато остајемо у границама општег одређења значења одговорности код организатора.

### 3. КАЖЊАВАЊЕ ОРГАНИЗАТОРА ЗЛОЧИНАЧКОГ УДРУЖЕЊА

Казна се сваком учеснику одмерава с обзиром на његов удео у делу и његов степен друштвене опасности уз уважавање личних односа, својстава и околности (чл. 25. КЗ), те других отежавајућих и олакшавајућих околности које утичу да казна буде мања или већа (чл. 41. КЗ). Све то, независно од казне која је одмерена другом учеснику. У ствари, други учесник и не мора бити кажњен. Наиме, у основи се узима изричита одредба чл. 25, ст. 3. КЗ, према којој се лични односи, својства и околности услед којих закон искључује кривичну одговорност, или дозвољава ослобођење од казне, ублажавање или поопштравање казне, могу узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код кога такви односи, својства и околности постоје.<sup>14</sup>

Определити се за овакво решење и на плану организовања злочиначких удружења у потпуном је складу са особеном природом овог облика саучесништва. Или, једноставно, пуна примена овог правила и у односу на организовање злочиначких удружења имплицирана је самим карактером и суштином организовања као типа саучесништва. Доследно томе, могуће је да "иза" организатора злочиначког удружења и члана тог удружења који непосредно изврши кривично дело, стоји различита кривична одговорност. Или је, пак, могуће да један од њих буде позван на кривичну одговорност за остварено дело, а други не (на пример, организатор одговара, а члан удружења који се појављује у улози непосредног извршиоца - не одговара). Дакле, тек разјашњењем основног проблема - постојања или непостојања

14 Под "личним односима" подразумевају се одређена стања у која ступа човек својом вољом или стицајем околности (на пример, лични однос је однос службеног или војног лица; лични однос је и однос сродства). "Лична својства" представљају стање у коме се човек трајно или привремено налази (на пример, стање неурачунљивости или малолетства). "Личне околности" су објективне чињенице везане за личност човека које могу бити правно релевантне (на пример, чињеница да је неко лице више пута осуђивано).

одговарајућих односа, својстава или околности - може се конкретно разумети и укупна ситуација у означеној практичној сфери расправљања.

Лични односи релевантни за кривичну одговорност и кажњивост у смислу чл. 25, ст. 3, тичу се само оног учесника код кога се такве околности нађу. То се односи и на добровољни одустанак од извршења кривичног дела. Према чл. 25, ст. 2. саизвршилац, подстрекач или помагач који је добровољно спречио извршење кривичног дела може се ослободити од казне. Ради се, заправо, о једној посебној личној околности услед које закон дозвољава ослобађање од казне. Ако се та околност нађе код саучесника, делује и у његову корист.

Из очите сличности ових облика саучесништва поставља се питање, по аналогiji, да ли се овај принцип може аутоматски применити и на одговорност организатора - саучесника?

Но, пре одговора на конкретно постављено питање, да учинимо неколико напомена које се тичу ове институције материјалног кривичног права.

У основи, добровољни одустанак регулише оне ситуације када саучесник на бази добровољно донете одлуке, спречи извршење одређеног кривичног дела. На овај начин, сасвим разумљиво, одустајање је добровољно, када је одлука о одустајању резултат слободног самоопредељења саучесника. Између две крајње инстанце, оне када својим ангажовањем доприности криминалном подухвату, и оне када својим ангажовањем спречава забрањену последицу, саучесник се "сам по својој сопственој вољи и независно од других узрока"<sup>15</sup> опредељује за ову другу. Ирелевантни су разлози, односно мотиви којима се саучесник руководио у оваквом поступању (то може бити сажалење према жртви, страх од казне или кукавичлук, срамота која га чека када дело буде откривено и слично).

Добровољни одустанак је основа за факултативно ослобађање од казне. Познато је, међутим, да многа савремена законодавства иду и даље, па за овакву ситуацију предвиђају чак и обавезно некажњавање учиниоца који је добровољно одустао од извршења дела.

Не улазећи, овде, у детаљно приказивање свих оних мишљења која говоре у прилог оваквог благонаклоног поступања према саучеснику који је добровољно одустао, идеја којом се законодавац руководио јесте да се оваквим третманом саучесник подстиче, стимулише на отклањање опасности од заштићеног добра. Тај чин заслужује одређене бенефиције - некажњавање, односно факултативно ослобађање од казне, за оно до тада учињено, а иначе кажњиво.

У смислу транспонованња овог принципа на ниво организовања злочиначких удружења (одговорности организатора), ово правило ће доживети извесне модификације.

У којој мери специфична суштина организовања злочиначког удружења условљава доследну примену овог правила?

Ево убедљивог начина који ће нам и овде показати да долази до значајног удаљавању ове врсте саучесништва од преостале две типичне форме саучесништва у забрањеној последици. Све време је, при томе, реч о два супротним оријентацијама које покушавају да реше проблем кривичне одговорности за злочиначко организовање. У претходној анализи, ослонац је био на новој концепцији о одговорности организатора. За објашњење овог питања, међутим, одлучујући утицај ће одиграти традиционална концепција о организовању злочиначког удружења. У сим кривичним законодавствима света, због посебне опасности коју са собом носи, организатор се кажњава за само кривично дело стварања злочиначког удружења које има за циљ вршење једног или више кривичних дела (када је организовање злочиначког удружења предвиђено као самостално кривично дело). То значи да организатор злочиначког удружења у оваквим случајевима одговара за само организовање злочиначког удружења. У том смислу, да би постојала кривична одговорност организатора, није услов да је извршено неко од кривичних дела због чијег је вршења организатор створио, односно искористио једно удружење. Дакле, организатор одговара за само стварање удружења, као извршилац кривичног дела. Другим речима, он је извршилац самосталног кривичног дела, па његова кривична одговорност не зависи од тога да ли је у оквиру овог удружења извршено неко кривично дело или не. Управо, када се инсистирало на томе да се организатор казни са само стварање злочиначког удружења још и док и нису извршена никаква кривична дела од стране његових чланова, онда његова акција на спречавању извршења дела (непостојећих) губи сваки смисао. Штавише, ситуација је крајње нелогична. Баш зато, преко овог проблема се једноставно прелази, просто, игноришући чињеницу да би се овим поводом могло нешто учинити. Међутим, није све тако као што на први поглед изгледа. Ваља само поменути неке од делатности које предузима организатор, а које би се могле подвести под појам "добровољног одустанка": расформирање злочиначког удружења, пријављивање властима створеног удружења, онемогућавање чланова да отпочну извршење планираних кривичних дела и сл. и сл.

Иако смо начелно прихватили исходни став са почетка, чињеница да је организатор показао извесни степен заинтересованости и ангажовања на стварном спречавању злочиначког деловања свог удружења, не може се игнорисати, тј. остати без икаквог значаја, односно мора му се урачунати као околност која би могла да доведе или до потпуног ослобођења од казне, или, пак, само до ублажавања казне. У обзир могу доћи и неке дуге погодности и привилегије.

Најзад, могло би се рећи да одредба чл. 25, ст. 3. КЗ о утицају личних односа, својстава и околности на кривичну одговорност и кажњивост саучесника - дакле, уз извесне специфичности, укључујући ту и организатора злочиначког удружења - представља потврду доследне примене концепције лимитирања акцесорности.

Коначно, поводом анализе овог питања треба отворити питање законског одређивања казне организатору.

По чл. 26., организатор се кажњава као и извршилац дела. Казна му се одмерава у оквирима казне предвиђене за учиниоца односног дела.

Приликом одређивања казне за поједино дело треба посебно узети у обзир његов допринос у реализовању тог дела, да ли је уопште учествовао у његовом извршењу и ако јесте, у ком својству - као извршилац, подстрекач или помагач. Разуме се, за више појединачних дела организатору ће се казна одмерити по прописима који важе за одмеравање казне у стицају.

Дакле, у кривичним законодавствима преовлађује став - изједначити у погледу казне организатора са извршиоцем. То је, нема сумње, правило на генералном нивоу.

Међутим, одређујући се критички према том општем гледишту, чини се могућним, па чак и нужним, упоредити ове две друштвено опасне фигуре с обзиром да "носе" различите степене опасности, а да им се казна ипак одређује, тј. одмерава у истим границама. У овој констатацији - питању, прелознаје се наше мишљење које сугерише један други правац у кажњавању организатора. Пошли смо, наиме за тим да је организовање злочиначког удужења најтежи и најопаснији облик саучесништва, а организатор најопаснији актер у кривичном делу у коме учествује више лица, дакле, опаснији чак и од само непосредног извршиоца. У крајњој линији, реч је о личности, која са становишта друштвеног поретка проузрокује највеће штете, па је "реално очекивати да ће у практичној примени конкретне казне организатор бити теже кажњен од самог извршиоца".<sup>16</sup> Та конкретна казна, према изричитом наређењу законодавца, мора се кретати у распону казне која је прописана за извршиоца одређеног кривичног дела.

Кратко разматрање наведеног питања на терену поступања страних законодавстава која, иначе, не познају овај најтежи облик саучесништва, показује да постоје случајеви када се организатору изриче већа казна од максимално забрањене за дело у питању. Једноставно, чињеница да је неко био организатор, увек је општа отежавајућа околност која издваја организатора и за њега прописује строжију казну од осталих учесника у делу, па и самих непосредних извршилаца. Тако, на пример, етиопски КЗ (1957), кажњава строжијом казном коловођу, организаторе и управљаче разних забрањених скупова и удужења. Истоветан је третман прописан и за организаторе и за коловође побуне.

Да резимирамо: без обзира колико се неким чинила неodrживом, бесмисленом, противречном идеја о строжијем поступању у односу на организатора, конкретне околности говоре, управо, у прилог оваквом схватању - организатор се има казнити строжије од извршиоца. Овакав приступ у законској регулативи би се, дакле, могао оправдати не само логичким, већ и криминалнополитичким разлозима у којима је недвосмислено изражена намера да овог друштвено најопаснијег учесника у делу (без чије активности, у крајњој линији, можда никада не би дошло до извршења кривичног дела), "стигне" заслужена казна. Он мора да "плати" за оно што је учинио, а "цена" коју плаћа у мери његовог учешћа, тј. степена његове друштвене опасности, као и осталих личних својстава и околности, већа је за њега него за непосредног извршиоца.

## Summary

### **LIMITS OF CRIMINAL RESPONSIBILITY AND PUNISHING THE ORGANIZER OF CRIMINAL ASSOCIATIONS**

In this essay, we are discussing about certain problem, which probably is one of the most up-to-date problems in today's Criminal Law.

The problem is about the limits of criminal responsibility of organizer of criminal association or society, and about the ways one should be punished.

In Yugoslav Criminal Law, the organizer of criminal association is responsible for all criminal acts which naturally come from criminal plan of his criminal association. That includes both the acts in which he has participated and those in which he has not taken part.

The attitude in precious paragraph is justified by extremely high level of organizers criminal responsibility. This is also justified from another point of view, which considers extremely high level of public danger which can be caused by his acts.

The essay has arguments for and against this attitude which are fully elaborated. The author considers the attitude of Yugoslav Criminal Law to be justified.

**Мр Драгица Живојиновић**  
асистент Правног факултета у  
Крагујевцу

## ПОВЕЋАЊЕ ОДНОСНО СМАЊЕЊЕ НАСЛЕДНИХ ДЕЛОВА ПОТОМАКА

*КЉУЧНЕ РЕЧИ:* наследни  
део, повећање наследног дела,  
смањење наследног дела,  
наследници

УДК: 347.65

### 1. Увод

У савременој теорији се све чешће поставља питање да ли чврстина законског наследног реда<sup>1</sup> заснованог на парентеларно линеарном систему и принципу да наследници једнаког степена сродства наслеђују једнаке наследне делове, не доводи, у појединим случајевима, до решења која се могу сматрати друштвено нецелисходним. Наследна права појединих источних земаља (бивши СССР и Чехословачка) овај проблем решавају другачијом расподелом потенцијалних законских наследника у групе, као и увођењем у круг нетестаменталних наследника и лица која нису сродници, чинећи тако већа или мања одступања од парентеларно линеарног система. Друга могућност отклањања ових мана састоји се у давању одређеног значаја извесним чињеницама и околностима које се могу појавити на страни наследника. Те чињенице и околности односе се на имовно стање и способност за привређивање универзалних суксесора који се у конкретном случају позивају на наслеђе, с тим да њихово постојање не дира у примену општих правила законског наследног реда заснованих на сродству и брачној вези. Оне имају само корективно дејство,<sup>2</sup> односно имају за последицу варијабилност законских наследних делова појединих законских наследника паралелно и истовремено позиваних на наслеђе. Наше право усваја другу могућност и познаје два

- 
1. Борислав Т. Благојевић: Зборник радова о страном и упоредном праву, Институт за упоредно право, свеска 3, Београд, 1965. г., стр. 24.
  2. Борислав Т. Благојевић: Економски положај наследника и могућност одступања од законског наследног реда, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2, 1961. г., стр. 161.

случаја флексибилитета наследних делова: један се односи на наследнике првог, а други на наследнике другог наследног реда.

## II. Општа разматрања

Када се на наслеђе позивају сродници прве парентеле, деца оставиоца и брачни друг наслеђују на једнаке делове и то сва деца без обзира колико их је имао оставилац и из ког су брака и евентуално његова ванбрачна деца и његов усвојеник. Величина наследног дела *de cuius*оце деце одређена је њиховим бројем па се заоставштина дели на онолико једнаких делова колико има првостепених десцендата. Положај брачног друга је истоветан положају једног првостепеног потомка оставиоца; он добија једнак наследни део са свом децом *de functus*-а. Наслеђујући истоветан део са њима, брачни друг уколико је материјално ситуиран, долази у много бољи економски положај него деца оставиоца.<sup>3</sup> Уколико су то његова рођена деца, то не може имати негативног ефекта на њихов положај, будући да родитељ, по правилу, своја материјална средства употребљава за економски просперитет своје деце. Међутим, уколико се оставиочева деца односе према надживелом супругу као пасторчад, бољи економски положај супруга и његов, врло често индиферентан однос према таквој деци, доводи их у тешку економску позицију. Управо да би се заштитио и поправио положај те деце, наше право познаје одступање од правила једнакости наследних делова првопозваних сукцесора. Специфичан положај пасторчади није једини разлог флексибилитета наследних квота. Непостојање нужних средстава за живот на страни неког од наследника прве парентеле, по неким нашим правима, такође може бити узрок повећања, односно смањења наследних делова оставиочевих потомака.

Варијабилитетом наследних делова првопозваних сукцесора, у зависности од њиховог имовног стања и способности за рад, наше наследно право је обогаћено једном новом социјалном функцијом<sup>4</sup> која има за циљ да свака расподела заоставштине буде извршена на најцелисходнији и најправеднији начин.<sup>5</sup> Овим се пружа могућност суду да при доношењу одлуке о расподели заоставштине узме у обзир те чињенице и на основу њих одлучи о другачијим, већим или мањим, наследним деловима наследника. Правила редовне расподеле заоставштине и величине наследних квота нетестаменталних наследника чине се овим прилагодљивијим околностима и специфичностима појединих случајева, а све то у циљу што веће и боље заштите личности, посебно оних која би смрћу оставиоца била доведена у гори материјални положај од оног што су га имала за време његовог живота.

- 
- 3 Борислав Т. Благојевић: Брачни друг као наследник, Архив за правне и друштвене науке, бр.1-2, 1955. г., стр.14.
  - 4 Михаило Ступар: Социјална функција наслеђивања и његово правно регулисање. Архив за правне и друштвене науке, бр.4, 1955.г. стр.383.
  - 5 М. Ступар, Имовинске прилике наследника и величина њиховог наследног дела, Социјална политика, бр. 10/1955, стр. 94.

Могућност повећања, односно смањења наследних делова оставиоцевих потомака у зависности од њиховог економског положаја не постоји у буржуаским кодификацијама грађанског права. Аустријски грађански законик из 1811.г. чврсто се држи правила о једнакости наследних делова сродника истог степена сродства. Параграфом 732. одређено је да ако оставилац има брачне деце првог степена, онда њима припада цело наследство, па била она мушка или женска, рођена за живота оставиоца или после његове смрти. Ако има више деце она деле наследство према свом броју на једнаке делове.<sup>6</sup> Наследна права ванбрачне, позакоњене и усвојене деце, су по АГЗ-у, била регулисана на следећи начин. Ванбрачна деца позакоњена дошницим ступањем у брак њихових родитеља уживају, под извесним условима, иста права као и брачна деца у погледу законског наслеђивања. Међутим, ванбрачна деца позакоњена милошћу законодавца, имају подједнака наследна права са брачним децом, само ако је позакоњене извршено на молбу оца, а ради остваривања права на наслеђивање његове заоставштине. Ванбрачна деца имају законско наследно право само према својој мајци, али не и према њеним сродницима, као ни према оцу и очевим сродницима. Усвојена деца су имала једнака наследна права као и брачна само према свом усвојоцу, али не и према његовом брачном другу без чијег је пристанка усвојење извршено, и усвојоцевим сродницима, али су притом задржавала законско право наслеђивања својих природних родитеља и сродника.

По Швајцарском грађанском законуку из 1907. г. у сроднике прве парентеле, парентеле потомака, спадају оставиочева деца са њиховим потомством по праву представљања и она деле заоставштину на једнаке делове. Ванбрачна деца имају исти наследноправни положај као и брачна према својој мајци и њеним сродницима, а према оцу и његовим сродницима само ако их је отац признао за своју или ако је ванбрачно очинство утврђено судском пресудом.<sup>7</sup> Када ванбрачно дете или његов потомак конкурише на наслеђе са очевим брачним потомцима, онда ванбрачни сродник добија половину дела који би припао брачном детету, односно његовим потомцима.<sup>8</sup> Слично решење у погледу величине наследног дела ванбрачне деце постоји и у Code civil-у. Њихов наследни део је мањи од оног који би им припао да имају статус брачне деце, и износи 1/2 када на наслеђе конкуришу са законитим десцедентима, а 3/4 када наслеђују заједно са законитим асцедентима и привилегованим колатералима.<sup>9</sup>

Иначе, сродници првог колена, деца оставиоца деле заоставштину на једнаке делове, а потомци раније преминулог детета, добијају по праву представљања сви укупно део свог умрлог претка. Дакле, одступање од начела једнакости наследних квота де cuius-ових потомака, у облику смањења те

6 Аустријски грађански законик, Београд, 1906. г., стр. 97.

7 Швајцарски грађански законик, Govor što ga je držao 20. veljače 1909.g. u Skupštini pravničkog društva, predsednik Dr. Fr. I. Spevec, Zagreb, 1909, стр. 29.

8 Швајцарски грађански законик, Београд, 1925. г.

9 Griolet Gaston: Code civil, Paris 1930. г., стр. 278.

квоте, вршено је само на рачун ванбрачне деце и резултат је њиховог крајње неповољног општедруштвеног и наследног положаја.

Ни Српски грађански законик није познавао флексибилитет наследних делова оставиочевих потомака. Заснован на парентеларно линеарном систему и коригован принципима првенства мушких сродника над женским и мушке лозе над женском, Српски грађански законик одређује да се заоставштина дели на онолико једнаких делова колико има мушке деце, а у случају непостојања мушке деце и мушког потомства, такође на равне части према броју женске деце.<sup>10</sup> Наследно правни положај ванбрачне деце је по овом законнику био крајње неповољан, будући да се она нису могла појавити као законски наследници ни оца ни мајке. Наследна права источних земаља нормирајући наследно правни положај сродника прве парент-еле, такође полазе од принципа егалитета наследних квота. Када надживели брачни друг конкурише на наслеђе заједно са потомцима оста-виоца, он добија једнак део са његовим синовима и кћерима, па без обзира колико их има (чл. 477 Чехословачког грађанског законика - оставиоца наслеђују у првом реду деца и брачни друг, сваки од њих на једнаке де-лове,<sup>11</sup> чл. 532 Грађанског законика РСФСР - у случају наслеђивања по за-кону наследници са једнаким деловима су у првом реду деца, брачни друг и родитељи умрлог, као и дете умрлог рођено после његове смрти,<sup>12</sup> и др.).

Грађански законик Пољске и Цивилни законик бивше Немачке Демократске Републике усвајајући основно правило о једнакости наследних делова свих првостепених потомака са делом брачног друга, садрже и једно допунско правило по коме део који припада надживелом супругу не може бити мањи од 1/4 целе заоставштине, па без обзира да ли се у конкретном случају појављују као наследници четири или више првостепених потомака оставиоца.<sup>13</sup> Овим је законодавац, пре свега, настојао да надживелом супругу обезбеди средства неопходна за живот, да не би брачни друг у случају постојања већег броја деца при подели заоставштине на једнаке делове, без способности за рад, онемоћао и остарео, запао у оскудицу.

### III. Повећање наследних делова оставиочеве деце

Одступање од правила егалитета наследних квота, уз испуњење законом предвиђених услова, уведено је у југословенско наследно право Са-везним законом о наслеђивању из 1955.г. После смрти оставиоца, његова заоставштина припада пре свих, надживелом супругу и потомцима првог степена сродства. Њихови наследни делови су, по правилу, једнаки, али не и без изузетака. Повећање наследног дела оставиочеве деце на терет дела

10 Грађански законик Краљевине Србије, Београд, 1922.г., стр. 239.

11 Грађански законик Чехословачке Социјалистичке Републике из 1964.г., Институт за упоредно право, Београд, 1965.г., стр. 89-90

12 Грађански законик РСФСР од 1964.г., Институт за упоредно право, Београд, 1965.г., стр. 130.

13 Цивилни Законик Немачке Демократске Републике из 1975.г., Институт за упоредно право, Београд, 1976. г., стр.110.

брачног друга, захтева присуство извесних услова: прво, да оставилац има деце из ранијих бракова, деце којима надживели супруг није други родитељ; и друго, да је имовина преживелог супруга већа од износа дела заоставштине који би он добио када би ова била подељена на међусобно једнаке делове.

Под претпоставком испуњења ових захтева, сваком оставиоцем детету, без обзира из којег је брака, припада два пута већи наследни део него брачном другу.<sup>14</sup> Испуњење првог услова неминовно намеће низ питања.

Најпре, шта се подразумева под децом из ранијих бракова оставиоцима и да ли је неопходно да се *de cuius* пре ступања у брак са надживелим супругом, налазио у најмање два брака, и да из тих бракова има најмање двоје деце? У нашој правној теорији преовладало је мишљење да изражавање законодаваца у множини, не би требало узети као полазну тачку, јер се тешко може претпоставити да је он кумулус бракова с једне и пос-тојање двоје или више деце с друге стране, узео као услов без кога је не-могућа реализација права из чл. 12 ЗОН-а. Правно дејство овог члана везано је, дакле, за ступање у брак *de cuius*-а са лицем које конкурише на наслеђе у својству брачног друга. Уз то, оставилац треба да је пре закључења брака са надживелим супругом био у једном или више бракова и да из тих бракова има дете или децу која се према надживелом брачном другу односе као пасторчад.<sup>15</sup>

Битна одлика породице огледа се у томе што она пружа најоптималније услове за пуни физички и ментални развој детета. Нестанак ове средине за дете представља ненадокнадив губитак. Смрт једног родитеља, развод њиховог брака, заснивање новог брака једног или оба родитеља са трећим лицима, за децу представља тешку несрећу. Даље, између очуха односно маћехе и пасторчета се у стварности ретко сусреће однос који се одликује наклоношћу, пажњом, солидарношћу и другим атрибутима којима је проткан однос међу најближим природним сродницима. Отуда се и сврха овог члана састоји у појачаном респектовању интереса пасторчади, у потреби за њиховом посебном заштитом, будући да смрћу *de cuius*-а, по правилу, губе и последњег родитеља и тако долазе у специфичну и махом незавидну ситуацију битно другачију од оне у којој се налазе оставиочева деца из брака са надживелим супругом. Дакле, особен положај пасторчади намеће потребу њихове посебне заштите, па је апсолутно без значаја да ли постоји једно или више пасторчади и да ли она потичу из једног или више бракова.

Следеће питање које намеће испуњење првог услова је, да ли се под речју деца подразумевају малолетна деца или сва деца у билоком смислу?<sup>16</sup> Пасторчад могу бити лица било ког узраста. Истина, овај члан подразумева заштиту пре свега, малолетне деце, али то не искључује могућност да је и пунолетном детету потребна заштита у овом смислу, па ни његову при-мену и на такву децу. Живот са свом својом разноликошћу ствара специфичне

14 Закон о наслеђивању, Београд, 1955.г., стр. 9. \*•

15 Момчило Курдулија: Брачни друг и ванбрачна деца као санаследници, Југословенска адвокатура, бр. 3-4 Земун 1971. г., стр. 5.

16 Alija Silajdžić: Nasledno pravo, Sarajevo 1964.г., стр. 75.

позиције па се међу пунолетном децом могу наћи она која су трајно и потпуно неспособна за привређивање, или способна за привређивање али без прихода и у крајње неповољном имовинском положају.

Питање које је у доктрини изазвало битно различита мишљења је, да ли се под појмом деца подразумевају само брачна или и позаконена и ванбрачна деца? Тако, изван број теоретичара сматра<sup>17</sup> да ванбрачна и усвојена деца, иако имају иста наследна права као и брачна, ипак не потичу из пријашњих *de cuius-ovih* бракова (то је битан услов за повећање наследног дела деце), па без обзира то се такво ванбрачно дете родило, односно усвојење детета уследило за време трајања ранијег брака.<sup>18</sup>

Одговор на ово питање треба тражити у разлогу повластице деце из ранијих бракова. Таква деца се по правилу, налазе у особеном положају. Али не ретко, позиција ванбрачне деце је тежа од оне у којој се налазе пасторчад.<sup>19</sup> Наше законодавство је на терену односа родитеља и деце прокламовало начело једнаког опхођења према деци, без обзира на њихов породични статус.<sup>20</sup> То проистиче из чл. 9. Савезног закона о наслеђивању који говори о кругу законских наследника, чл. 10. који одређује првопозване универзалне сукесоре, чл. 23. који нормира наследно-правни положај ванбрачне деце, чл. 24 који говори о позаконеној деци, чл. 30 који одређује нужне наследнике и низ других, као и на основном ставу постојећег система наслеђивања, по коме сви они који имају исти степен и квалитет сродства наслеђују на једнаке делове. Иста идеја утемељена је у одредбама Основног закона о односима родитеља и деце, па је чл. 3. одређено да отац и мајка имају према деци, брачној и ванбрачној, иста права и дужности, и обратно, да брачна и ванбрачна деца имају иста права и дужности према својим родитељима.<sup>21</sup> Истина, по Савезном ЗОН-у ванбрачна деца су изједначена са брачном у погледу наслеђивања својих родитеља и мајчних сродника. Да би могла наследити очеве сроднике морају имати утврђено очинство на законит начин<sup>22</sup> (ако је отац ванбрачно дете признао за своје пред надлежним органом, ако га је довео да са њим живи или ако је на други начин показао да га признаје за своје). Овим се међутим, не мења ништа на плану наследно-правних позиција ванбрачне деце према њиховим родитељима, па им с' тога не треба ускратити могућност коришћења односне привилегије.<sup>23</sup>

17 Коста Месаровић: Посебни институти ЗОН-а којима се регулише наследнички положај брачног друга, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 1, 1968.г., стр. 13.

18 Бранко Базала: Наследно право брачног друга, Наша законитост, бр. 10-12, 1955.г., стр. 433.

19 Момчило Курдулија: Наследно право ванбрачних сродника, Београд, 1973.г., стр. 50.

20 Момчило Курдулија: Брачни друг и ванбрачна деца као санаследници, Југословенска адвокатура бр. 3-4, 1971.г. стр. 10.

21 Основни закони о односима родитеља и деце Београд, 1947. г., стр. 3.

22 Мијо Магдић: Законско наследно право деце рођене изван брака, Народна управа, бр. 4-5, Сарајево 1958. г., стр. 193.

23 Ванбрачном детету оставиоца, исто као и брачном, припада из заоставштине већи део него брачном другу умрлог аналогном применом чл.12 ЗОН-а, Решење

Признавањем права ванбрачној деци на повећање наследног дела, успостављена је додирна тачка између два принципа: оног који инаугурише једнакост између деце и оног који налаже посебну заштиту оног наследника који се налази у особеној ситуацији.<sup>24</sup>

Контраверзна мишљења изазвало је и разликовање ванбрачне деце на ону која су рођена пре закључења последњег *de cuius*-овог брака са надживелим брачним другом и ону која су рођена по закључењу таквог брака. Једно, по коме ванбрачна деца рођена по закључењу последњег оставиоачевог брака не би имала право на увећање наследног дела и друго, по коме се чл.12 ЗОН-а има применити и на такву децу. Стварање две категорије небрачне деце на бази тренутка рођења, значило би санкцију која има за подлогу само околност што ванбрачно дете није рођено пре ступања у брак надживелог брачног друга са родитељем ванбрачног детета, упркос чињеници да су сва деца у погледу њиховог статуса потпуно невини, а тиме и обезвређивање начела једнаког третирања свих првостепених потомака.<sup>25</sup>

Повећање наследне квоте првопозваних десцендата на рачун смањења наследног дела брачног друга, свакако се може извршити и у корист позакоњене деце<sup>26</sup> када се она нађу у улози пасторчета. Позакоњена<sup>27</sup> ванбрачна деца имају иста наследна права као и брачна. Члан 24 ЗОН-а одређује да се деца рођена ван брака која се по закону сматрају као да су рођена у браку, изједначају у погледу наслеђа са брачним децом.

Напуштање еквивалентности наследних квота између оставиоачеве деце и надживелог супруга у корист ових првих, захтева постојање извесних имовинских прилика на страни брачног друга. Ово је други, неопходни услов за примену чл.12 ЗОН-А. Међутим, ту нису меродавне имовинске прилике брачног друга посматране саме за себе. По израчунавању вредности његове имовине, та се имовина доводи у корелацију<sup>28</sup> са имовином коју би он добио када би његов наследни део био једнак делу сваког *de cuius*-овог првостепеног потомка. Међусобно поређење ових имовина може показати да су оне једнаке или неједнаке вредности. Не долази до умањења наследног дела супруга умрлог, уколико је његова имовина једнака или мања од дела који би му припао при подели оставине на једнаке делове. Али уколико би његова имовина била, ма само и незнатно већа од дела који би му редовном поделом заоставштине припао, његов наследни део ће се умањити на половину оног дела који ће припасти сваком оставиоачевом детету, односно сваком оставиоачевом детету припада два пута већи део него брачном другу.

---

Врховног суда СР Словеније Пзз. 19/65 од 27. 01 1966. г., стр. 30.

24 Види фусноту 19, стр. 53.

25 Мило Стевановић: Наслеђивање ванбрачних сродника, Правни живот, бр. 4, 1962. г., стр.3.

26 Момчило Курдулија: Наследно право позакоњене деце, Правни живот бр. 5, 1971. г., стр. 37.

27 Позакоњене деце наступа када родитељи детета рођеног ван брака међусобно закључе брак, или одлуком суда, у случају постојања брачне сметње која је настала после зачећа детета и у случају смрти једног или оба родитеља.

28 Види фусноту 16, стр. 13.

Ово повећање иде у корист не само деце из ранијих оставиочевих бракова, већи у корист деце која потичу из брака са надживелим супругом. Начело једнаког наследноправног положаја деце без обзира на ред рођења, породични статус, занимање, припадност полу, нашло је и овде своју примену, па се без обзира што је постојање деце из ранијих бракова умрлог био повод одступања од егалитета наследних квота, поменута регула ЗОН-а протегнула и на заједничку децу *cuius*-а и надживелог супруга.<sup>29</sup>

Следеће питање које намеће примена чл.12 је, да ли ће се повећање наследног дела оставиочеве деце вршити по службеној дужности или тек на захтев заинтересованих лица?<sup>30</sup> Смисао овог члана који се огледа у посебној заштити интереса пасторчади, посматран у светлу свеукупних активности ванпарничног суда усмерених на што ефикасније утврђивање и обезбеђивање права странака, посебно оних које услед малолетства, душевних болести или других околности потпуно или делимично неспособна да се старају о својим интересима, намеће одговор да ће суд поступати *ex officio*. Суд, дакле, по службеној дужности утврђује да ли постоје деца из ранијих бракова и испитује материјалне могућности брачног друга који се у конкретном случају позива на наслеђе, односно утврђује да ли његова имовина има одређену вредност. За примену овог члана Савезни закон не предвиђа испитивање економског положаја деце, већ полази од претпоставке, да је положај деце из ранијих оставиочевих бракова, у сваком случају неповољнији од оног у коме се налази брачни друг. Управо су у овом домену Савезном ЗОН-у упућене највеће критике.<sup>31</sup> Не може се, на пример, занемарити чињеница да брачни друг има економска добра чија је укупна вредност мала, иако је већа од вредности дела заоставштине коју би он добио када би оставина била подељена на једнаке делове, док оставиочево дете, које није и његово дете, има економска добра чија је вредност врло велика. Даље, брачни друг може бити трајно или потпуно неспособан за привређивање, неписмен, без сталних прихода, док деца могу имати факултетско образовање, добре приходе и знатну имовину, као и могућност да своје материјалне прилике у догледној будућности осетно повећају. У оваквим ситуацијама дупло већи наследни део оставиочеве деце у односу на део брачног друга, не представља остварење оног циља за којим се овде иде. Онемоћали и лоше материјално стојећи супруг са дупло мањим наследним делом долази у лошији положај од оног који је имао за живота оставиоца. Отуда је овај систем било неопходно усавршити, увођењем нових, додатних елемената који би онемогуили постојање неправедних солуција.

Доношењем нових републичких и покрајинских Закона о наслеђивању случајеви и услови повећања односно смањења наследних делова потомака су различито регулисани.

---

29 Момчило Курдулија: Законско наслеђивање, Правни живот, бр. 10, 1976.г., стр.48.

30 Ivan Špan: Neki problemi iz Zakona o nasledivawu, Naša zakonitost, бр.3, 1956.г., стр. 138.

31 Момчило Курдулија: Како да се у новим Законима о наслеђивању уреди наследно правни положај ванбрачне деце, Правни зборник, бр. 3-4, 1972. г., стр. 89.

Закони о наслеђивању Војводине и Црне Горе преузели су одредбу Савезног ЗОН-а која се односи на повећање наследног дела оставиоачеве деце из ранијих бракова. При том су услови увећања дословце пренети, па се и њима могу упутити све оне критике које су претходно изнете.

Закони о наслеђивању Србије и Косова су уклонили односне мане Савезног ЗОН-а. Они су у чл.12 уградили нове елементе који целу установу чине потпуном и имуном од претходних недостатака. Наведени закони имају следећу формулацију: „Када постоји оставиоачево дете чији други родитељ није преживели брачни друг, а имовина преживелог брачног друга која би му припала при подели заоставштине на једнаке делове износи више од овог дела, онда сваком оставиоачевом детету припада два пута већи део него брачном другу, уколико суд, пошто узме у обзир све околности случаја, нађе да је то оправдано<sup>32</sup>”. Слично правило садржи и нови Закон о наслеђивању Србије од 4. 11. 1995. године (ступа на снагу 6. 5. 1996. године): ”Кад постоји оставиоачево дете коме оставиоачев брачни друг није родитељ, а имовина брачног друга је већа од оне која би му припала при подели заоставштине на једнаке делове, онда свако оставиоачево дете може наследити до два пута више него брачни друг ако суд, пошто размотри све околности, оцени да је то оправдано<sup>33</sup>”. Овим је мањкавост која се тиче корисника привилегије потпуно уклоњена (корисници су сва деца), док је она која се тиче друге премисе оспособљена да апсорбује све животне потребе. Суд је стављен у креативну позицију, и он после брижљивог испитивања и оцене свих околности, одлучује имали у конкретном случају места примени односне привилегије или нема. Његова функција се не своди на чисто математичке радње, већ на све оно што у датом случају заслуује пању (економски положај деце и брачног друга, њихова способност за привређивање, узраст деце, стручна спрема и друге околности).

Међутим, суд овде не одлучује о обиму повећања, него само о претпоставкама за повећање, односно по новом Закону о наслеђивању Србије одређивање обима повећања је ограничено (до два пута). Због тога се намеће питање: да ли ово решење треба да буде предмет негативне критике, пошто због фиксно одређеног обима повећања, може у појединим случајевима, довести до неправичних последица.<sup>34</sup> Наследна права Војводине и Косова поред наведених, садрже и одредбе о одступању од егалитета наследних квота које искључују сваки аутоматизам. Суд цени разлоге сваког конкретногог случаја и утврђује, не само оправданост, него и висину повећања. Наведена права познају могућност повећања наследних делова оставиоачеве деце на рачун дела брачног друга и дела остале деце, и то под следећим условима: да су позвани на наслеђивање поред надживелог супруга, или без њега, једно или више деце која немају нужних средстава за

32 Др. Оливер Антић: Збирка закона из наследног права у СФРЈ, Београд, 1989.г., стр. 118.

33 Чл. 9, ст. 3, Службени гласник Р. Србије, бр. 46/1995.

34 Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том III, Београд, 1978. г., стр. 892.

живот. При том је свеједно да ли су та деца из брака *de cuius*-а са надживелим супругом или не, да ли потичу из ванбрачних односа пре или после заснивања брака, да ли су позаконена или усвојена деца (ова последња само уколико уговором о усвојењу нису искључена из права на наслеђивање оставиоца-усвојиоца). Основна претпоставка за примену ове установе је да деца оставиоца, сва или само нека, немају нужних средстава за живот, нити их могу добити као законски наследници *de cuius*-а применом општих правила о деоби заоставштине на једнаке делове.<sup>35</sup> Повећање може тражити сваки првостепени потомак умрлог који је слабог имовног стања. Ипак, он субјективно не може да бира према коме ће упутити захтев, већ оцена мора бити објективна. Повећање може ићи на терет само брачног друга, остале оставиоцеве деце (све или само неке од њих), или и на терет наследних делова супруга и остале деце, а по Закону Војводине и на терет наследних делова осталих *de cuius*-ових потомака: унука, праунука итд. Смањење може бити у једнаком или неједнаком износу, и по правилу, се врши на терет оних наследника за које се утврди да имају доста имовине и да су способни за привређање. Дакле, овде не постоји унапред одређена стопа повећања. Повећање наследне квоте оставиоцеве деце која немају нужних средстава за живот, може се протегнути чак до износа целе заоставштине, тако да надживели брачни друг и остали првостепени десцеденти буду у потпуности истиснути из наслеђа. То се дешава онда када је заоставштина тако мале вредности, да би *de cuius*-ово дете, које нема нужних средстава за живот и које је неспособно за привређивање, поделом заоставштине запало у оскудицу, и кад такво решење не би доводило у питање материјалну egzистенцију његових санаследника.

Одлучивању да ли постоје разлози који повећање чине оправданим, претходи активност суда усмерена на утврђивање свих правно релевантних околности, а посебно имовинских прилика и способности за привређивање наследника чији се наследни део повећава, имовинских прилика брачног друга и остале оставиоцеве деце и њихову способност за привређивање, као и вредност заоставштине. Све имовинске прилике се цене према стању које постоји у моменту делације.<sup>36</sup> При оцени да ли првостепени потомци умрлог имају или немају нужних средстава за живот мора се приступити обазриво, јер је могуће срести низ специфичних и сложених случајева, што суд ставља у једну активну улогу. Тако, материјална ситуација првостепеног десцедента од момента делације до момента одлучивања о његовом захтеву може бити знатно побољшана. Он, на пример, може ступити у радни однос, или бити у могућности да заснује радни однос, прибавити средства за издржавање мимо запослења (добитком на играма за срећу). Способност за привређивање може бити потпуна или делимична, а неспособност трајна или привремена; од значаја може бити и стручна спрема, врста занимања,

35 Борислав Т. Благојевић: Наследно право у Југославији, Наследна права република и покрајина, Београд, 1983. г., стр. 149.

36 Момчило Курдулија: Прва парентела у војвођанском праву, Правни живот, бр. 8-9, 1976. г., стр. 50.

могућност преквалификације и др. Све ове околности се цене и код осталих припадника прве парентеле. При утврђивању вредности заоставштине узима се обзир не само њена нето вредност, него и вредност по основу издвајања предмета домаћинства и издвајања у корист потомака који су привређивали са оставиоцем.<sup>37</sup> Суд ће, дакле, водити рачуна о свим овим чињеницама како код утврђивања основаности захтева за повећање, тако и код обима повећања.

#### **IV. Повећање наследног дела оставиоцевих другостепених и даљих потомака и оставиоцевих усвојеника и њихових потомака**

Повећање наследног дела оставиоцевих другостепених и даљих деспедената који се по праву представљања позивају на наслеђе, као и повећање наследног дела оставиоцевог усвојеника и његових потомака, предвиђено је само ЗОН-ом Војводине. Остварење овог права везано је за исте услове (непостојање нужних средстава за живот) који се траже за повећање наследних делова оставиоцеве деце, а о чему је напред било речи. Новина је да се повећање наследне квоте може тражити на терет не само оставиоцевог супруга и његове деце, него и на терет свих осталих наследника прве парентеле. Дакле, ирелевантно је да лисе лица којима се редуцира наследни део позивају на наслеђе директно или применом права представљања. Повећање такође може бити максимално и обухватити целу заоставштину, уколико је она тако мале вредности, да би неки од *de cuius-ovih* другостепених и даљих потомака, који су упутили захтев за повећање, и који се налазе у изузетно лошем материјалном положају, њеном поделом запали у оскудицу.

Признавање другостепеним и даљим потомцима оставиоца да користе привилегију у виду повећања наследне квоте, има своје пуно оправдање.<sup>38</sup> Не ретко оваква лица се могу наћи у лошем материјалном положају, без нужних средстава за живот. Нема довољно аргумената за солуцију према којој би деци умрлог, која немају нужних средстава за живот, било омогућавано увећање наследног дела, а таква могућност ускраћивана даљим *de cuius-ovih* потомцима, ако и на страни ових других има довољно разлога за истоветно поступање. Ово решење представља израз породичне солидарности и то солидарности на вишој основи, израз бриге за необезбеђене сроднике, па би га требало уврстити и у остала права.

#### **V. Смањење наследних делова оставиоцевих потомака, оставиоцевог усвојеника и његових потомака**

До смањења наследних квота оставиоцевих потомака, усвојеника и његових потомака може доћи најпре, у случају повећања наследног дела оставиоцевог брачног друга (по правима Црне Горе, Војводине и Косова).

37 Види фусноту 37, стр. 51.

38 Слободан Сворцан: Наследно право, Београд, 1990.г., стр. 178.

Наиме, надживели супруг који нема нужних средстава за живот може ставити захтев за повећање свог наследног дела, што испуњењем законом предвиђених услова значи и смањење наследних делова *de cuius-ovih* потомака. При том је без значаја о којим се потомцима ради, из ког су брака и колики им је број. Смањење се може вршити на терет брачне, ванбрачне деце или усвојеника, првопозваних деспедената или оних који се позивају на наслеђе по праву представљања. Смањењу наследних делова оставиоцевих потомака има се приступити уколико надживели брачни друг нема ни сопствених средстава за живот, нити би му се минимум егзистенције могао обезбедити деобом оставине на једнаке делове. При оцени да ли супруг има или не нужних средстава за живот суд узима у обзир све околности конкретног случаја, а посебно, имовинске прилике и способност за привређивање брачног друга, имовинске прилике потомака и њихову способност за привређивање, вредност заоставштине, а по праву Црне Горе и трајање брачне заједнице.

Код разматрања имовинских прилика брачног друга, суд утврђује вредност његове сопствене имовине, затим вредност остварену деобом заједничке имовине стечене за време трајања брачне заједнице<sup>39</sup> као и вредност по основу издвојених предмета домаћинства. Од значаја су и околности да ли се брачни друг налази у радном односу, да ли је стекао права на примања по основу инвалидног осигурања или је корисник породичне пензије, и многа друга. Код утврђивања имовинских прилика сродника првог наследног реда узима се у обзир да ли су они издржавана лица, да ли су у радном односу, пред могућношћу да заснују радни однос или обезбеде себи егзистенцију на други начин. Способност за привређивање брачног друга и потомака може бити потпуна и делимична а неспособност привремена и трајна, а од значаја су и стручна спрема, врста занимања и др. Обрачун вредности заоставштине своди се на утврђивање њене нето вредности.

Све ове напред набројане околности цене се према стању које постоји у моменту делације. Њиховом подробном испитивању следи одлука суда да ли постоји оправдање за смањење и у ком обиму ће се извршити. Редукција наследних делова оставиоцевих потомака може погађати све или само неке од њих и бити у једнаким или неједнаким износима. Право *de cuius-ovih* потомака да се јаве као његови нетестаментални наследници претвара се у голо право, односно, они остају без наследног дела уколико се брачни друг оставиоца налази у изузетно лошем материјалном положају (супругу ће припасти цела заоставштина уколико је она тако мале вредности да би њеном деобом он запао у оскудицу).

До смањења наследног дела оставиоцевих потомака, усвојеника и његових потомака може доћи и у случају повећања наследног дела неког од оставиоцевих потомака, усвојеника и његових потомака, о чему је било речи под III и IV.

39 Славко Марковић: Наследно право у Југославији, Београд, 1978. г., стр. 126.

## VI. Закључак

Флексибилитетом наследних квота у зависности од имовног стања наследника, југословенско право је ударило по традиционалном римском и пандектном принципу једнакости сродника истог степена родства у деоби наслеђа по закону.<sup>40</sup> Овим регулама су се правиле редовне расподеле заоставштине и величине наследних делова законских наследника, учинила прилагодљивијим околностима појединих случајева, а тиме и повећала њихова стварна друштвена вредност. Повећањем, односно смањењем наследних делова потомака створена је могућност да се укупан социјални и материјални положај неких сродника прве парентеле поправи, и то посебно оних који би смрћу оставиоца били доведени у гори материјални положај него што су га имали за време његовог живота. Овим необезбеђени сродници, јошу току расправљања заоставштине, реализују своје право на издржавање од осталих сродника. Отуда ове регуле представљају израз породичне солидарности и израз бриге за необезбеђене сроднике.

Истина, варијабилитетом наследних делова се ствара могућност постојања низа спорова у вези оправданости одступања, јер утврђивање имовног стања, способности за привређивање, вредности заоставштине, не може бити увек сигурно и објективно као што је утврђивање чињеница родства и брачне везе. Али, тешкоће у примени ових одредаба нису ни приближно толике колика је њихова вредност у отклањању крутости правила о деоби заоставштине на једнаке делове, а тиме и постојања нецелиходних и неправичних решења. Отуда ове регуле треба и даље усавршавати и усклађивати са потребама живота, јер само тако постоји пуно оправдање за њихову фактичку егзистенцију.

## SYMMARY

### INCREASE RESP. DECREASE OF DESCENDANTS' HEREDITARY SHARES

With flexibility of hereditary quotas subject to successors' financial standing, the Yugoslav Law attacked the traditional Roman and pandect principle of relatives equality of the same degree of relationship carrying title to share in intersate estate by Law. These regulations were applied to regular distribution of hereditary property and the amount of hereditary portions to legal heirs, and were made adaptable to circumstances of individual cases, thereby increasing their real social value. With increase i.e. reduction of heirs' hereditary shares, a possibility was provided to improve the overall social and material position of some first-parental relatives, particularly those who would be put in worse material position with the defunct death than they had during his/her life-time. In this way, the financially unprotected relatives realized, already during the hearing about the hereditary property, their right to get a support from other relatives. Therefore, these

---

40 Славко Марковић: Законски наследници, Зборник правног факултета у Нишу, 1977. г., стр. 194.

regulations represent the expression of the family solidarity and a sign of caring about the financially not provided relatives.

Actually, variability of hereditary shares might cause series of disputes related to justifiability of variation because establishing of the material position, working ability, value of hereditary property, cannot always be adequate and objective as it is the case with ascertaining the facts related to kinship and matrimonial union. But, difficulties in application of these provisions are not so big as important is their value in eliminating the stern regulations related to distribution of hereditary property in equal shares, and thus also the existence of unsuitable and unjust solutions. Therefore these regulations are to be further improved and coordinated with life necessities, because only in this way their factual existence will be fully justified.

**Др Драган Батавељић**  
 асистент Правног факултета у  
 Крагујевцу

## РАВНОПРАВНОСТ ФЕДЕРАЛНИХ ЈЕДИНИЦА У СР ЈУГОСЛАВИЈИ

*КЉУЧНЕ РЕЧИ: уставно право, федерализам, федерација, Устав СРЈ, федерална јединица, равноправност*

УДК: 340.6+617.253

Устав СРЈ се инспирише класичном концепцијом устава, тако да се у том погледу битно разликује од Устава СФРЈ од 1963. и 1974. године. Између осталог, то значи да својим одредбама регулише оне односе који традиционално спадају у "materiae constitutionis", да садржи искључиво уставно-правне норме, и др. Данашњи систем, успостављен Уставом СРЈ, представља радикалан прекид са претходним системом, успостављаним Уставом СФРЈ, али има нешто у томе што је противречно. Наиме, СР Југославија настоји да продужи правни континуитет са СФРЈ, а у уставном систему (поретку) то прекида.

Приликом објашњавања статуса федералних јединица, треба рећи, пре свега, да аутентични федерализам претпоставља одговарајућу позицију федерације као самосталног субјекта, па тиме претпоставља и њену одлучујућу улогу у вршењу федералне власти. У таквом уређењу, учешће федералних јединица у вршењу федералне власти је, у принципу, веома ограничено и своди се, најчешће, на њихово ангажовање посредством представника које имају у федерацији.

У савременој југословенској федерацији постоје свега две федералне јединице, Република Србија<sup>1</sup> и Република Црна Гора.<sup>2</sup> Однос броја становника, као и броја бирача између две републике је, прецизно одређен - 15,7:1. СР Југославија је организована као федерација у којој све државе - чланице морају (као и у свакој федерацији) бити равноправне, тј. равноправност у федерацији

1 Република Србија има 9.791.475 становника, а 7.028.302 бирача

2 Црна Гора има 615.267 становника, а 428.919 бирача.

подразумева и равноправност државице. Република Црна Гора је историјска држава са дугим државним суверенитетом, па иако покрива само 5% територије СР Југославије, она је равноправна са другом чланицом федерације - Републиком Србијом. "Индивидуалност Црне Горе, као старе историјске државе, мора да буде изражена у Југославији исто толико и индивидуалност Србије".

У теорији није спорно да федеративну државу чине појединици (грађани) и федералне јединице.<sup>3</sup> Дводома структура савезног парламента са општепредставничким и федералним домом је постала саставни елемент концепције истинског федерализма. Постојање општепредставничког дома, изабраног на принципу један посланик на једнак број становника, израз је демократског принципа једнаког представљања грађана, док је "успостављање федералног дома у савезном парламенту несумњиво израз тежње да федералне јединице буду представљене у највишем представничком телу федерације и да на тај начин утичу (подједнако) на вршење федералне власти".<sup>4</sup>

Уставом СРЈ је утврђено да се за избор у Веће грађана Савезне скупштине бира један посланик на 65.000 бирача,<sup>5</sup> што значи да би се доследном применом овог правила Веће грађана састајало од 108 посланика изабраних у Србији и 6-7 посланика изабраних у Црној Гори. Међутим, од тога се одступило. Тако, применом аналогije са федерацијама у којима је најмањим федералним јединицама, обезбеђено да у дому грађана уопште буду заступљене, односно да морају имати бар једног представника (на кога, иначе, по броју становника, не би имале право - нпр. САД и Швајцарска),<sup>6</sup> Црној Гори је обезбеђено да у Већу грађана има 30 посланика,<sup>7</sup> који је број, очигледно, потпуно арбитрарно одређен. То значи, да је број посланика у Већу грађана изабраних у Црној Гори унетостручен,<sup>8</sup> односно да посланик

3 Исто тако, није спорно, да унитарну државу чине само појединици, а конфедерацију само државе чланице.

4 Николић, П.: "Проблеми заступљености република и покрајина у организацији федерације", Промене Устава СФРЈ и Устава СР Србије - реферати за саветовање, Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду, 1988, стр. 319-320. Види компаративни преглед у чланку Николић, П.: "Парламент и представљање федералних јединица", Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/84, стр. 153 и д.; Сокол, С.: "Проблеми остваривања уставног модела савременог југословенског федерализма", Наше теме, бр. 7-8/86, стр. 1116-1117.

5 Устав СРЈ, чл. 80. став 2.

6 Тако, у САД је између Калифорније, као највеће државе и Аљаске, као најмање државе, по броју становника, већа разлика него што је то случај између Републике Србије и Црне Горе, па ипак, Аљаска има једног свог члана у Представничком дому, који укупно има 435 чланова. Тиме се, очигледно, фаворизује примена федералног начела на рачун начела равноправности свих грађана. Слична ситуација је и у швајцарском Националном већу чијих се 200 посланика бирају "међу кантонима и полу-кантонима сразмерно броју њихових становника, с тим што сваки кантон и полукантон има право на најмање једно место", Јовичић, М.: нав. дело (Реформисати постојећу федерацију или српско-црногорску заједницу поставити на нове темеље), Архив., Београд, 4/93, стр. 570.

7 Устав СРЈ, члан 80. став 2.

изабран у Србији представља просечно 65.000 бирача, а онај изабран у Црној Гори представља просечно 14.300 бирача, чиме је нарушена равноправност грађана, јер грађани нису потпуно једнако представљени.

С друге стране, Устав СРЈ је утврдио да се Веће републике састоји од по 20 посланика из сваке од две републике, чиме је испоштовано начело паритета и обезбеђена равноправност федералних јединица, као основно својство демократије. Међутим, с обзиром да посланици изабрани у једној републици не сачињавају делегацију своје републике, "посланици Већа република, изабрани у Црној Гори, представљају сваки за себе око 22.000 бирача, а они изабрани у Србији - преко 350.000 бирача. Тиме је обезбеђена формална равноправност република, али не и равноправност грађана".<sup>9</sup>

О савезним законима и питањима из надлежности Савезне скупштине оба већа одлучују равноправно, већином гласова савезних посланика у сваком од два већа (ако овим Уставом није друкчије одређено, на пример, низ изузетно важних савезних закона - о застави, грбу и химни, избору председника Републике и сл., Савезна скупштина доноси двотрећинском већином гласова свих савезних посланика у сваком од два већа).<sup>10</sup> Међутим, поједина од ових питања се могу, на захтев скупштине републике чланице, донети двотрећинском већином гласова свих посланика у Већу грађана (питања из члана 77. тачка 2, 3, и 4. Устава СРЈ).<sup>11</sup>

То значи да се, у датом случају, закон не може донети уколико се томе успротиви 14 посланика у Већу република Савезне скупштине, јер за двотрећинску већину у Већу република треба 27 посланика.<sup>12</sup> Другим речима, у датом случају, 14 посланика изабраних у ово Веће, могу бити господари одлуке Савезне скупштине, што може довести до апсурдне ситуације да у савезном парламенту, који има два већа и укупно 178 чланова, 14 посланика спрече доношење одлуке за коју се изјашњавају осталих 164 посланика. Према томе, мањина у Савезној скупштини може да блокира већину, тј. федералну власт,<sup>13</sup> што може довести до ситуације да Савезна скупштина не буде у могућности да дуже обавља надлежности утврђене Уставом СРЈ или да се за време привремене примене савезног закона (која не може бити дужа од једне године од почетка примене) тај савезни закон не усвоји у оба већа. Таква ситуација може да проузрокује распуштање Савезне скупштине од стране Савезне владе, односно престанак њеног мандата, с обзиром да савезним уставом није предвиђен излаз из наведене ситуације, што значи да постоји континуитет извршне, али не и законодавне власти (а треба обрнуто).<sup>14</sup>

8 Јовичић, М.: нав.дело, стр. 572; вид.чл.80.ст.2. Устава СРЈ

9 Јовичић, М.: Реформисати постојећу федерацију...,стр.572.

10 Устав СРЈ, члан 90. став 2.

11 Устав СРЈ, члан 90. став 3.

12 Устав СРЈ, члан 80. став 3.

13 Због блокаде већине од стране мањине, избио је, на пример, грађански рат у Америци.

14 Устав СФРЈ од 1974. године је, међутим, предвидео да ако се не постигне сагласност скупштина република и скупштина аутономних покрајина о предлогу

"У начелу, република чланица има резидуалну надлежност у односу на савезну државу и у оквиру ње ужива пуну самосталност. У свим облицима савезне надлежности одлуке доносе савезни органи, одговарајућом већином, обичном или квалификованом. У њима се никада не одлучује сагласношћу република чланица, тј. њихових органа... Федерација није договорна нити "федерирајућа" творевина као што је била по старом уставу, него је она старији и самостални субјект у односу на републике чланице".<sup>15</sup> С друге стране, осим у доњем дому савезног парламента ниједан други савезни орган није установљен на начелу једнаке заступљености републике чланица, мада од овог правила постоје одређена одступања, о чему ће више речи бити у разматрању конфедералних елемената садржаних у новом уставу.

### Резиме

Савезна Република Југославија има две битне особине - прву, да је она двочлана федерација, и другу, да су те две чланице веома различите. Федерација, као "савез једнакоправних чланица", представља такав државни облик који управо означава "јединство у разноликости", што омогућава решавање бројних проблема заједничке државе, под условом да се они решавају на демократски начин, са узајамним уважавањем и у односима равноправности.

У свакој, а посебно двочлавној, федерацији настају међусобни спорови и конфликти које рађа "разноликост у јединству". Два су основна услова демократског просперитета и опстанка СРЈ као федерације: равноправност федералних јединица и равноправност грађана. Ради постизања ових равноправности, морају се користити решења до којих су дошле струка и наука, које треба да буду објективне и ослобођене од утицаја било какве идеологије.

Проблем равноправности у нашој федерацији постаје све израженији. Основни узрок томе лежи у чињеници што се политика приликом доношења савезног устава није довољно наслањала на науку, консултовала истакнуте научне раднике и институције и користила њихове савете и услуге. Равноправност држава-чланица федерације подразумева њихов једнак статус, без обзира на величину, снагу и фактички утицај на федералне послове. То значи спречавање доминације веће федералне јединице над мањом али и онемогућавање да мањој федералној јединици припадне више права него што она објективно треба да има. У југословенској федерацији то очигледно није случај.

---

закона или другог општег акта које Веће република и покрајина доноси на основу сагласности тих скупштина, Савезно извршно веће је могло предложити Председништву СФРЈ да се донесе закон о привременим мерама, ако је сматрало да је решавање одређених питања о којима није постигнута наведена сагласност од изузетне важности за друштвено заједницу.

15 Марковић, Р.: Уставно преуређење Југославије као чинилац стабилности правног и економског поретка, Први живот, бр. 5-6/92, вол. 42, стр. 589.

## SUMMARY

### EQUALITY OF FEDERAL UNITS IN FR YUGOSLAVIA

The Federal Republic of Yugoslavia has two important characteristics - the first one is that it is a two-member federation, and the second one that these two member-countries are very different. Federation, as a „union of members„ enjoying the equal rights, represents such a state form which means „unity in diversity„, and this makes possible solving of numerous problems of a common state, provided that they are solved in a democratic way with reciprocal respect and in relations of equality.

In everyone, and particularly in a two member-country federation, many disputes and conflicts occur which bear „diversity in unity„. There are two basic conditions for democratic prosperity and survival of FRY as federation: equality of the federal units and equality of citizens. In order to achieve these equalities, the scientific and professional solutions have to be used, since these should be objective and free from any ideological influences.

The problem of equality in our Federation is becoming more and more explicit. The basic cause lies in the fact that, at passing the federal constitution, the policy has neither relied enough to science, nor consulted the prominent scientific experts and institutions, or used their advice and services. Equality of the federation member-countries understands their equal status, irrespective of size, power and factual influence on federal operations. This means preventing of domination of a larger federal unit over the smaller one, but also preventing a smaller federal unit to have more rights than it should objectively have. Is it so in our federation? Obviously not.

**Мр Нина Планојевић**  
 асистент Правног факултета у  
 Крагујевцу

## МЕДИЦИНСКО ПРАВО И МЕДИЦИНСКА ЕТИКА

група аутора,  
 приредио др Јаков  
 Радишић, Институт  
 друштвених наука,  
 Београд, 1994. година

Медицинско право је нова и још увек недовољно уобличена грана права, која регулише осетљиво подручје односа између лекара и пацијената. Донедавно тај однос је одликовало безрезервно поверење пацијента, с једне стране, и поштовање сталешких етичких норми од стране лекара, с друге стране. Али, напредак медицине последњих деценија мења ову традиционалну слику: на сцену ступа хладна, "триминутна медицина", апарат замењује лекара и његов однос с пацијентом обезличава, а увећање медицинских знања и метода прати и повећана опасност промашаја при избору исправног лечења. Број лекарских грешака евидентно расте, а пацијенти губе поверење у лекара аи све чешће траже његову грађанско-правну одговорност и надокнаду претрпљених штета. То је тренутак када се лекарској етици мора додати "потпора у виду правних правила".<sup>1</sup>

И управо тај пионирски задатак, да истражи и презентује домаћој јавности опште идеје, које се могу преточити у правне норме, а које су се развиле у теорији и судској пракси земаља са "добром медицинском службом и великом правном културом". преузела је на себе група аутора ове јединствене студије. Она представља само део резултата научног пројекта "Медицина и право", под окриљем Института друштвених наука у Београду.

Готово сви радови имају карактер упоредноправних студија и на 252 странице књиге обрађују различите медицинско-правне про-

УДК: 340.6+617.253

1 Цитирано из предговора књиге.

блеме, који су и нашим пацијентима познати, али њихова свест о сопственим правима није развијена као на Западу, а јаке су и предрасуде о недодирљивости "богова у белом", па они ретко траже судску заштиту. Стога исти ти проблеми углавном нису познати домаћој судској пракси и теорији, па је важност овог дела, као весника оног што ће тек доћи, још већа.

"Медицинско право и медицинска етика", мада рад седам различитих аутора, стилски је уједначено и валитетно дело. Садржински, оно је блиско животу, испуњено конкретним случајевима из којих се изводе одређена правила, па ни "правнички језик" није сметња да буде подједнако разумљиво правном стручњаку, лекару, али и "обичном" човеку. Интересантност теме и уочљив посебан труд аутора да, баш зато што се ради о релативно непознатим питањима, разјасне сваки нови појам, чиди да се ова књига чита "у једном даху".

Студију, поред предговора проф. др Јакова Радишића, који нас уводи у медицинско право и његову специфичну проблематику, чини 14 радова, распоређених у 4 дела. Уз сваки рад иде библиографија и резиме на енглеском језику.

У оквиру првог дела, под називом "Пацијентово право самоодређења", обрађене су три теме.

Др *Весна Клајн-Татић*<sup>2</sup> у раду "Нека медицинска, етичка и правна питања која покреће доктрина о информисаном пристанку пацијента на медицинску интервенцију", полазећи од човековог права на самоодређење, сматра да само истинито информисан пацијент може пуноважно да пристане на своје лечење. У даљој анализи аутор утврђује да је овај идеал тешко остварив. Разлог је укорењено схватање да лекар зна најбоље шта је за пацијента добро, па и да ли му треба саопштити истину о његовој болести. "Добробит пацијентова", коју процењује лекар а не он сам, у већини европских земаља а и код нас, важнија је од истините информације на којој се и темељи слободна одлука за лечење. Супротно томе томе, САД, Немачка и Швајцарска у први план стављају пацијентова право самоодређења.

Аутор на крају ове анализе, која наводи на размишљање, констатује да пацијенти могу да прихвате истину о себи и да је патерналистички однос лекара недопустив. У његовој је основи сумња да се људско биће може старати о себи рационално, али и да смо још далеко од правног признања начела о пацијентовој аутономији.

Својим радом "Претпостављени пристанак пацијента на лечење пема немачком праву", др *Ненад Ђурђевић*<sup>3</sup> нас упознаје са претпоставкама и дејством овог института, за чијом применом у лекарској пракси постоји честа потреба. Да би претпостављени пристанак био пуноважни основ ослобођења лекара од одговорности, јер је лечење без воље пацијента недопуштено, мора испуњавати одређене услове које аутор подробно анализира. Сliku претпостављеног пристанка аутор заокружује и његовим разграничењем од сличних инситута, као и навођењем типичних случајева

2 Научни сарадник Института друштвених наука у Београду

3 Доцент Правног факултета у Крагујевцу

примене. Рад ће подједнако користити лекару, при пороцини када сме да лечи пацијента и без уобичајеног пристанка, али и судији при процењивању одговорности лекара.

Последњу тему првог дела, **"Право умирућег пацијента да одбије употребу медицинских мера којима се он одржава у животу или да захтева да се те мере обуставе"**, обрадила је др *Весна Клајн-Татић*. Напредак медицине донео је могућност продужења живота смртно оболелог пацијента и преко граница природне смрти. Са овом новом ситуацијом настају и нови правно-етички проблеми, које је аутор извојио и обрадио. Сме ли лекар удовољити жељи свесног пацијента, који одбија медицинске мере иако му продужавају живот? Аутор, у основи, одговара позитивно. Лекар такође може "помоћи" пацијенту да достојанствено умре и тако што ће му давати лекове који ублажавају патње, али и брзо скраћују живот. Најделикатније питање је може ли лекар "убити из милосрђа", на захтев умирућег у боловима или пацијента у коме кога још само апарати одржавају у животу. Изузев Холандије, Кине и САД, остале државе не разликују еутаназију од убиства, што се по мишљењу аутора мора изменити, ако не желимо да медицинске мере за неке пацијенте постану насилне и бескорисне. Тема рада наводи читаоца на дубоке моралне дилеме.

У другом делу студије, **"Уговори пацијента с лекаром"**, обрађени су: **"Уговор о имплантацији вештачких зуба - врста уговора о лекарским услугама"** - аутор др *Љиљана Круљ*<sup>4</sup> и **"Уговор о стерилизацији"** - аутор мр *Хајрија Мујовић-Зорнић*<sup>5</sup>.

**Уговор о имплантацији вештачких зуба** је у пракси чест, мада нерегулисан уговорни однос. Аутор нас најпре упознаје са сврхом закључења овог уговора и његовом правном природом, око које не постоји општа сагласност. У нашем праву он се третира као уговор о делу, а по мишљењу аутора, у питању је уговор о услузи. Код њега лекар не гарантује успех ни уз највећу стручност и труд, због извесних непредвидљивих фактора. И лекар и пацијент имају одређене обавезе које аутор анализира, уз констатацију да је њихово међусобно поверење ипак од највеће важности.

Питање које претходи разматрању **уговора о стерилизацији**, јесте њена допуштеност, чему аутор посвећује посебну пажњу. У већини земаља стерилизација није регулисана, а тамо где је допуштена обично се не односи на сва пунолетна лица. Зато аутор прибегава анализи теорије и праксе да би одговорио на задато питање. Преовлађује став да је присилна стерилизација забрањена; индикована допуштена; а тзв. "услужна стерилизација", иако најспорнија, ипак је прихватљива, пре свега ако није трајна. Прираштај становништва основни је разлог што друштво прихвата стерилизацију не као неморални чин, већ као метод контроле рађања, са чим се морамо сложити. У другом делу рада аутор на уобичајен начин анализира уговор о стерилизацији, одређујући му правну природу, уговорне стране и њихове међусобне обавезе, ако и последице неуспешности захвата.

4 Научни сарадник Института друштвених наука у Београду

5 Истраживач-сарадник Института друштвених наука у Београду

Трећи, најобимнији део студије, под називом "Одговорност лекара и пацијента", састоји се од шест тема.

Др *Јаков Радишић*<sup>6</sup> обрађује "Одговорност због погрешне лекарске дијагнозе", питање које ће нарочито интересовати лекаре, али и све остале читаоце. Погрешне дијагнозе су честе, па пацијенти који трпе штете траже одговорност лекара. Из рада, међутим, поизилази да се услови за њу много ређе стичу и теже утврђују него што то изгледа. Аутор нас најпре упознаје са дијагнозом уопште, начинама за њено постављање и са потребно пажњом, која се при том тражи од лекара. Уз упозорење да је свака дијагноза релативна, аутор долази и до појма и извора погрешне дијагнозе и дијагностичких грешака, да би на крају дао и анализу услова за одговорност лекара у том случају. Важан је закључак да погрешна дијагноза није противправна увек, и да лекар одговара само ако ја за њу крив, тј. ако је начинио дијагностичку грешку која се могла избећи, што се утврђује према конкретним околностима. Узрочну везу доказује пацијент, са изузетком грубе стручне грешке лекара.

Са темом "Одговорност за штету изазвану медицинским апаратима" нас упознаје др *Мирса Мијачић*<sup>7</sup>. Примена бројних медицинских апарата у лечењу одлика је нашег времена, па и обавеза здравствених установа. Корист од њих је велика, али ништа мањи нису ни ризици штета које они могу нанети пацијенту. Стога аутор обрађује питање правне природе и основа одговорности здравствених установа, као најчешће тужених за овакве штете. При том се као спорно појављује питање ко сноси ризик штета због неочекиваних кварова медицинских апарата. Иако је већинско мишљење да је то пацијент, аутор се аргументовано залаже за правичније решење - да то буде здравствена установа, са чим се морамо сложити.

Следећу тему, "Одговорност лекара за штету насталу услед непридржавања обавезе да пацијента обавести", обрадио је, на веома јасан и прецизан начин, др *Ненад Ђурђевић*. Обавеза обавештавања пацијента, коју лекар често занемарује, предуслов је за његов пуноважан пристанак на медицински захват. Отуд велики значај ове обавезе, која има и етичке и правне основе. У начелу, лекар је дужан надокнадити пацијенту сву штету, проузроковану самовољном интервенцијом (аутор наводи и другачије ставове). Ипак, по мишљењу аутора, изузетак је индикована и успешна интервенција, код које треба надокнадити само нематеријалну штету због повреде права личности на слободну одлуку. На крају рада обрађени су и неки посебно спорни случајеви утврђивања узрочне везе између пропуштеног обавештења и настале штете.

Др *Олга Поповић*<sup>8</sup> је проучавала решења о "Имовинској одговорности лица заражених ХИВ вирусом по америчком и немачком праву", где је и највећи број захтева инфицираних за обештећењем. Успех тужиоца зависи од начина добијања АИДС-а: сексуалним односом или путем примљене крви. У првом

6 Редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

7 Редовни професор Правног факултета у Нишу

8 Истраживач-сарадник Института друштвених наука у Београду

случају се преношење АИДС-а може подвести чак под 4 деликта у САД, које аутор посебно анализира, а у Немачкој се накнада досуђује по основу опште деликтне одговорности. У случају преношења заразе преко крви од овара произвођач, односно установа за сакупљање крви - у САД по основу кривице, а у Немачкој изузетно и објективно. Ипак, у обе земље се накнада нема материјалне штете при оваквом инфицирању не може добити, па су заражени кроз трансфузију у неповољнијем положају од осталих болесника.

"Одговорност за штету узроковану операцијом коју је обавио лекар на специјализацији", коју је обрадио др *Јаков Радишић*, је тема која је увек и у свим земљама актуелна. Аутор нас најпре упознаје са условима легитимне операције, појмом, врстама и одговорношћу за остварен ризик онда кад оперише искусан хирург, као и са положајем специјализанта-оператора. Свака операција је ризик за пацијента, а кад је обавља хирург-почетник ризик је увећан. Ипак, друштво се због тога не може одрећи практичног обучавања будућег хирурга за свој посао. Ко ће онда надокнадити штете које он, евентуално, нанесе пацијенту? Решење је, објашњава аутор, да стручан хирург увек надзира рад специјализанта. Ако медицинска установа погрешно процени да је специјализант способан да без надзора обави операцију, па он начини пропуст - накнаду штете она и дугује због тзв. организационе грешке. Ипак, и специјализант ће солидарно (деликтно) одговарати по основу тзв. "кривице због преузимања" операције за коју није био способан. Поред наведених, аутор даје још много корисних података и разјашњења везаних за ову материју.

Мр *Хајрија Мујовић-Зорнић* је у раду "Одговорност за штету због "несрећног живота" и због нежељеног рођења детета по праву САД", анализом богате судске праксе, одговорила на нека питања око заштите права родитеља на здраво и жељено потомство. Услед медицинских промашаја контроле рађања, које аутор набраја, накнаду штете траже деца због "несрећног живота", а родитељи због "нежељеног рођења". Из изнетих случајева, аутор закључује да судови у САД захтеве деце обично одбијају, док родитељи добијају накнаду штете чији обим варира, и то увек због рођења нежељеног болесног, а ређе и нежељеног здравог детета. Лекар (или друго лице) одговара јер није спречио нежељено рођење, иако је био дужан. Код нас овакве тужбе нису честе, али се родитељи и овде све више не мире с непланским рођењем грешког другог. Стога је један овакав приказ развијене праксе у другој земљи врло користан.

Четврти део студије носи назив "Различити медицинско-правни проблеми".

Прву тему овог дела, "Рекламирање лекарских услуга" обрадио је др *Јаков Радишић*, покушавајући да формулише мерила за утврђивање суптилне границе између забрањеног рекламирања лекарских услуга и допуштеног информисања пацијента где се и како може лечити. Аутор нас, кроз анализу суштине рекламе, уверава у исправност норми сталешког права о њеној забрани и неспојивости са хуманим основама лекарске професије. Лекару се, међутим, не може забранити свака радња обавештавања јавности (иступање у медијима нпр.), мада се ни њихов споредни рекламни ефекат не може занемарити. Да би се искључиле недоумице кад обична информација пре-

лази у рекламу, па постаје недопуштена, аутор предлаже доношење законских прописа у овој области. То је заиста потребно, јер многи лекари не поштују више медицинску етику, па је њихово рекламирање све чешће.

Др *Љиљана Круљ* обрадила је интересантно теоретско питање са значајним практичним последицама, које чиди додирну тачку медицинске и правне науке - "Тренутак човекове смрти као правни појам". Тренутак смрти је граница лекареве обавезе лечења, а за правни поредак крај заштите субјекта и сходиште многих правних последица. Пошто нема норме која би дала мерило за утврђивање тренутка смрти, у раду је најпре дат појам, начин утврђивања и тренутак смрти са медицинског аспекта, па са ослоном на њих аутор гради одговарајуће правне појмове. Најпре, он се залаже за тзв. двојни правни појам смрти. Што се тиче тренутка њеног наступања, који правни поредак мора знати, а медицина га не може утврдити јер смрт сматра процесом, аутор предлаже "формуле" за његово правно утврђивање "ex post" или "ex ante".

На крају студије, "Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених ХИВ вирусом" приказала нам је мр *Олга Поповић*, анализом права Немачке, Швајцарске и САД. Централно морално и правно питање је: да ли и у којим границама обавезати послодавца на запошљавање инфицираних АИДС-ом, с обзиром на фатални исход болести и опасност од преношења заразе на околину. Заражени, начелно, имају право на запослење. Али, њихова обавеза обавештавања послодавца о болести и право послодавца да апоставља питања о томе и тражи ХИВ тест зависи од стадијума болести и врсте посла у питању. Положај оболелих при запошљавању у САД је, како аутор закључује, најповољнији, јер се они штите и тзв. анти-дискриминационим прописима, а за спровођење ХИВ теста адекватније су европске норме. Рад обилује бројним аргументима за и против одређених решења, па пошто се и у нашој пракси већ рађају сличне дилеме врло је актуелан.

Књига "Медицинско право и медицинска етика" је скуп актуелних анализа осетљивих правно-медицинских проблема. Она указује на потребу да се будућим правним нормама успостави равнотежа између интереса пацијента за хуманим и савесним односом лекара, и жеља лекара да их правни прописи не спутавају у раду и због страха од могуће одговорности терају на "дефанзивну медицину"<sup>9</sup>. Она не само да пракси и законодавцу нуди нека готова решења већ и проширује стручно знање правницима, а код сваког од нас, као потенцијалног учесника односа лекар-пацијент на овој или оној страни, развија правно-медицинску културу.

9 Видети предговор књиге који је написао др Јаков Радишић.