ГЛАСНИК ПРАВА

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

КЊИГА 5 ▲ 1996 ▲ YUISSN: 0351-2207 ▲ УДК 34 (05)

ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Доц. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац; телефон: (034) 47-137; 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 Ђурђевић; доц. др Снежана Соковић; доц. др Душица Палачковић; Др Јездимир Митровић, председник Вишег привредног суда Србије; др Зоран Ивошевић судија Врховног суда Србије

НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА: Једна књига годишње

ПРЕТПЛАТЕ: 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: LIGHT DESIGN

ШТАМПА: ФР "БАЛША - СГР "Графичар" Крагујевац

ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ: ГлП, књ. 5 (1996)

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 излажења 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 Подгорац.

УДК 34 (05)
YU ISSN 0351-2207

ГЛАСНИК ПРАВА

Књига 5
Крагујевац, 1996

САДРЖАЈ

IN MEMORIAM **Проф. др Драгомир ЦЕРОВИЋ (1915-1995)**

ЧЛАНЦИ:

Др Божин ВЛАШКОВИЋ
СТРАНЕ РЕЧИ КАО ЖИГОВИ ЗА ДОМАЋЕ ПРОИЗВОДЕ 3

Др Бранко МОРАИТ
ПРАВА ИЗБЈЕГЛИЦА И РАСЕЉЕНИХ ЛИЦА ПРЕМА ДЕЈТОНСКОМ СПОРАЗУМУ И ПАРИШКОМ МИРОВНОМ УГОВОРУ 21

Др Драгана ПЕТРОВИЋ
ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ (ТЕОРИЈСКЕ ДИЛЕМЕ) 41

Др Мирослав МИЛЕКИЋ
СЛАБЉЕЊЕ ПРИМЕНЕ ФЕДЕРАЛНОГ НАЧЕЛА У САД 61

Др Ненад ЂУРЂЕВИЋ
УТИЦАЈ ПРЕПРОДАЈЕ СТВАРИ С МАТЕРИЈАЛНИМ НЕДОСТАТКОМ НА КУПЧЕВА ПРАВА 75

Др Снежана СОКОВИЋ
ВЕШТАЧЕЊЕ У ОКВИРИМА ПРЕДСТОЈЕЋЕ РЕФОРМЕ КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА 81

Др Бранислав СИМОНОВИЋ
КРИВИЧНО ПРАВНИ И КРИВИЧНО НЕПРАВНИ ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ИЗУЧАВАЈУ НА ПРАВНИМ ФАКУЛТЕТИМА У ЈУГОСЛАВИЈИ 95

Мр Ева МАКСИМОВИЋ
ПРЕДМЕТ СОЦИОЛОГИЈЕ ПРАВА 103

Мр Нина ПЛАНОЈЕВИЋ
ТЕРМИНОЛОШКЕ ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ ИНСТИТУТА ЕТАЖНЕ СВОЈИНЕ 109

Тамара БРКАНОВИЋ
СХВАТАЊЕ ПРОФ. БОРИСЛАВА БЛАГОЈЕВИЋА О ЛИКВИДАЦИЈИ ОРТАЧКЕ ИМОВИНЕ И УЧЕШЋУ ОРТАКА У ПОДЕЛИ ДОБИТАКА И ГУБИТАКА 117

ПРИКАЗИ:

Др Невенка БАЧАНИН
Зоран Р. Томић, УПРАВНО ПРАВО, Београд, 1995, стр. 445 123

Др Предраг Ч. СТОЈАНОВИЋ
Пол Лероа Болије: О ЈАВНОМ КРЕДИТУ (ДРЖАВНИМ ДУГОВИМА), 6. издање, Београд, 1905, стр. 613 127

ГЛАСНИК ПРАВА

Volume 5
Kragujevac, 1996

HERALD OF LAW

CONTENTS

IN MEMORIAM **Dragomir CEROVIĆ, Ph.D., professor (1915-1995)**

ARTICLES: **Božin VLAŠKOVIĆ, Ph.D., professor**
Foreign words as stamps for domestic products 3
Branko MORAIT, Ph.D., professor
The rights of refugees and displaced persons according to the Dayton agreement and Paris peace trety.....21
Dragana PETROVIĆ, Ph.D., associate professor
Organized crime (theoretical dilemmas) 41
Miroslav MILEKIĆ, Ph.D., associate professor
The weaking of usage of federal principle in USA
Nenad DJURDJEVIĆ, Ph.D., associate professor
The effect of reselling of products with material defect on customers rights 75
Snežana SOKOVIĆ, Ph.D., associate professor
Testifying in the scope of the up-coming reform of the criminal law trial legislation.....81
Branislav SIMONOVIĆ, Ph.D., professor
Criminal lawful and criminal unlawful subjects which are taught at law faculties in Yugoslavia.....95
Eva MAKSIMOVIĆ, L.L.M., assistant
The subject of law sociology..... 103
Nina PLANOJEVIĆ, L.L.M., assistant
Terminological dilemmas in connection with the institute of story property 109
Tamara BRKANOVIĆ., assistant
The ideas of prof. B.T. Blagojević about the liquidation of partner property and about the participation of partners in the division of profit and losses 117

REVIEWS: **Nevenka BAČANIN, Ph.D., professor**
Zoran Tomić: Administrative Law, editorial agency Draganić, Belgrade, 1995., pg.445. 123
Predrag STOJANOVIĆ, Ph.D., professor
Paul Leroa Bolije: On public credit, 6th edition, printing firm of Serbian Kingdom, Belgrade 1905., pg.613,.... 127

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

im memoriam

Проф. др Драгомир ЦЕРОВИЋ

(1915-1995)

Реч професора Радована Вукадиновића на комеморацији одржаној на Правном факултету у Крагујевцу и у Удружењу инжењера и техничара у Београду, поводом смрти професора Драгомира Церовића

Поштовани чланови породице, драги пријатељи и поштоваоци дела професора Церовића,

Смрт нашег драгог професора Церовића, коме данас одајемо дубоку пошту и последњи поздрав, подсећа и подстиче нас на најокрутнији начин на размишљање шта је један умни и надасве добри човек значио у животима других људи. Сви они који су познавали професора Церовића, а познавали су га многи људи различитих животних и професионалних опредељења, не само из наше земље, већ и из иностранства, осећају да је данас неповратно у свој део вечне тишине откорачио омиљени професор, нежни отац и поуздани пријатељ. На Правни факултет у Крагујевцу професор Церовић је дошао у релативно позним годинама, 1976. године, као већ признати стручњак који је обављао разне послове у привреди и државној администрацији.

На факултету се прихватио одговорног задатка да осмисли и у наставу учврсти Међународно привредно право, као релативно младу правну дисциплину. У временски невеликом раздобљу, колико је провео на факултету до пензионисања 1983. године, оставио је снажан утисак: упорности и континуитета у свом обимном и разноврсном научном и стручном раду. Његово поље интересовања је обухватало не само правна, већ и економска и организациона питања значајна за праксу и теорију међународног промета уопште.

Поред основног рада на уџбенику за Међунардно привредно право, посебно ће остати по расправама из права индустријске својине и ауторског права, студијама и бројним чланцима у домаћим и страним часописима. Својој великој љубави - праву интелектуалне својине, потпуно ће се посветити након одласка у пензију, а писању ће остати веран буквално до последњег момента. На жалост није дочекао

да види одштампану последњу монографију о упоредноправној заштити ауторског права. У рукопису је остао и пројекат јединственог концепта студија права индустријске својине и ауторског права, али и збирке песама.

Професор Церовић је сарађивао са бројним страним институтима, удружењима и научним друштвима: као спољни сарадник, стални или почасни члан. Као добар зналац страних језика са ретким даром за природну отвореност и непосредну комуникативност остављао је снажан утисак на све присутне, који су га радо позивали и сећали га се. Било ми је врло драго да као млади асистент слушам речи хвале и колегијалног и људског интересовања за мог професора и на London School of Economic i Political Science у Лондону и на Max Planck Institut fuer Pantentrecht у Минхену.

Бројне генерације студената Правног факултета у Крагујевцу памтиће професора Церовића као изузетног педагога, обдареног ретком способношћу да и најсложенијим стварима и појавама прилази са практичног аспекта. Одајући утисак фасцинантне лакоће предавања, сматрао је да се Међународно привредно право не може разумети и излагати само нормативистичким и формалнологичким приступом, па је многе појаве и институте демистификовао и сводио на практичну меру - прилагођену слушаоцу. У студентима и сарадницима је видео равноправне сабеседнике којима је подстицао смисао за самостално размишљање. Своју благонаклоност према студентима испољавао је готово до очинске нежности и стрпљења не само за њихове испите, већ и за њихова касније сналажење у животу.

У млађе сараднике - асистенте, професор Церовић је имао готово безграничено поверење. За њихово усмеравање и усавршавање нештедимице је улагао сав свој ауторитет и неспорни кредибилитет који је уживао у иностраним институтима. Отварајући им на тај начин широм врата науке, трајно их је обавезивао да остану и истрају у свом послу. То су могли само људи истинске љубави и великог срца.

Међу својим колегама и свима онима са којима се дружио остаће упамћен као омиљени колега са којим се увек могла наћи тема и за стручне и за свакодневне дискусије; почев од уметности, за коју је од ране младости испољавао посебан интерес и дар, до суптилних правних питања. Због своје комуникативности, непосредности и веселе природе одавао је утисак, који је бивао појачан и самом његовом појавом, човека неизмерне енергије и оптимизма. Веровао је људима у којима је видео само добре особине, а оне друге, чак и када су му други скретали пажњу на њих, великодушно је одмахивао руком уз познато: "Нека пустимо то." Тај непоправљиви оптимизам је преносио и на све око себе. И у најтежим временима, а било их је посебно у току заробљеништва за време II светског рата, али и у непосредном поратном периоду професор Церовић је налазио снаге и начина да све то превазиђе на достојанствен и частан начин. Једноставно речено, био је господин у правом и пуном смислу те речи, способан да достојанствено носи и њиме се користи, али без разметања и наметања другима.

Својим начином живота, научним и стручним радом професор Церовић ће остати у нашим сећањима у живој успомени исто онако као што је остао у живом сећању свакој средини у којој је радио или боравио. Али, био је свестан да обичан човек не може досећи бесмртност, па се надамо да је овоземаљски живот живео пуном снагом.

Слава му!

Др Божин Влашковић
ванр. професор Правног факултета у Крагујевцу

СТРАНЕ РЕЧИ КАО ЖИГОВИ ЗА ДОМАЋЕ ПРОИЗВОДЕ

кључне речи: *жиг; изазивање забуне у промету; недистинктивност стране речи*

УДК: 347.772

Пријавиоци жигова се већ дуго времена сусрећу са све већим тешкоћама у настојању да изнађу форме и садржаје означавања производа који се на тржишту могу показати као довољно атрактивни и делотворни. Тешкоће су условљене, пре свега тиме, што се, полазећи од значаја жигова у привредном промету, пријављује њихов све већи број.[1] Таква тенденција долази у колизију с околношћу да су могућности избора жигова објективно ограничено низом фактора. Наиме, већина жигова у речи састоји се из речи говорног језика, већина жигова у сликама се, пак, заснива на познатим и уобичајеним мотивима.[2] На тај начин се постиже да жиг буде кратак, сажет и да непосредно делује на свест купца, што је претпоставка за његову атрактивност и тиме успешност. Напротив, ако је жиг у речи дугачак тиме се смањује могућност да трајније остане у свести површног купца или да га он брзо прихвати. Нови пријавиоци жигова се, дакле, крећу на подручју које је већ у приличној мери истражено и искоришћено. Као што је познато, они за обележавање исте или сличне робе не могу користити исте или сличне жигове који су већ регистровани. Таквим радњама би био повређен приоритетно старији жиг. Поред тога, може се јасно опазити и тенденција у новијим законодавствима или судској пракси да се подручје заштите жигова не ограничава само на исте или сличне производе, него да се, под одређеним условима, проширује и на неистоврсне производе.[3] Она није везана само за заштиту славних жигова. Њоме су обухваћени и жигови који су познати, иако још увек нису и славни. Све то има за последицу да се нови пријавилац налази пред готово нерешивим задатком. Он, наиме, мора да у оквиру постојећег фонда речи,

1 Miosga, Fremdsprachige Bezeichnungen als Warenzeichen, GRUR 2/1969, стр. 57.
2 Miosga, исто, стр.57.
3 Влашковић, Правна заштита славних жигова, Београд, 1992.

слика или њихових комбинација пронађе довољно атрактивну, конкурентну, лако схватљиву и прикладну конструкцију. С друге стране, његова настојања су, како, је речено, ограничена постојећим правима трећих лица у вези с регистрованим жиговима.

У изложеној ситуацији, пријавиоци су принуђени да се користе најразличитијим начинима за обележавање својих производа. У обзир долази, на пример, употреба личних имена, географских појмова, или стварање нових речи, које нису садржане у речницима. У тежњи да превазиђу ту све изразитије сужену могућност избора, пријавиоци се све више усмеравају и на стране речи. Такво коришћење се испољава у различитим комбинацијама. Могу се користити стране речи у изворном облику; могу се спајати стране речи или њихови делови, који потичу из различитих страних језика; стране речи се везују с домаћим речима или њиховим скраћеницама; стране речи се модификују на произвољан начин.[4]

Употреба страних речи као жигова стоји неспорно и у вези са све интензивнијим међународним привредним везама. Лако су разумљива настојања, на пример, арабијских, скандинавских и словенских земаља, затим Кине, Јапана и других да при извозу својих производа уместо домаћег, мало познатог и разумљивог језика и писма, бирају језик који је познат и распрострањен и у најширим потрошачким круговима.[5] Из тог разлога не изазива чуђење чињеница да је приликом избора жигова у речи енглески језик најчешће коришћен као њихов извор.[6] Наведене околности су врло рано поставиле пред судску праксу питање регистрације страних речи као жигова и све специфичне проблеме који су изазвани на овај начин. Може се генерално рећи да она није јединствена када је у питању регистрација страних речи као жигова. Усмерена је, пре свега, на разрешавање конкретних случајева, те је тешко филтрирати општа начела на којима се нека одлука заснива.

За ускраћивање регистрације страних речи као жигова, пракса се позива на неколико општих основа, који су већ, као такви, предвиђени законима. Ови општи основи су онда ближе расветљени и конкретизовани у вези са специфичним проблемима који се јављају у контексту регистрације страних речи као жигова. О томе ће бити речи у наредним излагањима.

1. Изазивање забуне у промету као основ за ускраћивање регистрације

У многим законима о жиговима су из регистрације искључене ознаке које својим садржајем могу да створе забуну у промету у вези с пореклом робе, њеном врстом, квалитетом или другим својствима. У том оквиру искрсава и проблем регистровања страних речи као жигова. Наиме, коришћење страних речи за означавање производа на многим секторима робе побуђује уверење у потрошачким круговима да тако означена роба

4 Miosga, исто, стр. 57-58.
5 Balfanz, Warenzeichen in fremden Sprachen, Markenartikel, 2/1972, стр. 48.
6 Miosga, исто, стр. 57.

потиче из стране земље или краја. На пример, конструкција GOOD-LUCK изазива представу да роба која је њоме означена потиче из Британије, САД или неке друге земље која припада енглеском говорном подручју.[7] Свакако, претпоставка да је реч о производима који потичу из наведених земаља није тачна онда када тако обележени производи потичу из домаће земље или неке земље која не припада енглеском говорном подручју.

За релевантну забуну у погледу порекла робе није неопходно да роба која је произведена у земљи на коју ознака указује ужива посебан глас и углед у потрошачким круговима. То је резултат новијег развоја управне и судске праксе. Напротив, старија пракса је дуго инсистирала на оваквом услову. У немачкој пракси је овај услов напуштен у познатој Scwarzwald одлуци.[8] У њој је наглашено да забуна у промету у вези са пореклом робе може у посебној мери да буде изазвана онда када се с местом, на које је ознаком указано, везују посебни појмови о вредности и квалитету тамношњих производа. Но, опасност забуне постоји и онда када су нетачне представе, које су у промету изазване у погледу порекла робе, на било који начин подесне да утичу на купца да се определи баш за куповину тако означених производа.[9] Ова одлука се односи на ознаке места или краја, дакле, на географске појмове. Исто важи и онда када су у питању знаци којима се изазива представа о пореклу на основу коришћења страних речи.

Забуна која настаје коришћењем страних речи за обележавање робе сврстава се у подгрупу забуне изазване географским ознакама. Нису, пак, у питању непосредне географске ознаке, које директно указују на место порекла, коришћењем његовог имена. Реч је о посредним географским ознакама, које тек на основу анализе и тумачења, које се одвија у свести потрошача, указују на географско порекло.

Приликом одлучивања о подесности знака да изазове забуну у промету полази се искључиво од облика који је регистрован.[10] Као и у свим компаративним ситуацијама, меродаван је општи утисак који се знаком изазива. То значи да за ово одлучивање нема значај облик у којем се жиг ефективно користи у промету. Он се ту може користити и с неким додацима, у измењеном облику, који могу бити подесни да изазову забуну у вези са пореклом.[11]

Да би се уопште могло говорити о изазивању забуне у промету у вези с пореклом робе, основни услов, у овом контексту, је да се употребљена реч у промету схвати као страна реч. Дакле, неопходно је да барем значајан део промета познаје дотичну реч као ону која припада одређеном страном језику, или да је као такву сматра на основу њене структуре. Међутим страно порекло речи се не може претпоставити већ на основу тога што се реч у промету не осећа и не доживљава као домаћа реч. Наиме, пракса показује да

7 BPatG, одлука од 31.1.1963, BPatGE 3, стр.79.
8 Beschwerdesenat 2б, одлука од 15.11.1956., GRUR 5/1957, стр.240.
9 Исто, стр. 241.
10 Miosga, исто, стр. 64.
11 Исто, стр. 64.

низ фантастичних речи, које се користе за грађење жигова, врло често имају страно звучање. У овом мислу се изјаснила и немачка пракса. Одлучивано је о регистрацији речи Лона. Она је шпанска и значи једро. BPatG је дозволио регистрацију, истакавши да промет неће ову реч приписивати ни једном страном језику, посебно не шпанском.[12] Она означава предмет који није у честој употреби. Они прометни кругови, који познају шпански, њено значење знају само по изузетку. Ови изузеци су бројчано сасвим занемарљиви и не могу чинити део промета који би био релевантан за право о жиговима. За друге учеснике у промету, који не познају шпански, не постоји никакав повод да пријављену реч сматрају као шпанску. Она не поседује гласове који су карактеристични за тај језик. У недостатку видљиве припадности једном страном језику, реч се у промету спонтано схвата као фантастична.

На исти начин је одлучено и у AMORA одлуци.[13] Реч је португалска и означава одређено воће. Пошло се од тога да португалски језик није у довољној мери познат немачкој публици. Ни један релевенатни део промета неће помислити да је реч о производима који потичу из Португалије. Међутим, поставило се питање да ли делови публике могу закључити да роба потиче, ипак, из неке од земаља које припадају романском говорном подручју. Основ за овакво питање је сличност пријављене речи с речима амора и аморе. Но, против, овакве претпоставке говори, пак, околност са де реч AMORA не може типично приписати неком одређеном романском језику. Поврх тога, појам Амор, на који се спонтано мисли у сусрету с ознаком AMORA, је употребљаван и познатој домаћој публици.

Околност да страна реч у домаћем промету уопште не схвата као страна реч није једини основ за искључивање забуне у промету. Иста је ситуација са страним речима које су ушле у домаћи језик. Оне се могу користити на неком одређеном подручју или независно од њега. На пример, то су речи: madame, Sir, Lady, Boy, Style, Boutique итд. Такве и сличне речи се у промету не схватају као оне које указују на страно порекло или које такво порекло наговештавају, него као конструкције које су прилагођене укусу и духу времена.[14]

Данас је честа појава да се на појединим секторима робе стране речи користе и за обележавање домаћих производа. На пример, у једној одлуци BPatG је речено да се после рата запажа коришћење великог броја англицизама и американизама у немачком језику.[15] Овај процес достиже кулминацију када су у питању спорт, мода, ваздушни саобраћај, атомска енергија, астронаутика и електроника. Такав исти развој одиграо се и на подручју козметичких препарата. Поред тога, фирме у многобројним случајевима на опреми робе користе написе на више језика. У првом плану је употреба енглеског језика, поред домаћег. Ова пракса има основ у

12 BPatG, одлука д 2.7.1964., BPatGE 5, стр. 155.
13 BPatG, одлука од 10.11.1971.,BPatGE 13, стр. 129.
14 Miosga, исто, стр. 61.
15 BPatG, одлука од 3.9.1971., BPatGE 13, стр. 248.

низ фантастичних речи, које се користе за грађење жигова, врло често имају страно звучање. У овом мислу се изјаснила и немачка пракса. Одлучивано је о регистрацији речи Лона. Она је шпанска и значи једро. BPatG је дозволио регистрацију, истакавши да промет неће ову реч приписивати ни једном страном језику, посебно не шпанском.[12] Она означава предмет који није у честој употреби. Они прометни кругови, који познају шпански, њено значење знају само по изузетку. Ови изузеци су бројчано сасвим занемарљиви и не могу чинити део промета који би био релевантан за право о жиговима. За друге учеснике у промету, који не познају шпански, не постоји никакав повод да пријављену реч сматрају као шпанску. Она не поседује гласове који су карактеристични за тај језик. У недостатку видљиве припадности једном страном језику, реч се у промету спонтано схвата као фантастична.

На исти начин је одлучено и у AMORA одлуци.[13] Реч је португалска и означава одређено воће. Пошло се од тога да португалски језик није у довољној мери познат немачкој публици. Ни један релевенатни део промета неће помислити да је реч о производима који потичу из Португалије. Међутим, поставило се питање да ли делови публике могу закључити да роба потиче, ипак, из неке од земаља које припадају романском говорном подручју. Основ за овакво питање је сличност пријављене речи с речима амора и аморе. Но, против, овакве претпоставке говори, пак, околност са де реч AMORA не може типично приписати неком одређеном романском језику. Поврх тога, појам Амор, на који се спонтано мисли у сусрету с ознаком AMORA, је употребљаван и познатој домаћој публици.

Околност да страна реч у домаћем промету уопште не схвата као страна реч није једини основ за искључивање забуне у промету. Иста је ситуација са страним речима које су ушле у домаћи језик. Оне се могу користити на неком одређеном подручју или независно од њега. На пример, то су речи: madame, Sir, Lady, Boy, Style, Boutique итд. Такве и сличне речи се у промету не схватају као оне које указују на страно порекло или које такво порекло наговештавају, него као конструкције које су прилагођене укусу и духу времена.[14]

Данас је честа појава да се на појединим секторима робе стране речи користе и за обележавање домаћих производа. На пример, у једној одлуци BPatG је речено да се после рата запажа коришћење великог броја англицизама и американизама у немачком језику.[15] Овај процес достиже кулминацију када су у питању спорт, мода, ваздушни саобраћај, атомска енергија, астронаутика и електроника. Такав исти развој одиграо се и на подручју козметичких препарата. Поред тога, фирме у многобројним случајевима на опреми робе користе написе на више језика. У првом плану је употреба енглеског језика, поред домаћег. Ова пракса има основ у

12 BPatG, одлука д 2.7.1964., BPatGE 5, стр. 155.
13 BPatG, одлука од 10.11.1971.,BPatGE 13, стр. 129.
14 Miosga, исто, стр. 61.
15 BPatG, одлука од 3.9.1971., BPatGE 13, стр. 248.

настојању фирми да производе директно пласирају и у иностранству без скупог и заметног препакивања. Уколико је домаћи промет у дужем временском периоду навикнут на паралелно коришћење одређених домаћих и еквивалентних страних речи, тада ће он у нарастајућој мери сматрати да одговарајуће стране речи, и када су употребљене изоловано, не упућују више на порекло производа из дотичне стране земље. Последица овакве привредне реалности је да велики део промета на сектору козметике, на основу вишегодишњег сусретања с енглеским речима, и новим енглеским речима, с којима долази у сусрет, не приписује више функцију упућивања на географско порекло производа.[16]

Дакле, за немачки промет је на подручју козметике енглески изгубио својство посредне географске ознаке порекла и тиме што многобројне домаће фирме продају своје производе обележене енглеским речима.

Опште привредно повезивање и концентрација на међународном основу врло често не дозвољавају потрошачима да утврде где крупне фирме имају своје стварно привредно тежиште и где би роба стварно могла да буде произведена. Често су у питању и сложени производи, чији се саставни делови производе у великом броју земаља. одређени број фирми на сектору козметике наглашава своју интернационалност и тиме што реч International ставља на опрему робе, или на тај начин што напоредо употребљава више имена, најчешће, великих места. На пример, Golf Cosmetic Hamburg-Paris-Rom.

Енглески језик на сектору козметичких препарата претежно изазива утисак да је произвођач своју привредну активност проширио и изван граница своје земље или да поседује интернационални ниво или да се осећа барем једнако вредним с фирмама које послују на интернационалном нивоу и зато се користи језиком који је уобичајен у тој бранши.

Ове форме опреме робе, тржишне прилике и производни обичаји су у нарастајућој мери избрисале представу о конкретном географском пореклу робе. Дакле, употреба страних речи је изгубила у великој мери на значају у вези с евентуалним географским пореклом.

Изложену праксу инстационих судова потврдио је и BGH.[17] Он истиче да опасност релевантне забуне у промету може бити искључена тек онда када је тржишно учешће домаћих производа, који су означени страним речима, достигло сасвим значајан обим. Када је у питању производ, који потиче из неке земље која је на том подручју позната и омиљена, тада је блиска претпоставка да се на основу коришћења језика те земље закључи да производи потичу баш из ње. У циљу избегавања забуне нужно је да се у таквом случају поставе високи захтеви за констатацију да су такви изрази због своје опсежне употребе, изгубили подесност да изазову представу о географском пореклу производа. У конкретном случају BGH је сматрао да коришћење француских речи за обележавање шампањаца, који је произведен у Немачкој, изазива забуну у промету у вези с француским пореклом робе.[18]

16 Исто, стр. 251.
17 BGH, одлука од 19.6.1970., GRUR 1&1971, стр. 30.
18 Исто, стр. 30.

Опасност забуне, изазване коришћењем страних речи, није ограничена само на порекло робе из земље чији се језик користи. Она се може односити и на својства робе.[19] Тада се сматра да су она условљена применом страних рецепата, сировина или полуфабриката. Другим речима, опасност забуне у вези са особинама робе је искључена ако је у стварности роба произведена коришћењем иностраних рецепата, сировина или полуфабриката или на основу упутстава страног произвођача. Међутим, то још увек није довољно за тврдњу да је у промету у целини елиминисана опасност забуне у вези с географским пореклом производа. У судској пракси је истакнуто да не противречи општем животном искуству да барем један део промета који није незанемарљив, на основу коришћења стране речи закључи да роба потиче из дотичне земље, иако други део промета није доведен у заблуду, јер исправно сматра да је реч о производима који су само произведени коришћењем страних сировина или рецепата, а у домаћој земљи.[20] Опасност забуне постоји и онда када је она искључена у круговима стручних лица, али широка публика, која само неком пригодом купују робу, може да буде доведена у заблуду.[21]

Домаћи произвођач не може да оправда коришћење ознаке која указује на страно порекло робе само тиме што су његови производи истог квалитета као и они који се добијају у страној земљи. Ова констатација не може да буде измењена околношћу да домаћи произвођач ради под контролом страног.[22] Од одлучујућег је значаја да, на пример, у козметичкој бранши француски производи уживају посебан глас. У случају таквих производа домаћа публика разликује да ли су у питању оригинални производи, који су добијени у Француској или је реч о производима који су добијени у домаћој земљи. Део промета који није безначајан даје предност првим. За њих је вреднија извесност да стичу исту робу, коју могу да купе у некој париској радњи, него гаранција произвођача у домаћој земљи која се односи на исти квалитет и својства производа.[23]

Поставља се и питање да ли се о забуни може говорити и онда када се уз страну реч истовремено, као део ознаке производа, користи и домаће име фирме или његов део. И овом приликом се мора поћи од општег утиска који ознака оставља на потрошача. Опасност забуне не постоји онда када је име домаће фирме истакнуто у истој мери као и страна реч. Забуна ће бити искључена само онда када име фирме познато у промету као домаће име, или је такве језичке структуре и облика да се то може претпоставити.[24]

У судској пракси је врло рано истакнуто да опасност забуне у вези с пореклом робе, која је изазвана коришћењем страних речи, може да буде отклоњена предузимањем одговарајућих мера. Наиме, она може бити

19 BGH, одлука од 12.7.1963, GRUR 11/1963, стр. 591.
20 BGH, одлука од 19.5.1965., GRUR 12/1965, стр. 682.
21 Исто, стр. 683.
22 Исто, стр. 683.
23 Исто, стр. 683.
24 BPatG, одлука од 17.12.1969., BPatGE 11, стр. 157.

отклоњена коришћењем делокализирајућих додатака.[25] Да ли су такви додаци подесни да искључе забуну у вези са пореклом је фактичко питање на које се може одговорити само полазећи од свих околности конкретног случаја. На пример, пенушаво вино је означавано и продавано под француским ознакама: Bonmot, Croupier,Banquier итд. На етикетама се налазио и напис Deutscher Sekt, који је требало да укаже на немачко порекло проивода. Разматрајући проблем делокализирајућих ознака, BGH је истакао да су о њиховом учинку подељена мишљења у судској пракси. Део судске праксе сматра да су они генерално подесни да искључе забуну. Које су то, пак, ознаке у конкретном случају решава се полазећи од форме којом се наноси повреда. Други део праксе сматра да додаци нису подесни да у сваком случају искључе забуну. Они то нису у стању онда када је спорна ознака једина оптички потенцирана у конструкцији коју користи могући повредилац. BGH истиче да су стране речи посредне ознаке порекла. С обзиром на такву њихову природу, сматра да делокализирајући додаци могу пре да испуне своју функцију, него када су у питању директне географске ознаке.

BGH није до краја решио проблематику делокализирајућих ознака. Он сматра да се и у случају недвосмислених делокализирајућих додатака, ипак, не може у потпуности елиминисати забуну у промету у вези с пореклом робе. Не може се изгубити из вида опасност да додаци у вези с неким жигом остају незапажени за случај коришћења у ресторанима, јер се не морају налазити на ценовницима или картама пића.[26]

Да би делокализирајући додаци уопште били у стању да отклоне забуну, морају се поставити строги услови у погледу његове јасноће и непредвидивости. Судска пракса је у више наврата заузимала став да у једном рекламном наводу његов оптички истакнути део не сме, као такав, да буде подесан да изазове забуну. Исправке које се онда врше у другим деловима жига не елиминишу аутоматски могућност забуне. Додатак може бити неподесан да искључи замену на основу различитих околности. На пример, ако је додатак просторно раздвојен од места које је оптички централно у склопу ознаке, ако је исписан мањим словима, ако је неуочљив у односу на саму ознаку итд.

У судској пракси није закључно решено ни питање да ли додатак којим се указује на седиште фирме може да буде подесан и довољан да искључи у потпуности утисак да је у питању роба страног порекла, а који је изазван означавањем робе страним речима и поврх тога коришћењем неког страног имена у фирми могућег повредиоца. BGH се није упустио у истраживање овог проблема.[27] Сматрао је да проблем не постоји када повредилац у својој фирми овлашћено користи страно име. У таквом случају се мора толерисати забуна у промету, која настаје коришћењем страног имена, као што се мора толерисати известан степен опасности замене који наступа за случај да више лица с истим именом наступају у привредном промету.

25 BGH, одлука од 19.6.1970., GRUR 1/1971, 32-33.
26 Исто, стр. 33.
27 BGH, одлука од 25.10.1957., GRUR 4/1958, стр. 187.

При одлучивању да ли је нека ознака подесна да изазове забуну, може се узети у обзир и продужено деловање или трајање неке раније рекламе у вези са ознаком, којом је исто предузеће већ било изазвало забуну у промету. Уколико се такво накнадно деловање очекује, мора се захтевати од предузећа да се на недвосмислен начин дистанцира у односу на ранију недозвољену ознаку и рекламу. На пример, речи Lady Rose, употребљен саме за себе у циљу обележавања производа, могу да делују сасвим неутрално у вези с пореклом робе. Међутим, мора се утврдити да ли је могући повредилац њиховим коришћењем на стикетама, које су биле тако обликоване да се могло закључити о њиховом иностраном пореклу, тако снажно утицао на промет, у смислу изазивања погрешне представе о пореклу, да ће у будућности и само коришћење наведених речи, без других додатака, већ бити довољно да изазове утисак да је опет реч о роби која је страног порекла.[28]

2. Недистинктивност стране речи као основ за ускраћивање регистрације

Стране речи морају бити дистинктивне да би се могле заштитити као жигови. У том погледу оне имају исти статус као и домаће речи. То значи да и стране и домаће речи морају бити подесне да индивидуализују робу у вези са њеним пореклом из неког одређеног извора.

У вези с дистинктивношћу стране речи се, ипак, не могу у потпуности изједначити с домаћим. Наиме, домаће речи су познате у промету, док је значење страних речи у огромном броју случајева непознато домаћој публици. Подобност за заштиту се, према томе, може различито оценити за страни и адекватни домаћи израз. Могућност признавања заштите је утолико већа уколико је у питању реч из језика који је мање познат у домаћој земљи и уколико се ређе употребљавају речи тог језика. Дакле, начелно се може рећи да је могућност за стицање заштите увек већа, ако су у питању стране речи.

Страни језици су, по природи ствари, у различитој мери познати у домаћој земљи. У том погледу се у Немачкој пракси прави разлика између светских трговачких језика и других језика. Светски трговачки језици су: енглески, француски, шпански, италијански и португалски.[29] Када су у питању речи светских језика у делу праксе се сматра да се речи из тих језика морају третирати на исти начин као и домаће речи. Другим речима, страни изрази се у потпуности изједначавају с одговарајућим домаћим. На пример, за регистрацију је била пријављена португалска реч AMORA.[30] Немачки Патентни уред је одбио регистрацију и с образложењем да је португалски светски језик, те да реч, с обзиром на значење није дистинктивна за производе за које је пријављена. Супротно становиште имао је BPatG, који је дозволио регистрацију. Истакао је да је реч у довољној мери фантастичног

28 BGH, одлука од 12.7.1963., GRUR 11/1963, стр. 593.
29 Miosga, исто, стр. 59.
30 BPatG, одлука од 10.11.1971., BPatGE 13, стр. 129.

карактера и да може да укаже на порекло робе из неког предузећа. Од одлучујућег значаја је чињеница да је португалски језик, иако припада групи светских језика, готово непознат у Немачкој. Претежни делови предмета, с изузетком малобројних који су учили португалски, не познају значење ове речи у домаћем преводу. Међутим, и делови промета који познају португалски и значење пријављене речи сматраће је довољно дистинктивном, јер није описујући податак у вези с производима за које је пријављена. Зато ће и они пријављену реч пре схватити као изведену из иначе познате речи амор или аморе, а не као име одређеног воћа.

У једном другом случају је одлучивано о регистрацији речи Bambino за означавање чаша, тацни, флаша итд. Регистрација је ускраћена с образложењем да су посуде тако обликоване и обојене да су посебно прикладне за децу. По свом мисаоном садржају пријављена реч је навод о сврси робе, о њеној намени. Изражајна форма овог мисаоног садржаја није домаћа него једна страна реч. Речи страних језика се, пак, у погледу регистрације изједначавају с домаћим еквивалентом када их знатни делови промета аутоматски схватају као описујуће речи у вези с производима за које су пријављене. На основу анализе чињеничног стања, суд је дошао до закључка да барем значајан део домаћег становништва познаје превод ове италијанске речи и да је зато аутоматски схвата као описујућу ознаку.[31]

Речи мртвих језика се у највећем броју случајева сматрају као фантастичне речи. Изузетак су грчке и латинске речи, које су преузете у домаћи језик, као и оне које припадају научном или стручном језику неке одређене бранше. То се посебно односи на фармацеутске производе, када су из регистрације искључене многе латинске или грчке речи. На пример, за регистрацију је била пријављена конструкција Neos-Balsam.[32] У првој инстанци регистрација је ускраћена с образложењем да знак није дистинктиван. Наиме, она се састоји из делова Neos i Balsam. Неос је грчка реч која значи нов и као таква се употребљава у медицинској терминологији. Другостепена инстанца је била супротног мишљења. По њој знак не би био подесан за регистрацију када би се део Neos схватио као уобичајена и коришћена ознака за нов. Таква оцена може бити тачна када је у питању реч нео, која се употребљава у великом броју стручних сложеница у значењу нов, а у том смислу се и разуме у промету. Таква оцена, пак, не стоји када је у питању реч неос. Чињеница да реч neos потиче из старогрчког језика сама по себи није довољна за ускраћивање регистрације. Свака реч грчког или латинског се не може приписати стручном језику медицине или фармације, иако је тачно да су стручни изрази на овим подручјима нашироко преузети из грчког или латинског. Дакле, коришћење речи неос је већ само по себи довољно неуобичајено. То исто важи и у појачаној мери за употребу ове речи у вези са ознаком лека, која припада свакидашњем говору у домаћој земљи. Таква неуобичајена комбинација искључиће могућност да се у њеном оквиру неос схвати само као стручна ознака за нов и то како у круговима

31 BPatG, одлука од 21.1.1964, BPatGE 5, стр. 41.
32 Beschwerdesenat, одлука од 3.2.1955., Mitt.4/1955, стр. 18.

финалних потрошача, тако и у стручним круговима. Према томе, речи латинског и старогрчког језика нису подесне за обележавање лекова по правилу само онда када су те речи као стручни термини медицинског и фармацеутског језика у употреби.[33]

За оцену дистинктивности меродавно је схватање домаћих учесника у промету. То значи да у домаћој земљи реч може бити дистинктивна, иако то својство нема, по оцени публике, у земљи у којој се говори тај страни језик. На пример, за регистрацију је била пријављена конструкција Ladyline и то за обележавање одевних предмета, материја за ткање и штрикање итд. Британски патентни уред је на тражење немачких органа саопштио да ову конструкцију не би регистровао, јер је сматра описујућом у односу на производе за које је пријављена. BPatG је прихватио могућност да енглески прометни кругови аутоматски, без посебних размишљања, схвате ову реч, њен појмовни садржај. Међутим, при оцени њене подобности за регистрацију у Немачкој не може се поћи од схватања енглеског промета и оно аутоматски пренети на немачке прилике. За немачке учеснике у промету ова је реч дистинктивна. Наиме, конструкција Ledyline не садржи ни један непосредно препознатљив садржај, који би на учеснике у промету деловао као описујућа ознака. Прометни кругови који не познају енглески сматраће да је конструкција фантастичног карактера, изведена из појма Ledy. Они делови промета који, пак, познају енглески у пријављеној речи ће тек после појмовне анализе саставних делова и на темељу мисаоних операција утврдити значење и смисао "дамска линија", као нешто је супротно младалачком и спортском стилу одевних предмета. Ови кругови ће, дакле, тек посредно доћи до закључка да је у питању одређена модна линија производа. Они нису у стању да конструкцију непосредно протумаче и схвате као описујућу ознаку.[34]

У овој одлуци суд је још истакао и то да ће кругови који познају енглески ову реч сматрати као фантастичну и зато што није образована тачно по правилима енглеског језика. Поред тога, реч line у енглеском језику се још употребљава у смислу модног стила. За то се користе друге речи, као style, dresses итд.[35]

Околност да је реч образована противно правилима матичног страног језика је у низу судских одлука узимана као основа на којој се заснива једна дистинктивност у домаћој земљи у којој се тражи заштита. На пример, за регистрацију је била пријављена реч Strechever.[36]. Она се састоји из две енглеске речи: Strech и ever. Прва значи растегљив, друга увек. У вези с производима, за чије је обележавање конструкција била пријављена, прва инстанца је била мишљења да је у питању навод о својствима. Међутим, BPatG је сматрао да је реч дистинктивна. Наиме, прометни кругови који не

33 Исто, стр. 18.
34 BPatG, одлука од 14.1.1964., BPatGE 5, стр. 48.
35 Исто, стр. 49.
36 BpatG, одлука од 29.3.1966, BpatGE 8, стр. 80.

познају енглески сматраће да је у питању фантастична реч. Лица која познају енглески ће можда бити у стању да распознају саставне делове који су по себи описујућег карактера. Но, упркос тога, они ће пријављену конструкцију сматрати као фантастичну, јер ће уочити да је она образована противно правилима језика. Утисак да је у питању фантастична реч биће појачан и тиме да се она, по правилима поделе на слогове, у немачком дели на два дела у облику Stret i chever, а не у облику Stretch i ever

Ова пракса је доведена у питање у једној каснијој одлуци BPatG. У питању је била регистрација конструкције MISTAKE OUT за обележавање коректних течности у при машинском и ручном писању и за цртеже.[37] Прва инстанца је ускратила заштиту, јер је сматрала да у преводу конструкција значи "грешке напоље". Она је описујућег карактера и односи се на намену производа. Такво значење је аутоматски препознатљиво у немачким прометним круговима, који познају енглески. У жалби је пријавилац истакао да прва инстанца није у довољној мери узела у обзир околност да таква реч не постоји у енглеском и да је образована противно језичким правилима. BPatG је потврдио првостепену одлуку. Истакао је да функцију обележавања не могу остварити знаци које промет схвата као описујуће и то у вези с особинама робе или њеном врстом или у вези с њеном наменом и циљем примене. То важи и онда када изрази не одговарају онима који се опште и уобичајено употребљавају. Та неподударност је данас уобичајена у модерном језику рекламе. Овај језик у све већој мери бира нове конструкције за наводе којима се једино описује роба. На тај начин се он удаљава од књижевног језика, чиме се брише разлика између оних конструкција које су језички неуобичајене и оних које су још увек језички уобичајене. Тај процес се одиграва у свести широке публике према којој је реклама свакодневно усмерена. Из тог разлога се аргумент, који је у ранијој пракси био често одлучујући за признавање дистинктивности, а састојао се у томе да је конструкција образована на неуобичајен начин, не може више посматрати као аргумент с таквом одлучујућом снагом. Напротив, када су у питању такве конструкције за оцену њихове дистинктивности је једино одлучујуће то да ли се она, без обзира на неуобичајени начин образовања, ипак, не схвата као описујући податак и да ли не делује на такав начин. Тај став важи и када су у питању стране речи. По оцени суда, не може се придати никакав значај чињеници да су оне образоване противно језичким правилима, када је у питању њихова дистинктивност. Наиме, пошто је у питању страни језик не може се очекивати, чак и за случај ширег познавања тог језика, да ће прометни кругови бити у ситуацији да одреде да ли је реч образована противно правилима језика или у складу са њима.[38] Напротив, одлучујуће је то да ли се реч у домаћој публици схвата у смислу описујућег податка.

Дистинктивност стране речи се цени само у вези с конкретном робом за коју се пријављује. У том погледу важи потпуно исто правило које се примењује и на домаће речи. Чињеница да је значење страних речи познато

37 BPatG, одлука од 4.6.1975., Mitt. 3/1976, стр. 56. 6
38 Исто, стр. 57.

домаћој публици не може имати за последицу аутоматско негирање дистинктивности, без обзира на врсту робе за коју се реч пријављује. У овом контексту могу бити од интереса две одлуке. У њима је решавано о регистрацији речи Merci[39] и Surprise[40] за обележавање животних намирница.

У првом случају Уред је ускратио регистрацију, с образложењем да реч Merci није дистинктивна. На исти начин је поступио и у другом случају. Међутим, BPatG је у првом случају дозволио регистрацију, а у другом, такође, ускратио. У образложењу прве одлуке је истакао да реч Merci значи у француском хвала. Употребљава се као израз учтивости. Из тог разлога делује изненађујуће на просечног купца када ову страну реч, као форму учтивости, нађе на роби или њеном паковању. Речи се неможе оспорити извесна особеност која је чини подесном да укаже на порекло робе. Ова реч не стоји ни у каквој вези с производима за које је пријављена, не служи за означавање њихових особина или начина примене. У образложењу друге одлуке BPatG истиче да је реч surprise енглеска и француска, а значи изненађење. Она је уобичајеног карактера и често коришћена. Међутим, она се не користи само за означавање одређеног емотивног стања, него и у предметном смислу, с циљем да опише производ који нуди посебну корист или добит. У оба језика се реч употребљава као указивање на посебна својства и деловање неког предмета. На основу тога, њена регистрација је искључена.

3. Потреба да реч остане слободна у промету као основ за ускраћивање регистрације

Потреба да реч, у ширем смислу ознака, остане слободна у промету је следећи основ за ускраћивање регистрације. Интензитет и домашај овог основа за ускраћивање регистрације је био различит у појединим периодима. У односу на стране речи он представља конкретизацију основних, генералних идеја које су у судској пракси дошле до изражаја у вези с моментом и местом на којем се у поступку регистрације и остваривања заштите узима уопште у обзир потреба да ознака остане слободна у промету. Према томе, у мери у којој је ова потреба више уважавана у самој регистрацији, била је ограничена и редукована могућност регистрације страних речи.

Примена наведеног основа за ускраћивање регистрације стоји и у блиској вези с могућношћу регистрације географских имена као жигова. Наиме, у судској пракси је регистровање географских имена у највећој мери било везано са страним географским именима. Другим речима, ту се у специфичној мери постављало питање регистрације страних речи које имају географско значење, у смислу означавања имена места, крајева или земаља. Разлика се састојала у томе, како је већ речено, шта су речи којима се

39 BPatG, одлука од 26.11.1964., BpatGE 6, стр. 227.
40 BPatG, одлука од 30.11.1964., BPatGE 6, стр.229.

означавају имена места, предела или земаља директно указивала на порекло производа из неког локалитета, док стране речи, без географског значења, само посредно указују на порекло робе из неке земље у којој се говори дотични језик.

Потреба да ознака остане слободна у промету може се утврђивати тек онда када је потврђена дистинктивност. Значи, страна реч мора бити дистинктивна, по критеријумима који су већ изложени, да би се уопште поставило питање њеног остајања у слободној употреби. Страна географска имена и стране речи су дистинктивне онда када се могу квалификовати као фантастичне речи, чије значење промет у значајном свом делу не разуме. Право значење речи постаје видљиво тек у поступку регистрације. Тек онда се долази до закључка да страна реч у матичном језику има неко одређено значење или да је у питању неко географско име, које се односи на крај, место или предео. На пример, значајан део промета речи Нола и Лона схвата без икаквог конкретног садржаја. У поступку регистрације се онда утврђује да је Нола име италијанског града, а Лона шпанска реч која значи језгро. При утврђивању да ли географско име мора остати у слободној употреби, полази се првенствено од интереса произвођача и трговаца с дотичног географског подручја да своје производе обележавају том ознаком. Њима нико у промету не може одузети право да у промету укажу на место производње сопствених производа. Када је, пак, у питању потреба да страна реч, без географског значења, остане слободна у промету, тада је одлучујући интерес увозно-извозних кругова за несметаним коришћењем ознаке којом се указује на својство робе, њену намену, циљ примене итд. Већ је истакнуто да интензивни процеси привредног повезивања у међународним оквирима чине неопходним да се на својства робе укаже и коришћењем страних речи.

Генерално се може рећи да се потреби да ознака остане слободна у промету придаје све мањи значај у поступку регистрације и када су у питању стране речи, које немају географско значење.

Потреба да ознака остане слободна у промету нарочито је потенцирана у одлуци ван Linnen Primeur. [41] Ова конструкција је била пријављена за обележавање тканина, везених и штриканих одвених предмета. Уред је дозволио регистрацију, а BPatG ускратио. Суд је истакао да облик van Linnen у холандском значи "од лана", "из лана", те је навод о материјалу који је примењен за израду тканина. Узимајући у обзир жив промет с Холандијом у вези с робом чије се обележевање тражи, постоји потреба прометних кругова, који учествују у трговини текстилом с Холандијом, да несметано увозе робу која је означена с van Linnen. Поред тога, постоји и потреба ових кругова да своју робу могу да обележе овом ознаком или да је користе на етикетама на више језика, које се користе у зависности од подручја на које се роба извози. Суд је још установио да реч Primeur потиче из француског и да значи навод о новости, те да постоји потреба да остане слободна у пословима извоза и увоза, као описујућег карактера.

---

41 BPatG, одлука од 30.11. 1983., GRUR 6/1984, стр. 445.

Суд није усвојио аргументацију Уреда, по којој сложени знак, састављен из више делова, је само онда неопходан за слободно коришћење, када су речи у својој укупној комбинацији неопходне за слободно коришћење. Сматрао је да се забрана регистрације не односи само на појединачне речи, које су на било који начин описујућег карактера, него и на конструкције које се састоје из више описујућих делова. Спој више описујућих речи неопходан је у промету, без обзира на то да ли све речи припадају једном језику или различитим језицима. Одлучујуће је да ли појединачне речи, свака за себе, представљају описујуће знаке, без обзира којем језику припадају.[42]

Суд је на крају закључио да се потреба да ознака остане слободна у промету може односити и на наводе којима се описује роба, а који припадају страном језику. То важи и онда када су у питању комбинације речи, које су описујућег карактера, а потичу из различитих страних језика, када се не утапају у неки општи појам подобан за заштиту, чије значење превазилази оно нестало простим ређањем описујућих навода.[43]

Исти суд је неколико година касније променио своју праксу.[44] Решавано је о случају који је у основи био исти као и van Linnen. Интересантно је да је сада Уред ускратио регистрацију, примењујући начела која су изнета у одлуци van Linnen. Уред је, наиме, сматрао да се пријављени знак Fleur charme не може регистровати за парфимеријске производе. Fleur значи цвеће и указује на материју која се примењује у изради козметичких производа. Charme је реч која на подручју козметике има описујући карактер. Овом конструкцијом није створен скупни појам који је подобан за заштиту.

Суд је усвојио констатацију Уреда да обе саставне речи имају дескриптивно значење и да за њих постоји потреба да остану у слободном коришћењу. Међутим, не постоје ни најудаљенији наговештаји да пријављена комбинација у козметичкој бранши делује описујуће. Она није уобичајена, а формирана је и противно правилима француског језика. Оваквој констатацији се не супротставља околност да је према једном врло општем правилу досадашње судске праксе, као неподесан за регистрацију, сматран знак који се састоји из комбинације делова неподесних за заштиту, када саставни делови у својој комбинацији не производе фантастични укупни утисак, који превазилази просто ређање описујућих навода. Колико је могуће сагледати, објављене одлуке не садрже ни један објективни критеријум за разграничавање између простог ређања навода за које постоји потреба да остану слободни у промету и настојања фантастичног општег утиска, који превазилази просто ређање. Дакле, регистрацији пријављеног знака више се не супротставља ни одлука van Linnen, јер се она сасвим јасно заснива на превазиђеној улози, која је у једном тренутку придавана потреби да ознака остане слободна у промету и то већ у поступку регистрације. Суштински основ у образложењу одлуке van Linnen је бојазан да титулар таквог жига може да затражи заштиту и за поједине делове жига, који су,

42 Исто, стр.446.
43 Исто, стр. 446.
44 BPatG, одлука од 7.2.1992., GRUR 9/1992, стр. 607.

Суд није усвојио аргументацију Уреда, по којој сложени знак, састављен из више делова, је само онда неопходан за слободно коришћење, када су речи у својој укупној комбинацији неопходне за слободно коришћење. Сматрао је да се забрана регистрације не односи само на појединачне речи, које су на било који начин описујућег карактера, него и на конструкције које се састоје из више описујућих делова. Спој више описујућих речи неопходан је у промету, без обзира на то да ли све речи припадају једном језику или различитим језицима. Одлучујуће је да ли појединачне речи, свака за себе, представљају описујуће знаке, без обзира којем језику припадају.[42]

Суд је на крају закључио да се потреба да ознака остане слободна у промету може односити и на наводе којима се описује роба, а који припадају страном језику. То важи и онда када су у питању комбинације речи, које су описујућег карактера, а потичу из различитих страних језика, када се не утапају у неки општи појам подобан за заштиту, чије значење превазилази оно нестало простим ређањем описујућих навода.[43]

Исти суд је неколико година касније променио своју праксу.[44] Решавано је о случају који је у основи био исти као и van Linnen. Интересантно је да је сада Уред ускратио регистрацију, примењујући начела која су изнета у одлуци van Linnen. Уред је, наиме, сматрао да се пријављени знак Fleur charme не може регистровати за парфимеријске производе. Fleur значи цвеће и указује на материју која се примењује у изради козметичких производа. Charme је реч која на подручју козметике има описујући карактер. Овом конструкцијом није створен скупни појам који је подобан за заштиту.

Суд је усвојио констатацију Уреда да обе саставне речи имају дескриптивно значење и да за њих постоји потреба да остану у слободном коришћењу. Међутим, не постоје ни најудаљенији наговештаји да пријављена комбинација у козметичкој бранши делује описујуће. Она није уобичајена, а формирана је и противно правилима француског језика. Оваквој констатацији се не супротставља околност да је према једном врло општем правилу досадашње судске праксе, као неподесан за регистрацију, сматран знак који се састоји из комбинације делова неподесних за заштиту, када саставни делови у својој комбинацији не производе фантастични укупни утисак, који превазилази просто ређање описујућих навода. Колико је могуће сагледати, објављене одлуке не садрже ни један објективни критеријум за разграничавање између простог ређања навода за које постоји потреба да остану слободни у промету и настојања фантастичног општег утиска, који превазилази просто ређање. Дакле, регистрацији пријављеног знака више се не супротставља ни одлука van Linnen, јер се она сасвим јасно заснива на превазиђеној улози, која је у једном тренутку придавана потреби да ознака остане слободна у промету и то већ у поступку регистрације. Суштински основ у образложењу одлуке van Linnen је бојазан да титулар таквог жига може да затражи заштиту и за поједине делове жига, који су,

42 Исто, стр.446.
43 Исто, стр. 446.
44 BPatG, одлука од 7.2.1992., GRUR 9/1992, стр. 607.

Суд није усвојио аргументацију Уреда, по којој сложени знак, састављен из више делова, је само онда неопходан за слободно коришћење, када су речи у својој укупној комбинацији неопходне за слободно коришћење. Сматрао је да се забрана регистрације не односи само на појединачне речи, које су на било који начин описујућег карактера, него и на конструкције које се састоје из више описујућих делова. Спој више описујућих речи неопходан је у промету, без обзира на то да ли све речи припадају једном језику или различитим језицима. Одлучујуће је да ли појединачне речи, свака за себе, представљају описујуће знаке, без обзира којем језику припадају.[42]

Суд је на крају закључио да се потреба да ознака остане слободна у промету може односити и на наводе којима се описује роба, а који припадају страном језику. То важи и онда када су у питању комбинације речи, које су описујућег карактера, а потичу из различитих страних језика, када се не утапају у неки општи појам подобан за заштиту, чије значење превазилази оно нестало простим ређањем описујућих навода.[43]

Исти суд је неколико година касније променио своју праксу.[44] Решавано је о случају који је у основи био исти као и van Linnen. Интересантно је да је сада Уред ускратио регистрацију, примењујући начела која су изнета у одлуци van Linnen. Уред је, наиме, сматрао да се пријављени знак Fleur charme не може регистровати за парфимеријске производе. Fleur значи цвеће и указује на материју која се примењује у изради козметичких производа. Charme је реч која на подручју козметике има описујући карактер. Овом конструкцијом није створен скупни појам који је подобан за заштиту.

Суд је усвојио констатацију Уреда да обе саставне речи имају дескриптивно значење и да за њих постоји потреба да остану у слободном коришћењу. Међутим, не постоје ни најудаљенији наговештаји да пријављена комбинација у козметичкој бранши делује описујуће. Она није уобичајена, а формирана је и противно правилима француског језика. Оваквој констатацији се не супроставља околност да је према једном врло општем правилу досадашње судске праксе, као неподесан за регистрацију, сматран знак који се састоји из комбинације делова неподесних за заштиту, када саставни делови у својој комбинацији не производе фантастични укупни утисак, који превазилази просто ређање описујућих навода. Колико је могуће сагледати, објављене одлуке не садрже ни један објективни критеријум за разграничавање између простог ређања навода за које постоји потреба да остану слободни у промету и настојања фантастичног општег утиска, који превазилази просто ређање. Дакле, регистрацији пријављеног знака више се не супроставља ни одлука van Linnen, јер се она сасвим јасно заснива на превазиђеној улози, која је у једном тренутку придавана потреби да ознака остане слободна у промету и то већ у поступку регистрације. Суштински основ у образложењу одлуке van Linnen је бојазан да титулар таквог жига може да затражи заштиту и за поједине делове жига, који су,

42 Исто, стр.446.
43 Исто, стр. 446.
44 BPatG, одлука од 7.2.1992., GRUR 9/1992, стр. 607.

иначе, неподесни да буду самостално заштићени. Таква бојазан је превазиђена развојем судске праксе и више није актуелна.

Рестриктивни прилаз у вези с утврђивањем потребе да реч остане слободна у промету и по том основу искључена из регистрације изражен је и у низу других одлука. Тенденција је, дакле, да се по овом основу што мањи број страних речи искључи из регистрације. Другим речима, тежња је да се може регистровати што већи број страних речи. На пример, била је пријављена за регистрацију реч Vamos.[45] Установљено је да је у питању шпанска реч која значи императивну форму глагола ићи и то у смислу "идемо", "напред". Реч је била пријављена за обележавање сировог дувана и дуванских производа. BPatG је ускратио регистрацију, сматрајући да је у питању реч за коју постоји потреба да остане слободна у промету. Но, BGH је вратио на поновно разматрање. Истакао је да се регистрација мора ускратити и онда када постоји потреба конкурената пријавиоца да ознаку слободно користе. Ова потреба се разликује од потребе заједнице за несметаним коришћењем описујућих ознака. BPatG је установио потребу конкурената за таквим коришћењем. По становишту BGH то није учињено на довољно аргументован начин. Наиме, BPatG је узео у обзир будућу потребу да ознака остане слободна, полазећи од сопствене процене будућег развоја. Сама теоретска могућност за овај развој није, пак, довољна. Неоходно је утврдити чињенице које пружају конкретан ослонац за прогнозирани развој, при чему се озбиљно морају размотрити и околности које говоре против потребе да ознака остане слободна. До сада није установљено у којој мери на дотичном сектору робе стварно долази у обзир примена шпанског језика. Недостају и констатације у којој мери се пријављени производи увозе из Шпаније или земаља шпанског говорног подручја и у којој мери се извозе у те земље. Оцена да је енглески језик у знатној мери искоришћен као омиљени језик за формирање жигова, те да се пријавиоци све чешће одлучују да се користе речима из других језика EU нема довољну чињеничну подлогу.

У овом контексту је врло значајна одлука RIGIDITE, коју је донео BGH. [46] Ту је за регистрацију била пријављена реч RIGIDITE за обележавање вишеслојних материјала из појачаних пластичних маса у различитим матрицама, за даљу примену у индустрији. Уред је одбио регистрацију, сматрајући да је у питању описујућа ознака. Наиме, ригидите је француска реч и у преводу значи тврдоћа, несавитљивост. Ови појмови су у односу на пријављену робу директно описујући и потребни су у промету у вези са пословима увоза и извоза.

Ову одлуку потврдио је BPatG. Међутим, BGH је имао другојачије мишљење. Довео је у сумњу тврдњу да постоји потреба да ознака остане слободна у промету, иако је у питању реч из француског језика, који је светски језик. Он је истакао да се начелно може признати потреба конкурената да неометано користе описујућу ознаку и из страног језика у

45 BGH, одлука од 28.11.1991., GRUR 8/1992, стр. 515.
46 BGH, одлука од 9.12.1993., GRUR 5/1994, стр. 366-369.

иначе, неподесни да буду самостално заштићени. Таква бојазан је превазиђена развојем судске праксе и више није актуелна.

Рестриктивни прилаз у вези с утврђивањем потребе да реч остане слободна у промету и по том основу искључена из регистрације изражен је и у низу других одлука. Тенденција је, дакле, да се по овом основу што мањи број страних речи искључи из регистрације. Другим речима, тежња је да се може регистровати што већи број страних речи. На пример, била је пријављена за регистрацију реч Vamos.[45] Установљено је да је у питању шпанска реч која значи императивну форму глагола ићи и то у смислу "идемо", "напред". Реч је била пријављена за обележавање сировог дувана и дуванских производа. BPatG је ускратио регистрацију, сматрајући да је у питању реч за коју постоји потреба да остане слободна у промету. Но, BGH је вратио на поновно разматрање. Истакао је да се регистрација мора ускратити и онда када постоји потреба конкурената пријавиоца да ознаку слободно користе. Ова потреба се разликује од потребе заједнице за несметаним коришћењем описујућих ознака. BPatG је установио потребу конкурената за таквим коришћењем. По становишту BGH то није учињено на довољно аргументован начин. Наиме, BPatG је узео у обзир будућу потребу да ознака остане слободна, полазећи од сопствене процене будућег развоја. Сама теоретска могућност за овај развој није, пак, довољна. Неоходно је утврдити чињенице које пружају конкретан ослонац за прогнозирани развој, при чему се озбиљно морају размотрити и околности које говоре против потребе да ознака остане слободна. До сада није установљено у којој мери на дотичном сектору робе стварно долази у обзир примена шпанског језика. Недостају и констатације у којој мери се пријављени производи увозе из Шпаније или земаља шпанског говорног подручја и у којој мери се извозе у те земље. Оцена да је енглески језик у знатној мери искоришћен као омиљени језик за формирање жигова, те да се пријавиоци све чешће одлучују да се користе речима из других језика EU нема довољну чињеничну подлогу.

У овом контексту је врло значајна одлука RIGIDITE, коју је донео BGH. [46] Ту је за регистрацију била пријављена реч RIGIDITE за обележавање вишеслојних материјала из појачаних пластичних маса у различитим матрицама, за даљу примену у индустрији. Уред је одбио регистрацију, сматрајући да је у питању описујућа ознака. Наиме, ригидите је француска реч и у преводу значи тврдоћа, несавитљивост. Ови појмови су у односу на пријављену робу директно описујући и потребни су у промету у вези са пословима увоза и извоза.

Ову одлуку потврдио је BPatG. Међутим, BGH је имао другојачије мишљење. Довео је у сумњу тврдњу да постоји потреба да ознака остане слободна у промету, иако је у питању реч из француског језика, који је светски језик. Он је истакао да се начелно може признати потреба конкурената да неометано користе описујућу ознаку и из страног језика у

45 BGH, одлука од 28.11.1991., GRUR 8/1992, стр. 515.
46 BGH, одлука од 9.12.1993., GRUR 5/1994, стр. 366-369.

пословима увоза и извоза, као и у пословима домаћег промета. Међутим, претходна инстанца није у довољној мери узела у обзир особитост потребе да ознака остане слободна, каква постоји у конкретном случају. Та особитост захтева посебна мерила за утврђивање њиховог фактичког постојања и правне релевантности. У конкретном случају је, наиме, потреба да ознака остане у слободном коришћењу квантитативно мања, него када је у питању неки домаћи појам, истог значења,који је опште разумљив. Јер, неведена реч је у промету нашироко неподесна да опише својства робе, с обзиром да њено еквивалентно домаће значење није познато у унутрашњем промету. Она није генерално неопходна у промету робе, него само у ограниченом обиму, када је у питању њен увоз или звоз. Када је у питању неки домаћи, опште разумљив појам, полазећи од масовности његове употребе, може се претпоставити да се он стварно и користи и да за тиме постоји потреба и онда када недостају конкретни докази за такву примену у директној вези с пријављеним производима. Напротив, када је у питању неки страни појам, с изложеним особинама, морају се захтевати јасни докази да појам није само по свом општем значењу подесан да опише робу, него и да се фактички користи у ту сврху, или да постоји потреба за таквим коришћењем. Неопходно је и то да је реч о коришћењу којим се врећа регистровани жиг. Такве доказе је претходна инстанца нашла једино у околности да се немачки еквивалент речи користи самостално у једном стручном реферату, а француска реч се самостално користи у патентним списима на том подручју производње. Међутим, по мишљењу BGH то није довољно да се утврди потреба да ознака остане слободна. Тиме се само доказује потреба да се појам употреби у циљу описивања робе у неком текстуалном контексту. Не постоји никакав основ за тврдњу да се реч мора применити оптички истакнута у циљу описивања робе. Само таква примена може, пак, побудити утисак да је њен циљ означавање порекла робе, а не описивање њених својстава. Реч је неубичајена и без одговарајућег текстуалног оквира нема одређени смисао, те се не може тврдити да ће се управо она оптички потенцирати у склопу у којем се употребљава. Но, и када се реч истиче у ширем текстуалном контексту, њен корисник се може позивати на то да се појам употребе у функцији жига тумачи рестриктивно, с обзиром да је реч о жигу који се наслања на описујућу ознаку или је из ње изведен. У овом случају је, дакле, по оцени BGH , у питању то да ли је мали интерес неког врло ограниченог дела промета за врло суженом применом речи у правном смислу вредан заштите.

У једном другом случају BGH је негирао потребу да ознака остане слободна, полазећи од тога да пријављена реч има многобројна значења.[47] Тада се не може говорити о томе да је у питању описујућа ознака одређене садржине. Зато се не може говорити ни о потреби заједнице, ни о потреби конкурената да она остане слободна. Када су у питању речи с овим својством, не може се установити ни будућа потреба за њиховим слободним коришћењем. Наиме, прометни кругови су заинтересовани за јасно и

47 BGH, одлука од 8.12.1994., GRUR 4/1995, стр. 269-270.

Др Бранко Мораит
проф. Правног факултета у Бања Луци

ПРАВА ИЗБЈЕГЛИЦА И РАСЕЉЕНИХ ЛИЦА ПРЕМА ДЕЈТОНСКОМ СПОРАЗУМУ И ПАРИШКОМ МИРОВНОМ УГОВОРУ

кључне речи: *права избеглица и расељених лица; мировни уговор*

УДК: 325.254

"Живимо у свету у којем се догађаји фатално удаљавају од наших представа. У веку којег је, по једном апокрифном предању, Бог завештао сатани, овај разлаз догађаја и представа постаје све критичнији Свет данас даје повода само за бол, па будистичка афектација пред јадима и патњама егзистенције, садржана у максими да је бол једина стварност овога света, као да облачи рухо логике."[1]

Можда се само са пјесничком логиком може објаснити сва величина и тежина положаја невиних жртава рата за ријешавање националних питања на просторима бивше Југославије. Избјеглице се, у медијском жаргону означавају као они који су "протјерани са својих вјековних огњишта."Ријеч је о људима и породицама које су под дејством операција зараћених страна насилно протјеране од својих домова, радних мјеста, ливада, шума, ријека и потока свог детињства, из породичног и пријатељског окружења, из свог идентитета. Остали су, ни криви ни дужни, "без ичега"! И све те страхоте су доживјели само због тога што, по свом етничком поријеклу, припадају "непријатељској страни". Ако посматрамо овај проблем са српске стране, онда се морамо подсјетити свих стереотипа који су у оптицају у овдашњој јавности и медијима. Тако се, на пр.: каже да се за све силе тзв. "новог свјетског поретка", "пакао, то су Срби".[2]

Срби су се одупрли новом свјетском поретку јер, предвођени својим националним лидерима, нису хтјели да се асимилују у, од новог свјетског поретка створеним, сецесионистичким, ултранационалистичким и националшовинистичким, антисрпским државицама на простору бивше Југославије. Српска нација је несумњиви резултат заједничке државе

1 Алек Вукадиновић: " Реч на додели -Змајеве награде-, "Политика", субота 17. фебруар 1996.г.,стр.19.
2 Парафраза Јонеска.

односно заједничког живота, као и свака друга национална заједница на свијету. Цијепање српске нације у више држава схваћено је као насилан и неприродан чин. Поготово што се у новоствореним државама дијеловима српске нације ни на нормативном плану нису од почетка југославенске кризе признавала људска и национална права нити има изгледа да ће се то у догледно вријеме догодити. Припадницима српске нације се намјенио положај непријатељске нације. А то се све дешава на просторима бивших југословенских република, у којима су са другим јужнословенским нацијама били везани идеолошком флоскулом "братство-јединство", за коју афористичар каже да је била "крвава бајка". Исти језик, иста религија и култура, обичаји и морална схватања су несумњиво национална обиљежја. Отуда је отпор националном цијепању, фрагментацији и асмилацији био жесток. Први посткомунистички, вишепартијски избори у ствари су се показали као национално изјашњавање. Они су схваћени као инструмент националне слободе и слободе националног изјашњавања. Основни политички интерес постао је национални интерес. То су искористиле националне странке и повеле су своје нације у правцу рјешења националног питања методама борбе које су знали и хтјели. На једном те истом простору, у Босни и Херцеговини сударили су се три концепције које су искључивале једна другу из свог рјешења националног питања и стварања властите државе у Босни и Херцеговини. Међусобни обрачун босанско-херцеговачких етницитета под вођством националних лидера запалио је највећи национални пожар у Европи од краја II свјетског рата и запријетио стабилности и безбједности Европе а и Свијета у целини. То су схватили лидери новог свјетског поретка. Због тога су учинили све да националне заједнице у БиХ покоре и присиле на наметнуто рјешење. У том правцу су се, према важећим стереотипима, најжешће окомили на српску страну у Б-Х рату. Након насилних метода тражили су да преговарају. Након бомбардовања тражио се потпис на мировни споразум.

Један од мирољубивих инструмената или пријатељских инструмената покоравања јесте Дејтонски споразум или Париски мировни уговор. С овим споразумом нису задовољне све три стране односно њихова лидерства. Јер, Српска национална странка је тражила само свој дио БиХ, Муслимани су тражили цијелу, независну и суверену унитарну БиХ, а хрватска национална странка је тражила цијелу БиХ анектирану од Републике Хрватске. Дејтонским миром нико није остварио своје циљеве. По схватањима која се могу запазити на српској страни Дејтонски споразум има два циља: да демилитаризује српску страну и да је присили да уђе и остане у Унији БиХ. БиХ је међународно призната држава. Од 14. марта 1996.г., до када су ентитети требали амандмански измјенити своје уставе, као Устав БиХ важећи је Дејтонски Устав БиХ прописан у Анексу 4. Дејтонског споразума. Дејтонски споразум је међународни уговор који гарантују силе потписнице, а Дејтонски Устав је наметнути, уставно-правној теорији непознат модел вршења државно-правне конституализације. Поред војне окупације Дејтонски споразум је омогућио и насилну државно правну конституционализацију. Сви ови, од стране међународног, спољњег фактора наметнути акти су јаче правне снаге од домаћег уставно-правног, и државно-

политичког поретка. То је преседан и у међународном праву, али и унутрашњем праву неке државе.

Према члану 2. Устава Републике Српске, који је донијет знатно раније од Дејтонског Устава, записано је: "Територију Републике чине подручја српских етничких цијелина укључујући и подручја на којима је извршен геноцид над српским народом. "Ако бисмо ову одредбу Устава РС схватили као национални програм Српског народа у БиХ, јер га је донијела скупштина у којој су посланици, у готово апсолутној већини чланови СДС-а као водеће националне странке, тада се може рећи да је овај национални програм остао нереализован, а пред потписивање Дејтонског споразума потпуно је погажен. Остварење тог националног програма који је полазио од права српског народа на национално самоопредељење не водећи рачуна о конкретним политичко територијалним или геополитичким тешкоћама као и о правима других, тангентних националних заједница на самопредељење спријечено је војном интервенцијом снага НАТО-пакта. Тада је, у садејству са регуларном Хрватском војском из Републике Хрватске заузето 13 западнокрајишких општина, које су, по етничком саставу, биле настањене већински српским народом. Због тога се иселило преко осамдесет хиљада људи. Дејтонски споразум је општине које су сачињавале Српско Сарајево, тј. његову урбану зону предао властима муслиманско-хрватске федерације. И након тога дошло је до масовног избјегличког егзодуса на преостала подручја Републике Српске. Они који су изазвали тај егзодус требало би да одговарају; и своме народу и међународној заједници. Умјесто тога понуђен је папир као ријешење. Папир се зове: "Анекс VII -Споразум о избјеглицама и расељеним лицима". Било да смо стручњаци, актери-политичари или жртве-избјеглице, тешко да можемо проникнути у овакав слијед догађаја и оваква "правила игре". Све је ово атипично у међународним односима и вјесник је новог свјетског поретка. "Ни разум, ни чула не спасавају од беде овога света, па се онда урања у неко "треће стање" којему не знамо ни имена ни граница."[3] Шта је довело до Дејтонског споразума? Оно исто и они исти који су довели до комадања Југославије. Судбину Југославије као и судбину БиХ одредиле су стране силе које све кроје по аршину својих интереса и наше унутрашње окрутности без разума које им иду на руку.

Ипак, ваља скупити све снаге и покушати се кретати по траси коју је означила "међународна заједница", као једино могући, у датом историјском тренутку, правац кретања. О томе ће бити ријечи у овм нашем покушају тумачења овог политичко-правног документа у његовом нормативном значењу и значају, те о могућностима и перспективама његове евентуалне практичне примјене и спровођења у живот.

Анекс VII који носи наслов "Споразум о избјеглицама и расељеним лицима" покушаћемо обрадити водећи рачуна о питањима која би поводом свога статуса поставиле избјеглице и ресељена лица.

Под тим питањима мислимо да треба обухватити слиједећа:

---

3 Алек Вукадиновић: op. cit.

1. Која су права избјеглица и расељених лица према Дејтонском споразуму?;

2. Ко им та права гарантује да ће их на сигуран и безбједан начин остварити?;

3. какав је поступак остваривања ових права односно коме и на који начин се избјеглице и расељена лица могу обратити ради остварења својих права?;

4. Каква је правна природа тих права?; и,

5. Каква су историјско-упоредна искуства у сличним народним несрећама?

I

Живот и имање је сукус људских и грађанских права цивилизованих људи. Ова добра чине нераскидиво јединство, недељиву цијелину онога што човјек јесте и онога што човијек има. Човијек мора да има барем онај егзистенс-минимум имања да би задовољио своје сновне потребе у природи и друштву.

Живот ако се угаси је ненадокнадив губитак. Остају живи блиски сродници који пате због доживљеног непроцењивог губитка. И њихове боли и патње су непроцењиве, али ипак надокнадиве. Губитак имања је надокнадив губитак у условима постојања правног поретка и правне државе. Међутим, Босна и Херцеговина је формално уједињена, а суштински разграничена према аршинима страних сила и њихових интереса и унутрашњих окрутности без разума. У таквом амбијенту предстоје херојски напори да би се оживотворили Дејтонски прописи.

У члану I Анекса 6 "Споразума о људским правима" као основна права и слободе, утврђена односно реафирмисана Дејтонским споразумом, под редним бројем 1. стоји записано:"право на живот"; под редним бројем 4.: "право на слободу и сигурност лица", под редним бројем 6.: "право на приватан и породичан живот, дом и преписку"; под редним бројем 11.:"право на власништво" и под 13.:"право на слободу кретања и пребивалишта".

У Анексу 7. који носи наслов:"Права избјеглица и расељених лица", односно прецизније речено: "Споразум о избјеглицама и расељеним лицима", из члана 1. који носи наслов:"Права избјеглица и расељених лица", издвајамо следећа права и слободе:

1/1. Право свих избјеглица и расељених лица на слободан и безбједан повратак својим кућама или слободан избор одредишта.

Избјеглицама и расељеним лицима ово право гарантују стране потписнице Париског мировног споразма. Стране потписнице "Споразума о избјеглицама и расељеним лицима" су: Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговина и Република Српска (у даљем тексту:"стране потписнице").

Под избјеглицама се сматрају грађани српске и других националности који су, због пријетње геноцидом, прогона и дискриминације, због вјерске и националне нетрпељивости или политичког убјеђења и оправданог страха на живот, биле принуђене да напусте своја пребивалишта у дијеловима

1. Која су права избјеглица и расељених лица према Дејтонском споразуму?;

2. Ко им та права гарантује да ће их на сигуран и безбједан начин остварити?;

3. какав је поступак остваривања ових права односно коме и на који начин се избјеглице и расељена лица могу обратити ради остварења својих права?;

4. Каква је правна природа тих права?; и,

5. Каква су историјско-упоредна искуства у сличним народним несрећама?

I

Живот и имање је сукус људских и грађанских права цивилизованих људи. Ова добра чине нераскидиво јединство, недељиву цијелину онога што човјек јесте и онога што човијек има. Човијек мора да има барем онај егзистенс-минимум имања да би задовољио своје сновне потребе у природи и друштву.

Живот ако се угаси је ненадокнадив губитак. Остају живи блиски сродници који пате због доживљеног непроцењивог губитка. И њихове боли и патње су непроцењиве, али ипак надокнадиве. Губитак имања је надокнадив губитак у условима постојања правног поретка и правне државе. Међутим, Босна и Херцеговина је формално уједињена, а суштински разграничена према аршинима страних сила и њихових интереса и унутрашњих окрутности без разума. У таквом амбијенту предстоје херојски напори да би се оживотворили Дејтонски прописи.

У члану I Анекса 6 "Споразума о људским правима" као основна права и слободе, утврђена односно реафирмисана Дејтонским споразумом, под редним бројем 1. стоји записано:"право на живот"; под редним бројем 4.: "право на слободу и сигурност лица", под редним бројем 6.: "право на приватан и породичан живот, дом и преписку"; под редним бројем 11.:"право на вјенчање" и под 13.:"право на слободу кретања и пребивалишта".

У Анексу 7. који носи наслов:"Права избјеглица и расељених лица", односно прецизније речено: "Споразум о избјеглицама и расељеним лицима", из члана 1. који носи наслов:"Права избјеглица и расељених лица", издвајамо следећа права и слободе:

1/1. Право свих избјеглица и расељених лица на слободан и безбједан повратак својим кућама или слободан избор одредишта.

Избјеглицама и расељеним лицима ово право гарантују стране потписнице Париског мировног споразма. Стране потписнице "Споразума о избјеглицама и расељеним лицима" су: Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговина и Република Српска (у даљем тексту:"стране потписнице").

Под избјеглицама се сматрају грађани српске и других националности који су, због пријетње геноцидом, прогона и дискриминације, због вјерске и националне нетрпељивости или политичког убјеђења и оправданог страха на живот, биле принуђене да напусте своја пребивалишта у дијеловима

Републике Српске који су припадали муслиманско-хрватској федерацији или у држави чије држављанство и заштиту добијају и избјегли су на територију Републике Српске.

Под расељеним лицем подразумијева се грађанин Републике Српске који је, због ратних дејстава, разорености насеља, близине ватрене линије и оправданог страха, принуђен да напусти своје пребивалиште и привремено се збрине у безбједније мјесто у Републици. Ове двије дефиниције утврђене су у Закону о избеглицама и расељеним лицима (Службени гласник Републике Српске", број 26/25. децембра 1995.г.).[4] У овим дефиницијама помиње се "оправдани страх". Иначе у праву се говори о "основаном" страху као претпоставци за досуђивање накнаде штете. Под "оправданим" се треба сматрати страх изазван опасношћу за живот и имовину своју и својих ближњих од ратних активности зараћених страна. У основи датих дефиниција је разлика између избјеглица и расељених лица. Избјеглице су лица која су на територију Републике Српске избјегла са подручја која су ван граница Републике. Закон о избјеглицама и расељеним лицима под избјеглицама подразумијева она лица српске и других националности која су трајно избјегла на територију Републике. Овакво прописивање није усклађено са Анексом VII Дејтонског споразума који у члану I тачки 1., у првој реченици прописује да: "Све избјеглице и расељена лица имају право да се слободно врате својим кућама". Под расељеним лицима републички Закон о избјеглицама и расељеним лицима, као што смо горе истакли, насилне миграције становништва унутар републичког територија и које су привремене.

Што се тиче права на слободан избор одредишта тачком 4. члана 1. Анекса V Дејтонског споразума прописано је да ће се поштовати права лица или породице на слободан избор одредишта повратника ни да их присиљавају да остану или да се нађу у ситуацији изложености озбиљној опасности или несигурности или да пређу у подручја која немају основне услове за живот, тј. за нормалан живот.

Према водећем правном филозофу данашњице Josephu Razu: "од свега што постоји, само је право сваког појединца на његов сопствени, слободно одабран пут нешто што је добро по себи. Све друго је на овај или онај начин, инструментално, па је то случај и са правима појединаца која су, скупа са либералним установама, оправдана само стога што боље од других средстава служе благостању појединаца."[5]

---

4 Општа или међународна правна дефиниција "избјеглог лица" или "избјеглице" дата је у Конвенцији из 1951.г. која регулише статус избјеглица и гласи: "Избјеглица је особа која се налази изван своје државе порекла због основаног страха од прогона због припадности одређеној раси, религији, националности, припадности некој социјалној групи или због својих политичких убеђења, а која није у могућности да ужива заштиту државе порекла или да се врати у њу". (Према: Дејан Укропина: "Високи комесеријат Уједињених нација за избеглице(UNCHR)", Гласник АКВ, бр. 10/95, стр.394-395).

5 Joseph Raz: „Etnics in the Public Domain, Essays in the Morality of Law and Politics„, Oxford Clarendon, 1994.г.,стр. 374.

1/2. Друго право избјеглица и расељених лица јесте право на повраћај имовине. Под имовином се подразумијева скуп стварних и облигационих права која припадају једном лицу. Поред тога, у имовину улази и заједничка имовина брачних другова (брачна тековина). Према томе, имовину, упрошћено казано, сачињавају све ствари и права која припадају једном лицу. Од ствари имамо у виду непокретне и покретне ствари. Избјеглице и расељена лица нису напустиле своју имовину у правном значењу установе "напуштања имовине". Они су то само фактички урадили, а правне посљедице тога факта нису такве да би се њихова имовина, ма гдје била могла прогласити напуштеном у правном значењу тога израза. За напуштање непокретних ствари битна је изјава воље дата пред надлежним органом без икакве принуде, пријетње или опасности. Према члану 2. тачка 5. тзв. Дејтонског Устава БиХ: "Сва оприједелења или изјаве у вези са власништвом које су дате под принудом су неважеће и ништаве." То значи да ни писмене изјаве о предаји или одрицању од имовине немају правног значаја, јер би се на суду лако доказала њихова ништавност. Тој тези у прилог иде и члан XII тачка 3. Анекса VII у коме се даје упутство Комисији за расељена лица и избјеглице да се као неважеће сматрају илегалне имовинске трансакције, укључујући било који трансфер извршен под принудом, у замјену за дозволу за излазак или документа, или ако је у било којој вези са "етничким чишћењем", што је деминутив од "геноцид".

Повраћај имовине у праву се иначе означава као "натурална реституција" и подразумијева постојање имовине која није уништена.

Касније ћемо говорити више о Комисији за расељена лица и избјеглице која је предвиђена чл. VII до XVI Анекса 7. Дејтонског споразума. Према одредби члана XV Комисија ће донијети правила и прописе у чијој ће припреми и разради узимати у обзир домаће законе о власничким правима. За власничка права и имовинска права од значаја су: Закон о основним својинско-правним односима (Службени лист СФРЈ" бр. 6/80 и 36/90); Закон о облигационим односима ("Службени лист СФРЈ" бр. 29/78, 39/85, 45/89, и 57/89 и "Службени гласник Републике Српске" бр. 17/93); Закон о насељавању ("Службени лист СРБиХ" бр. 22/75, 38/78, 9/79 и 7/80 (пречишћен текст) и Породични закон ("Службени лист СРБиХ" бр. 21/79 и 44/89), те процесни прописи бивше СФРЈ (ЗПП и ЗИП, те Закон о ванпарничном поступку ("Службени лист СРБиХ" број 10/89) који сви представљају важеће нормативне акте у Републици Српској према одредби члана 12. Уставног закона Републике Српске. Овим прописима Дејтонски споразум нема шта да замјери пошто су они у примјени и у другом ентитету, Федерацији Босни и Херцеговини.

Међутим,"стране потписнице" су доносиле многобројне, подзаконске и законске акте којима су привремено уређивали коришћење напуштене имовине. Тако је тзв. Република Босна и Херцеговина донијела Уредбу са законском снагом о привремено напуштеним некретнинама у својини грађана за време ратног стања или у случају непосредне ратне опасности која је објављена у "Службеном листу РБиХ, број 11/10 мај 1993.г. [6] Република Српска је питање смјештаја избјеглица и расељених лица регулисала у више наврата: Уредбом о смјештају избеглица и других лица на територији

Републике Српске ("Службени гласник Републике Српске", број 27/93) и Уредбом о смештају избеглица са законском снагом ("Службени гласник Републике Српске", број 19/95). Обе ове Уредбе укинуте су Законом о коришћењу напуштене имовине ("Службени гласник Републике Српске", број 3/27. фебруар 1996.) Овај пропис је привременог карактера. То произилази из одредбе члана 3. ЗоКНИ, по којој, напуштена имовина привремено прелази на заштиту и управљање Републике Српске. Из те одредбе произилази да се корисницима имовина уступа на привремено коришћење мада се то у ЗоКНИ изричито не прописује. ЗоКНИ говори изричито о "привременом смештају" када регулише уступање на коришћење избеглицама и расељеним лицима тзв. "вишка стамбеног простора", а према члану 17 ЗоКНИ. Овај Закон о коришћењу напуштене имовине морао би бити у складу са Дејтонским споразумом, тј. са чланом XIII Анекса 7. по којем: "Стране, након што обавијесте Комисију у сарадњи са UNHCR-ом и другим међународним и невладиним организацијама које доприносе у помоћи и реконструкцији, могу привремено смјестити избјеглице и расељена лица у незапосједнуту имовину, која је подложна финалном утврђивању власништва од стране Комисије и уз привремене одредбе изнајмљивања које Комисија захтијева. "пошто је ЗоКНи донесен прије него што је Комисија за расељена лица и избјеглице формирана, то он и не узима у обзир ову одредбу Дејтонског споразума у цијелини, већ користи само њен дио по којем је "странама потписницама" дозвољено да привремено смијештају избјеглице и расељена лица у "незапосједнуту имовину". Дејтонски споразум избјегава појам "напуштена" имовина. Ми смо већ упозорили на правну неупотребљивост овога појма у датим условима.[7] Члан 1. ЗоКНИ одређује да се његовим одредбама "уређују услови и начин коришћења напуштене имовине у циљу збрињавања избеглица и расељених лица, као и заштите и очувања те имовине. У члану 2. ЗоКНИ: "Под напуштеном имовином, у смислу овог закона, сматрају се непокретности и покретне ствари које су власници односно носиоци права коришћења напустили, а што се у сваком конкретном случају записнички констатује приликом пописа и устројавања евиденције о напуштеној имовини". Слабост оваквог дефинисања напуштене имовине је у томе што се служи таутологијом: напуштена имовина је она која је напуштена! Према члану 3. Закона о коришћењу напуштене имовине, напуштена имовина прелази привремено на заштиту и управљање Републике Српске, која се остварује путем Министарства за избеглице и расељена лица те Комисије за смештај избеглица и расељених лица као и других републичких и општинских органа.

---

6 Др Миодраг Н. Симовић: "Нека питања правног уређења напуштених станова на територији Републике Српске и бивше Босне и Херцеговине" у Зборнику радова: "Правни режим напуштене имовине у Републици Српској", Бијељина, 1995.г.стр.41.

7 Проф. др Бранко Мораит, доц. др Милорад Живановић: "Правни извори регулисања и појам напуштене имовине" (исти зборник као у фусноти 6), стр. 23-33.

стамбеног простора који није фактички запосједнут, али, што не значи, како смо истакли, да је без власника и док Комисија не верификује власника.

II

До сада смо говорили о основним правима избјеглица и расељених лица. Сада ћемо се осврнути на мјере за изградњу повјерења и стварање услова за повратак избјеглица и расељених лица. У том циљу ћемо се задржати на чл. I, II и III Дејтонског Устава, из Анекса 4. Дејтонског споразума. Наиме, Босна и Херцеговина је држава која је сукцесорка Републике Босне и Херцеговине која је међународно призната као држава, али ће имати унутрашње уређење преобликовано, преуређено према Дејтонском Уставу. БиХ ће бити демократска, правна и парламентарна држава. Сви држављани било којег Ентитета су држављани Босне и Херцегвине. Значи да ће сви држављани Босне и Херцеговине уживати сва људска права и фундаменталне слободе који су и посебно побројани у члану II тачки 4. Анекса 4.: "Сва лица у Босни и Херцеговини ће бити слободна од дискриминације по било којем основу као што је пол, раса, боја, језик, вјера, политичко или друго мишљење, национално или друштвено порријекло, повезаност са националном мањином, власништво, рођење или други статус". Из ових претходних одредби изводи се одредба тачке 5. Члана II Анекса 4. по којој "Све избјеглице и расељена лица имају право да се слободно врате у мјеста свог порријекла". Да би се ово постигло предвиђене су и одредбе тачке 7. и тачке 8. у којима се говори о имплементацији, тј. примјени и придржавању ових одредаба од стране свих државних органа Босне и Херцеговине и ентитета и "сарадње" са међународним тијелима за контролу људских права и органима УН са мандатом који се тиче људских и хуманитарних права.

Да би се права избјеглица и расељених лица могла реализовати на терену Босне и Херцеговине, поред горе наведених одредби, Анексом VII прописан је читав низ мјера и описани су услови које "стране потписнице" морају створити, како су се потписивањем Споразума обавезале. Тим мјерама које се требају предузети на територијама под контролом власти страна потписница требају се спријечити све активности које би ометале или спријечавале сигуран и добровољан повратак избјеглица и расељених лица. "Стране потписнице" су се обавезале да одмах по потписивању предузму слиједеће мјере:

- укину законе и административну праксу са дискриминаторским намјерама и ефектима; Тако су, као дискриминаторски познати закони о имовини Срба на територији бивше РСК. То је Закон о одузимању имовине и Закон о издавању станова на слободној територији. Одузимање имовине, прописане тим дискриминаторским законима ће се обуставити само ако се власник врати у Републику Хрватску д 20. децембра 1995. године, али, то не значи да ће му по том законодавству, имовина бити и враћена. Корисник власникове (српске) имовине којега усели хрватска власт може остати у заузетој имовини (на пр. кући или стану) све док му се не обезбиједи нови

смјештај. Доказе о власништву имовине, власник (Србин) мора донијети лично хрватским властима, а то не могу учинити и чланови његове породице или пуномоћник. Ако се власник лично не појави до поменутог рока, корисник, након досјелости од три године може поднијети захтјев за откуп те имовине како би она била и правно одузета од власника, тј. како би се на тобоже легалан начин имовина одузела власницима које њихова држава сматра непожељним у својим међународно признатим границама. Овај примјер дискриминаторског законодавства је парадигма која показује да се без стварања Дејтонских услова и правила за слободан, несметан и неограничен повратак протјераних Срба у Хрватску (примјер који смо узели) не може говорити о правној држави и о заштити права власништва. О томе би "стране потписнице" у БиХ морале да воде рачуна.

- "Стране потписнице" морају спријечавати и сузбијати било какво писано и вербално подстрекавање етничких или религиозних нетрпељивости или непријатељстава и мржње на било који начин. У том смислу, као услов за повратак сматра се и захтјева се од "страна потписница" предузимање неопходних мјера на својим подручјима које би створиле политичке, економске и социјалне услове за добровољни повратак избјеглица и расељених лица, без издвајања односно повлашћивања или угњетавања било које групе. То подразумијева стварање такве социјалне климе која би поспјешивала добровољни повратак и хармоничну реинтеграцију избјеглица и расељених лица, без издвајања односно повлашћивања или угњетавања било које групе. То подразумијева стварање такве социјалне климе која би поспјешивала добровољни повратак и хармоничну реинтеграцију избјеглица и расељених лица. Стране ће обезбедити сву потребну помоћ избјеглицама и расељеним лицима; радити на томе да им олакшају добровољни повратак на миран, организован и постепен начин у сагласности са планом израђеним од стране UNHCR и осталих релевантних међународних невладиних организација и омогућити појединцима и породицама повратника нормализацију њиховог живота и рада у локалним заједницама.

- "Стране потписнице" ће јавно упозорити и хитно сузбијати одмазде од стране војних, паравојних и полицијских снага и других јавних службеника или приватних лица према повратницима (садашњим избјеглицама и расељеним лицима). С овим у вези је обавеза "страна потписница" да издају обавјештење о условима "Споразума о избјеглицама и расељеним лицима" широм Босне и Херцеговине и у свим земљама за које се зна да у њима има лица која су били држављани или су настањени у Босни и Херцеговини, што је дословна одредба члана XVIII Анекса 7.

Стране потписнице су обавезне да гоне, удаљавају из службе, или покрећу казнени поступак односно поступке против лица из војних паравојних или полицијских снага или других јавних служби (јавни службеници) који су одговорни за озбиљно кршење основних права лица која припадају етничким или мањинским групама.

Овај проблем односно његово разријешење у циљу несметаног повратка је у непосредној вези са ријешавањем односно регулисањем питања амнестије. Избјеглица или расељено лице које се врати у мјесто свог

поријекла, а које је оптужено за злочин, мораће бити амнестирано, изузев ако се ради о озбиљном прекршитељу међународног хуманитарног права (према Статуту Хашког суда за ратне злочинце у претходној Југославији од 1. јануара 1991.г.) или ако се ради о кривичним дјелима односно починиоцима кривичних дела која немају везе са међунационалним ратним конфликтом ("класична кривична ђела"; "класични криминал"). Амнестијом треба нарочито обухватити све избјеглице и расељена лица војне дезертере. О овом питању је, док пишемо ове редове, у Републици Српској у процедури одговарајући законски акт, Нацрт закона о амнестији. Поред овога, "стране потписнице" се обавезују да ће се избјеглице изузети од обавезе обавезног служења војног рока и о томе донијети одговарајуће законске акте како би се избјегли конфликти око служења у војсци ентитета којем, по свом етничком поријеклу не припада повратник. То је због тога што ни један ентитет није мултиетнички, јер се један назива: "Федерација Босне и Херцеговине" што је синоним за "Муслиманско-хрватску федерацију", а други је "Република Српска". "Стране потписнице" су се обавезале да повратнике изузму и од сваке друге обавезне, присилне службе (на пр. тзв. "радне обавезе") зависно од конкретних околности и сваког појединог случаја, о чему ће, такође, сваки Ентитет морати законодавно интервенисати.

- "Стране потписнице" ће законодавним интервенцијама и оперативним радом обезбједити заштиту етничких мањинских група, где год се оне налазе и обезбједити им брз приступ међународних хуманитарних организација и посматрача. Као најједноставнија номотехничка мјера, којом би се Ентитети, на нормативно-правном, законодавном плану укључили у имплементацију Дејтонског споразума може се користити могућност доношења идентичних нормативних аката, о истим питањима, као што су то: законски акти о амнестији, напуштеној имовини, о држављанству и сл., који уређују заштиту људских права и слобода, а која права и слободе морају бити једнако заштићена на цијелој територији БиХ за све држављане. Такав једноставан номотехнички принцип, у прво вријеме док се не разраде савршенији и бољи механизми којима би се постизао исти циљ, заговара и Карл Билт, највиши представник међународне заједнице за имплементацију цивилног дијела Мировног споразума на простору БиХ. Куриозитет је да је цивилни дио имплементације препуштен Европљанима, а војни дио Американцима. Војни дио се проводи веома успјешно, а цивилни дио се имплементира, бар досада изванредно тешко или никако. Изгледа да су Американци изабрали лакши дио посла односно онај који подразумијева насилне методе примјене у којима они имају искуства и успјеха. Цивилни дио је далеко сложенији и одступа од цијеле филозофије Дејтонског споразума, а то је насилно спровођење. Насиљем се не може изградити разорено повјерење, миран живот и сарадња између Ентитета, али и људи разних националности који су немудром политиком доведени у позиције "природних непријатеља".

Други дио мјера се састоји од обавезе сарадње са UNHCR и међународним посматрачима (ECMM),МК ЦК, Програмом за развој УН, домаћим и невладиним организацијама. Посебно важна активност је стварање информационог система за проналажење несталих лица у сарадњи са МК ЦК.

Посебно је значајна сарадња са UNHCR око израде плана повратка избјеглица у домовину, који план ће имати правну важност међународног уговора.

Стране се неће мијешати у избор одредишта повратника, а неће смјети да их присиљавају да остану или да их доведу у ситуацију озбиљне опасности или несигурности или да их упућују у подручја у којима нема услова за нормалан живот. Значи, да је прије упућивања повратника у мјесто опредељења нужно створити политичке, сигурносне и егзистенцијалне претпоставке. Свако друго преурањено упућивање или задржавање становништва (као што показује примјер Српског Сарајева, након уласка муслиманских банди на то подручје) и даље ће продубљивати међунационални јаз и одређивати избјеглице и расељена лица, али и све остале житеље БиХ према чувеној опсервацији психоаналитичара Wilhelma Schtekla: "Незрео човјек се распознаје по томе што хоће за нешто витешки да умре, док се зрео човјек распознаје по томе што хоће да за нешто да скромно живи".С друге стране, као у свему и у "освајању" својих заједмчених права избјеглице и расељена лица, као и сви остали држављани мораће да уложе извјесне херојске напоре и да своју будућност граде свим својим снагама и напорима да савлађују све тешкоће, наравно, пазећи да тим својим ћеловањем не угрозе ни себе ни друге. У томе им сва ова норматива, органи и читава организација морају и могу помоћи, али највише од њих самих зависи да ли они то желе или не.

III

ОРГАНИ ЗАШТИТЕ ОСНОВНИХ ПРАВА ИЗБЈЕГЛИЦА И РАСЕЉЕНИХ ЛИЦА

Под органима заштите можемо подразумијевати и разликовати: органе страна потписница (унутрашње), затим, међустраначке органе и међународне органе и организације.

Република Српска је "страна потписница" Анекса 7. "Споразума о избјеглицама и расељеним лицима". Република Српска је, према свом Уставу, држава српског народа у Босни и Херцеговини настала на основу универзалног права народа на самоопредељење и по том основу права на своју државу, као облик потпуног ријешења националног питања, који се, на бившем југословенском простору сматра као једино право ријешење националног питања "urbi et orbi". Устав РС је дефинисао Републику Српску као државу српског народа са свим људским и грађанским правима и слободама за припаднике других народа по европским стандардима (према члану 1. Анекса 6 "Споразума о људским правима". "Стране потписнице" су се обавезале да ће осигурати свим лицима унутар њихове јурисдикције највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода и Протокола уз њу и осталим међународним споразумима који су наведени у Додатку уз Анекс 6.

Основни уставни принципи из устава Републике Српске који је до 14. III 1996.г. требао бити амандмански измењен и прилагођен Уставу БиХ, што није у задатом року извршено, су: владавине права, уставност и законитост, социјална правда, заштита права етничких група, заштита традиције, обичаја и културе, парламентарна демократија, подјела власти, слободни избори за парламент, тржишна привреда, локална самоуправа, сарадња државе и цркве, повезивање са конститутивним народима у БиХ и повезивање са Србијом и СР Југославијом. У територијалном смислу, у вријеме доношења Устава 1992.г. територију Републике, према слову Устава чинила су подручја српских етничких цјелина укључујући и подручја на којима је извршен геноцид над српским народом. У часу доношења Устава Република Српска имала је у "посједу" око 90% територија са већинским српским становништвом. Прије парафирања Дејтонског споразума Република Српска је заузимала око 73% територија бивше СРБиХ. Непосредно пред усвајање Дејтонског споразума војном интервенцијом Нато - снага удружених са муслиманско-хрватским снагама Република Српска је изгубила тринаест западнокрајишких општина са апсолутно већинским српским становништвом, а након прихватања Дејтонског споразума потписивањем све општине Српског Сарајева припале су тзв. Хрватско-муслиманској федерацији као и општина Оџак, а за општину Брчко предвиђена је арбитража, коме ће припасти. Тако је што милом - што силом Република Српска сведена на 49% територије бивше СРБиХ, што је био циљ међународне заједнице. Тиме је српски народ платио туђи рачун и поднио огромне жртве да би могао добити право на мир од стране међународне заједнице. Република Српска је, након потписивања Дејтонског споразума постала "ентитет" у саставу међународно-признате државе Босне и Херцеговине у оквирима њених међународно признатих граница које се подударају са бившим административним, авној-ским границама бивше СРБиХ, бивше федералне јединице бивше СФР Југославије. Босна и Херцеговина је постала сукцесорка бивше Републике Босне и Херцеговине, чији референдум за независност су Срби одбацили и састављена је од два Ентитета. Унија је, per definitionem, савезна држава или сједињење држава као што су то С.А.Д., односно трајно спајање више држава у једну већу (федеративну) државу каква је С.А.Д. односно У.С. Како се у медијима наводи Устав БиХ, спомињан као Дејтонски устав, радио је фински експерт, али је изразито видљиво да је био у свом раду под великим притиском узора или обрасца који је нашао у Уставу С.А.Д. Ентитети (лат. ens=биће, suum=јесам; esse=бити) су елементи Уније којима се признаје постојање, битисање, егзистирање. У државно-правном смислу ентитети имају иницијално онаква права каква, у принципу, имају савезне државе, односно поједине државе у саставу Сједињених Држава Америке.

Најрелевантнији пропис Републике Српске који одређује органе за заштиту избјеглица и расељених лица је Закон о избјеглицама и расељеним лицима.[8] Према овом законском пропису носиоци друштвене заштите избјеглица и расељених лица су: Република и општине на својим подручјима. Република уређује систем друштвене заштите избјеглица и

расељених лица, прописује начин и услове за утврђивање статуса избјеглица, стара се да избјеглице стичу и остварују права из Конвенције ОУН о статусу избјеглица из 1951. и Протокола ОУН о статусу избјеглица из 1967.г. као и других међународних уговора из ове области; обезбјеђује средства за реализацију утврђених права, доноси програм планског размјештаја и трајног ријешења за избјеглице и расељена лица; прати њихове основне потребе за различитим видовима помоћи и усмјерава општинске органе и хуманитарне организације у задовољавању ових потреба. Према ЗоИРЛ, органи Републике Српске, непосредно надлежни за заштиту избјеглица и расељених лица су: Министарство за избјеглице, Комесеријат, Државни комитет за сарадњу са Уједињеним Нацијама и међународним хуманитарним организацијама и надлежна министарства која у дјелокругу свога рада обављају послове од значаја за заштиту избјеглица и расељених лица. Термин "друштвена заштита" је готово заборављен и поставља се питање да ли је и умјесан, ако се надлежност збрињавања избјеглица и расељених лица не повјерава никаквим друштвеним организацијама, а друштво у смислу који је раније постојао (на пр. "самоуправно социјалистичко друштво") више не постоји. Уопште изједначавање државе и друштва је тоталитаристичка тенденција за коју један проведбени пропис није имао потребе да реафирмише. Општина је државна јединица локалне власти и у унитарној држави нема изразите функције локалне самоуправе какве је имала као бивша "друштвено политичка заједница" у којем смислу више не постоји. Без обзира на ову екскурзију, општина је надлежна, према ЗоИРЛ да врши прихват, обезбјеђење регистровања и регулисање статуса; да пружа помоћ у задовољавању основних егзистенцијалних потреба, врши привремени смјештај и друге послове од значаја за заштиту избјеглица и расељених лица. Задатке и стручне послове из надлежности општине врше слиједећи органи: општинска комисија за избјеглице, центри за социјални рад и општински органи управе. Сви ови органи морају у Републици Српској да избјеглицама и расељеним лицима обијезбеде слиједећа права:

- право да их се не може вратити на територију државе из које су избјегли (право на азил);
- право на материјалну помоћ;
- привремени смјештај без накнаде (колективни или индивидуални), у напуштене станове, куће и друге одговарајуће објекте као и помоћ у ријешавању трајног настајања на подручје опредељења;
- статус избјеглице и право на лични статус;
- право на посједовање покретне и непокретне имовине;
- здравствену заштиту, помоћ у образовању и помоћ у запошљавању;
- учешће у раду органа и организација које брину о избјеглицама и расељеним лицима.

Поред права, избјеглице и расељена лица имају, према ЗоИРЛ и слиједеће дужности:

---

8 "Службени гласник Републике Српске" број 26/95.

расељених лица, прописује начин и услове за утврђивање статуса избјеглица, стара се да избјеглице стичу и остварују права из Конвенције ОУН о статусу избјеглица из 1951. и Протокола ОУН о статусу избјеглица из 1967.г. као и других међународних уговора из ове области; обезбјеђује средства за реализацију утврђених права, доноси програм планског размјештаја и трајног ријешења за избјеглице и расељена лица; прати њихове основне потребе за различитим видовима помоћи и усмјерава општинске органе и хуманитарне организације у задовољавању ових потреба. Према ЗоИРЛ, органи Републике Српске, непосредно надлежни за заштиту избјеглица и расељених лица су: Министарство за избјеглице, Комесеријат, Државни комитет за сарадњу са Уједињеним Нацијама и међународним хуманитарним организацијама и надлежна министарства која у дјелокругу свога рада обављају послове од значаја за заштиту избјеглица и расељених лица. Термин "друштвена заштита" је готово заборављен и поставља се питање да ли је и умјесан, ако се надлежност збрињавања избјеглица и расељених лица не повјерава никаквим друштвеним организацијама, а друштво у смислу који је раније постојао (на пр. "самоуправно социјалистичко друштво") више не постоји. Уопште изједначавање државе и друштва је тоталитаристичка тенденција за коју један проведбени пропис није имао потребе да реафирмише. Општина је државна јединица локалне власти и у унитарној држави нема изразите функције локалне самоуправе какве је имала као бивша "друштвено политичка заједница" у којем смислу више не постоји. Без обзира на ову екскурзију, општина је надлежна, према ЗоИРЛ да врши прихват, обезбјеђење регистровања и регулисање статуса; да пружа помоћ у задовољавању основних егзистенцијалних потреба, врши привремени смјештај и друге послове од значаја за заштиту избјеглица и расељених лица. Задатке и стручне послове из надлежности општине врше слиједећи органи: општинска комисија за избјеглице, центри за социјални рад и општински органи управе. Сви ови органи морају у Републици Српској да избјеглицама и расељеним лицима обијезбеде слиједећа права:

- право да их се не може вратити на територију државе из које су избјегли (право на азил);
- право на материјалну помоћ;
- привремени смјештај без накнаде (колективни или индивидуални), у напуштене станове, куће и друге одговарајуће објекте као и помоћ у ријешавању трајног настајања на подручје опредељења;
- статус избјеглице и право на лични статус;
- право на посједовање покретне и непокретне имовине;
- здравствену заштиту, помоћ у образовању и помоћ у запошљавању;
- учешће у раду органа и организација које брину о избјеглицама и расељним лицима.

Поред права, избјеглице и расељена лица имају, према ЗоИРЛ и слиједеће дужности:

---

8 "Службени гласник Републике Српске" број 26/95.

- да прихвате радну обавезу и друга права и дужности која се пропишу за грађане Републике (што, по нашем мишљењу, није у складу са одредбама Дејтонског споразума?);

- обавезни су да дају тачне податке приликом регистровања и утврђивања статуса на прописаном обрасцу;

- да прихвате привремени смјештај и боравак на подручју са истим или сличним условима као и онима из којих су избјегли, а расељена лица у сусједним општинама, односно општинама ван ратних дејстава;

- да прихвате повратак у мјесто пребивалишта, када се за то стекну објективни услови, што је у складу са Дејтонским споразумом; и,

- да прихвате понуђени смјештај у мјесту у којем су им обезбјеђени услови за живот и трајна социјална сигурност.

"МЕЂУСТРАНАЧКИ" (Дејтонски) органи заштите избјеглица и расељених лица тек се требају формирати. То је, првенствено Комисија за избјеглице и расељена лица (у даљем тексту: КОМИСИЈА). КОМИСИЈА треба да се оснује заједнички од "страна потписница", али да након оснивања има независан мандат, тј. да ради по својим правилима без мијешања у њен рад "страна потписница". КОМИСИЈА није замишљена на "делегатском принципу". Сједиште КОМИСИЈЕ је Сарајево, са уредима и другим локацијама, према потреби. Очито је да се потреба за адекватном локацијом КОМИСИЈЕ већ јавља, пошто Сарајево иде на организовање чисто муслиманског кантона, чиме се његова, често истицана мултинационалност и мултиконфесионалност губи и тиме оно постаје неподесно за сједиште независних органа.

"Стране потписнице" су се обавезале да обезбиједе особље, просторије за рад, да сносе трошкове и обезбјеђују средства за плате чланова и осталих сарадника КОМИСИЈЕ. Да би били независни у раду чланови комисије уживаће кривично-процесни и грађанско-процесни имунитет. Инострани чланови КОМИСИЈЕ као и чланови њихових породица уживаће дипломатски имунитет. Чланови КОМИСИЈЕ морају бити изабрани због тога што су познати као лица високог моралног ауторитета. КОМИСИЈА ће имати девет (9) чланова. Свих девет чланова ће у року од деведесет (90) дана од ступања на снагу Дејтонског споразума именовати "стране потписнице" овако: Федерација БиХ - четири (4) члана; Република Српска два (2) члана; а Предсједник Европског комитета за људска права има задатак именовања три (3) члана, а једног од ова три члана ће именовати приједседника КОМИСИЈЕ. Чланови КОМИСИЈЕ могу бити опозвани. Мандат КОМИСИЈЕ обухвата: пријем и ријешавање захтијева за повраћај или накнаду непокретне имовине која није била добровољно продата или добровољно замијењена до 1. априла 1992.г. и ако "потраживач" (подносилац захтијева) у вријеме подношења захтијева није у посједу имовине. Захтјев садржи истицање, изјаву о повратку имовине или изјаву о потраживању накнаде непокретне имовине. Поступак пред КОМИСИЈОМ покреће се захтјевом. КОМИСИЈА ће одредити законитог власника у односу на захтјев и вриједност имовине. КОМИСИЈА ће преко особља компетентних међународних невладиних организација вршити приступ свим регистрима о имовини у БиХ у вези са процјеном вриједности и свих осталих релевантних

околности у вези са ријешавањем о захтјеву. Рјешење о захтјеву садржи одлуку којом се одређује законити власник имовине и одређује се која му се имовина враћа или даје правична накнада коју одређује КОМИСИЈА већином гласова својих чланова. Правична накнада ће се одређивати по фиксним тј. јединственим критеријумима који ће се нормативно уобличити као тарифа и засниваће се на процјени или стању власништва на територији БиХ до 1. априла 1991.г. У случају додјељивања накнаде умјесто повраћаја имовине КОМИСИЈА може додјелити новчану помоћ или накнаду за будућу куповину имовине. Законити власник имовине неће бити оно лице које је до имовине дошло нелегалним имовинским трансакцијама, укључујући у то и било коју трансакцију имовином под принудом или у замјену за дозволу изласка из земље или одговарајућа документа, или ако је имовинска трансакција у било каквој вези са етничким чишћењем. Поред тога, КОМИСИЈА може дозволити подносиоцу захтјева, којем је одобрен повраћај имовине, да га замјени са за њега прихватљивим уговором о закупу, тј. да своју имовину, након што је одређен за законитог власника уступи закупцу, умјесто да преузме имовину у своје притежање. Овим му се не оспоравају власничка права, него му се признају, јер се закупцу препушта само власничко овлашћење на коришћење ствари, а закуподавац остаје власник, дакле, носилац овлашћења располагања у трансферу или одређивању права залога или закупа, а може и на другачији начин распоредити имовину која се захтјеву наводи или је дефинисана као напуштена. Када законити власник прими надокнаду КОМИСИЈА стиче право да, према својим одлукама, дистрибуира с његовом имовином. КОМИСИЈА стиче право располагања, односно власничко овлашћење на располагање имовином, у складу са локалним (ентитетским) законима. Стога се поставља питање колизије ових, за сада будућих права, тј. мандата КОМИСИЈЕ са Законом о коришћењу напуштене имовине[9], а којим Република Српска жели подржавити (национализовати) сву напуштену имовину и с њом располагати. О овом проблему смо већ расправљали у претходном излагању, па стога упућујемо на тамо изнијете примједбе.

Осим тога, КОМИСИЈА, поред непокретном имовином, за коју се законити власник примио противнакнаду у правичном омјеру, као и напуштеном имовином има право, тј. мандат да располаже и "спорном" имовином, тј. оном која је у фази испитивања и утврђивања статуса законитог власника. Напуштену имовину као и имовину која подлијеже испитивању и утврђивању власништва од стране КОМИСИЈЕ "стране потписнице" могу привремено дати на коришћење и употребу избјеглицама и расељеним лицима према прописима о таквом, привременом издавању.[10] О дистрибуцији такве имовине органи "страна потписница" дужни су извјештавати КОМИСИЈУ.

---

9 "Службени гласник Републике Српске", број 3/96.

10 Закон о коришћењу напуштене имовине ("Службени гласник Републике Српске", наведен у биљешци 9).

Да би извршвала своје задатке КОМИСИЈА ће формирати и располагати Имовинским фондом избјеглица и расељених лица (Удаљем тексту: ФОНД). ФОНД ће бити основан у Централној банци БиХ, а средствима ће располагати КОМИСИЈА. Средства ФОНДА ће се убирати продајом, давањем у закуп или залагањем (хипотеком) имовине која је предметом захтјева пред КОМИСИЈОМ. ФОНД може бити попуњаван и директним уплатама "страна потписница" или доприносима држава или међународних невладиних организација. Обавеза накнаде непокретне имовине падаће, као највећа, на терет ФОНДА, а према правлима која усвоји и прогласи КОМИСИЈА. КОМИСИЈА ће поступати према објављеним правилима и прописима који ће бити у складу са Дејтонским споразумом. У стварању ових правила и прописа КОМИСИЈА ће узимати у обзир домаће законе и имовинско-правна правила. Стране потписнице су обавезне да у доброј мјери сарађују у раду КОМИСИЈЕ; да поштују и извршавају њене одлуке експедитивно и у сарадњи са међународним невладиним организацијама и да сносе одговорност за повратак (репартријацију) и социјалну интеграцију избјеглица и расељених лица. Недостатак сарадње са КОМИСИЈОМ било које од "страна потписница" или појединаца неће спријечити КОМИСИЈУ да пуноважно и извршно доноси своје одлуке.

Одлуке КОМИСИЈЕ ће бити коначне и свако право, дужност, залог (хипотека) или било које друго законско средство одређено или додијељено одлуком КОМИСИЈЕ биће признато као законито на цијелој територији БиХ.

КОМИСИЈА је формирана 20. III 1996.г.

МЕЂУНАРОДНИ ОРГАНИ И ОРГАНИЗАЦИЈЕ које пружају заштиту избјеглицама и расељеним лицима су:

Високи комесеријат Уједињених Нација за избјеглице (UNHCR) који је главни координатор свих агенција за помоћ у вези са репартријацијом. UNHCR у сарадњи са "странама потписницама" и земљама које су пружиле азил избјеглицама и расељеним лицима треба да израде план (пројекат) повратка који би осигуравао скори, миран, организован и постепен повратак избјеглица и расељених лица у домовину. "Стране потписнице" су се сложиле да спроведу у живот план UNCHR и да му прилагоде све потребне међународне договоре и унутрашње законодавство. Оне одговорно позивају државе азила да убрзају њихов скори повратак у сагласности са међународним правом.

Високи комесеријат УН за избјеглице (UNHCR) основан је 1951.г. Статутом из децембра 1950.г. одређени су задаци Високог комесеријата око обезбјеђивања међународне заштите и трајних решења за проблем избјеглица. Можемо рећи да је ово релативно касно, јер је читав XX вијек, вијек емиграције, избјеглица, расељеништва и егзила. Ипак, боље икад него никад. Високи комесеријат је овлашћен да помогне сваком ко се "захваљујући основаном страху од прогона због припадности одређеној раси, религији, нацији или политичких убијеђења, налази изван државе чији је држављанин, и није у могућности или не жели, због основаног страха или других објективних разлога, да ужива заштиту те државе".[11] Мандат UNHCR

је у пракси проширен и на добровољне репартријације и заштиту повратника у државе поријекла као и заштиту група расељених лица која нису прешла међународну границу своје државе, али се налазе у сличном положају као избјеглице. Основа дјелатности Високог комесеријата је Конвенција из 1951.г. која регулише статус избјеглица и која садржи општу дефиницију појма "избјеглица" која гласи: "Избјеглица је лице које се налази изван своје државе поријекла због основаног страха од прогона због припадности одређеној раси, религији, националности, припадности некој социјалној групи или због својих политичких убјеђења и која није у могућности да ужива заштиту државе поријекла или да се врати у њу".

Како Високи комсеријат штити права избјеглица?

- Тако што охрабрује државе да потписују међународне правне акте који регулишу статус избјеглица, повратника и расељених лица и да омогуће пуну заштиту (примјену) тих норми;

- да одобровољи државе да пруже азил избјеглицама, и безбједност од присилне репартријације;

- да стандард избјеглица изједначи са стандардом држављана државе азила;

- да омогући избјеглицама добровољну репартријацију у државе поријекла или прихватања држављанства државе-азила, како би напустиле - промјениле свој избјеглички статус;

- да помогне реинтеграцију избјеглица у државама њиховог поријекла и да надгледа поступке и гаранције ради којих су избјеглице прихватиле повратак;

- да обезбиједи физичку сигурност избјеглица - повратника од свих видова насиља; и

- да потпомаже реунификацију избјегличких породица.

Када је добровољна репартријација избјеглица организована од стране Високог комесеријата, потребно је, гдје год је могуће, установити правни оквир заштите повратника. Такво је доношење закона о амнестији и других законских нормативних аката којима се обезбјеђује да избјеглица - повратник неће бити изложен прогону било које врсте.

Улога МК ЦК је посебно изражена, у нашим условима, а собзиром на проблем избјеглица и расељених лица у проналажењу несталих лица. То је мандат који овој славној међународној хуманитарној организацији намијењује Дејтонски споразум. Стране су се обавезале да потпуно сарађују са МК ЦК у његовим напорима да установи идентитет, пребивалиште и судбину несталих лица.

"Стране потписнице" су се обавезале и на сарадњу са Програмом УН за развој, другим међународним и домаћим невладиним организацијама. Према расположивим подацима у Републици Српској је регистровано дјеловање дванаестак међународних домаћих невладиних организација, док их је на простору тзв. муслиманско-хрватске федерације чак стотину и двадесет.

---

11 Извод из Резолуције Генералне скупштине број 428 (В), члан 6.

SUMMARY

The rights of refugees and displaced persons according to the Dayton agreement and Paris peace trety

In dealing with the subject author uses Annex VII of Dayton agreement which is titled „The agreement about refugees and displaced persons„. The status of refugees and displaced persons is examined by asking and answering the followig questions. - which rights are guaranted to these persons according to the Dayton agreement, - who providies the implementation of these rights, meaning the secure and safe way of effecting the guaranted rights, - in what way are those rights realized and which or whose organs are deciding about the rights of refugees and displaced persons, and - what is the lawful nature of refugees rights. The discussion apart from having an academic tension, also has an emotional one, because the drama of refugees is taking place before the authors eyes. The destiny of number of innocent people in Serbian Republic and Nothern Republic of Yugoslavia depends on the quality success of implementation of refugees and displaced persons rights whose essential, human and natural rights are severely violated. This enclosure is only a modest try in helping our refugees and displaced persons in their tremendous disaster.

Др Драгана Петровић
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ-ТЕОРИЈСКЕ ДИЛЕМЕ

кључне речи: *офанзива организованог криминалитета; специфична физиономија; комплексна реалност; максимизирање профита*

УДК: 343.97

ОПШТА РАЗМАТРАЊА

У време кад се људско друштво нашло у, можда најпротивуречнијем тренутку по искушењима и сопственим преиспитивањима, по ратним разарањима, у времену друштвене раслојености, социјалних превирања, грађанских ратова и ванредних прилика, уз мноштво хетерогених ставова, расправе о организованом криминалитету су живље него икада. Просто, хаос свакодневице у којој живимо, уз збивања која карактеришу смењивање злочина и насиља(од хомицида, ратних злочина, масакра, све до геноцида као највећег људског злочина и сл.), ужасно неповољни економски, друштвени и политички амбијент узрокован новонасталим догађајима разматрање организованих криминалних активности, проучавање стварног стања, обчма и структуре тог криминалитета нарочито је актуелизовао и интезивирао, учинио да нам се овај, један од примарних предмета интересовања, са свом својом комплексношћу поново врати, овог пута у свом најтрагичнијем виду.

Данас се доста говори о организованом криминалитету. При томе, истиче се да је актуелност организованог криминалитета веома стара, расправе о овој димензији друштвено опасног понашања бесконачне, вишеструко занимљиве, увек од изванредног интереса који задире како у домен теорије, тако и у сагледавање могућих исходишта у домену његове практичне апликације. Управо, реч је о посебном и сложеном проблему који је "под лупом" кривичноправне науке од најранијих времена. Уз то, бар како досадашње расправе показују, феномен организованог криминалитета још није свеукупно и свеобухватно проучен. Због тога што је један од најопаснијих, најкомплекснијих, најделикатнијих видова људског понашања, организовани криминалитет често побуђује радозналост и интересовање за његове

актере, за изучавање његових конкретних манифестација, околности које прате његово извршење. Разлог за то треба потражити, пре свега у специфичној физиономији овог облика криминалитета, његовој вишеслојној и особеној природи, интезитету његове друштвене опасности. Најзад, кроз организовани криминалитет се, као једној од централних теоријских, практичних и законских дилема, у широком дијапазону одсликавају бројна и разноврсна питања која побуђују посебан интерес и заокупљају пажњу експерата разних научних дисциплина.

Рекли смо, организовани криминалитет спада у ред оних питања о којима се у кривичном праву највише и најжешће говори. У том контексту, када се прошире хоризонти посматрања, мора се признати и то да актуелност означене проблематике значајно варира. И то како у историјском пресеку, тако и у конкретном временском тренутку или периоду у одређеној земљи. Следећи ову димензију проблема, заинтересованост за организовни криминалитет је, управо у једном свом аспекту, израз општедруштвених интереса и потреба битно утичући на његове токове и обележавајући их, јер упоредо са променама које у савременим условима живота у националним размерама али и на светском плану све брже долазе, мења се и приступ означеном питању. Наиме, дух модерног доба изражен је у великим променама чији се лук протеже од мирних и стабилних времена у којима владају склад и ред до друге тамне стране оличене у друштвеним расцепима, економским депресијама, политичким сукобима и сл. Разуме се, у време економске кризе, несигурности, већих социјалних врења итд. када долази до плиме криминалног поступања, рапидног повећања кривичних дела која се врше на овај и овакав начин, интересовање за ту форму колективног криминалитета, за његове модалитете, интензитет и обим његових штетних сфеката се појачава, преиспитују се постојећа решења, преправљају и дограђују, одбацују и замењују новим.

Нажалост, нас "качи" ово друго време. Организовани криминалитет је све више нова реалност, њена експлицитна тенденција је све више рушилачка према постојећем.

У ствари, наговештавајући све тамнију будућност, Свет се на крају XX века суочава са злочинима такве врсте и интензитета пред којима људска савест остаје запањена. Она са тим, једноставно не може да се помири. Злочини се врше организовано, крајње агресивно, морбидно, отварајући страшне и неизвесне перспективе заједничког живота на овој Планети. Очигледно је да су техника и технологија "мало по мало" измицале савременом човеку и његовим могућностима да у свом кратком животу успостави хармонију и одстрани мрачне реквизите прошлости који продукују деструкцију и лишавају људе њиховог права на срећу.

Најбољи показатељ, у том смислу су два последња светска рата, страхоте Вијетнама, Камбоџе, догађаји у Румунији, Заливу, геноцид спроведен над Јерменима, свеопшти терор на просторима бивше Југославије, све чешћи терористички напади у Израелу, Енглеској, Шпанији... Различити кулминирајући агресивни мотиви испровоцирали су широм Света, само у 1991. години око четрдесетак ратних сукоба. Како ствари стоје, изгледа да ће поново заживети и мрачне идеје о организованом уништавању других нар-

ода, раса, о угрожавању личних и коликтивних права и слобода,... С друге стране, само у овм тренутку у Москви ординира 150 криминалних удружења организованих у 4500 банди. Или, сваког сата се на просторима Републике Србије изврши по један оружани напад, разбојничка пљачка, изнуђивање новца. А све то организовано, испланирано, синхронизовано кроз заједничку акцију два или више лица, применом разноврсних мера и поступака.

Због свега тога, проучавање овог превише упечатљивог и превише битног питања, наравно са комплексом других, намеће се у неким земљама као императив дана. Њихов број није мали, а присутна је и тенденција њиховог пораста. Штавише, од организованог криминалитета су угрожене скоро све земље, а нарочито земље транзиције, тј. посткомунистичке и земље тзв. Трећег света[1]. Према основним показатељима најтежа ситуација је ипак у Русији.[2]

У том правцу, човек постаје пука марионета слепих сила на позорници халапљивог стицаја новца. Ретко се када у прошлости једна идеја - профитирати по сваку цену - наметала с тако отвореном понудом да буде коришћена, без обзира ко то био. Нов духовни принцип који ће многе људе ујединити заједничким интересима и на којима ће почивати овај забрањени пут до богатства, може да створи само - профит. То је невидљиви цемент који све људе организованог злочина повезује у стабилан и складан систем. У систем изван легалног система. У систем криминалног света у коме више неће бити места за функционисање легалних државних структура. Најзад, у свет где ће под чврсту руку контроле и управљања организовани криминалитет ставити све форме живота као своју властиту креацију. Ови други ће постати само извршиоци "њихових" закона на који немају утицај

1 У Кини - тамношње банде"тријаде" - наследници тајних друштава из Манџурије од пре 300 година - све више користе италијанску мафију као основу развоја сопственог модела. Посебно је активно око 50 "тријада", које из Хонгконга управљају токовима хероина и опијума.

2 У вртлогу муњевитих и радикалних промена, превирања и непрекинутог следа значајних догађаја на друштвено-политичкој сцени, Русија је земља у којој цвета организовани криминалитет. Руска мафија много интелигентнија и суровија од било које у Свету (тешко да јој је дорасла полиција било које земље) недељно узима по један милион долара у пословима добро организованих криминалних група. То су стања аномије присутнија него у било којој другој држави. Кључ за објашњење овога налази се у околности да целокупна државна структура почива на корупцији.Уосталом, то најбоље илуструје и податак да је само у 1992. години откривено око 4200 група, при чему се око једне четвртине налази под заштитом државе. Управо, постоје докази да су неки од оних који су наводно задужени за растурање, односно уништавање мафије, за хапшење и затварање припадника ових злочиначких удружења и сами његови чланови. Отуда је јасно што највећи део посла оствареног од стране организованог криминалитета остаје неоткривен. Но, моћнија и распрострањенија чак и од чикашке и италијанске, ангажовање руске мафије се не исцрпљује у вршењу многоструко незаконитих операција само на територији руске државе. Пре свега, руски криминалитет има тенденцију ширења ка Западу, инфилтриран у Пољској, Чешкој, такође и у Немачкој, очекује се да ће својим организованим криминалним акцијама, ускоро преплавити читаву Западну Европу.

и који друштво воде у унапред одређеном једном правцу - када све буде "под шапом" организованог криминалитета, који се појављује у свом ђаволском лику као једини спасилац који гвозденом неминовношћу, води напретку, онда аутоматски ништа неће бити орагнизовани криминалитет. То је, управо она активност која је у савременом друштву најинтензивнија и најболнија.

Дакле, на том хоризонту наше сурове стварности, руковођени различитом мотивационом суштином, долази до повезивања људи, обједињавања њихове злочиначке енергије и њеног усмеравања ка вршењу једног или више кривичних дела. У било ком облику пројекција - вршење кривичних дела ради остваривања профита - повезује одређена лица у мање или веће целине са једном, јединственом, основном, одлучујућом идејом - удруженим снагама, систематски и организовано се може постићи већи ефекат. Другим речима, ова исходишна тачка обликује и условљава феномен организованог вршења кривичних дела, она је језгро које обухвата и усмерава њихове духовне и практичне криминалне делатности.

Суочавајући се са огромним политичким, привредним, психосоцијалним невољама у којима доминира сила, бруталност, у коме су свакодневна појава убијања, мучења, ужасна злостављања, пљачке и паљевине, уништавање материјалних и културних добара, извршиоци ове врсте криминалитета се регрутују из свих друштвених, карактерних, психолошких структура: неједнаки по свом васпитању, интелигенцији, разноврсни у осећањима, савести, вољи, моралу, неки људи амбициозни и безочни, празноглави и глупи, разборити и храбри, интилигентни и покварени постају изузетно опасни за остали део становништва. Користећи хиљаду могућих начина и заобилазних путева, руковођени амбицијом и похлепом, патолошке и садистичке личности које своју животну сатисфакцију траже и налазе у у злочиначким активностима, стварају један интересно кохерентан људски колектив чији је, дакле једини циљ - организовано вршење кривичних дела у функцији максимизирања профита.

Организовани криминалитет личи на коцку са подешеним механизмом. Добијају они који учествују у организованом злочину, губе сви остали.

У разматрањима означеног питања, мора се приметити да је организовани криминалитет све присутнији у различитим срединама. Не треба, дакле посебно доказивати да је последњих година ова форма криминалитета у офанзиви, да се удобно угнездила у свим сферама и секторима инфилтрирајући се посебно у привредни и политичко-административни свет. Што је још горе, морамо резигнирано констатовати и то да се његове претензије и амбиције са огромним овлашћењима из дана у дан драстично увећавају. Државне границе више не представљају озбиљне препреке за ову врсту криминалитета. 1[3]

---

3 "Отварајући Светску министарску конференцију о организованом транснационалном криминалитету, генерални секретар УН Бутрос Гали затражио је већу међусобну сарадњу земаља -чланица...

Државе често губе битку против организованог криминалитета првенствено због неспособности да се међусобно ефикасно помажу, као и због недовољне координације рада њихових одговарајућих служби...

Гали је понудио решење у три тачке: организовани контакти на свим нивоима између полиција и тужилаштва заинтересованих земаља, усаглашавање законодавних инструмената на међународном нивоу, економска помоћ најсиромашнијим земљама "како не би преовладао закон џунгле"...Минимум усклађености заједничких законодавстава, већа сарадња и шира размена информација и стварање једне заједничке школе за органе реда, то су три циља састанка... Предложено је формирање међународних интервентних снага, способних да већ од 1995. органима УН сугеришу нову нормативу и систем образовања људства задуженог за борбу против злочина". Чланак под називом "Подземље под лупом", објављен у "Политици", уторак 22. новембар 1994. Очигледно, негативне последице организованог криминалитета се шире глобусом, попримајући енормне размере и разарајући све пред собом. Нема сумње, један од основних проблема који овоме иде у прилог јесте и чињеница да се борба против организованог криминалитета креће још увек у националним оквирима. Нажалост, то је критична тачка које све државе Света нису успеле да пређу.

Организовани криминалитет је, очигледно прерастао у глобални феномен. Трговином нуклеарним материјалима и оружјем прети глобалном миру. Производњом и дистрибуцијом дроге глобалном здрављу. Прањем новца и другим илегалним трансакцијама угрожавају се глобални финансијски токови.

Према томе, за одређивања оквира ове појаве, односно њеног обима, масовности, његових обележја и односа према другим појавама, једноставно, за објашњење његове суштине вишеструко је значајно да напоменемо, како у времену у којем живимо величина једне државе постаје премала, државне границе постају преуске за несметано ангажовање организованих криминалаца. Величина читавог Света је управо простор деловања по мери организованог криминалитета.

Зато један од кључних задатака међународне заједнице мора бити конципирање "глобалног плана" супростављања криминалитету ове врсте.[4]

---

4 "Осми конгрес УН који је за главну тему разговора имао "Превенција злочина" и "Однос према злочинцима" одржан је на Куби у августу месецу 1990. године. Највећа пажња је посвећена превенцији злочина и међународној сарадњи у кривичном праву ЈУЈИ века. Потреба да се створи таква врста сарадње базира се на следећим факторима: Прво, модернизација процеса обезбеђује стварање услова и могућности за увећање трансационалног криминалитета и корупције. Практично све земље се суочавају са изазовом повећања броја овакве врсте криминалитета. Према статистици УН-а билиони УС долара проневерени су широм света због корупције. Корупција подрива друштвену стабилност и економски развој, и утиче на нормалан рад владе. Опадање поверења јавности у рад владе може довести до социјалних немира. Друго, према принципима поштовања државног суверенитета и правне надлежности, као и немешања у унутрашње послове других земаља, транснационални и трансрегионални злочин корупције може се ефективно сузбијати само кроз интернационалну судску

ПОЈМОВНА ОДРЕЂЕЊА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

- ОПШТИ ПРЕГЛЕД ДЕФИНИЦИЈА-

Не по први пут, мора се констатовати да је стање у погледу научног познавања феномена организованог криминалитета веома незадовољавајуће. Евидентно је одсуство научно заснованих индикатора о интензитету, размерама и негативним последицама организованог криминалитета (P. A. Albrecht). Поједини утисци, различите процене, мишљења и шпекулације са мало извесних чињеница, наравно, непоуздан су основ за процену степена његове друштвене опасности. Као последица тога, његова опасност се често или прецењује или багателизује.[5]

Посвећујући изузетну пажњу, управо, означеном питању, уз констатацију да је реч о проблему који мора бити уверљивије и експлицитније образложен, инсистира се на поставци да због природе и суштине овог, најопаснијег облика колективног криминалитета, није могуће добити праве, реалне процене у вези са овим специфичним проблемом, степеном његове друштвене опасности, његовим конкретним манифестацијама, карактеристичним условима испољавања, те његовим ефектима, условљено његовом специфичном суштином, односно, резултирало из његове особене природе.

Ови фрагменти за увод, послужиће нам, просто, као упозорење да ћемо се и на терену појмовног одређења и дефинисања организованог криминалитета сударити са бројним неусаглашеностима и споровима, противуречностима и недореченостима, са многим конфузним закључцима, многим непрецизностима...

Наиме, само један, летимичан поглед на раван појмовног одређења организованог криминалитета убедљиво показује низ мутних и нетачних слика о овом феномену отварајући врата најразличитијим тумачењима, волунтаризму, заплитању у "својеврсној квадратури круга" (јер једна погрешна и непотпуна дефиниција повлачи другу и тако у недоглед) и сл. Изван и изнад, у мрежи двосмислених и контрадикторних поимања организованог криминалитета створен је велики број дефиниција, богатство одређења, али, истовремено, ово мноштво дефиниција је открило, као дубљу

помоћ.Као што је међународно признато (договорено) право сваке земље може се примењивати само на њеној сопственој територији, а извршна судска тела могу да развијају своју власт само у границама те земље. Ни једна суверена држава не би дозволила другим земљама да примењују судске активности на њеној територији. Шта више, у одређеним случајевима корупције евидентно је да она угрожава богатство једне земље, јер криминалци не могу бити дуго у једној земљи у којој су починили злочин. И зато је неопходно потражити судску помоћ друге земље. То је један од начина којим се предузимају конкретне акције против транснационалног криминалитета.„Cheng Rong Bin: On international judicial assistance in anti corruption, Реферат на VII међународној конференцији о анти-корупцији, Пекинг, 1995., стр.2,3.

5 З. Стојановић: "Организовани криминалитет и питање заштите и остваривања људских права", ... Права човека и савремена кретања у криминалној политици, Београд, 1989. стр 123.

позадину - одсуство опште сагласности шта се под тим појмом подразумева. Отуда у томе толико паушалних оцена, неаргументованих тврдњи, неразумевања његовог смисла и других његових могућности и домашаја. С разлогом ваља истаћи и то да ова појмовна различитост није само плод неке оригиналности и личне сујете оних који су се бавили означеном проблематиком, већ одраз објективне природе организованог криминалитета, односно његове комплексности и компликованости које, управо изазивају велике тешкоће у његовој интерпретацији. Но, важније од покушаја сваког дефинисања и његове веће или мање тачности јесте скривени потенцијал опасности у коме се, у ствари, открива суштина и занчај овог посебног облика криминалитета.

Овај својеврстан израз глобалног погледа на проблем омеђавања значења организованог криминалитета био је полазна, али важна тачка померања од општег увида у организовани криминалитет према рељефнијем, конкретнијем одређивању његове суштине и садржаја. Дакле, у сваком приказивању организованог криминалитета било би неопходно указати на нијансиране разлике, наглашавањем неких особености, циљева, интереса појединих организованих форми криминалитета које се, да кажемо то одмах, на почетку, у разним равнима подударају, али и значајно разликују.

Да ствари стоје тако, показује низ дефиниција од којих ћемо навести неке.

Разматрајући односну проблематику, G.Vold указује да се"организација истиче планирањем, култом вође, поделом рада, кооперацијом и формом социјалне структуре која даје индивидуи (појединачном криминалцу) статус и место индивидуалне припадности у свету организованог криминалитета. Оданост групи и распоред улога и одговорности за одређене активности на великој хијерархијској скали,... као и специјализација за вршење неких криминалних задатака" су одлучујуће компоненте за функционисање ове "структуре негативне социјалне акције". "Ово је социјално - психолошка реалност организованих криминалних група."[6]

W.C. Rekless диферсіцира три манифестна облика криминалне каријере: обичну, професионалну и организовану. Организовани криминалитет је онај који индицирају и врше "криминални синдикати".[7]

У D.Taft-овом одређењу појма организованог криминалитета, можемо лако уочити следеће битне моменте: лидерство уз кога обавезно иду дисциплина, сарадња и планирање, без којих, уствари нема успеха у политичком, економском и друштвеном животу.[8]

Готово у истом духу, D.R. Cressey одређује организовани криминалитет по типичним функцијама чланова, чија је позиција условљена планирањем и поделом рада. Пажљиво истражујући означену проблематику, овај аутор

6 G. Vold: Theoretical Criminology, New York, Oxford University Press, 1958.год.,стр.223-224.

7 W.C. Rekless: The crime problem, New York,1961.,п.9,10.

8 D. Taft: „Criminology„, The Meanilton Company, New York, 1956.год., стр.233.

скреће пажњу да у организованим криминалним акцијама увек постоје подмићивачи, подмићени и извршиоци.

Према H.H. Scheider-овом увиду, организовани криминалитет одликују структура и динамика криминалне организације, уз обавезну поделу задатака, чврсту дисциплину и одговорност, као и специјализованост појединих припадника организације. У спровођењу једне криминалне делатности, најпре се приступа планирању - као последица, ризик се своди на најмању могућу меру, а остварује се највећи могући профит. Криминалне организације кроз корумпирање власти елиминишу одређене органе социјалне контроле (полицију и суд) и мало по мало се инфилтрирају у легалан пословни свет, опасно вршећи своју криминалну делатност и не откривајући се као организовани криминалитет.[9]

M. Fullkrug говори о орагнизованом криминалитету као најтежој форми криминалитета у савременом капиталистичком друштву. Указујући да се ради о структуираном тешком криминалитету, овај аутор наглашава његову криминалну повезаност која се пажљиво и вешто прикрива према унутра и према споља, конспиративан рад унутар организације, организованост и осигурање трансфера разне робе и новца криминалног порекла, коришћење савремених техничких средстава како у вршењу криминалне делатности, тако и у провери својих партнера и за проверу органа откривања и гоњења који раде на сузбијању ове криминалне делатности, истичући једну од његових кључних карактеристика у виду тешке препознатљивости у спољном свету.[10]

F.A. Villa под организованим криминалитетом подразумева производе погрешне примене и злоупотребе јавне власти и ауторитета због личне добити.[11]

Ослањајући се на Концепт организованог криминалитета који је усвојен по мексичком Уставу, (чл. 16,) 1993. године, и поменут у федералном Закону о криминалној процедури, M.G. Jimenez ову врсту криминалитета дефинише на следећи начин: "Када се две или три особе организују и дисциплиновано придржавају правила, имају своју хијерархију, с циљем да почине насиље и злочин првенствено да би дошли до уносних средстава."

Организовани криминалитет је друштво које тежи да своје акције обавља ван закона, људи и њихових влада. То укључује хиљаде криминалаца који раде у веома сложеним, уређеним и дисциплинованим структурама као што би било која друга корпорација радила. У њима постоје правила којих се стриктно придражавају.

Њихове акције нису нагле, већ су резултат кратких, средњих и дугих временских очекивања, увежбане контроле над неколико области њихових

9 H.H. Schneider, „Kriminologie„, Berlin - New York, 1977.год.,стр.106-116.

10 Цитирано према: М. Бошковић: Облици организованог криминала и методи супростављања, Београд, 1994.год.,стр.15.

11 F.A.Villa:Organized crime and corruption,Referat na VII međunarodnoj konferenciji o anti-korupciji, Peking, 1995., стр.1

активности и воде ка стварној моћи која доноси велике економске могућности.

Ово погађа животе хиљаде људи с обзиром на то да се организовани криминалитет одвија готово неприметно, на невидљив начин.

Многи од нас нису ни свесни колико нам он штете наноси и колико нас погађа. У завршној анализи се може рећи да сврха организованог криминалитета није да се такмичи са владом већ да је користи.[12]

Најзад, према "Task Force Report" организовани криминалитет јесте посебно друштво, које обухвата хиљаде криминалаца, који "раде" као гигантско предузеће, при чему се криминалци покоравају законима, који се нема сумње, знатно строжије спроводе него што је то случај са применом закона које доноси и спроводи влада.[13]

С друге стране, један површан поглед на нашу науку кривичног права открива неколико прилично јасних и прецизних одређења садржаја, тј. суштине и бити појма организованог криминалитета.

Без намере да се детаљно упуштамо у сваку од њих, навешћемо заједничка обележја, тј. оно на чему сви они инсистирају када је реч о појмовном дефинисању организованог криминалитета. Најпре, сви се слажу да је организовани криминалитет очигледно теже разумети преко сажетих и једноставних дефиниција, али његова суштина постаје јасна ако се размотре његова битна обележја, односно главна подручја где организовани криминалитет налази простор за своје деловање. А кључна обележја су за све ауторе трајније удруживање већег броја лица; хијерархијска организациона структура; планско обављање делатности уз поделу рада; вршење илегалне делатности која је прилагођена специфичним потребама становништва; флексибилна "криминална технологија", разноврсност у избору криминалних метода искоришћавања, претње, изнуде, силе, присилне заштите, терор све до активног подмићивања; тежња ка политичкој и економској моћи; интернационалност и мобилност.[14] Или, једноставно, њихова кључна упоришта за закључивање да се ради о организованом криминалитету су: трајност у удруживању већег броја лица, циљ удруживања те врсте, слојевитост организације (руковођење, планирање, обезбеђење послова, извршење планиране делатности), подмиривање потреба грађана или ширих и ужих група, укључујући ту и државу, супротно важећим прописима (однос легализованих и противзаконитих делатности), средства и поступци у вршењу забрањене делатности.[15]

---

12 M.G. Jimenez: Legislative reforms project against organized crime in Mexico, Реферат на VII међународној конференцији о анти-корупцији, Пекинг, 1995.,стр.6.

13 Тхе Струцтуре анд Опертион оф организед Цриме ин Америца, Њ. Јорк, 1969.год.

14 З.Стојановић: "Организовани криминалитет и питања заштите и остваривања људских права"... стр. 122-125.

15 В.Василијевић:"Превенција и репресија организованог криминалитета "Безбедност и друштвена самозаштита, Београд 12/90, стр.30 и 35.

активности и воде ка стварној моћи која доноси велике економске могућности.

Ово погађа животе хиљаде људи с обзиром на то да се организовани криминалитет одвија готово неприметно, на невидљив начин.

Многи од нас нису ни свесни колико нам он штете наноси и колико нас погађа. У завршној анализи се може рећи да сврха организованог криминалитета није да се такмичи са владом већ да је користи.[12]

Најзад, према "Task Force Report" организовани криминалитет јесте посебно друштво, које обухвата хиљаде криминалаца, који "раде" као гигантско предузеће, при чему се криминалци покоравају законима, који се нема сумње, знатно строжије спроводе него што је то случај са применом закона које доноси и спроводи влада.[13]

С друге стране, један површан поглед на нашу науку кривичног права открива неколико прилично јасних и прецизних одређења садржаја, тј. суштине и бити појма организованог криминалитета.

Без намере да се детаљно упуштамо у сваку од њих, навешћемо заједничка обележја, тј. оно на чему сви они инсистирају када је реч о појмовном дефинисању организованог криминалитета. Најпре, сви се слажу да је организовани криминалитет очигледно теже разумети преко сажетих и једноставних дефиниција, али његова суштина постаје јасна ако се размотре његова битна обележја, односно главна подручја где организовани криминалитет налази простор за своје деловање. А кључна обележја су за све ауторе трајније удруживање већег броја лица; хијерархијска организациона структура; планско обављање делатности уз поделу рада; вршење илегалне делатности која је прилагођена специфичним потребама становништва; флексибилна "криминална технологија", разноврсност у избору криминалних метода искоришћавања, претње, изнуде, силе, присилне заштите, терор све до активног подмићивања; тежња ка политичкој и економској моћи; интернационалност и мобилност.[14] Или, једноставно, њихова кључна упоришта за закључивање да се ради о организованом криминалитету су: трајност у удруживању већег броја лица, циљ удруживања те врсте, слојевитост организације (руковођење, планирање, обезбеђење послова, извршење планиране делатности), подмиривање потреба грађана или ширих и ужих група, укључујући ту и државу, супротно важећим прописима (однос легализованих и противзаконитих делатности), средства и поступци у вршењу забрањене делатности.[15]

---

12 M.G. Jimenez: Legislative reforms project against organized crime in Mexico, Реферат на VII међународној конференцији о анти-корупцији, Пекинг, 1995.,стр.6.

13 Тхе Струцтуре анд Опертион оф организед Криме ин Америца, Нењ Јорк, 1969.год.

14 З.Стојановић: "Организовани криминалитет и питања заштите и остваривања људских права"... стр. 122-125.

15 В.Василијевић:"Превенција и репресија организованог криминалитета "Безбедност и друштвена самозаштита, Београд 12/90, стр.30 и 35.

У спектру криминалних делатности које предузимају разне "агенције", организације, одређене групе или криминалци као његови чланови, налазе се, пре свега: трговина и кријумчарење опојним средствима и оружјем, коцка, клађење, зеленаштво, организовање проституције, уцене, терор, корумпирање власти и учешће у илегалном бизнису, те преузимање тог бизниса у своје руке (сврставање врхова мафије са врховима финансијског капитала), трговина украденим уметничким предметима од непроцењиве вредности, недозвољени послови и запослење странаца, трговина људима, илегално отклањање посебног отпада ("Ђубретарска мафија"), илегални технолошки трансфер, производња и ширење фалсификованог новца, крађа и уношење скупих аутомобила, професионалне крађе по становима и др.[16] При свему томе, посебан акценат се ставља на чињеницу да се у "бази" активности организованог криминалитета, највећа добит остварује, управо трговином опојним средствима, затим организованим крађама, прањем новца, трговином оружјем, илегалним смештањем нуклеарног отпада.[17]

Наш је даљи теоријски задатак да, на основу изнетих гледишта, дакле, синтетизујући "парцијалне" резултате до којих се дошло у овом делу анализе комплексног феномена, критички промислимо и одговоримо на питање - шта је организовани криминалитет?

Рекли смо поводом организованог криминалитета, да је извесно како међу поменутим ауторима у погледу његовог схватања и појмовног

---

16 У Концепту организованог криминалитета који је усвојен по мексичком Уставу, (члан 16,) 1993. године и поменут у федералном Закону криминалне процедуре, области и методе деловања организованог криминалитета су: насиље, тероризам, саботажа, избегавање затвора, напад на средства комуникације, трговина белим робљем, искоришћавање малолетних особа за проституцију, силовање, убиство са предумишљајем, киднаповање, тешка крађа, црна листа, пљачкање, тортура, плагијат, незаконита употреба ваздушног саобраћаја, оружани напад на путеве и магистрале, поседовање и трговина ватреним оружјем, трговина дрогом, превожење особа без легалних докумената, "прање новца", фалсификовање новца. M.G.Jimenez: Legislative reforms project against organized crime in Mexico, Реферат са VII међународне конференције о анти-корупцији, Пекинг, 1995. стр.

17 "... Капиларно решење уцене и зеленаштва, десетине киднаповања, стотине никад разјашњених убистава, међународна трговина оружјем, дрогом, проституцијом и порноиндустријом, владавина многим каналима власти по њиховој вертикали, прање новца, контрола готово петине свих комерцијалних активности Италије, уз "учинак" од неких 66 милијарди долара широм света - од фармерки до корпорацијских финансија. То је панорама активности Мафије, онако како је описана у једном документу Комисије за борбу против мафије. Само током последње две године, од организованог криминалитета заплењена је вредност од 1.370 милијарди лира (91 милијарди долара), што је више од десетог дела бруто производа Италије. Мафија, цени се, контролише до поливине италијанских финансијских холдинг компанија, петину грађевинске индустрије и четвртину дистрибуције пољопривредних производа. рецесија је озлоглашену "узуру" - зеленаштво - учинила једном од најбрже развијајућих послова који је 1993. године донео 10 милијарди долара. Заједно са руском мафијом направљене су нове милијарде долара у индустрији текстила...Прању новца широм света још нико није стао на пут." Чланак објављен у "Политици", 21. новембар 1994.

објашњења постоје знатне разлике. Другим речима, формулисање суштине и смисла ове форме криминалитета, како на међународној, тако и на нашој доктринарној сцени, показује знатне осцилације. У овој перспективи отвара се велики број разноврсних формулација, од којих су неке међусобно веома контрадикторне, неке су концепцијски веома сличне, неке, чак идентичне и сл. Управо, поглед на ову упоредноправну раван суштинског омеђавања организованог криминалитета, омогућиће нам да у свеукупном приступу (уз одређену селекцију) добијемо занимљиве и апликативне закључке о тој особеној врсти криминалитета који нам могу користити у његовом даљем проучавању и објашњавању. Зато ћемо организовани криминалитет интрпретирати кроз призму основних претпоставки, његових карактеристичних обележја, али, овога пута, из нашег видокруга.

За постојање организованог криминалитета потребно је да буду испуњени одређени услови, односно елементи.

1. трајно удружење већег броја особа;

2. циљ криминалне делатности који подразумева остваривање огромних профита, односно прибављање што веће добити;

3. хијерархијска организациона структура, субординација и надређеност;

4. планско поступање обележено вршењем кривичних дела по начелима поделе рада и специјализације;

5. савитљиво, прилагодљиво бављење илегалним пословима, који су, дакле увек прилагођени тражњи од стране становништва;

6. флексибилна криминална технологија и разноврсност у избору криминалних метода у вршењу бројних кривичних дела - рекет, проституција, коцка, кријумчарење дроге, изнуде, уцене, убиства и телесне повреде, терор, подмићивање и др.

7. интернационализација и обавезна мобилност;

8. и оно на чему посебно инсистирамо - спрега орагнизованог криминалитета са државом и њеним политичким врхом. Због своје основне претпоставке, овај услов је одлучујући, неопходни услов у тоталитету тих активности орагнизованог криминалитета[18]

---

18 Овако конципиран, одликује се следећим атрибутима: "1) Њихов циљ је новац и моћ. Нема друге сврхе ни приоритета; 2) Постоји јака хијерархијска структура, са максимално два или три ранга и сталним ауторитетом (сталном влашћу); 3) Ограничен је број чланова са различитим врстама умећа и строг је процес избора; 4) Трајност у времену без обзира на животни век чланова; 5) Коришћење насиља и корупције као што је познато и прихваћено подразумева испуњење њихових циљева; 6) Извођење операција по развијеном принципу што подразумева обављање задатака од стране њихових елемената који су међусобно повезани, и у вези су са својим вишим каналима. Позиције су добро утврђене и повезане су са квалификацијама њихових чланова; 7) Они увек покушавају да успоставе власт на одређеном географском подручју или над одређеном илегалном активности; 8) Унутрашња наређења се дају усмено или у писаном облику и сви чланови морају да их се придржавају." M.G.Jimenez: Legislative reforms project against organized crime in Mexico ,Реферат са VII међународне конференције о анти-корупцији, Пекинг, 1995., стр.6-10.

У склопу разјашњавања суштине појма организованог криминалитета и њеног коначног уобличавања, да кажемо и то да организовани криминалитет није феномен који се искључиво везује за садашњи актуелни тренутак, за ову државу и партију која је на власти; он једноставно не постоји "од сада" и како ствари стоје он егзистира независно од тога која политичка партија доминира у структури власти и који је режим у питању.

На крају, сводећи овај део разматрања, заједнички је утисак да је организовани криминалитет присутан и у нашој земљи и то са тенденцијом даље експанзије и усложњавања.[19]

ОРГАНИЗОВАНЕ ФОРМЕ КРИМИНАЛИТЕТА

САВРЕМЕНИ ТИПОВИ И ВРСТЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Из претходног излагања, нема сумње да је са становишта одређивања јединствене смисаоне димензије веома разгранатих делатности које се могу подвести под организовани криминалитет, овај појам, управо један од најпроблематичнијих. Истовремено, присутан је и проблем разграничења значења појединих термина који се односе на неке организоване форме криминалитета, нарочита терминолошка неуједначеност, конфузија услед њихове употребе (у криминологији се поред одомаћених термина све чешће користе и нови термини који се по својој суштини делимично поклапају). У овом полазном случају, "комплекс понашања" редуциран на две основне речи - организовани криминалитет - поред онога што се под њим подразумева у ужем, уобичајеном смислу речи (organized crime) обухвата и области где доминирају неке друге организоване форме криминалитета: организоване форме привредног криминалитета, криминалитет белог оковратника, професионални криминалитет, криминалитет који се врши у обављању професије ("occupational crime"), организацијски криминалитет ("organisational crime.), корпорацијски криминалитет ("corporation crime"), криминалитет моћних ("crime of the powerful"), а у оквиру њега репресивни криминалитет и др. Коначно, овде можемо још да споменемо и организоване облике повреде права потрошача, организовне облике сколошког криминалитета, организовану корупцију у одређеним областима које истовремено представљају и средство за вршење неких других кривичних дела и сл.[20]

С друге стране, наведена шароликост у облицима организовања и могућностима и ширини деловања инспирисала је неке друге ауторе да из ове глобалне "позадине" многобројних и сложених врста организованог

---

19 З. Стојановић: "Организовани криминалитет и питања заштите и остваривања људских права"... стр.124; В.Василијевић: "Превенција и репресија организованог криминалитета", Правни живот, Београд, бр.3/85, стр.288; "Људска права и усмерење криминалне политике", Права човека и савремена кретања у криминалној политици, Београд, 1989, стр.50-51; В.Водинелић: "Криминалитет са мрежном структуром и организовани криминалитет профита", Безбедност, 1/92, стр.15-17.

20 В.Водинелић: op.cit.стр.122.

криминалитета, макар покушају да издвоје - по броју, типовима и карактеру, с обзиром на потенцијал опасности - најзначајније форме организованог криминалног деловања. У том смислу, иако има разноврсних тумачења и подељених мишљења шта се из овог разуђеног ткива организованог криминалитета може издвојити као најизразитије, постављени изнад свих осталих налази се криминалитет "белог оковратника", организовани криминалитет и криминалитет моћних.

У духу горе поменутог диференцирања, неки теоретичари у тоталитету организованих криминалних активности, одређују поједине подгрупе или подсистеме, као што су: криминалитет белог оковратника, професионални криминалитет, организацијски криминалитет, криминалитет правних лица и тероризам као један веома развијен и особен подсистем са посебним обележјима.[21] Неки, пак, из мноштва разноврсних организованих форми криминалитета, као типичне издвајају: рекет, организовану проституцију, коцку и продају наркотика.[22]

Постоје два типа организованог криминалитета: организовани пљачкашки криминалитет и рекет.

Рекет је врста организованог криминалитета у коме се криминални елементи изводе, или бар изгледа као да изводе, да врше неке услуге члановима друштва који су ангажовани у легалним активностима. Рекет је преварна, принудна "продаја безвредне сигурности", заправо обезбеђења, не од стварно постојећих опасности, већ од претњи које долазе од рекетара. Како је у све то укључена нека услуга, та активност не експлоатише тако очигледно и тако комплетно као што то чини организовани пљачкашки криминалитет, мада је добитак упадљиво већи.[23] Другим речима кроз рекет се узима више новца (остварује већи профит) него од организованог пљачкашког криминалитета. У том смислу, рекет подсећа на многе легалне компаније, које такође, у својим пословним односима, у свом бизнису користе разноврсне врсте притисака који уопште нису противзаконити.[24] Особе које ови експлоатишу су углавном уцењене од стране рекетара, али то не мора да буде увек случај. Веома често, експлоатисане особе убеђене у вредност услуге вршиоца рекета, чак зову тог рекетара, односно, дозволе му приступ и дочекају га добродошлицом. У таквим случајевима постоји веома мало насиља. Али, ако постоји ма и најмањи отпор међу експлоатисаним особама,

---

21 В.Василијевић: op.cit., стр.35 и стр.50 и 51.

22 Вид.W.C.Rekless:op.cit., стр. 9 и 10.

23 Почетком тридесетих година новине су биле пуне имена оних рекетара који су пружали своје услуге добровољној клијентели ("Pretty Boy Floyd„, „Leg„, Diamond, John Dillinger, Frank Nitti, Verne Sankey). M. Eliot: op.cit., стр.126.

24 Разгранати подземни послови Френка Костела (Frank Costello),у почетку су се састојали у искоришћавању хазардне игре са двема коцкама. За тим је ушао у разноврсне послове, укључујући лутке, ножиће за бријање, јапанске билијаре и аутомате. За време прохибиције бацио се на забрањену продају алкохолних пића. Са новцем који је стекао овим "рекетима" Костело је "прешао у легалност". Уложивши знатне суме новца у непокретности, могао је сачувати известан углед. M.Eliot:op.cit.стр.126.

онда се намећу насиље и присила као инструменти убеђивања, дакле, саставни су део рекета.

Између осталог, јасно се разликују три типа рекета: 1) рекети који штите бизнис насупрот конкурената и насупрот захтева од стране организованих радничких синдиката, 2) рекети који штите те организоване радничке синдикате насупрот руководиоца, 3) рекет који штити жеље потрошача (реч је о ономе што ми називамо "шверцом", тј. илегална набавка дефицитарне робе). Посебно привлачи пажњу ова трећа врста рекета. У питању је, у ствари, најзаступљенији вид организованог криминалитета у нашим условима, на нашем социјалном тлу који се јавља као одговор на захтеве који се услед разних узрока, у условима општег сиромаштва, незапослености, глади не могу задовољити на легалан начин. Дакле, ова врста рекета својом дистрибуцијом и врстама услуга осигурава илегално задовољење потреба и жеља многих људи које би иначе остале незадовољене и на неки "само себи својствен начин" одржава социјалну равнотежу.[25]

Тако смо дошли до неких заједничких елемената рекета. Као прво, ту постоје јаке потребе или жеље; као друго, ту постоји немогућност легалног задовољења тих потреба и треће да, постоји могућност њиховог легалног задовољења кроз рекет.

ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛИТЕТ

(ОДНОС ИЛЕГАЛНИХ И ЛЕГАЛНИХ ПОСЛОВА)

Организовани криминалитет је бизнис - брзо "млаћење великих пара" је главни циљ ове врсте криминалитета и он често постиже ту сврху. То је "посебна врста пословног предузећа", начин стицања максималних профита учествовањем у делатностима које закон изричито забрањује - сва кривична дела извршена на овај начин, извршена су ради стицања материјане користи и само су средства у том циљу.

У нормалним друштвима, скоро свако удружује свој рад са неким другим, сједињује своју акцију са неком другом особом да би зарадио за живот. Одувек су људи били заинтересовани за добијање максимума из минималних улагања снаге и енергије. То звучи као нека аксиома која је утицала, односно која је водила ка реализацији много лагоднијег живота. Ово је основни разлог за другачију, савременију организацију посла и координацију специјалних напора да се оствари виши ниво индустријске производње. Организација, специјализација напора, координација активностима - све то представља снажни и незамењиви инструмент у остварењу максималних профита, односно, у елиминисању одређених губитака. Ова, можемо слободно рећи начела у оранизацији и менаџменту бизниса и индустрије претворене су у "верске" врлине. Резултат тога је увећана производња, већа примања за свакога који је на било који начин повезан са том активношћу.

25 G.Vold:op.cit.стр.235-236.

Таква полазна основа омогућује да се схвати профитни мотив и у области организованог криминалитета. Наиме, овакав приступ у проучавању означеног проблема, условљен је, пре свега, чињеницом да иако су у питању различите делатности са различитим субјектима као њиховим основним носиоцима, оно што их "обједињује" - јесте јединство циља - стицање профита. Организовани криминалитет се увек налази у вези са напорима да се заради што више новца са што мање уложеног рада. Мотивација схваћена у општем смислу у области организованог криминалитета је у ствари иста као и у легалном бизнису...[26]

Да би истакли изглед његове својеврсности, организовани криминалитет представља алтернативни пут у "високо друштво" за оне који су друштвено маргинализовани, подвлашћени и деградирани. То је један од најбржих и најкраћих начина вертикалне мобилности којим чланови одређених маргиналних групација "радећи под окриљем и заштитом оних који се старају о примени закона", гомилајући за себе огромно богатство остварују "амерички сан". Управо, новцем се купује све. Као што положај постаје пут за увећање богатства - поседовање богатства отвара пут до највиших друштвних степеница. Тако, имовина стечена "многоструким незаконитим операцијама" купује овим лицима одређено место, најчешће сам врх утицаја и моћи на друштвеној лествици. Дакле, учешћем у забрањеним пословима, припадници криминалних организација "зарађеним новцем" купују углед и статус, овим зарадама из нелегалних извора, они плаћају свој пут и своје место у политичком, економском и друштвеном животу. [27]

Готовина стечена организованим криминалним акцијама често се користи за легалне инвестиције (на пример код "прања новца", високи износи остварени криминалом њеним провлачењем кроз легалне финансијске токове међународног платног промета се и сами легализују). Велика финансијска средства обезбеђена кроз незаконите делатности у виду свежег капитала одлазе у легалне послове.[28] Тако се обезбеђује сакривање

---

26 G.Vold: op.cit., стр.222.

27 Било да их називају "великанима лоповлука", "аристократијом" или "елитом злочинаца", "велики кани" или "пљачкашким баронима" битно је да им њихова имовина стечена незаконитим маневрима плаћа положај чланова "поштованог друштва" (случај породице Оназис или породице Кенеди). Они бивају прихваћени и признати као личности - узори за углед - они представљају прави модел утицајних џентлмена, они пишу законе, постављају службенике органа принуде и успостављају владавину законитости над сопственим илегалностима којима постижу добит (на пример Endrju Karnega, J.P.Morgan, Xon Rokfeler и др). Цитирано према: З. Мршевић: "Организовани криминалитет", Актуелни проблеми сузбијања криминалитета, Београд, 1993.,стр.88.

28 Да се мало осврнемо на поздравни говор председника I.C.P.O. INTRPOL-а који се односи на аспекте посматрања начина на који орагнизовани криминалитет ствара основе корупције у друштву. У том говору је између осталог речено:"Овај утицај можда не може бити очигледан од самог почетка, али се може описати као процес уз помоћ кога се утицај криминалитета развија корак по корак; 1) Први корак се може описати као наизглед позитиван. Криминалци троше добит купујући робу

Таква полазна основа омогућује да се схвати профитни мотив и у области организованог криминалитета. Наиме, овакав приступ у проучавању означеног проблема, условљен је, пре свега, чињеницом да иако су у питању различите делатности са различитим субјектима као њиховим основним носиоцима, оно што их "обједињује" - јесте јединство циља - стицање профита. Организовани криминалитет се увек налази у вези са напорима да се заради што више новца са што мање уложеног рада. Мотивација схваћена у општем смислу у области организованог криминалитета је у ствари иста као и у легалном бизнису...[26]

Да би истакли изглед његове својеврсности, организовани криминалитет представља алтернативни пут у "високо друштво" за оне који су друштвено маргинализовани, подвлашћени и деградирани. То је један од најбржих и најкраћих начина вертикалне мобилности којим чланови одређених маргиналних групација "радећи под окриљем и заштитом оних који се старају о примени закона", гомилајући за себе огромно богатство остварују "амерички сан". Управо, новцем се купује све. Као што положај постаје пут за увећање богатства - поседовање богатства отвара пут до највиших друштвних степеница. Тако, имовина стечена "многоструким незаконитим операцијама" купује овим лицима одређено место, најчешће сам врх утицаја и моћи на друштвеној лествици. Дакле, учешћем у забрањеним пословима, припадници криминалних организација "зарађеним новцем" купују углед и статус, овим зарадама из нелегалних извора, они плаћају свој пут и своје место у политичком, економском и друштвеном животу. [27]

Готовина стечена организованим криминалним акцијама често се користи за легалне инвестиције (на пример код "прања новца", високи износи остварени криминалом њеним провлачењем кроз легалне финансијске токове међународног платног промета се и сами легализују). Велика финансијска средства обезбеђена кроз незаконите делатности у виду свежег капитала одлазе у легалне послове.[28] Тако се обезбеђује сакривање

---

26 G.Vold: op.cit., стр.222.

27 Било да их називају "великанима лоповлука", "аристократијом" или "елитом злочинаца", "велики кани" или "пљачкашким баронима" битно је да им њихова имовина стечена незаконитим маневрима плаћа положај чланова "поштованог друштва" (случај породице Оназис или породице Кенеди). Они бивају прихваћени и признати као личности - узори за углед - они представљају прави модел утицајних џентлмена, они пишу законе, постављају службенике органа принуде и успостављају владавину законитости над сопственим илегалностима којима постижу добит (на пример Endrju Karnega, J.P.Morgan, Xon Rokfeler и др). Цитирано према: З. Мршевић: "Организовани криминалитет", Актуелни проблеми сузбијања криминалитета, Београд, 1993.,стр.88.

28 Да се мало осврнемо на поздравни говор председника I.C.P.O. INTRPOL-а који се односи на аспекте посматрања начина на који орагнизовани криминалитет ствара основе корупције у друштву. У том говору је између осталог речено:"Овај утицај можда не може бити очигледан од самог почетка, али се може описати као процес уз помоћ кога се утицај криминалитета развија корак по корак; 1) Први корак се може описати као наизглед позитиван. Криминалци троше добит купујући робу

њиховог криминалног порекла, али и омогућава њихово олакшано даље коришћење у законитим пословним односима, односима у легални, обично високопрофитабилни бизнис. Коначно треба рећи и то, да у овим "смутним" временима (нарочито последњих година), пракса да се криминалци као делови криминалне организације, стичући власт и моћ легитимних пословних лидера и манипулишући личностима које заузимају водеће позиције у политици и привреди врло брзо пењу на сам врх друштвене зграде, нажалост, добија карактер доминантне праксе.[29]

Постоји паралела између структура и система организованог криминалитета и структура и начина функционисања легитимних предузећа.[30] Просто, имитацијом, криминалне и гангстерске орагнизације (које се тако лако примају у овим условима) пресликавају структуру легитимних орагнизација, обликују их по узору на општи модел организација које се баве законитим бизнисом, с тим што прилагођавају и разрађују његову природу у складу са особеностима посла којим се баве. Штавише, криминална удружења кроз која се остварује незаконити бизнис у потпуности опонашају својом структуром најефикасније типове организације које постоје на легалној сцени (неки криминални "синдикати"

и улажући средства у угоститељство.Ово је наравно позитивно јер подразумева фаворизовање комерцијалног живота; 2) Други корак често подразумева да криминалци улажу инвестиције зарађене криминалом у различите послове, као на пример ресторане и такси службе. Ово им пружа могућност преношења "црног" новца у "бели" новац. Да би били у могућности да овај посао обаве професионално, они такође плаћају услуге адвоката и особља које ради у банкама. Ово је очигледно претња упућена слободној конкуренцији зато шт је немогуће да се бизнисмени који раде на легалан начин и придржавају закона такмиче са њима под истим условима; 3) Трећи корак подразумева чињеницу да криминалци обезбеђују себи висок положају друштву због уложених инвестиција, које су наравно зарађене на илегалан начин. Тако да су у позицији да се удруже са политичарима и да на тај начин имају утицај у доношењу важних легалних одлука, на пример разматрање акција против "прања новца"; 4) Четврти корак подразумева да криминалци више или мање имају одређене политичаре које плаћају, класичан пример корупције." (Говор којим је отворена ВИИ међународна конференција о анти-корупцији у Пекингу, 1995.). .

29 Организације располажу великим капиталом, који улажу у вредносне хартије и инвестирају у друга (некриминална предузећа). Тако се гангстери инфилтрирају у велику индустрију... Део капитала се оставља како би се одржала кохезија организације, покрили трошкови погона и испуниле текуће обавезе. Постоји властити буџет за адвокатске и медицинске трошкове, подмићивање, помагање затворених чланова, породица убијених итд. Суштински се може рећи: од отворених гангстера јучерашњице настали су прерушени и према правилима привредне науке организовани, криминални велики пословни људи.

30 У Италији ћемо ситуацију, која је толико измакла, контроли окарактерисати речима једног доброг познаваоца Мафије који каже:"Без тога Мафија не би могла да буде не паралелна структура, већ темељна држава, темељна култура италијанског југа..." Управо, не говори то можда толико о снази Мафије, колико о беди државе коју је подземље истиснуло и заменило као и о већем или мањем саучесништву других стубова локалне цивилизације. Чланак објављен у "Политици", недеља 27. новембар 1994.

су постали, у пуном смислу речи велика предузећа и имају организацију по моделу индустријске корпорације). Организатори подземних организација подражавају у свему - по углађености, понашању, одевању - велике индустријске и финансијске аристократе и магнате, истичући у свакој прилици:"ми смо бизнисмени". Из претходног излагања, произилази да и криминалне организације и организације легалног бизниса дејствују фактичком сличношћу.

Међутим, између њих постоји још један заједнички моменат. Он се налази у њиховом истоветном мотиву - и једни и други су покренути искључиво профитом као јединим циљем. Наиме, мотиви формирања и активности тих криминалних организација, у многоме су слични, па чак истоветни са мотивима организовања легалних пословних предузећа... Разлика је само у форми, која се у овим случајевима изражава илегално, а понекад веома грубо и насилнички - као акција друмских разбојника, пљачкаша и уцењивача[31] То значи да међу њима, гледајући са становишта циља, нема разлике; у крајњој линији и један и други су покренути профитом као јединим сврхом, односно и један и други постоје да праве профит и акумулирају капитал.

Однос између организованог криминалитета и легалног бизниса је необично компликован и није га лако дешифровати. То је прави лавиринт невидљивих веза и међуутицаја. Несумњиво, ово пружа грађу за сложенији поглед и улогу организованог криминалитета стављајући нас пред озбиљно питање - положај и улога легалних институција у одлучујућем систему зависности од организованог криминалитета.

Већ је раније указано како линија разграничења између рекета и организованог пљачкашког криминалитета и између рекетирања и легалног бизниса није јасно оцртана. [32] Или како каже М.Елиот, "место где престаје законити бизнис, а настаје незаконит је замагљено, па не може јасно да се уочи". [33] Један, већ наглашен вид изражава се у чињеници да је реч о нивоима делатности, о варијантама бизниса које се, судећи по свом спољашњем издању, само у свом најопштијем смислу, апсолутно поклапају - и један и други се развијају у такмичарској економији, и служе задовољењу виталних друштвених потреба и, наравно, властитих, ужих циљева. И даље. У њима се рађа економска интеграција, мноштво политичких и економских веза које снажно уједињавају "оболели" друштвени организам. У стварности, сем ређих изузетака, легалне институције масовно постају пријемчиве за нове нелегалне идеје (злочиначке потхвате).

---

31 Према речима Тарда, не треба доказивати колико злочиначка гангстерска удружења у САД личе на професионалне групације, организације, које, дакле "могу - мутатис мутандис - упоредити са онима трговачких или индустријских друштава". У том смислу, Б.С. Никифоров с правом тврди да у "низу случајева није могуће установити да ли је у САД рекетарство вид капиталистичке предузимљивости или је амерички бизнис вид преступничке делатности." М. Милутиновић: "Криминалитет као друштвена појава", Београд, 1957., стр.238.

32 D.Taft:op.cit., стр.263.

33 M.Eliot:op.cit., стр.113.

У ствари, експанзивна економија покретана профитом као главним циљем доспева у стање акутне зависности од читавог ланца активности организованог криминалитета. Практичнији и калкулативнији поглед на будућност и циљеве ове две сфере деловања чини да у многим случајевима законити бизнис није само безазлени (преплашени и безбојни) посматрач, већ кроз серије међуутицаја склопљен у јединство, у интегрални део операција организованог криминалитета. Легални бизнис пружа чврст ослонац организованом криминалитету у његовим активностима. Из његових редова долази значајна подршка. Просто, у овим нашим временима, он постаје природни, органски део економског система попуњавајући његове празнине. Рецимо, на крају, у том стању "крајње лабилне равнотеже" (у смислу да је граница између њих веома флексибилна и стално се помера у корист ових других), шокантна је мера у којој легалне организације које функционишу у свим секторима друштвеног живота, потпомажу организовани криминалитет.[34]

Најзад, "разгртањем простора" на коме се разматра овај феномен, али овог пута нешто одређеније - ради се о стању организованог криминалитета у нашој земљи - морамо, још једном резигнирано констатовати да организовани криминалитет последњих година као какав талас запљускује наше, очигледно неприпремљено друштво, бележећи непредвиђене скокове, управо доживљавајући своју експлозију. Он узима чудовишне размере, изгледа да се распламсава геометријском прогресијом, појављује се у новим облицима, унапређује у варијантама свога испољавања. То значи да је ситуација, у том погледу, алармантна и да се подхитно морају активирати сви законски механизми за разоткривање и уништавање, макар сузбијање ове најопасније форме колективног криминалитета. То једноставно значи - већу преокупираност друштва у функцији борбе против криминалитета.

Нема сумње, реч је о општем друштвеном проблему, константној друштвеној појави чије елиминисање, или, пак обуздавање треба да постане перманентна обавеза, па се, у том смислу морају интезивирати и напори југословенске државе и друштва у сузбијању и спречавању застрашујућих последица које долазе од организованог криминалитета.

---

34 Као што истиче Сатерленд, извесне групе су се удружиле на једној различитој основи. Организовано и систематично кривично дело постаје могуће само стога што се појединци удружују са другима који усвајају њихово кршење закона. Стога имамо подземље, банде, гангстере који изграђују прави кодекс за уређење своје сопствене групе. То је у извесном смислу васпитни процес којим криминалци успевају да њихово посебно удружење прихвати криминалне узоре владања. Они чак теже да оправдају своје понашање. Несумњиво да многи гангстери и рекетари сматрају да њихове побуде имају исту вредност коју имају побуде пословних људи и људи са дозвољеним занимањем. Ал Капоне је дао своју apologia pro sua vita (апологија свог живота) кад је рекао:"Једино што сам увек чинио, било је да продајем пиво и виски нашим најугледнијим људима. Али, исте чове које доприносе да ми посао иде добро јесу они који најгласније вичу на мене. Неки од најугледнијих судија троше моју робу." M.Eliot:op.cit., стр.230.

Др Мирослав Милекић
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

СЛАБЉЕЊЕ ПРИМЕНЕ ФЕДЕРАЛНОГ НАЧЕЛА У САД

кључне речи:
федерално уређење; Сједињене Америчке Државе; уставно право

УДК: 342.24(73)

Детерминисана узроцима стичке, националне, економске, историјске, културне и друге природе, федерација је увек у себи носила потребу прилагођавања уставних решења ономе што се у животу дешава. Њену природу, дакле, карактерише стално преиспитивање и усавршавање пронађених форми и решења. Без тога федерација би се брзо претворила у кочницу развоја, па и негацију самих федералних односа.[1]

Динамика и прилагођавање федералног уређења углавном се тичу функционалног аспекта федерализма. С тим у вези запажа се, нарочито од двадесетих година овог века, постепено ширење надлежности федерације на рачун посебних јединица. Смањивањем броја и врсте послова које су обављале посебне јединице, слабљен је и степен њихове самосталности. На тај начин дошло је и до промене природе и карактера самог федерализма, који је од "двојног" (dual) постао "кооперативан" (cooperative).

Двојни федерализам одговарао је потребама друштва XIX века. Како је у том периоду држава вршила релативно малобројне функције, савезним уставом је било могуће извршити колико-толико прецизну расподелу функција. И федерација и федералне јединице били су самостални у оквиру сопствених овлашћења, тако да им није одговарало постојање мешовите надлежности која би "кварила" уставом успостављену равнотежу.[2]

Крајем XIX и почетком овога века у друштву се дешавају крупне промене, тако да горе скицирани облик федерализма није више могао да одговара његовим потребама. Раније постојећа независност и равнотежа

1 Како истиче Ј. Ђорђевић, Политички систем, Београд, 1967, стр.376, "схватање федерализма као процеса одбацује и традиционално схватање о постојању идеалног, аутентичног и једино правилног федерализма".

2 По речима K.C.Wheare, Federal Government, п. 15, за постојање федералног уређења није довољна само вертикална подела власти, већ је нужно да и савезна и посебне владе буду "ограничене на своју властиту сферу и да унутар те сфере буду независне једна од друге".

две сфере власти ремети се јачањем функција федерације. Као што истиче М. Јовичић: "Наступило је доба кооперативног федерализма", у коме су "општи интереси читаве федерације стављени у први план и зато се као основна тенденција појављује тражење начина за повећање сарадње између центра и федералних јединица, без претераног обраћања пажње на то да ли федерација остаје строго у границама својих уставних овлашћења".[3]

На овом месту неопходно је у основним цртама изложити разлоге који су довели до прерасподеле овлашћења у корист савезне власти.

На јачање функција центра у великој мери утицало је ширење интервенције државе у економској сфери. Као што је познато, федерализам је почео да се остварује у условима економског либерализма. Међутим, у измењеном друштвеном амбијенту који карактерише хиперпродукција материјалних добара и нарастање разноврсних друштвених потреба, које је требало све потпуније задовољавати, неповезаност и уситњеност производње није се могла толерисати. Решавање тих питања захтевало је једнобразност за целу земљу, па су она, највећим делом стављена у надлежност федерације.[4]

Проналазак и усавршавање транспортних средстава, поштанско-телеграфско-телефонских комуникација, а касније радија и телевизије, захтевали су, с обзиром на њихов велики значај да питање саобраћаја и веза буде углавном јединствено регулисано од стране федерације.

Даље, систем финансијске помоћи коју федерација даје федералним јединицама ради обављања појединих функција које се налазе у њиховој надлежности посредно је утицао на јачање надлежности центра. Не треба заборавити да је давање одређених субвенција увек повезано са испуњењем одређених услова.

Значајан чинилац у јачању надлежности федерације представљају и политичке партије и то оне које су ширег, федералног домашаја. Пошто је њихов циљ обезбеђивање што више места у федералном парламенту, оне у својим програмима тежиште стављају на оно "што спаја, а не на оно што дели". Доласком на власт оне играју улогу снажног интегришућег фактора у федерацији.

Најзад, већина федералних устава забрањује федералним јединицама да склапају уговоре са страним државама, или им то допушта, али уз сагласност савезне власти. Велики значај међународних (политичких и економских) односа довео је до решења по коме су они, по правилу, у искључивој надлежности федерације. То је, нема сумње, допринело промени равнотеже у федералхим односима.

Сви ови разлози, као и други које смо навели, имају за последицу велико јачање функција федерације. Они су и у САД довели до прерасподеле

---

3 М. Јовичић, Велики уставни системи, Београд, 1984, стр.115.

4 Тако нпр. Н Пашић, Деетатизација друштвено-политичких заједница и развој федерализма, у "Карактер и функције федерације у процесу конституисања самоуправног друштва", Београд, 1968, стр.48, истиче:"Административно регулисање друштвених односа, нарочито односа у области производње и расподеле значи, по правилу, умножавање и јачање државних функција и компетенција... и концентрисање атрибута реалне власти у државним органима".

овлашћења у корист савезних органа. Међутим, на расподелу надлежности у овој федерацији имале су утицај и две велике кризе кроз које је у току своје историје прошло америчко друштво. Прву националну кризу изазвао је крвави четворогодишњи рат (1861-1865), док је другу представљала велика економска криза 1929-1933.

Устав САД од 1787. био је у низу питања недоречен и неодређен. Ти недостаци нису само последица помањкања правне технике уставотворца, реч и разлика у поимању природе америчке федерације. Спорови који су се јавили још приликом њеног стварања на Конвенцији у Филаделфији 1787. настављени су и касније. Своје порекло имали су у Федералистичким списима, у почетној разлици Хамилтоновог и Медисоновог схватања природе и карактера федералне владе.

Хамилтонову политичку активност карактерисало је заговарање оних уставних решења која би федералну владу учинила што ефикаснијом, а власт федералних јединица субординирала федералној влади. По њему, савез је суверен унутар својих овлашћења, па стога његова супрематија не може бити оспорена уколико се креће у оквиру делегиране, али и имплицитне надлежности (implied powers). Хамилтон је, наиме, сматрао да одредбе устава треба широко тумачити и то на такав начин који ће омогућити савезу да врши и она овлашћења која су "прећутно" обухваћена уставом.[5] Одатле је проистекла доктрина о прећутним овлашћењима коју је најдоследније примењивао у својим пресудама председник Суда Џон Маршал.

Темеље супротне теорије поставио је Медисон који је тврдио да федерална влада и владе држава чланица представљају два равноправна центра политичке власти која се могу кретати само у оквирима својих строго утврђених овлашћења. Ову идеју о природи америчког савеза нарочито је развио Џон Калхун (John Calhoun). По њему, америчка федерација је створена од самосталних политичких целина као једна врста уговорног савеза независних и суверaних држава. Ступајући у савез оне се нису потчиниле никаквој вољи вишој од своје, већ су и даље остале суверене. "Општа влада је само творевина (creature); и мада је, у ствари, у оквиру своје надлежности влада са свим правима и влашћу који припадају свакој другој влади, она је упркос томе влада која проистиче из уговора између суверена и има у себи, по својој природи и сврси, обележје заједничког пуномоћства уговореног ради надзирања и управљања интересима који се тичу свих њих заједно..."[6] Дакле, федерални механизам који је успостављен овим уговором не остварује неку нову целину независну од саставних делова. Он је само правна надградња над постојећим самосталним државама које су ради постизања

5 Он наглашава да се устави "не смеју уобличавати рачунајући само на тренутне потребе, него на узимању у обзир и тренутно постојећих и вероватно будућих потреба, на основу природних и проверених токова развоја људских послова. Према томе, ништа није погрешније него о овлашћењима која треба проверити федералној влади закључивати полазећи од процене тренутних потреба". Хамилтон, Федералистички списи, бр.34, стр.286.

6 The Works of John C. Calhoun, ed. Richard K. Cralle, Charleston S.C: Walker and James, and New York: D. Appleton and Co., 1851-56, vol. VI, p.73.

две сфере власти ремети се јачањем функција федерације. Као што истиче М. Јовичић: "Наступило је доба кооперативног федерализма", у коме су "општи интереси читаве федерације стављени у први план и зато се као основна тенденција појављује тражење начина за повећање сарадње између центра и федералних јединица, без претераног обраћања пажње на то да ли федерација остаје строго у границама својих уставних овлашћења".[3]

На овом месту неопходно је у основним цртама изложити разлоге који су довели до прерасподеле овлашћења у корист савезне власти.

На јачање функција центра у великој мери утицало је ширење интервенције државе у економској сфери. Као што је познато, федерализам је почео да се остварује у условима економског либерализма. Међутим, у измењеном друштвеном амбијенту који карактерише хиперпродукција материјалних добара и нарастање разноврсних друштвених потреба, које је требало све потпуније задовољавати, неповезаност и уситњеност производње није се могла толерисати. Решавање тих питања захтевало је једнобразност за целу земљу, па су она, највећим делом стављена у надлежност федерације.[4]

Проналазак и усавршавање транспортних средстава, поштанско-телеграфско-телефонских комуникација, а касније радија и телевизије, захтевали су, с обзиром на њихов велики значај да питање саобраћаја и веза буде углавном јединствено регулисано од стране федерације.

Даље, систем финансијске помоћи коју федерација даје федералним јединицама ради обављања појединих функција које се налазе у њиховој надлежности посредно је утицао на јачање надлежности центра. Не треба заборавити да је давање одређених субвенција увек повезано са испуњењем одређених услова.

Значајан чинилац у јачању надлежности федерације представљају и политичке партије и то оне које су ширег, федералног домашаја. Пошто је њихов циљ обезбеђивање што више места у федералном парламенту, оне у својим програмима тежиште стављају на оно "што спаја, а не на оно што дели". Доласком на власт оне играју улогу снажног интегришућег фактора у федерацији.

Најзад, већина федералних устава забрањује федералним јединицама да склапају уговоре са страним државама, или им то допушта, али уз сагласност савезне власти. Велики значај међународних (политичких и економских) односа довео је до решења по коме су они, по правилу, у искључивој надлежности федерације. То је, нема сумње, допринело промени равнотеже у федералхим односима.

Сви ови разлози, као и други које смо навели, имају за последицу велико јачање функција федерације. Они су и у САД довели до прерасподеле

---

3 М. Јовичић, Велики уставни системи, Београд, 1984, стр.115.

4 Тако нпр. Н Пашић, Деетатизација друштвено-политичких заједница и развој федерализма, у "Карактер и функције федерације у процесу конституисања самоуправног друштва", Београд, 1968, стр.48, истиче:"Административно регулисање друштвених односа, нарочито односа у области производње и расподеле значи, по правилу, умножавање и јачање државних функција и компетенција... и концентрисање атрибута реалне власти у државним органима".

овлашћења у корист савезних органа. Међутим, на расподелу надлежности у овој федерацији имале су утицај и две велике кризе кроз које је у току своје историје прошло америчко друштво. Прву националну кризу изазвао је крвави четворогодишњи рат (1861-1865), док је другу представљала велика економска криза 1929-1933.

Устав САД од 1787. био је у низу питања недоречен и неодређен. Ти недостаци нису само последица помањкања правне технике уставотворца, реч и разлика у поимању природе америчке федерације. Спорови који су се јавили још приликом њеног стварања на Конвенцији у Филаделфији 1787. настављени су и касније. Своје порекло имали су у Федералистичким списима, у почетној разлици Хамилтоновог и Медисоновог схватања природе и карактера федералне владе.

Хамилтонову политичку активност карактерисало је заговарање оних уставних решења која би федералну владу учинила што ефикаснијом, а власт федералних јединица субординирала федералној влади. По њему, савез је суверен унутар својих овлашћења, па стога његова супрематија не може бити оспорена уколико се креће у оквиру делегиране, али и имплицитне надлежности (implied powers). Хамилтон је, наиме, сматрао да одредбе устава треба широко тумачити и то на такав начин који ће омогућити савезу да врши и она овлашћења која су "прећутно" обухваћена уставом.[5] Одатле је проистекла доктрина о прећутним овлашћењима коју је најдоследније примењивао у својим пресудама председник Суда Џон Маршал.

Темеље супротне теорије поставио је Медисон који је тврдио да федерална влада и владе држава чланица представљају два равноправна центра политичке власти која се могу кретати само у оквирима својих строго утврђених овлашћења. Ову идеју о природи америчког савеза нарочито је развио Џон Калхун (John Calhoun). По њему, америчка федерација је створена од самосталних политичких целина као једна врста уговорног савеза независних и сувераних држава. Ступајући у савез оне се нису потчиниле никаквој вољи вишој од своје, већ су и даље остале суверене. "Општа влада је само творевина (creature); и мада је, у ствари, у оквиру своје надлежности влада са свим правима и влашћу који припадају свакој другој влади, она је упркос томе влада која проистиче из уговора између суверена и има у себи, по својој природи и сврси, обележје заједничког пуномоћства уговореног ради надзирања и управљања интересима који се тичу свих њих заједно..."[6] Дакле, федерални механизам који је успостављен овим уговором не остварује неку нову целину независну од саставних делова. Он је само правна надградња над постојећим самосталним државама које су ради постизања

5 Он наглашава да се устави "не смеју уобличавати рачунајући само на тренутне потребе, него на узимању у обзир и тренутно постојећих и вероватно будућих потреба, на основу природних и проверених токова развоја људских послова. Према томе, ништа није погрешније него о овлашћењима која треба проверити федералној влади закључивати полазећи од процене тренутних потреба". Хамилтон, Федералистички списи, бр.34, стр.286.

6 The Works of John C. Calhoun, ed. Richard K. Cralle, Charleston S.C: Walker and James, and New York: D. Appleton and Co., 1851-56, vol. VI, p.73.

заједничких циљева делегирале, али не потпуно, одређена овлашћења федералној влади.

Теорија која је истицала потребу јаке централне власти била је владајућа доктрина федералиста и њу је у почетку свога рада Врховни суд доследно примењивао приликом тумачења поделе власти између савеза и држава чланица. Међутим, тридесетих година прошлог века Суд постепено напушта полазне позиције, тако да доктрина права држава, коју су заговарали антифедералисти, постаје доминантна у регулисању федералних односа. Ова доктрина била је један од основних чинилаца најдубље националне кризе. Тек након дугог рата и пораза 11 јужних држава које су покушале да се отцепе, федерација је била спасена. Вечност и неприкосновеност савеза коначно је потврђена, али је захваљујући, пре свега, одлучном и енергичном председнику Абрахаму Линколну, надлежност савеза проширена на рачун надлежности посебних држава.[7]

Друга криза кроз коју је прошло америчко друштво била је велика економска криза која је захватила готово читав свет. Хиперпродукција робе, нестабилност цена, нерегулисан и крајње тежак положај радничке класе, захтевали су брзо налажење решења за излазак из кризе, одн. ублажавање њених последица. С обзиром да федерација представља јединствено привредно подручје и да само њени органи могу ефикасно да делују на целом том подручју, решења су се могла очекивати једино од федералне владе. Међутим, Републиканска партија, која се тада налазила на власти, није успела да савлада кризу. Први наговештаји превазилажења проблема, који су из темеља уздрмали америчко друштво, јавили су се тек после избора за председника демократског кандидата Франклина Рузвелта (1932) и проглашења политике Њу Дила (New Deal). Мере Њу Дила предвиђале су јачање државне интервенције у привреди, организовање јавних радова, реформу радног и социјалног законодавства и сл. Да би се то остварило Конгрес је донео низ прогресивних закона којима је, између осталог, извршено значајно проширење функција савезне владе на рачун федералних јединица.

Начини којима је остварено јачање овлашћења савезних органа у Сједињеним Државама веома су различити.

За преко 200 година постојања америчке федерације на овај процес су у прилично малој мери утицале измене првобитног текста Устава. У ствари, првобитну уставну одредбу изменио је, на изричит начин, само Амандман

---

7 То је учињено, пре свега, Амндманом XIII који укида ропство, Амндманом XIV који садржи клаузулу о прописаном законском поступку и Амандманом XV који забрањује органичавање права по основу расе, боје или ранијег ропства. Како истиче W.Anderson, The Nation and the States. Rivals or Partners ?, Minneapolis, 1955.,p.126., "Не може се претпоставити да ће људи левом руком рушити оно што су градили десном, тј. да су државама чланицама резервисали таква овлашћења, која би угрозила права савеза да делује у правцу унапређења националне безбедности и општег благостања нације. Уколико у првобитном тексту Устава и није било сасвим јасно какав је њихов став о суприматији националне власти, својим каснијим акцијама (поменутим амандманима XIII-XV Prim.M.M.) они су учинили много да се таква сумња и неизвесност отклоне".

XVI од 1913, којим је Конгрес овлашћен "да уводи и убира порезе на доходак, било из кога извора он потицао, без расподеле међу појединим државама и без обзира на било какав попис или пребројавање".[8] Међутим, ширење надлежности федерације омогућили су, истина на посредан начин, и неки други амандмани који на крају свог текста садрже формулу по којој је Конгрес овлашћен да одговарајућим законима омогући њихову примену. Реч је, дакле, о одредби која омогућава заснивање мешовите надлежности два нивоа власти, с тим што, захваљујући нужној и подобној клаузули, домашај савезне регулативе остаје неодређен.[9] Услове за евентуалну прерасподелу надлежности на рачун федералних јединица стварају амандмани којима се укида ропство (XIII од 1865), обезбеђује примена законом прописаног поступка (XIV од 1868), забрањује ускраћивање Права гласа по основу расе, боје или ранијег ропског положаја (XV од 1870), уводи прохибиција (XVIII од 1919), забрањује ускраћивање права гласа по основу пола (XIX од 1920), регулише учешће грађана федералног дистрикта (Вашингтона) у председничким изборима (XXIII од 1960), забрањује ускраћивање права гласа због неплаћања пореза (XXIV од 1964) и забрањује ограничавање права гласа лицима старијим од 18 година (XXVI од 1971).

Са становишта јачања функција центра велики значај има амандман XIV од 1868. У њему је на неколико места изричито предвиђено шта државе чланице не смеју да чине, што је и разумљиво ако се има у виду да је донет свега неколико година после завршетка сецесионистичког рата.

Тако је већ у првом одељку поменутог амандмана прописано да су "сва лица која су рођена или прирођена у Сједињеним Државама држављани Сједињених Држава и државе у којој су настањена". Клаузули о држављанству (citizenship clause) придаје се велики значај не само због тога што је њоме утврђена супремација националне власти, већ и зато што је "уставно успостављена нација САД, као јединствено тело грађана".[10] Исти одељак даље предвиђа да "ниједна држава не може доносити или примењивали законе који би одузимали право или заштиту грађанима Сједињених Држава". Клаузула о правима и заштити грађана (the privileges or immunities clause) омогућила је проширивање надлежности савеза у области заштите грађанских права Црнаца. На промену граничне линије у односу надлежности савеза и држава чланица утицала је и клаузула о прописаном законском поступку (due process of law clause). Ова клаузула, садржана у одредби првог одељка амандмана XIV, која изричито прописује да "ниједна држава не сме лишити ниједно лице живота, слободе или имовине без про-

8 Дотадашње решење Устава онемогућавало је савезној влади убирање овог пореза.

9 Тзв. нужна и подобна клаузула - Neccesary and proper clause, која је својом неодређеношћу омогућила знатно померање у првобитној подели функција, предвиђена је одредбом čl. i, od.8, in fine. По њој "Конгрес има право да доноси све законе који ће бити потребни и подобни за спровођење напред наведених овлашћења датих овим Уставом влади Сједињених Држава или било ком њеном департману или службенику".

10 W. Anderson, op. cit.,п.100.

писаног законског поступка", омогућила је Врховном суду да, путем одговарајућег тумачења, изврши значајно померање надлежности у корист федерације. Најзад, у поменуте сврхе често је у пракси Суда коришћена и клаузула о равноправној законској заштити (equal protection of the law clause) по којој држава не сме ниједном лицу "у границама своје власти одбити подједнаку законску заштиту".

Све у свему, мењање Устава путем амандмана није имало неки већи утицај на јачање функција федерације. Поменути амандмани само су у малој мери утицали на уставно уређење ове земље, регулишући најчешће само детаље. Но, тиме не негирамо релативно већи значај појединих амандмана - XIII којим се укида ропство, XIV (о коме је већ било речи), и XV, XIX, XXIV и XXVI којима се врши сукцесивно проширивање бирачког права.

Ширење надлежности федерације на рачун посебних јединица остварује се у Сједињеним Државама и на други начин законодавном делатношћу Конгреса. Поред низа изричито утврђених овлашћења, Конгрес располаже и тзв. имплицитном влашћу. Основ имплицитних овлашћења представља, видели смо, одредба 61. I, od. 8, in fine. Ова одредба која садржи нужну и подобну клаузулу, представљала је моћно средство за проширење савезне законодавне надлежности. Додуше, ставови у погледу значења и домашаја нужне и подобне клаузуле нису били јединствени. Прве спорове око њеног правог домашаја водила су два велика америчка државника: Џеферсон и Хамилтон. Џеферсон је заступао став о ограниченој надлежности централне владе на коју су државе својим пристанком пренеле одређена овлашћења. Хамилтон је, напротив, тврдио да федерална влада не располаже само оним овлашћењима која су јој изричито делегирана, већ и оним која су "прећутно" обухваћена уставним одредбама, а чије је коришћење нужно и подобно за делотворно вршење делегиране власти.

Спорови о домашају прећутних овлашћења долазили су и пред Врховни суд. У више случајева пред Судом је оспоравана уставност појединих закона које је Конгрес донео на основу своје имплицитне власти. Међутим, како је Хамилтоново мишљење врло брзо освајало терен, њега је већ 1819. у пресуди случаја McCulloch v. Maryland [11] прихватио и Врховни суд. Пошто је он за готово сваки закон Конгреса могао утврдити да је у оквиру implied powers, ова доктрина је била широко коришћена.

Прихватањем ове доктрине Конгресу је омогућена законодавна делатност и у материјама које му нису изричито дате. На тај начин, његова законодавна надлежност је прилично повећана и то на рачун функција федералних јединица, којима не остаје много од њихових претпостављених надлежности. У ствари, претпоставка надлежности се примењује само у случају када Конгрес није законом регулисао неку област.

До које ће мере федерација захватити у сферу функција препуштених федералним јединицама представља фактичко питање о коме мора да води рачуна сам Конгрес када приступа законодавном регулисању појединих

11 McCulloch v. Maryland, 4 Wheaton 316 (1819)

питања. Примењујући доктрину о прећутним овлашћењима Конгрес најчешће није у потпуности регулисао одређене материје, већ се задовољавао постављањем основних начела.[12] Зато се у савезним законима често среће упућивања, изричита и прећутна, на законе држава чланица, или се установљавају одређени стандарди које ове морају поштовати.

Посматрано у целини доктрина о прећутним овлашћењима омогућила је знатно јачање улоге федерације и ширење њене надлежности. Међутим, без њене примене Конгрес не би био у стању да успешно обавља улогу законодавца. Јер, "задржавање искључиво на изричито им датим овлашћењима и стриктно тумачење устава лишило би савезне органе могућности да активно регулишу низ материја за чијим регулисањем се потреба појавила тек касније или чије се ново, друкчије регулисање само по себи наметало".[13]

Колико су границе овлашћења између савеза и држава чланица промењиве можда најбоље показује тзв. клаузула о трговини (Commerce clause) садржана у чл. I, од. 8. Устава, по којој је Конгрес овлашћен да регулише трговину "са страним државама и између појединих држава (inter-states)..." Како је претпоставка надлежности утврђена у корист држава чланица, можемо закључити да су управо оне овлашћене да регулишу трговину на сопственом подручју (intra-state). Дакле, предвиђање клаузуле о трговини није имало за циљ да државе потпуно искључи из ове области. То, међутим, не значи да је уставна одредба увек тумачена на тај начин. Примењујући доктрину о прећутним овлашћењима, Конгрес је донео читав низ закона којима су регулисане чак и оне материје које, иако не представљају трговину, имају одређени економски ефекат на њу. Оваква пракса нарочито је била раширена за време Рузвелтовог New Deal-а, када је Конгрес почео да регулише социјално-економску сферу, а посебно радне односе (наднице, радно време, одговорност послодаваца, синдикално удруживање итд). Касније су појмом трговине обухваћени и промет вредносних папира корпорација, производња, смештај и продаја пољопривредних производа, производња и преношење електричне енергије, рад осигуравајућих фирми, производња угља и нафте Итд. То је омогућило регулисање и оних области које превазилазе оквире једне федералне јединице.

Процес јачања функција федералне власти добио је на интензитету применом доктрине о прећутним овлашћењима и на клаузулу о општем благостању (General Walfare Clause). Федерално опорезивање и трошење прихода регулисано је чл. I, од. 8, ст. 2. који овлашћује Конгрес да "уводи и убира порезе, таксе, царине и трошарине, да измирује дугове и стара се о заједничкој одбрани и општем благостању Сједињених Држава". Међутим,

---

12 Као што истиче Ј. Стефановић, Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају, стр. 44., Конгрес "кад приступи доношењу неког закона из домена посебних држава, не регулише то питање у целости, него поставља само главна начела, на основу којих га онда посебне јединице нормирају детаљније".

13 М. Јовичић, op. cit., стр.113.

домашај ове федералне власти био је споран. Медисон је у Федералистичким списима истицао да су убирање и трошење прихода само нужне околности при остваривању неког изричито делегираног права Конгреса. Хамилтон је, напротив, тврдио да је реч о самосталном овлашћењу Конгреса које није ограничено енумерацијом федералне надлежности, већ једино сврхом старања о општем благостању.[14] Све до грађанског рата преовладавало је Медисоново тумачење уставне одредбе о опорезивању и општем благостању. Касније, упоредо са нарастањем финансијских потреба федерације, Конгрес је све чешће, позивајући се на своју дужност старања о општем благостању, уводио нове дажбине. На тај начин Хамилтоново тумачење потврђено је и у пракси.

Највећи део прихода Сједињене Државе обезбеђују из пореза на доходак. Савезна влада је стекла могућност да овај порез убира тек 1913, када је амандманом XVI прописано да је Конгрес овлашћен да "уводи и убира порез на доходак, стечен из било ког извора, без расподеле између појединих држава и без обзира на било какав попис становништва".[15] Прикраћене за знатан део средстава која су раније саме убирале, федералне јединице најчешће нису биле у стању да своје функције обављају на "задовољавајући" начин. За попуну својих благајни оне су морале да се обрате федерацији како би им ова обезбедила потребна средства. То подвргавање финансијској субординацији свакако умањује самосталност држава чланица. Говорећи о томе, Вајл истиче да "самосталност федералних јединица несумњиво стоји у вези с обимом у коме су оне принуђене да прихвате финансијску помоћ, као и с условима повезаним с понудом такве помоћи и каснијом контролом над администрацијом федералних јединица".[16] Као што видимо, клаузула о општем благостању представља значајни уставни "ослонац" постигнутог степена надлежности савезне владе.

Најзад, доктрина implied powers одиграла је веома важну улогу у ширењу овлашћења центра и у области грађанских права и слобода.Већ по завршетку грађанског рата амандманима XIII-XV државама је онемогућено да својим законима ускраћују, односно ограничавају поједина права и слободе. Клаузуле ових амандмана, о којима смо већ говорили, представљале су поуздан уставни основ за законодавну делатност Конгреса у овој области. Међутим, све до тридесетих година овог века, Конгрес се није упуштао у позитивно регулисање материје грађанских права и слобода. До постепеног ограничавања делатности држава чланица и одговарајућег ширења овлашћења савеза долази за време New Deal-а. Од тада, Конгрес је донео низ закона који се тичу права грађана.

---

14 Упор. Федералистички списи, бр. 41, одн. 30. и 34.

15 За остале непосредне порезе ограничење из чл. I, од 9, ст. 4, да се непосредни порези могу уводити само ако су сразмерни са бројем становника, и даље важи.

16 M. J. C. Vile, The Structure of American Federalism, p. 174.

Све у свему, законодавна делатност Конгреса допринела је у великој мери прерасподели надлежности између савезних органа и органа федералних јединица у корист ових првих.

Ширење надлежности федерације на рачун посебних јединица постиже се у САД и посредством међународних уговора којима федерација преузима разноврсне обавезе. Државе чланице могу ступати у односе са иностранством и закључивати споразуме (agreement) и погодбе (цомпакт) са "страним силама али само у материјама које, на основу уставом извршене расподеле функција, спадају у њихову надлежност. Сходно чл. I, од. 10, ст. 3, Устава, за то је неопходна сагласност Конгреса. За склапање, пак, уговора (treaty) са страним државама надлежан је, према Уставу, искључиво савез (чл. I, од. 10, ст. 1).[17] Тим уговорима често су решавана и питања која спадају у надлежност федералних јединица, што је довело до знатне промене у федералним односима. Уз то, у одлукама Врховног суда којима су тумачена овлашћења федерације у спољним односима, таква поступања најчешће су проглашавана ваљаним.

Сам текст Устава не пружа решење ситуације која настаје када савезни парламент међународним уговором регулише материју која спада у законодавну надлежност државе чланице. Али га зато, као што смо рекли, пракса сама налази. Тумачећи одредбу чл. VI Устава, по којој су сви закључени уговори или уговори који ће бити закључени у име Сједињених Држава (заједно са савезним Уставом и савезним законима) "највиши закони земље", Врховни суд је још 1796. у случају Ware, Administrator of Jones v. Hilton, [18] закључио да међународни уговор може да поништи законе које су државе чланице донеле у оквиру својих овлашћења. Поред тога, изражен је и став да се међународни уговор може и непосредно применити уколико Конгрес не донесе закон потребан за његово спровођење. Аргументација судије Чеис-а била је следећа: "Декларисана је воља народа Сједињених Држава да сваки уговор, склопљен у име Сједињених Држава, буде виши у односу на устав и законе било које појединачне државе, а његова воља једино треба да пресуди. Ако закон државе, који је противан уговору, није ништав... из тога не следи да воља малог дела Сједињених Држава може да контролише или порази вољу целине.[19]

Заштиту држава од претераног задирања савезне владе у њихову надлежност представљају, или бар могу представљати, изузетна овлашћења Сената у вођењу спољне политике. Сходно чл. II, од. 2, ст. 2, Председник је овлашћен да закључује међународне уговоре, али само на основу претходно прибављеног одобрења Сената. Више пута, Сенат је ускратио свој пристанак за ратификацију, тако да уговор није могао да ступи на снагу. Али, у пракси

17 Као што видимо, Устав прави терминолошку разлику између уговора (тј. споразума и погодби) које државе чланице могу закључити, и уговора које може закључити само федерација.

18 3 Dallas 199 (1796).

19 Op. cit., at. 237.

су врло брзо пронађена решења и за овакве ситуације, тако да је улога Сената у овој области знатно смањена.

У пракси је примењена и форма којом се Сенат потпуно елиминише из вођења спољне политике. Реч је о извршним споразумима (executive agreements) које су амерички председници често користили јер им за њихово закључивање није била неопходна сагласност Сената. О томе говори и податак "да је између 1789. и 1939, од око 2 000 међународних уговора које су САД закључиле, само 800 њих закључено по поступку предвиђеном за међународне уговоре (који подразумева и сагласност Сената), док су сви остали (дакле близу 1200 њих) имали форму извршних споразума".[20] При закључивању многих од њих, Председник се није руководио разлозима дипломатске тајности, већ жељом да избегне контролу Сената. Али, и поред тога, Врховни суд је одлучно стао на становиште да су executive agreements уставни. Уставни основ за њихово закључивање Суд налази у чињеници да су они део спољне политике чији је руководилац Председник. Ипак, чини се "да је немогуће довести их у склад с прописима Устава, ма колико се натезало с њиховим тумачењем".[21]

Знатно смањена улога Сената у склапању међународних уговора, као и широко коришћена могућност закључивања извршних споразума, указују да овлашћења Сената у спољним односима не представљају сметњу за ширење федералне надлежности у овој области. Зато је и било предлога да се изменом текста Устава ограничи право Председника да склапа извршне споразуме без сагласности Сената. Године 1954. поднет је тзв. Брикеров (John Bricker) амандман који је, између осталог, предвиђао да "уговор постаје примењив као унутрашњи закон у Сједињеним Државама само путем законодавства које би било валидно и у одсуству уговора". Међутим, овај амандман, као и неколицина других, био је одбачен.

Неспорно, најзначајнију улогу у обезбеђивању постојаности и делотворности америчког федералног система одиграо је Врховни суд, као "тумач устава".Стари (и у основи застарели) текст Устава од 1787. остао је у животу захваљујући, пре свега, судској пракси Врховног суда, узстој у целини. Применом технике тумачења првобитни текст је остао формално непромењен, али је зато добио потпуно другачије значење од онога које су му дали "очеви оснивачи".

Разноврсне, а често и сасвим супротне захтеве, који су постојали у време доношења Устава, било је тешко преточити у неколико прецизних правних формулација. Због тога су у уставни текст унете "еластичне клаузуле" које су својом неодређеношћу изазвале потребу одговарајућег тумачења у складу с новонасталим околностима. Из тумачења једне од њих (нужне и подобне клаузуле) проистекла је доктрина о прећутним овлашћењима, која је, почев од 1819, када је први пут примењена често широко коришћена у раду Врховног суда.Готово неограничена слобода у креирању федералних односа

20 М. Јовичић, Савремени федерализам, Београд, 1973, стр. 175-176.

21 Ј. Стефановић, Уставно право ФНР Југославије и компаративно, Загреб, 1956, стр. 366.

пружала је Суду велике могућности за ширење функција федерације. Јер, овлашћења савеза Суд није одређивао само на основу појединих уставних одредаба, већ и на основу властитог поимања друштвене стварности. "Захваљујући томе Врховни суд је разбио уске правне оквире своје правосудне улоге и ступио у област најважнијих политичких, економских и социјалних питања".[22] Позван да у крајњој линији каже шта је устав, Суд је морао да води рачуна не само о правним, него и о политичким моментима. Ови други често су били одлучујући у његовом раду. Зато данас упоредо са неизмењеним текстом из 1787, постоји и судски устав који је знатно обимнији, сложенији и реалнији.

Поштујући начело старе decisis - нека одлука важи, Суд се углавном држао ранијих тумачења појединих битних уставних питања. Међутим, поменуто начело није увек "имало снагу круте правне формуле већ је представљало политички принцип".[23] Ово због тога што су се у двовековној пракси Суда смењивале две концепције о обиму и домашају федералне власти. Прву карактерише залагање за широко тумачење надлежности Конгреса, одн. савезне владе. Овакво тумачење сматрано је основним средством усклађивања одредаба устава са сталним променама у друштвеној стварности. По речима судије Холмса: "... одредбе устава нису математичке формуле које имају суштину у својој форми; оне су живе органске установе које су пресађене са енергетског тла. Њихово значење не треба да се изведе узимањем речи из речника, већ разматрањем њиховог порекла и линије њиховог раста" .[24]

Представници друге концепције заступали су становиште о потреби очувања суверених права држава. То је, по њиховом мишљењу, било могуће само ако се устав уско тумачи, тј. ако су уставни амандмани једино средство уставних промена. Ову основну идеју судија Робертс исказао је речима: "Када је акт Конгреса на одговарајући начин оспорен у судовима због тога што није у складу с уставним овлашћењем, судски огранак владе има само једну дужност - да стави члан Устава, на који се позива, поред закона који је оспорен, и да одлучи да ли се потоњи слаже с првим".[25]

Дакле, Суд се приликом тумачења Устава опредељивао или за правнотехнички приступ и само "казивао" шта је право, или је, при том, вршио и политичку власт. У оба случаја он је, у ствари, настојао да у правно рухо заодене сопствено виђење друштвене стварности. Но, није само објективна друштвена стварност била пресудна за прихватање широког или уског тумачења. Избор је вршен и у зависности од сфеката који су се у федералним односима желели постићи. У периоду "двојног федерализма"

---

22 К. Чавошки, Уставност и федерализам, Београд, 1982, стр. 100.

23 Л. Баста, Неки видови конкурентне надлежности у федералном систему САД, у "Подела заједничке надлежности између федерације и федералних јединица", Београд, 1978, стр.183.

24 Gompers v. United States, 223 U. S.604 (1914). Како истиче W. H. Bennet, American Theories of Federalism, Alabama, 1964, p. 227, свака нова генерација тумачи Устав на нов начин, тако да је "дух Устава увек дух одређеног доба".

25 United States v. Butler, 279 U. S.1 (1936).

Суд је у низу случајева пресуђивао у корист федерације и тако допринео учвршћењу федерализма. Касније, са јачањем функција центра, он је, ради заштите либерализма, почео све чешће да проглашава неуставним поједине савезне законе.[26] До новог преокрета у раду Суда долази 1936. када је за Председника поново изабран Рузвелт. Под притиском јавног мнења, које је било незадовољно тиме што је Суд својим одлукама прогласио неуставним више социјалних закона донетих у оквиру New Deal-а, Суд поново почиње са применом широке конструкције о прећутним овлашћењима, коју је Маршал извео из набројаних овлашћења путем нужне и подобне клаузуле. До тога долази нарочито у области трговине (најшире могуће схваћене), људских права и слобода, опорезивања и трошења прихода, спољне политике и међународних односа и социјалних служби. На тај начин подручје овлашћења којима располаже национална влада проширено је још даље, док су федералне јединице задржале само мали део своје првобитне надлежности.[27]

Равнотежа овлашћења кретала се од држава чланица ка федерацији, па опет натраг, и тако стално током дугог низа година. Ипак, процес јачања функција федерације се "постепено али незадрживо" развијао, јер Врховни суд је, нарочито у току последњих деценија, углавном проглашавао уставним оне законе Конгреса који су водили таквом јачању.

Имајући у виду претходна разматрања можемо констатовати да су бројне промене у развоју федерализма у САД довеле до слабљења примене федералног начела. На дугом путу од "двојног" ка "кооперативном" федерализму равнотежа две самосталне сфере надлежности ремети се у корист федералне владе. То се догађа, видели смо, само изузетно формалним мењањем устава, а много више фактичким путем. Интереси целине (истина, различито схваћени у различитим периодима) стављени су у први план и за њихово остварење пронађене су различите формуле при чему федерација није остајала строго у границама својих уставних овлашћења. Међутим, иако је самосталност федералних јединица смањена, то не значи да су САД сасвим напустиле федерално начело. "Развој уставноправног живота УСА- истиче Ј. Стефановић - постепено се удаљује од федерализма и иде к унитаризму, али тај пут није још, а вјероватно неће ни бити кроз кратко вријеме, завршен".[28] Тачност ове констатације поткрепљује чињеница да државе

26 У вези са тим периодом америчке уставне историје Ј. Стефановић, Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају, стр. 43-44., истиче да "иза таквог става и таквог поступања Врховног суда крило се нешто друго. Проглашавањем федералних закона противуставним, из разлога задирања у надлежност посебних јединица, он је спречавао интервенцију федералне државе у економска и социјална питања, и штитио либерализам, који је више одговарао интересима капиталистичке класе".

27 У вези са тим периодом америчке уставне историје Ј. Стефановић, Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају, стр. 43-44., истиче да "иза таквог става и таквог поступања Врховног суда крило се нешто друго. Проглашавањем федералних закона противуставним, из разлога задирања у надлежност посебних јединица, он је спречавао интервенцију федералне државе у економска и социјална питања, и штитио либерализам, који је више одговарао интересима капиталистичке класе".

чланице самостално прописују своје уставно уређење, обављају низ значајних функција у искључивој надлежности и учествују у савезној законодавној и уставотворној власти. Дакле, јачање функција центра није претворило америчку федерацију у унитарно уређену државу.[29]

SUMMARY

The weaking of usage of federal principle in USA

The changes which came about in the federal organization of USA have doubtlessly led changes of balance in federal relations, preferably towards federation. The general interests of the whole federation are primary and that is why the borders among its members do not make any obstacles for realization of economic and social aims which concern the whole nation. The federation became a decisive factor, while the authorities and abilities of federal units are considerably narrowed. But, an important centralization of functions and financial support has not led to disappearance of federal structure in this country. Undoubtedly changede, in the sense of necessary modification of usage of federal principle, this structure still gives conditions for the effective function of federal organization. One should not forget that there are still areas in which the federal units do important functions effectively, contributing in this way not only towards affirmation of their own independence, but also towards preservation of the federal system as a whole.

28 J. Стефановић, Op. cit., стр. 48.

29 A. Macmachon, Administering Federalism in a Democracy, New York, 1972, п. 33-34, истиче да ширење надлежности Савеза није никада ишло дотле да у одређеној материји сасвим изостане и регулативна функција посебних јединица. По D. Elazar-u, American Federalism: a View from the States, New York, 1966, п. 197, државе, упркос "смањивања" њихове слободе, остају способне за живот, што сведочи "о њиховој виталности као политичких институција".

Др Ненад Ђурђевић
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

УТИЦАЈ ПРЕПРОДАЈЕ СТВАРИ С МАТЕРИЈАЛНИМ НЕДОСТАТКОМ НА КУПЧЕВА ПРАВА

кључне речи: *продаја; материјални недостатак продате ствари; препродаја*

УДК: 347.451.031

Уколико су испуњене све потребне претпоставке, продавац одговара због мана продате ствари. Сви правни системи дају у том случају купцу одређена права. Међутим, која све права има купац, зависи, пре свега, од тога о којем правном систему је реч.

Законодавство СР Немачке даје купцу три овлашћења: да захтева или раскидање уговора, или снижење цене, или - кад је купљена ствар одређена по роду - замену ствари.[1] Уместо неког од ових права, он може тражити и накнаду штете због неиспуњења, под условом да је продавац лукаво прећутао ману или да продата ствар не поседује гарантована својства (пар. 463. BGB)

Нешто друкчије је по француском праву. Ако ствар има ману, купац може да је врати продавцу и тражи повраћај цене, или да ствар задржи и захтева повраћај дела цене.[2] Међутим, ако је продавац знао за мане, он је дужан да, поред повраћаја цене коју је примио, надокнадити и сву штету коју је проузроковао купцу.[3]

Попут немачког, и швајцарско законодавство признаје купцу три овлашћења: да тужбом за раскидање уговор оконча, да тужбом за смањење цене захтева надокнаду за умањену вредност ствари, или, кад је у питању генерички одређена ствар - да захтева предају друге одговарајуће ствари истог рода.[4] Према становишту швајцарске правне теорије, купац, сходно начелу савесности и поштења, има право и на оправку ствари, али само ако је продавац у положају да је изврши без већих трошкова.[5]

Наше право спада у ред права која купцу ствари с маном признаје највећи број овлашћења. Законом о облигационим односима је прописано: "Купац који је

1 Пар. 462. и 480, ст. 1. немачког Грађанског законика - BGB
2 Чл. 1644. француског Грађанског законика - CC
3 Чл. 1645. CC
4 ЧЛ. 205, ст. 1, и 206, ст. 1. швајцарског Закона о облигацијама - ШЗО
5 Sibylle Frueh, Die rechtliche Bedetung des Garantiescheins beim Kauf von Konsumgutern, Zuerich, 1982, стр. 29.

благовремено и уредно обавестио продавца о недостатку може: 1) захтевати од продавца да недостатак уклони или да му преда другу ствар без недостатака (испуњење уговра); 2) захтевати снижење цене; 3) изјавити да раскида уговор. У сваком од ових случајева, купац има право надокнаде штете. Поред тога, и независно од тога, продавац одговара купцу и за штету коју је овај због недостатка ствари претрпео на другим својим добрима, и то према општим правилима о одговорности за штету".[6] Наведена овлашћења купац може користити како у случају кад је одбио да преузме ствар због недостатка, тако и у случају кад недостатак открије тек након пријема ствари.[7] Међутим, да би се њима могао служити, треба, према становишту наших судова, да плати или да изрази спремност да плати вредност ствари као да недостатака нема.[8]

Право САД регулише друкчије овлашћења купца него што то чине европска права. Основно овлашћење купца да захтева надокнаду штете,[9] док раскидање уговора и повраћај цене може тражити само изузетно. Он то може учинити ако су се стекли услови за одбијање, односно повлачење пријема робе.[10]

Друго значајно питање у вези са правима купца јесте да ли он своја овлашћења мора користити одређеним редоследом. Немачко, италијанско и француско право изричито му остављају слободу избора.[11] Швајцарско право препушта му такође да бира који ће захтев употребити, али овлашћује уједно суд да, када је поднета тужба за раскидање, може да досуди само снижење цене, ако сматра да околности раскидање куповине не оправдавају. Чл. 205. ШЗО

Став нашег права о овом питању није сасвим одређен. Одредбе члана 489. и 490. ЗОО изазвале су различита тумачења у нашој правној литератури. Према једном становишту, ЗОО је утврдио редослед коришћења права због материјалних недостатака ствари. Примарно право купца је да захтева отклањање недостатака или замену ствари (испуњење уговора), док раскид уговора и снижење представљају супсидијарна права.[12] Према другом гледишту, овлашћења су предвиђена алтернативно, и купац их може, начелно, употребити по свом избору.[13] Избор није условљен пристанком

---

6 Чл. 488. ЗОО

7 Добросав Митровић, у "Коментар Закона о облигационим односима", редакција С. Перовић и Д. Стојановић, издање Културног центра из Горњег Милановца и Правног факултета из Крагујевца, књ. 2, 1980, стр. 97.

8 Видети пресуду Врховног суда Македоније, Рев. бр. 71/85, од 20. 2. 1985, Информатор, бр. 3313/1985, стр. 5.

9 Чл. 2-711. америчког Једнообразног трговачког законика - U.C.C.

10 Чл. 2-601. и чл. 2-602. U.C.C.

11 Видети, чл. 1492. италијанског Грађанског законика; чл. 1644. CC; Пар. 462. BGB

12 Јован Славнић, Уговори у привреди, 2. издање, Београд, 1979, стр. 59; Ђорђевић Живомир - Станковић, Владан, Облигационо право, општи део, 4. издање, Београд, 1986, стр. 254.

13 Митровић, op. cit., стр. 97; Букљаш И. - Визнер Б., у Коментар ЗОО, књ. 3, Загреб, 1979 ; Капор, у: Коментар ЗОО, редакција Б. Благојевић и В. Круљ, књ. 2, 2. издање, Београд, 1983, стр. 1320; Cigoj, Obligacijska razmerja, Ljubljana, 1978, стр. 450.

продавца, нити зависи од врсте мана. Једино када се купац определи за раскид уговора, мора претходно оставити продавцу накнадни примерени рок за испуњење.[14] Сматрамо такво схватање исправним. Не видимо ни један оправдан разлог за условљавање овлашћења на снижење цене претходним захтевањем да се уговор испуни. Ниједно савремено право то не чини. Ни Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе ни Хашки Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари, под чијим утицајем је донет ЗОО, нису усвојили такво становиште. Основни циљ одговорности продавца за мане ствари јесте поновно успостављање нарушене еквиваленције узајамних давања. А тај се циљ, по правилу, најбрже и најлакше остварује ако се купац определи за снижење цене. Тиме се, уједно, брзо рашчишћава правни однос између продавца и купца. Супсидијарност права на снижење цене не може се извести ни из чл. 489. ЗОО. Овим чланом је утврђено само да купац није везан извршеним избором у случају да не добије захтевано испуњење уговора у разумном року.[15] Он је био потребан стога што су пре доношења ЗОО наши судови стајали на становишту да је купац начелно везан извршеним избором и да од њега не може одустати.[16]

1. УТИЦАЈ ПРЕПРОДАЈЕ СТВАРИ С НЕДОСТАТКОМ НА ПРАВА ПРВОГ КУПЦА

У праски се дешава да купац ствари с недостатком прода исту неком трећем лицу. Ту се онда намеће питање да ли услед таквог располагања купац купац губи права због мана ствари. Правни системи појединих земаља одговарају на њега различито. Према француском праву, препродаја ствари са недостатком не утиче на купчева права.[17] Швајцарско право заступа друкчије становиште: купац који отуђи ствар не може захтевати раскид уговора, него само смањење цене.[18] Право СР Немачке води рачуна о томе да ли је купац отуђио ствар пре него што је сазнао за мане, или тек после тога: ако је продао ствар знајући за њене недостатке, губи права на основу јемчења, осим ако их је придржао.[19] Али, ако није знао за недостатке ствари, препродаја не утиче на његова права, чак ни у случају кад нови стицалац отуђи ствар даље.[20] Међутим купац губи право да раскине уговор или да

14 Чл. 490. ЗОО

15 Cigoj, op. cit., стр. 453; Bukqaš - Vizner, op. cit., стр. 1683.

16 Видети пресуду Врховног привредног суда Југославије, Сл-162/63 и Сл-372/63, (Кашанин-Кукољац, Опште узансе за промет робом и њихова примена у пракси, Београд, 1967, стр. 133).

17 Ferid, Das Fransoesische Zivirecht, Band I: Allgemeine Lehren, Frankfurt am Mein, Berlin, 1971, стр. 638.

18 Чл. 207, ст 3. ШЗО

19 Видети пар. 351. и 464. BGB

20 Peter Raisch, „Zum Einfluss des Weiterverkaufs mangelhafter Waren auf die Gewaehrleistungsansprueche des Kaeufers„, Festschrift fuer Konrad Duden zum 70. Geburstag, Muenchen, 1977, str. 408; O. Palandt, Buergerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, Band 7, Muenchen, 1981, стр. 458.

тражи замену ствари ако је лице коме је продао ствар њу уништило, битно оштетило или прерадило у ствар друге врсте.[21]

У нашем законодавству није посебно регулисно питање утицаја препродаје ствари с недостатком на купчева овлашћења. Међутим, посредан закључак о томе може се ипак извести из одредаба ЗОО којима се регулишу поједина права купца због мане ствари. Ту, пре свега, мислимо на одредбу ЗОО по којој купац губи право да раскине уговор због недостатка ствари кад му је немогуће да је врати, али да задржава остала своја права.[22] Губитак права последица је купчеве обавезе да након раскидања уговора врати продавцу примљену ствар. По правилу, он то није у стању да учини кад је ствар препродао. Будући да стављање примљене ствари на располагање продавцу чини претпоставку остваривања права на испуњење уговора (оправка или замена ствари), јасно је да у случају препродаје ствари купац не може да користи ни то право.[23] Према томе, може се рећи да отуђење ствари не утиче на опстојност оних купчевих права која нису условљена повраћајем ствари продавцу. То је становиште и наших судова.[24]

2. УТИЦАЈ ПРЕПРОДАЈЕ СТВАРИ С НЕДОСТАТКОМ НА ПРАВА НОВОГ СТИЦАОЦА

Ако купац ствар са недостатком препрода, лице које је њу стекло може против њега истаћи захтеве по основу одговорности за мане ствари. Поставља се, међутим, питање може ли нови купац те захтеве уперити и против продавчевог претходника, то јест правог продавца. Према становишту француске правне теорије и немачке судске праксе, такву могућност треба дозволити.[25] Ваља, међутим, рећи да то мишљење не деле и правни теоретичари из СР Немачке. По њима, захтеви из одговорности за мане ствари извиру из уговорног односа и чине тзв. секундарна права повериоца, која се не могу преносити на трећа лица. Ако би права због мана ствари прешла на новог стицаоца, он би могао да утиче на постојање уговорног односа између првог продавца и првог купца. А то се, међутим, не може дозволити. Изузетак чини једино право на оправку ствари, и то под условом да је уговорено, јер BGB не зна за њега. Пошто се оправка односи само на предмет продавчеве чинидбе, и не дира у првобитни уговорни однос, нови стицалац може захтевати отклањање недостатка непосредно од првог продавца.[26]

Наши правни писци не дају једнодушан одговор на постављено питање. По мишљењу једних, с преносом својине на ствар на новог прибавиоца, први

---

21 Видети, Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Muenchen, 1976, стр. 335.

22 Чл. 495, стр. 1. и 496. ЗОО

23 Видети Cigoj,Obligacijska razmerja, стр. 449.

24 Видети, пресуду Врховног привредног суда Југославије, Сл. 517/61, од 15. 3. 1961, Збирка судских одлука, књ. 6, св 1, број одлуке 96.

25 Видети, Ferid, op. cit., стр. 638

26 K. Reinking - Ch. Eggert, Der Autokauf, 2. Auflage, Duesseldorf, 1984, стр. 109.

купац преноси на њега и захтеве због мана које је стекао према своме продавцу. То уступање произилази из чињенице да је купац, заједно са ствари, пренео на новог прибавиоца сва права која му даје својина на њој.[27] Кад нови прибавилац ствари открије њене мане, он може своја права у вези тога остваривати како према своме продавцу, тако и према лицу које је овоме ствар продало.[28] Томе становишту је приговорено да не води рачуна о релативном дејству облигационих права. Из таквог дејства произилази: кад је ствар с недостатком препродата више пута, последњи прибавилац може своја овлашћења због мана истицати само према лицу од кога је ствар непосредно прибавио, не и према осталим продавцима.[29] Чини се да је за наше право прихватљивије ово гледиште, јер је правно логичније.

Summary

The effect of reselling of products with material defect on customers rights

According to Yugoslav law on obligational relations, the customer who had promptly and clearly informed the salesman about the noticed material defects of the sold can: claim for the price reduction; and state that he is breaking the contract. In each case, the customers right is compensation for damage. In practice the question is what is the customers right, the right of a new person who acquired the product in the situations when the customer sells the product with material defect to a third person, since Law on obligational relations does not include rights about it. According to standpoints of Yugoslav courts and law authors, the estrangement of products dose not interfere with such customers rights which are not brought about by returning the products to the salesman. But, the rights of a new person who acquired the unsold product with material defect are questionable according to some, when transfering the material property to a new obtainer the first customer transfers to him the claims for damages which he owes to his salesman, so when the new obtainer descovers the faults of products he can according to this implement his rights not only towards his salesman but also towards the person who sold the product. Many Yugoslav lawyers have the right to think that this standpoint is wrong, because it does not pay any attention to the relative effect of obligational rights. When the defect product is resold many times over, the last obtainer can post his authority because of the faults only to the person from whom he had got the product directly, and not to the other salesman

---

27 Врлета Круљ, "Нека правна питања у вези са гарантијом и гарантијским роковима код купопродаје", Наша законитост, бр. 4/1967, стр. 303.

28 Цигој, op. cit., стр. 453.

29 Стеван Јакшић, Облигационо право, општи део, 4. допуњено и прерађено издање, Сарајсво, 1962, стр 175; Драгољуб Марковић, "Одговорност због физичких недостатака ствари", Правни живот, бр. 8-9/1974, стр.25; Никола Гавела, "О одговорности за мане у квалитету објекта купопродајног уговора", "Наша законитост", бр. 8-9/1971, стр.596.

Др Снежана Соковић
доцент Правног факултета
у Крагујевцу

ВЕШТАЧЕЊЕ У ОКВИРИМА ПРЕДСТОЈЕЋЕ РЕФОРМЕ КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

кључне речи:
вештачење, реформа, избор, контрадикторност, изузеће, временско трајање посматрања

УДК: 347.948

Досадашња разматрања правца обима потребних измена у кривичном процесном законодавству у основним цртама су оформила једну целовиту криминално политичку концепцију реформе Закона о кривичном поступку, која не иде за тим да удовољи искључиво непосредним практичним потребама, него захтева и шире измене, односно, захтева реформу у правом смислу. Осим усаглашавања са Уставом и отклањања постојећих противуречности у вези са допунским кривичним законодавством, неопходне су и шире промене. Циљ је стварање Закона о кривичном поступку у складу са постојећим друштвеним условима и савременим теоријским достигнућима и са, у што вишој мери, усклађеним основним, међусобно супротним захтевима, истовременог јачања заштите основних права грађана и подизања ефикасности и функционалности укупног система кривично правне акције.

Једно од крупних питања кривичне процедуре, које не би требало да остане ван оквира овако замишљене реформе, а које захтева, како измене у ЗКП и допунском процесном законодавству (Закон о условима за обављање послова вештачења), тако и низ конкретних активности организационе природе (реорганизовање експертизне делатности), јесте и питање вештачења. Разлога за то има више, а најкрупнији међу њима никако нису сасвим нови. Бројна теоријска разматрања и неки од свакодневних практичних поблема у функционисању правосуђа, означили су већ ово питање као незаобилазно у напорима за подизањем ефикасности кривичне процедуре и постизањем складно и систематски уобличених института кривичног процесног права.

Проблеми у вези са вештачењем не представљају спорну тачку само у домаћој теорији и пракси. Немачка кривично-процесна теорија упозорава на "кризу доказа вештачењем" и на то да "вештак неконтролисано израста у инстанцу једнако вредну судској", због чега се сматра да

постоји "озбиљна угроженост слободне судијске оцене доказа", као и немогућност слободног судијског одлучивања у кривичном поступку.[1] Из тих разлога и низ предлога процесне теорије, који се тичу реформисања постојеће кривичне процедуре, мотивисан је управо овим спорним питањима. Разматрана је могућност "директног довођења вештака на судијску клупу" проширивањем судског већа, за конкретан случај компетентним, вештаком, или формирањем специјалних судова за поједине врсте криминалитета уз значајно учешће вештака. Према англосаксонском узору, или независно од њега, анализирана је и могућност дводеобе главног кривичног поступка на део који се односи искључиво на разјашњење извршеног дела (Tatvrlokut), и други део (везан у највећој мери за делатност вештака), који се тиче кривичне одговорности и адекватне санкције (Schuldverlokut).[2] Мада се овим предлозима постиже унапређење "криминално-политичке кооперације судије и вештака", оцењено је да се у њима истовремено налази и "неприхватљив почетак краја поступка којим управља, и носи одговорност за донету одлуку, судија".[3]

Циљ ове анализе вештачења у светлу предстојећих измена у казненом законодавству јесте да укаже на потребу разматрања вештачења у овим оквирима, као и да изнесе неке конкретне предлоге у том правцу.

1. ИЗБОР ВЕШТАКА

Захтев да вештак поседује одређена стручна знања представља неопходан услов сваког вештачења, без обзира на то како је нормативно регулисан. Главно обележје функције вештачења у кривичном поступку, diferentia specifica вештака као посебног кривичног процесног субјекта и "есенцијални захтев"[4] ове делатности, јесте владање посебним стручним ванправним знањима и вештинама. У законима о кривчној процедури овај захтев се најчешће само генерало назначава без прецизирања шта захтевана стручност конкретно значи. Сасвим изузетно, нека кривична законодавства посебном одредбом од вештака траже поседовање академске титуле у одређеној области.[5]

Наш Закон о кривичном поступку о вештаку говори као о лицу које располаже потребним стручним знањем (чл. 241. ЗКП) и питање процене постојања стручности и адекватног специјалистичког профила препушта органима надлежним за избор вештака у кривичном поступку.

---

1 О томе: K. Dippel: Die Stellung des Sachverstandigen im Strafprocess, Heidelberg, 1986. str.56,57; H. J. Plewig: Funktion und Rolle des Sachverstandigen aus der Sicht des Strafrichters, Hamburg, 1983. str.27; Loewe-Rosenberg: Grosskomentar, 24. Aufl. 18. Lieferung: Einleitung; Berlin, 1988. стр. 67, 303..

2 Види: E. Schluechter: Das Strafverfahren, Muenchen, 1983. str.467-473; K. Dippel: op. cit. стр.65 и даље.

3 K. Dippel: op. cit. стр. 79.

4 K. Jessnitzer: Der gerichtliche Sachverstandige, Muenchen, 1980. стр. 37.

5 F. Niklisch (hrsg.): Der technische Sachverstandige in Process, Wuerzburg, 1983. стр. 240.

Силом многих (не)прилика ово питање се у пракси најчешће решава рутинским одређивањем вештака, чија је специјалност само генерално најближа конкретној проблематици[6]. Последица тога су непотребна одуговлачења, смањивање ефикасности кривичне процедуре и стварање додатних трошкова ради понављања вештачења од стране компетентних стручњака. Основни узроци незавидне ситуације у погледу избора вештака јесу неизграђеност, односно неадекватност законом предвиђених механизама контроле постојања одговарајуће стручности вештака, као и недостаци постојеће организације службе судских вештачења.

Један од најраспрострањенијих начина контроле стручних компетенција вештака у кривичној процедури јесте постојање листе вештака, која је обавезна за суд и странке приликом избора вештака. Листу сталних судских вештака ствара за сваку област надлежни орган и од ње се не може одступити приликом одређвања вештака, или, према другим процесним системима, она није обавезна и има карактер препоруке. Могуће је и истовремено постојање официјелне листе вештака, и посебне, полуофицијелне листе у сваком судском округу, с тим што суд може да одступи и од једне и од друге.[7]

Закон о кривичном поступку предвиђа (чл. 242. ст. 2.) да се "ако за коју врсту вештачења постоје код суда стално одређени вештаци, други вештаци могу одрдити само ако постоји опасност од одлагања, или ако су стални вештаци спречени, или ако то захтевају друге околности". Из ове одредбе произилази закључак да листу сталних судских вештака законодавац узима као довољно средство за брз и успешан избор вештака, па процесну радњу одређивања вештака своди на избор имена лица одговарајуће струке са постојеће листе. Ван сваке сумње је да овакво решење за суд представља изузетну помоћ. Међутим, анализа начина на који се формира листа сталних судских вештака показује да ово питање и даље остаје без адекватног решења.

Наиме, у складу са још увек важећим прописима , својство сталног судског вештака стиче се даном уписа у Регистар сталних судских вештака, а решење о упису доноси републички Секретар за управу и правосуђе на предлог судова, других државних органа, организација, заједница, удружења грађана, као и на захтев заинтересованих лица.[8] Услови који треба да буду

---

6 У том смислу је и став старије судске праксе: "...Сама чињеница да вештак финансијске струке није радио "у области пореског система" не значи и да је вештак нестручан за вештачење у вези са утврђивањем пореских обавеза оног лица коме је стављено на терет извршење кривичог дела пореске утаје..."; Збирка судских одлука из области кривичног права, 1973-76; Врховни суд Србије, Кз 231/74. Обзиром на сложеност, обимност, као и на врло честе измене у области финансијског пословања, даља специјализација вештака у оквиру ове области постаје неопходна. Међутим, и данас се вештаци , као и пре 20 година, именују генерално за целокупну област финансија, па не постоји никаква кмогућност избора адекватнијег специјалистичког профила у оквиру ове изузетно сложене области.

7 F. Niklisch: op. cit. стр. 241.

испуњени ради стицања права на упис у регистар сталних судских вештака (чл.14. и чл. 21. Закона о условима за обављање послова вештачења), односе се на поседовање потребног знања и способности за давање налаза и мишљења у одређеној области (најмање IV степен стручне спреме), искуства потребног за самосталн рад, поседовање људских и радних квалитета који га чине подобним за функцију сталног судског вештака и за објективно, уредно и благовемено извршавање вештачења, као и на чињеницу да такво лице није осуђивано за кривично дело које га чини неподобним за рад у својству вештака.[9]

Овакав начи формирања листе сталних судских вештака има извесне предности у односу на раније одређивање листе вештака за подручје одређеног суда, али основни проблеми око избора вештака одговарајуће струке остају и даље. Од будућег вештака захтева се само одређени степен стручне спреме и никакви додатни услови у смислу стварне оспособљености за вршење вештачења одређене врсте (осим оне која се претпоставља обзиром на степен стручне спреме), нити могућност стручне контроле његовог каснијег рада. Према томе, да би неко лице постало судски вештак, још увек треба само да прође кроз одговарајућу процедуру упису у Регистар сталних судскх вештака, без испуњавања било каквих допунских услова, који се тичу, поред формалне, и његове фактичке подобности за функцију сталног судског вештака у одређеној стручној области.

У случају вештачења поверених стручној установи, ситуација око избора конкретног вештака је нешто повољнија, јер установа, односно њен руководилац, одређује једног или више стручњака да обаве конкретно вештачење. На основу текста чл. 242. ст. 2. ЗКП може се закључити да законодавац даје начелну предност поверавању вештачења стручним установама, у односу на вештачење вештака појединца. Претпоставља се да тако организовано вештачење има извесне предности материјалне, кадровске и организационе природе, због којих се очекује и да ће бити и квалитетније изведено. Са друге стране, у поцесном погледу критика и контрола оваквих вештачења постаје отежана, а могућност утицаја странака на избор вештака знатно умањена. Осим тога, такве установе су и даље релативно малобројне, неким од њих послови вештачења недставлјају само

8 Ову материју регулише Закон о условима за обављање послова вештачења, Службени гласник СРС, 16/87; Види и: Решење о уписивању у Регистар сталних судских вештака за које су решења о упису у регистар донета у периоду од 25. марта 1991. до априла 1994, Службени гласник РС, 36/94.

9 У вези са условом неосуђиваности занимљива је и следећа пресуда Врховог суда Србије: "...Осуђиваност одређеног лица за кривично дело непријатељске пропаганде није апсолутна сметња за упис тог лица у Регистар сталних судских вештака из области грађевинарства и грађевинских материјала у смислу чл. 19. ст.1. т.3. Закона о уловима за обављање послова вештачења, већ ту чињеницу треба ценити у сваком конкретном случају у оквиру других својстава тог лица (дуг успешан рад у струци, људски и радни квалитети)." Врховни суд Србије, У. 705/88, Збирка судских одлука из области управног права, 1987-1990.

споредну делатност, а њихов рад је изузетно скуп и битно утиче на повећање трошкова кривичног поступка.

Посебан проблем, у организационом смислу, представљају вештачења која се врше у оквиру стручних служби органа унутрашњих послова. Ради се о криминалистичким вештачењима обављеним од стане полицијских службеника полицијске криминалистичко-техничке службе, због чега се, обзиром на неспојивост основне полицијске делатности и неутралности неопходне за обављање послова судских вештачења, јавља потреба издвајања криминалистичке експертузне делатности у засебну, самосталну, организациону јединицу.[10]

Последица овакве ситуације јесте чињеница да се вештачења најчешће поверавају вештацима појединцима са листе сталних судских вештака, а тек изузетно, у сложеним случајевима, центрима за вештачење. То значи да се као вештак још увек појављује углавном стручњак појединац са територије дотичног суда, који се вештачењем бави као додатном, споредном и повременом активношћу, ради остваривања допунске зараде. Не постоје јасно одређени стандарди за вештачења различитих профила, нема гаранција за постојање вештакових стручних компетенција у смислу атеста или сертификата добијеног до стране, по струци, надлежног органа. Квалитетни правилници о извођењу вештачења и дефинисана делатност Удружења судских вештака чине реткост у раду вештака и судској пракси. Неки покушаји стварања Етичког кодекса вештака нису допринели развијању етике ове делатности и унапређењу његове опште функције, нити су донели нешто ново у регулисању моралних и етичких принципа судских вештачења, осим наглашавања оних захтева који су већ обухваћени процесним нормама.[11]

Све ово представља и главне разлоге због којих се низ година уназад, и у теоријии у пракси кривичног правосуђа, указује на озбиљне недостатке постојеће организације службе судских вештачења.[12] Томе треба додати и новонастале проблеме у вези са постојањем низа приватних агенција за вештачење (најчешће за финансијска и балистичка вештачења). Њихов недефинисан статус, у смислу процесних одредби о вештачењу, не спречава странке да користе њихове услуге (вештачења прибављена ван оквира чл.242. ЗКП), због чега се не може игнорисати њихово постојање.

Очито је да потреба за бољом организацијом службе судских вештачења и за адекватно дефинсаним стандардима у различитим областима ове делатности, није ништа ново у домаћој судској пракси. Проблеми који произилазе из овакве ситуације јесу такви да захтевају темељне измене Закона о условима за обављање послова судских вештачења у правцу детаљнијег нормативног регулисања услова за извођење ове делатности. То се односи, пре свега, на стварања претпоставки за избор вештака чији је стручни

10 О томе: В. Водинелић: Криминалистика и доказивање II, Скопје, 1985. стр. 803 и даље.

11 Види: Етички кодекс удружења судских вештака, Вјештак, 1/85.

12 Ж. Алексић: Организација и неке врсте судских вештачења, Правни живот, 11/72.

специјалистички профил најадекватнији спорним питањима конкретног вештачења, као и на формирање нормативних оквира за ефикасније организовану службу судских вештачења.

2. ПИТАЊЕ (НЕ)КОНТРАДИКТОРНОСТИ ВЕШТАЧЕЊА

Теоријска тумачења чл. 241. ЗКП полазе од тога да одлука о наређивању вештачења зависи од нахођења суда, тј. органа који води поступак[13], односно од испуњености материјалних (да се ради о чињеницама везаним за дело и учиниоца) и формалних услова (наредба, избор вештака)[14], или од процене да се ради о околностима које се са сигурношћу могу утврдити помоћу исказа вештака[15], односно, искључиво од тога да је за утврђивање релевантних чињеница потребно посебно стручно знање[16]. Без обзира на извесне различитости у теоријском приступу, спор у вези овог питања практично не постоји. Увек када је за утврђивање или за оцену неке важне чињенице потребна примена специалистичких знања из одређене струке, која прелазе границе општег образовања и став просечно културног и образованог човека, приступа се вештачењу.[17] Друге облике коришћења ванправних стручних знања у кривичном поступку ЗКП не предвиђа. Саветодавноконсултативна делатност стручних лица из чл. 168. ст. 9. ЗКП и стручно-техничка помоћ приликом вршења увиђаја и реконструкције догађаја (чл. 240. ст. 1. ЗКП) не поседују самостално процесно значење, а тиме ни посебну доказну вредност.

Обзиром да вештачење писменом наредбом одређује орган пред којим се води поступак и да странке немају учешћа у избору и у позивању вештака, осим, за суд необавезног, предлога и указивања странака на неке вештаке, као и обзиром у на чињеницу да други облици примене посебних стручних знања у кривичном поступку не постоје, поставља се питање какав значај има налаз и мишљење вештака који је прибављен ван услова предвиђених чл. 242. ЗКП. Наиме, у пракси се дешава, не тако ретко и то код тежих кривичних дела, да странке, најчешће окривљени и његов бранилац, у вези спорних чињеница самостално прибаве налаз и мишљење од стране, по

13 Д. Димитријевић: Кривично процесно право, Београд, 1987. стр. 205.
14 З. Симић-Јекић: Кривично процесно право СФРЈ, Београд, 1983. стр.247.
15 В. Бацер: Југославенско кривично процесно право, II, Загреб, 1980. стр.194.
16 Т. Васиљевић: Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд, 1981. стр.334.
17 За разлику од нашег права, немачко кривично поцесно право нормира могућност да сам суд, односно судија, примени своја стручна, ванправна зања, прописујући да предлог да се саслуша вштак, може да буде одбијен уколико суд сам располаже неопходном стручношћу и зањем (чл. 244(IV) StPO). При томе се сматра да је потребно д таквим знањем влада већина чланова судског већа (Alsberg, Nuesse, Meyer: Der Beweisantrag im Strafverfahren, Muenchen, 1983. стр. 714; K. Roxin: Strafverfahrensrecht, Muenchen, 1987. str. 280; E. Schluechter: Das Strafverfahren, Muenchen, 1983. стр.596; K. Jessnitzer: Der gerichtliche Sachverstandige, Muenchen, 1980. стр.116.). Међутим, има и супротних схватања, у оквиру којх се инсистира на захтеву да у оваквој ситуацији потребна стручна знања поседују сви чланови судског већа (K. Peters: Strafprocess, Karlsruhe, 1981. str.292; H. Rueping: Das Strafverfahren, Muenchen, 1983. стр.142.).

струци, компетентног лица или од, по струци, надлежне установе. Тврдње садржане у оваквом налазу (снабдевеном свим "правним формализмима": потписом лица које је извршило вештачење, потписом одговорног лица и печатом установе, бројем протокола, назнаком места и времена, итд.) у вези са спорним релевантним чињеницама конкретног кривичног поступка, врло често су у потпуној супротности са ставовима датим у официјелном вештачењу и фактички доводе у сумњу утврђено чињенично стање, али без могућности да и формално буду коришћени у кривичном поступку.

ЗКП заступа принцип неконтрадикторности судскинх вештачења, у оквиру кога се од вештака захтева непристрасност, и стручно-научно утемељено поступање, и у процесном извођењу потпуна независност у односу на странке, за разлику од принципа контрадикторности судских вештачења, који странкама омогућава да ангажују свог вештака. Постојеће норме не предвиђају никакав изузетак од принципа неконтрадикторности и потпуно искључују могућност да свака странка позива "свог" вештака. У том смислу, ни широко тумачење чл. 322. ст. 4. ЗКП, према коме странке имају право да до завршетка главног претреса предлажу извођење нових доказа или да обнављају раније дате, али касније одбијене, предлоге, не омогућава да вештачење обављено ван чл. 242. ЗКП стекне процесну важност. Став судске праксе је да оваква вештачења могу да буду једино основ за покретање посупка за понављање кривичног поступка по основу нових чињеница и нових доказа (чл. 401. ст. 1. т. 4. ЗКП).[18]

Међутим, без обзира што не постоје формалне, нормативне, претпоставке за коришћење оваквог вештачења у кривичном поступку, изгледа да га пракса не оставља у потпуности ван кривичне процедуре и без икаквог значаја. Могуће је, да је све већи број вештачења добијених ван чл. 242. ЗКП у извесном смислу охрабрен праксом другостепених судова, који на посредан начин ипак узимају у обзир наводе из ових налаза. Наиме, странке уз жалбу редовно прилажу и спорни налаз и мишљење, а другостепени суд у оваквој ситуацији најчешће укида првостепену пресуду због битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 365. ст. 1. т. 1. ЗКП. При томе се првостепеном суду налаже да у поновном суђењу поступи према чл. 251. ЗКП, односно да, обзиром да постоје противуречности, недостаци или основана сумња у дати налаз и мишљење, који се не могу отклонити поновним саслушањем вештака, затражи мишљење другог вештака. Разлоге за овакву оцену постојећег налаза и мишљења, жалбени суд налази, или у чињеници да је суд првог степена тражио од официјелно именованог вештака да се изјасни у вези навода спорног вештачења, а да претходно спорни налаз није конвалидован, или независно од ове ситуације (наравно не позивајући се дректно на спорни налаз).[19]

---

18 "Налаз, мишљење стручне установе прибављен без примене чл. 242. ЗКП може бити основ за покретање поступка за понављање кривичног поступка по основу из ч. 404. ст. 1. т. 4. ЗКП." Став заузет на саветовању кривичних одељења Савезног суда, Републичких и Покрајинских Врхових судова и Врховног Војног суда у Београду 27. 12. 1991.

Тако, са једне стране постоји неиспуњеност формалних, процесних, претпоставки за узимање у разматрање оваквих налаза и мишљења, а са друге стране, обзиром на истину као крајњи циљ поступка, стоји чињеница да наводи садржани у оваквом налазу и мишљењу најчешће бацају озбиљну сенку на утврђено чињенично стање. Под таквим условима, постојећа пракса другостепених судова представља једино могуће решење. Међутим, то не значи да се постојање вештачења добијених ван чл. 242. ЗКП може трајно игнорисати, мада треба напоменути да, у досадашњим расправама, формирана концепција реформе потребне у области кривичног процесног законодавства не покрива и тако радикалне захвате, какви јесу они који се тичу увођења контрадикторних вештачења.

Како циљ овог рада није давање дефинитивног одговора на питање вештачења добијених ван чл. 242. ЗКП, него је, пре свега, усмерен на скретање пажње стручне јавности на овај проблем, у трагању за оптималним решењем у нашим условима пажње вредним показује се и разматрање тзв. средњег решења, сдржаног у немачком кривично-процесном закону. У складу са одредбама чл. 73. (I) StPO, избор вештака врши судија, без обавезе да удовољи предлозима странака. Међутим, чл. 245. (II) StPO омогућује да се на главној расправи појаве и вештаци који су позвани од стране окривљеног, односно тужиоца, обзиром на право окривљеног (чл.220. (I) StPO) да непосредно позове лица која је председавајући у судском већу одбио да позове, као и на исто право тужиоца (чл. 214. (III) StPO).[20]

Саслушање вештака, које су предложли тужилац и окривљени, условљено је претходним стављањем предлога да се овај доказ изведе. Једино уколико само извођење доказа није дозвољено, предлог ће бити одбијен. У другим случајевима чл.245. (II) StPO предвиђа да до одбијања предлога може доћи уколко су чињенице, чије се утврђивање предлаже, већ доказане или су општепознате, затим уколико између чињеница, које на тај начин треба утврдити, и предмета пресуђивања не постоји веза, као и када се ради о доказним средствима која су у том смислу неподобна, или је предлог дат у циљу одуговлачења поступка. При томе се сматра да је непосредно позивање вештака у складу са чл.220. (II) StPO, дозвољено под условом да је вештак у могућности да свој налаз и мишљење изнесе непосредно на главном претресу, на основу материјала са главног претреса, дакле, без одређивања посебног времена за припремање вештачења и за само извођење вештачења.[21]

---

19 Примера ради: Одлука Врховног суда Србије К3 1 1079/94 у вези са одлуком Окружног суда у Крагујевцу К 80/93. За детаљнију анализу овог питања пожељно је шире истраживање судске праксе, које у оквирима анализе дате у овом раду није могло да буде организовано.

20 Види: K. Jessnitzer: op. cit. str.125; K. Roxin: op. cit. str. 173; Alsberg, Nuesse, Meyer: op. cit. 816.

21 Loewe-Rosenberg: Grosskomentar, 24. Aufl. 3. Lieferung, Berlin, 1985. стр. 49.

3. ИЗУЗЕЋЕ ВЕШТАКА

Иако до изузећа вештака у кривичном поступку долази релативно ретко, јер чак и у ситуацијама у којима за то има основа (на пример, сумња у објективност вештака), претежу разлози временских и финансијских уштеда, потреба за доследном нормативном систематиком оправдава анализу постојећих решења. У том смислу, оправданим се чини пре свега разматрање забране, одосно искључења узимања одређених лица за вештаке.

Немогућност да као вештаци буду одређена лица која су ослобођена дужности сведочења у крвичном поступку (окривљеников брачни друг, окривљеникови сродници наведени у чл. 227. ст. 1. т. 2. ЗКП, окривљеников усвојеник, усвојилац и хранилац) условљена је истим разлозима, због којх се таква лица ослобађају дужности сведочења. Због блиских сродничких односа са окривљеним, оправдано се претпоставља да таква лица могу да буду пристрасна и необјективна, и као сведоци и као вештаци, па им се оставља могућност да, без икаквих последица по себе или њиховог окривљеног сродника, одбију сведочење, односно вештачење. Међутиим, у вези лица које не може да буде саслушано као сведок зато што би својим исказом повредило дужност чувања службене или војне тајне, док га недлежни орган не ослободи те дужности (чл. 226. ст. 1. ЗКП), ситуација није фактички и процедурално истоветна са оном у којој се такво лице појављује у функцији вештака, због чега се доводи у питање и оправданост аналогне примене одговарајуће норме о сведочењу и на вештачење.[22]

У случају вештачења битно је да само вештачење које треба да се обави, јесте такво да обухвата и чињеница које се сматрају службеном или војном тајном, јер би у противном било увек могуће (услед замењивости вештака) одедити другог вештака, који није везан обавезом чувања тајне. Обзиром да се конкретно вештачење, за кривични поступак незамењиво никаквим другим доказним средством, односи на чњенице које чине службену или војну тајну, било да се за вештака узме лице које је већ упознато са том тајном и обавезано на њено чување, или се именује лице које се са подацима који се смтрају тајном, упознаје тек преузимањем вештачења, ситуација у погледу откривања тајне остаје иста. У таквом случају сваки вештак саопштавањем свог налаза и мишљења, због природе вештачења, саопштава и чињенице које представљају тајну, односно, открива тајну.

Дакле, аналогна примена чл. 226. ст. 1. ЗКП, која регулише питање сведочења у случају постојања обавезе чувања службене или војне тајне, и на вештаке, показује се, због сасвим различитих фактичких услова примене, као неоправдана и, у крајњој линији нпотребна. Уколико садржина вештачења није таква да нужно доводи до откривања каквих тајних података, обзиром на то да је вештак замењива кривично процесна фигура, за вештака ће се узети лице које није под обавезом чувања војне или службене тајне. Уколико због природе вештачења сваки вештак неминовно

22 Види: В. Бацер: Југославенско кривично процесно право II, Загреб, 1980. стр. 190.

у свом исказу пред судом мора да открије тајну, било да је за њу знао раније, или је упознат тек у време вештачења, решење је у искључењу јавности.

И аналогна примена чл. 227. ст.1. т. 4. ЗКП у вези са чл. 244. ЗКП, која предвиђа ослобађање од дужности сведочења, односно вештачења и за верског исповедника, оспорава се у делу процесне теорије из истих разлога.[23] Међутим, ситуација узимања верског исповедника за вештака у кривичном поступку у неким цртама се разликује од ситуације у којој са као вештак појављује лице са обавезом чувања службене или војне тајне, због чега и разлози за оспоравање постојећег нормативног решења нису исти.

Мада теолошка вештачења нису уобичајена у кривичном поступку и домаћа судска пракса не бележи такве случајеве, чињеница да ЗКП нормира такву могућност оправдава анализирање ових ситуације. При томе се уочава да разлози за забрану узимања верског исповедника окивљеног за вештака о ономе што му је окривљени исповедио, нису истоветни са онима који постоје код лица које би прихватањем вештачења повредило дужност чувања тајне. Чак и уколико се вештачењем верског исповедка не открива тајна, стоје примедбе због којих верски исповедник окривљеног уопште не би требало да буде и вештак. Чињенице на које би се односило такво вештачење, верски исповедник је сазнао ван кривичног поступка, пре његовог покретања, у личном и процесно недефинисаном односу са окривљеним у специфичаном виду комуникације, какав јесте чин исповедања. Јасно је да тај однос, осим што својом природом обавезује исповедника на дискрецију, истовремено, без обзира на конкетну садржину изјава окривљеног, доводи у питање и његову објективност у каснијем вештачењу. Из тих разлога може се оспорити и тумачење да одредба по којој се не могу узети као вештаци лица ослобођена дужности сведочења, не обухвата и верског исповедника, иако је он обухваћен чл. 227. ЗКП, јер се његово искључење односи само на оно што му је окривљени поверио, односно само на одређену материју.[24] То би практично значило да верски исповедник окривљеног може да се појави као вештак у погледу свих други околности, изузузимајући једино оне које се тичу дате исповести, мада за то нема довољно оправдања, а ни практичне потребе.

Могуће је да се верски исповедник окривљеног појави као сведок у кривичном поступку поводом чињеница које су ван садржне окривљеникове исповести, у вези које је иначе и ослобођен дужности сведочења. За разлику од сведока који је незамењив, у случају да је потребно теолошко вештачење таквих чињеница, нема нкакве потребе да се узима исти верски исповедник и за вештака, а ни оправдања, обзиром на озбиљну могућност његове (и ненамерне) необјективности. Треба узети другог вештака, чије ће учешће у кривичном поступку бити неоптерећено претходном комуникацијом са

23 В. Бацер: оп. цит. стр. 191; Супротно: Б. Петрић: Коментар закона о кривичном поступку, Шид, 1982. стр. 601; Ј. Павлица, М. Лутовац: Закон о кривичном потупку у практичној примени, Београд, 1985. стр. 361.

24 Тако: Т. Васиљевић, М. Грубач: Коментар закона о кривичном поступку, Београд, 1982. стр. 413.

окривљеним. Дакле, док у случају сведочења верски исповедник не може да сведочи само у односу на одређену материју (чињенице које се односе на садржину окривљеникове исповести), у случају вештачења има разлога за забрану узимања верског исповедника окривљеног уопште, а не само у погледу чињеница које су биле предмет исповедања.

Може се закључити да аналогна примена чл. 226. ст. 1. и чл. 227. ст. 1. т. 4. ЗКП и на вештаке, предвиђена генералним искључивањем из обављања функције вештачења (чл. 244. ст. 1. ЗКП) свих лица која не могу да буду саслушана као сведоци и лица која су ослобођена дужности сведочења, нема оправдања. Компаративна анализа услова за изузеће вештака у неким другим законодавствима, на пример немачком,[25] показује да овај институт успешно функционише и без оваквих одредби. У том смислу, у оквиру предстојећих измена у Закону о кривичном поступку треба размотрити и могућност да забрана, односно искључење одређених лица код поверавања вештачења, буде регулисана на други начин (посебном одредбом или применом решења које се односи на изузеће судија), а не аналогном применом одговарајућих одредби о сведочењу.

4. ВРЕМЕНСКО ОРАНИЧЕЊЕ ТРАЈАЊА ПОСМАТРАЊА ОКРИВЉЕНОГ У ЗДРАВСТВЕНОЈ УСТАНОВИ РАДИ ВЕШТАЧЕЊА ДУШЕВНОГ СТАЊА

Упућивање окривљеног у здравствену установу ради вештачења душевног здравља врши се када вештак на основу прегледа окривљеног нађе да је потребно дуже посматрање, што је у сложењим случајевима правило. Најдужи рок трајања посматрања није одређен и то се може правдати чињеницом да се унапред не зна колико ће времена бити потребно да се прикупе сви неопходни подаци.

Међутим, одредба (чл. 258. ст. 2. ЗКП) по којој се посматрање може продужити преко два месеца само на образложен предлог управника здравствене установе , с тим што "не може ни у ком случају трајати дуже од рока за притвор", потпуно је неодређена. Ова нејасна језичка формулација, која регулише врло деликатан и тешак захват у лична права и слободе окривљеног, не значи да је трајање посматрања везано за трајање притвора (лице које је на посматрању не мора да буде и у притвору), него је посматрање везано за меру до које по закону притвор може најдуже да траје.[26] При томе треба имати у виду да после предаје оптужнице, трајање притвора није ограничено, већ је само предвиђена обавезна двомесечна контрола његове даље оправданости. Нејасно је и ко одлучује о предлогу за продужење боравка преко два месеца, да ли орган који је наредио вештачење[27], или се

25 У немачком закону о кривичном поступку изузеће вештака је решено на исти начин као и изузеће судија. Члан 74. StPO предвиђа да вештак може бити изузет из истих разлога који важе за изузеће судија, с тим што посебан разлог за изузеће није претходно саслушавање вештака као сведока.

26 Т. Васиљевић, М. Грубач: op. cit. стр. 430.

27 Тако: Ј. Павлца, М. Лутовац: op. cit. стр. 361.

продужавање врши по истом поступку и у истим границама, у којима се врши и продужавање притвора.[28]

Са друге стране, из криминално политичких разлога потпуно је неоправдано упоређивање и аналогно нормативно регулисање мере као што је упућивање окривљеног у здравствену установу на посматрање ради вештачења душевног здравља, са трајањем притвора, као најтеже мере (изразито репресивног карактера) за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку.

Неопходна је, дакле, комплетна преформулација чл. 258. ст. 2. ЗКП у вези са временскм трајањем у њој педвиђене мере. О томе би требало посебно да се изјасне вештаци-психијатри, с тим што треба узети у обзир да је за суд релевантана само стручна оцена душевног здравља, у смислу свести и воље окривљеног да управља својим поступцима и схвати значај свог дела, а не и коначна медицинска дијагноза са дефинисаним терапеутским поступком.

Примера ради, немачки ЗКП врло рестриктивно регулише услове за одређивање и трајање ове мере. Према овом закону (чл. 81. StPO) боравак окривљеног у психијатријској болници не може трајати дуже од шест недеља. Оптужени може да буде упућен у јавну психијатријску болницу ради посматрања само уколко су за то спуњене све стварне и формалне претпоставке. Потребни материјални услови су: 1. да се ради о утврђивању окривљеникове урачуњивости или битно смањене урачуњивост; или да код окривљеног постоје душевне сметње, али још увек није утврђено да је опасан по околину (што би био разлог за упућивање у психијатријску болницу по том основу); затим кад треба утврдити његову способност расуђивања обзиром на психичко стање у коме се налази; или се ради о малолетном лицу код кога треба утврдити степен душевног развоја; 2. да постоји основана сумња (dringender Tatverdacht) да је то лице учинилац кривичног дела; 3. да се не ради о багателним кривичним делима или делима за која се гони по приватној тужби. Формални услови су: 1. претходно саслушање вештака, с тим што одлуку о одређивању ове мере самостално донос суд; 2. претходно саслушање браниоца (није неопходно и његово слагање); 3. саслушање тужиоца (овај услов се не захтева чл. 81. StPO али као обавезан произилази из чл. 33 (II) StPO) .[29]

5. ЗАКЉУЧАК

Питања избора вештака, концепција (не)контрадикторности судских вештачења, начина на који се нормира изузеће вештака, као и проблем ограничења временског трајања посматрања окривљеног у здравственој установи ради вештачења душевног стања, представљају најкрупнија актуелна спорна питања вештачења, која указују на то да је неопходно размотрити вештачење као један од сегмената будуће реформе у кривично процесном законодавству. Очито је да нека од ових питања захтевају

28 Т. Васиљевић, М. Грубач: op. cit. стр. 430.

29 Види: Loewe-Rosenberg: Grosskomentar, 24. Aufl. 17. Lieferung, Berlin, 1987. стр. 78-84.

нормативну интервенцију у оквиру већ постојећих одредби ЗКП, док су друга (организација судских вештачења и услови за обављање делатности судских вештака) усмерена, пре свега на измене у Закону о условима обављања послова судских вештачења, као дела допунског кривично процесног законодавства. Ради уобличавања коначних предлога и законских формулација у вези постављених питања , неопходно је да се чује и мишљење праксе, реч вештака, судија, адвоката и тужиоца о актуелним проблемима вештачења у кривичном поступку.

SUMMARY

Testifying in the scope of the up-coming reform of the criminal law trial legislation

One of the unavidable questions of the up-coming reform of the criminal legislation refers to testifying in the criminal act. There are many reasons for that, but the most important ones such as the question of choosing and excluding the court expert, the possibility of strengthening the effect of testifying by using some elements of conception of contradictory court testifyings, the time limit for observing the defendant in the health center in the cause of testifying for his mental health, have been dealt with in this work. After the analysis of the existing procedure for choosing the court expert accoraing to regulations of criminal law legislation and the acts of legislation for the terms for doing the works of testifying, author concludes that there is effective system of controlling the proffesional competence of the court expert and that the existing lists of regular court experts do not make possible the choice of adequately specialized court experts, and in that sence he suggests the concrete changes of these legislations. Because of factual and procedure differences of concrete situations, analogous application of regulations which standardize the terms under which some persons can be acquitted from the duty of testifying and the regulations which make the hearings of some persons as witnesses impossible even the court experts does not represent the adequate solution for excluding the court expert. The author suggests the solution to this problem, either by separate standardization of the terms for excluding the court expert or by analogous use of regulations about excluding the judges on exclusion of court experts. The time limit of observation in the health center is also suggested for the sake of testifying for the mental helth, as well as the possibility of solving the matter of testifyings gained out of 242. criminal law proceedings article by entering some elements of contradictory principles of court testifyings.

Др Бранислав Симоновић
доцент Правног факултета у Крагујевцу

КРИВИЧНОПРАВНИ И КРИВИЧНО НЕПРАВНИ ПРЕДМЕТИ КОЈИ СЕ ИЗУЧАВАЈУ НА ПРАВНИМ ФАКУЛТЕТИМА У ЈУГОСЛАВИЈИ

кључне речи:
изучавање кривичне науке; правни факултети

УДК: 340.116(497.1)

АНАЛИЗА ПОСТОЈЕЋЕГ СТАЊА, КРИТИКА И ПРЕДЛОЗИ

1) Увод[1]

Школовање будућих правника подразумева њихово оспособљавање за успешно савладавање задатака који ће им се касније, у оквиру професионалне делатности, у пракси постављати. Када је у питању образовање студената права за рад у кривичном правосуђу или у полицији на пословима сузбијања криминалитета, отвара се читав низ питања, од којих се у овом раду разматрају само она која се тичу листе кривичних предмета које би требало изучавати на нашим правним факултетима. Знања која будући правници стичу из кривичних дисциплина на правним факултетима морају да буду адекватна изазовима које огроман раст криминалитета поставља пред друштво. Проблему школовања правника за успешно решавање практичних питања из области криминалитета, правни факултети могу да дају допринос једино ако јединствено, систематски и целовито приступе стручном едуковању студената из кривичних дисциплина. Међутим, летимичним прегледом пописа кривичних наставно-научних дисциплина које се изучавају на нашим правним факултетима, може се закључити да постоји значајна неусклађеност између појединих факултета, што се неминовно одражава на коначно образовање и квантум знања наших свршених студената, дипломираних правника.

1 Рад је излаган као реферат на Интеркатедарском састанаку кривичних катедри правних факултета Југославије који је одржан у Крагујевцу 24. и 25. маја 1996.

2) Кривични предмети који се изучавају на правним факултетима у Југославији

Једино се кривично право и кривично процесно право изучавају на свим правним факултетима у Југославији. Кривично право се изучава у два семестра на другој години свих факултета. Кривично процесно право се изучава на свим факултетима у трећој години студија у два семестра.

Међутим, ситуација се битно разликује са другим наставним дисциплинама које улазе у породицу кривичних наука.

Криминалистика се изучава као самосталан и обавезан предмет на трећој години студија на Правном факултету у Крагујевцу (у зимском семестру са три часа недељне наставе), Правном факултету у Приштини и Правном факултету у Подгорици. На Правном факултету у Нишу се криминалистика предаје заједно са кривичним процесним правом као један предмет. Овим су оштећени и кривичнопроцесно право, зато што се смањује број часова који се посвећују овој значајној правној дисциплини, и криминалистика, зато што је на овај начин запостављена и другоразредна (у сенци је процесног права). На Правном факултету у Београду криминалистика улази у групу обавезних предмета, једино у оквиру правосудног смера и то као једносеместрални предмет. На Правном факултету у Новом Саду криминалистика се не изучава као наставна дисциплина. Ово практично значи да студент може да заврши Правни факултет у Новом Саду или Београду, уопште не одслушавши криминалистику, а затим да се запосли као истражни судија, судија кривичар, тужилац, адвокат, односно оперативац у полицији који мора да утврђује чињенично стање у преткривичном или кривичном поступку, а да уопште није ни елементарно оспособљен за овај посао. Са криминологијом и пенологијом је ситуација нешто мало боља него са криминалистиком. Криминологија са пенологијом се изучава на свим правним факултетима на четвртој години студија. Предаје се само један семестар, што је крајње недовољно за криминологију и пенологију. Треба напоменути да је криминологија са пенологијом уведена у наставу на Правном факултету у Крагујевцу тек пре неколико година, и то на рачун смањења фонда часова из криминалистике која је претходно била двосеместрални предмет. На Правном факултету у Београду криминологија се предаје само у оквиру правосудног смера, тако да важи све оно што је напоменуто у вези са криминалистиком.

Са судском медицином и судском психијатријом је ситуација крајње незадовољавајућа. За ове се предмете може, на жалост рећи, да су на нашим правним факултетима у постепеном изумирању. Најчешће се изучавају као један предмет: судска медицина са судском психијатријом и то само у једном семестру. У зависности од предавача (да ли је судски медицинар или судски психијатар), у пракси се предаје само једна од ове две кривичне ванправне дисциплине, с обзиром да се за обе нема довољно времена у оквиру наставе у једном семестру. Ови се предмети на Правном факултету у Новом Саду уопште не предају. На Правним факултетима у Београду и Крагујевцу су опциони. На Правном факултету у Крагујевцу је овај предмет до скоро био обавезни, али по новом Статуту је предвиђен као опциони.

Судска психологија уопште није заживела као наставна дисциплина на Правним факултетима у Југославији. Изучава се једино на Правном факултету у Београду као опциони једносеместрални предмет у оквиру правосудног смера. Нека поглавља судске психологије се изучавају у оквиру наставног програма из криминалистике на Правном факултету у Крагујевцу (нпр. основи психологије исказа). Други предмети из породице кривичних наука, као на пример криминална политика, криминална статистика, криминална психологија, међународно кривично право, и други, нису уопште обухваћени наставним процесом правних факултета, осим неких на Правном факултету у Београду у оквиру правосудног смера као опциони једносеместрални предмети.

Након овог летимичног прегледа наставних дисциплина које се изучавају на нашим правним факултетима, може се закључити да је једино задовољавајући третман кривичноправних наука -кривичног права и кривичног процесног права- а од неправних кривичних наука прихватљив је положај криминологије са пенологијом и то једино ако се изучава као двосеместрални предмет. Положај осталих неправних кривичних дисциплина је незадовољавајући, и што је најгоре, све се више погоршава у односу на прошли период времена.

3) Криминалитет као комплексна антидруштвена појава и листа наставних дисциплина из кривичних наука које треба изучавати на правним факултетима

Када се размишља о наставним предметима који треба да буду заступљени на правним факултетима, треба поћи од њиховог значаја који имају у формирању профила правника. Изучавање кривичних дисциплина треба да пружи неопходна знања студентима, будућим правницима, који ће се у својој практичној делатности, сусретати са професионалним задацима откривања и сузбијања криминалитета. Наставне дисциплине из породице кривичних наука које се изучавају на правним факултетима морају да обухвате све битне аспекте криминалитета као анти-друштвене појаве, како би се будући правници оспособили (бар теоретски припремили) да успешно решавају задатке које друштво пред њих поставља, а тичу се организовања и спровођења борбе против криминалитета. Формирање корпуса предмета из оквира кривичних дисциплина који ће се изучавати на појединoм правном факултету, не би смело да буде ствар произвољне оцене појединаца, или пак само тела која нису довољно стручна да проблем сагледају у целини (нпр. научно-наставна већа у којима долази до сукобљавања интереса између катедри), односно конкретних кадровских могућности у датом тренутку. Пресудну реч у разматрању и решавању овог питања би требало да имају кривичне катедре, а још боље и све кривичне катедре правних факултета на заједничком скупу у оквиру интеркатедарског састанка.

Предлагању пописа наставно научних дисциплина које ће се изучавати на правним факултетима не треба никако приступити произвољно, већ треба поћи од објективних закономерности које владају појавом за чије би професионално третирање требало оспособити студенте, имајући пре свега

у виду задатке који се пред њих постављају у пракси. Задатак свих оних који могу да утичу на креирање наставног програма и предмета који ће се изучавати на правним факултетима је да уоче закономерности које владају друштвеним односима и појавама које ће бити предмет професионалне делатности стручњака које треба формирати.

Када је у питању образовање и формирање будућих кривичара, то јест правника који ће морати да решавају бројна и комплексна питања из области откривања, пресуђивања и спречавања кривичних дела, полазни појам треба да буде уочавање и признавање специфичности које у себи садржи појам криминалитета као антидруштвене појаве. На том основу треба да буде формиран и систем кривичних предмета који ће се изучавати на правним факултетима.

Криминалитет представља општи објекат научног истраживања свих кривичних наука. Све кривичне науке повезује и сврстава у исту породицу управо изучавање криминалитета. Међутим, све оне у оквиру тог општег објекта имају свој самостални предмет изучавања који чини предмет дотичне кривичне науке и користе себи својствен систем метода.[2] С обзиром да је криминалитет као општи објекат бављења кривичних наука веома сложен, њиме се неминовно мора бавити већи број наука које истражују различита својства која одређују ову антидруштвену појаву. Пошто криминалитет није само чисто правни феномен, већ има и своју социјалну, психолошку, реалну основу, то и комплекс наука које ће се бавити њиме мора да буде веома разноврстан. Због тога је неопходна подела унутар кривичних наука на кривично правне науке у које улази кривично право и кривичнопроцесно право и на кривичне неправне науке[3] у које улазе криминологија, криминалистика, судска психологија, судска психијатрија, судска медицина и друге.

Потпуно је погрешна пракса неједнаког третирања и вредновања значаја који се у образовању будућих правника посвећује кривичноправним и кривичнонеправним наукама. Очигледно је да су кривичне неправне науке потцењене на нашим правним факултетима, са неизвесном судбином, која се последњих година очигледно погоршава. Схватање о кривичноправним наукама као темељним и битним за образовање правника, а о кривично неправним наукама као другоразредним и далеко мање битним је крајње погрешно, штетно и жалосно је када се чује и од појединих правника кривичара. Ово неодољиво подсећа на познату причу у којој су се препирали људски органи о томе који су међу њима најважнији за живот и функционисање човека. До оваквих логичких погрешака и ћорсокака се

2 Ово схватање је разрадио Бердичевскиј, О предмете и поњатијном аппарате криминалистики, "Вопроси борби с преступностју", 24/1976, стр. 131-135; и заступао га је код нас В.Водинелић, Криминалистика у систему знаности, "Приручник", 1/1989, стр. 3-5.

3 *Користи се и термин ванправне науке који није најприкладнији* зато што ове науке и њихове методе не могу да буду "изван" права.

долази увек када се заборави на целовит, системско-структурни прилаз проблему.

Криминалитет је веома сложена појава која се не може у потпуности сагледати, нити се може организовати успешна борба против њега, уколико се не посматра целовито. Целовито третирање криминалитета подразумева изучавање и оспособљавање будућих правника за сагледавање свих његових аспеката. Да би се адекватно применило право -материјално и процесно- на одређену друштвено опасну појаву, потребно је претходно установити његов чињенични супстрат, открити узроке у услове који су допринели његовом настајању, а овим се питањима баве искључиво неправне кривичне науке.

Будући правник се мора оспособити да сагледа, уочи, буде свестан и друштвене суштине кривичног дела, социјалних и других фактора који доводе до његовог извршења, да схвати да криминално понашање није само индивидуални и појединачни феномен, већ представља симптом укупних друштвених односа против кога друштво мора да се организује. Ова и многа друга сазнања будући правник може да добије изучавајући једино криминологију. Студент на правном факултету мора да научи да је у генези настанка криминалног понашања примарна ипак личност појединца кроз коју се прелама читав низ фактора који утичу на антисоцијално решавање конфликтне ситуације или задовољење индивидуалних потреба и мотива. У будућој правосудној делатности свршеног студента права, од великог је значаја познавање особености формирања исказа сведока и опасности које са собом носе погрешке у опажању, памћењу и репродукцији. Сваки судија, тужилац или адвокат мора да познаје основне специфичности и типичне моделе психичког реаговања и реалног понашања актера у кривичном поступку у зависности од мотива, улоге коју имају или одређених особина личности. Судија и бранилац морају да познају особености, принципе, могућности судско психолошких вештачења личности (урачунљивости, мотива) окривљеног, затим основне психолошке и физиолошке особености свести, воље, афеката који се испољавају при извршењу кривичних дела. Ова питања се изучавају у криминалној и судској психологији које не постоје на нашим правним факултетима. Услед недобијања основних знања из ових области, свршени студенти су у својој практичној делатности упућени да се ослањају на своје лично искуство и "здраворазумску логику" која може често да буде погрешна и условљава неадекватне и погрешне одлуке правосудних радника у кривичном поступку. Кривична дела врше и душевно болесна лица која садрже читав низ специфичности и оне се изучавају у оквиру судске психијатрије. Душевно болесни извршиоци кривичних дела нису ретки у судској пракси и због тога будући правници морају на факултету да стекну основна знања из ове области.

Да би се применило кривично право приликом вредновања одређеног друштвено опасног понашања као кривичног дела, да би се могао спровести кривични поступак против осумњиченог (окривљеног) како би се доказало његово извршење дела, неопходно је пронаћи доказе (материјалне и персоналне) који указују на одређено лице као извршиоца кривичног дела. Кривично дело представља пре свега реалну промену у спољњем свету. Потребно је претходно утврдити чињенички комплекс на који ће се

применити кривичноправна норма која ће га одредити као кривично дело. Тим питањима, и многим другима која су од пресудне важности за одређивање најоптималнијих метода установљавања чињеница у преткривичном и кривичном поступку, бави се искључиво криминалистика. Према томе, уколико будући правник у своме школовању није слушао наставу из криминалистике и полагао испит из овог предмета, он неће бити научен о методама откривања кривичних дела, методама установљавања истине у кривичном поступку, планирању оперативне и процесне делатности, раду са криминалистичким верзијама. Може такав студент савршено да научи кривично процесно право, али то му неће пуно бити од помоћи да једног дана као истражни судија правилно организује и спроведе увиђај, схвати специфичности испитивања и метода добијања признања, на пример од једног криминалца повратника или случајног кривца, да уочи разлике у саслушавању детета, одраслог сведока мушкарца и жене, да приликом одређивања вештачења зна домете, могућности и ограничења појединих метода и њихову везу са траговима које шаље на експертизу, што је од неопходног значаја за правилно формулисање питања вештаку, проверу и вредновање његовог налаза и мишљења.

Код великог броја кривичних дела против живота и тела, од кривичара се у пракси захтева познавање неких основних правила поступања са лешом и биолошким материјама како би се сачували од уништења трагови који ће бити значајни судско медицинском вештаку код утврђивања узрока смрти. Уколико кривичар направи грешку и не обезбеди леш или биолошке материјале на одговарајући начин како се препоручује у судској медицини и криминалистици, важне доказне информације ће заувек бити уништене, с обзиром да ове врсте трагова веома брзо пропадају.

Сваком кривичару треба да буде јасно да не постоји ривалитет између кривичноправних и кривичнонеправних наука. Све оне имају задатак да свака у складу са својим научним предметом проучавања и применом научних метода које су њој својствене, открије закономерности које постоје унутар криминалитета као сложене антидруштвене појаве. На основу утврђених закономерности, кривичне неправне и кривичноправне науке формулишу принципе практичног поступања кривичара о којима студент мора да стекне потребна знања како би могао касније да их примени у својој практичној делатности.

Кривичнонеправне науке имају између осталог и задатак да изуче закономерности и методе оптималног утврђивања чињеничног стања у оквиру посебног објекта свога научног истраживања, и да о тим сазнањима, у оквиру своје едукативне функције, образују стручни профил студената, будућих правника. Кривичнонеправне науке треба да оспособе студенте у сагледавању свих аспеката криминалитета и оспособе их за утврђивање свих релевантних околности и чињеница које ће након тога бити од значаја за правилну примену права (кривичноматеријалног и кривичнопроцесног). Уколико студент права не буде оспособљен да утврђује објективно чињенично стање у преткривичном и кривичном поступку, онда самим тим је немогуће и да примени на прави начин и знања која је стекао изучавајући кривичноправне науке.

Кривичнонеправне науке имају задатак и да открију закономерности и правила која постоје унутар међусобних односа свих учесника кривичног поступка, имајући у виду њихову процесну улогу и друге изванправне карактеристике (психолошке, социјалне). Оне изучавају методе оптималне комуникације између кривичнопроцесних субјеката како би се остварили циљеви кривичног поступка. Да би се окривљени навео да призна, или се пак сведок подстакао на давање исказа или му се указала помоћ приликом присећања, неопходно је применити методе оптималног упливисања које се изучавају у судској психологији и криминалистици. Ово није ни мало једноставан проблем, и свако, ко је упознат са праксом органа преткривичног и кривичног поступка, зна да има полицајаца или судија којима окривљени признају кривична дела или оних којима не признају, односно има оних који успостављају сарадњу са сведоком или оних који у томе не успевају. Проблем комуникације у преткривичном и кривичном поступку није само ствар талента већ и познавања конкретних метода упливисања. Злоупотребе приликом прибављања персоналних доказа и кршење одредаба ЗКП-а су управо одраз немоћи у остварењу успешне комуникације, која се у знатној мери може научити упознавањем са методама и упутствима које нуде судска психологија и криминалистика.

Између кривичноправних и кривичнонеправних наука постоји однос међусобне синхронизације, допуњавања, и повратне спреге, а све у циљу целовитог сагледавања криминалитета и организовања успешне борбе против њега. Методе установљавања чињеница (материјалних и персоналних доказа) морају да буду у складу са одредбама кривичног процесног права. На другој страни, кривично неправне науке указују на потребе законских промена како би се потпуније обухватила и санкционисала одређена понашања која су друштвено опасна, а формално правно још увек нису призната за кривична дела.

Мора се признати да једино заједно, у укупности својих научних теорија, сазнања и правила, кривичне правне и кривичне неправне науке у потпуности обухватају појаву која се одређује као криминалитет, што коначно морају да уважавају и наставни програми на правним факултетима. Уколико на неком правном факултету, нема у наставном програму, неке од неправних кривичних наука, самим тим ће студенти у своме образовању бити ускраћени у сагледавању једне димензије криминалитета као комплексне антидруштвене појаве, што се неминовно мора негативно одразити на њихово стручно образовање и представљаће озбиљан хендикеп уколико буду као правници радили у полицији или кривичном правосуђу.

4) Кривичне науке које би требало изучавати у оквиру наставног плана и програма правних факултета

С обзиром да је криминалитет сложена појава која има правну и неправну димензију, то се и наставни програми изучавања кривичних наука на правним факултетима морају састојати од кривичноправних и кривичнонеправних предмета. У наставним програмима правних факултета би требало да буду заступљени, поред кривичноправних и кривични

неправни предмети, који ће омогућити да студенти у целини сагледају криминалитет као сложену антидруштвену појаву и укупност метода његовог установљавања (доказивања) и спречавања.

Сматрамо да би оптималан попис кривичних предмета који се изучавају на нашим правним факултетима требало да буде следећи:

1) кривично право,
2) кривично процесно право,
3) криминалистика,
4) криминологија са пенологијом,[4]
5) криминална и судска психологија,
6) судска медицина и судска психијатрија.

Евентуално би се овај попис могао допунити и криминалном политиком.

Потпуно је јасно да предложени попис предмета није могуће у скорије време остварити, с обзиром на читав низ препрека, од којих би требало посебно поменути кадровске потешкоће у проналажењу и формирању наставника који би их предавали и даље развијали. Међутим, циљ овог текста је да се постигне сагласност пре свега међу кривичарима, или пак да се подстакне дискусија о важности унапређивања, целовитог третирања и проширивања породице кривичних предмета на правним факултетима како би се будућим правницима пружила потпуна информација о криминалитету и методама његовог сузбијања.

SUMMARY

Criminal lawful and criminal unlawful subjects which are taught at law faculties in Yugoslavia

Above everything else the place of some criminal lawful and criminal unlawful subjects at law faculties in Yugoslavia is shown in this work. It is stated that there is a considerable disagreement considering mastering of criminal unlawful subjects among law faculties. Bearing in mind that criminality is a sophisticated matter which has a lawful and unlawful dimension, criminal law studies teaching schemes at law faculties must include criminal lawful and criminal unlawful subjects. In this way will the insight of criminality as a sophisticated unsocial matter as well as all the methods of its establishing and prevention. In the end, a list of criminal lawful and unlawful subjects which should be studied at law faculties is recommended.

4 На нашим правним факултетима се криминологија са пенологијом изучава као један наставно научни предмет. Међутим, принципијелно поматрано, оне би требало да буду одвојене наставно научне дисциплине, с обзиром да је криминологија неправна кривична наука, а пенологија је правна кривична дициплина. Предмет изучавања и примењене методе се код ове две наставне области битно разликују и наведене су у овом попису заједно једино из традиционалних разлога.

Мр Ева Максимовић
асистент Правног факултета у Крагујевцу

ПРЕДМЕТ СОЦИОЛОГИЈЕ ПРАВА

кључне речи: *предмет социологије права; социолошка оријентација, правничка оријентација; правци социолошких истраживања*

УДК: 316:34

Социологија права је научна дисциплина која представља граничну област између социологије и правништва. Постоје и мишљења да она представља заједнички део тих двеју дисциплина. Дефинисање предмета социологије права је тим компликованије што ни социлогија, ни правне науке немају једнородни карактер.

Иако наилазимо на мишљења, и то најистакнутијих представника социологије права[1], да одређивање предмета те дисциплине није суштинска ствар, поступићемо у складу са опште прихваћеним критеријумима за настанак једне нове, аутономне научне области, тј. покушаћемо дати што прецизнију дефиницију правне социологије.

У теорији се сусрећемо са постојањем двају основних схватања предмета социологије права: ширим и ужим.[2] Према ширем схватању, довољно је да се у било којој области примене технике и методи социолошких истраживања па се читава та област сматра делом социологије права. Аналогно томе, свака мисао о друштвеним односима, на које врше утицај обавезујући правни прописи, третираће се као део социологије права. Према томе, према ширем схватању предмета, у социологији права садржано је све што социологија има да каже о праву.

Што се тиче ужег схватања, социологија права се третира било као посебна социолошка, било као посебна правна дисциплина. Она се бави, с једне стране, регистровањем, описивањем и објашњавањем општих зависности између права и осталих друштвених фактора, с друге стране, формулисањем општих тврдњи и теорија, које тумаче друштвене процесе кроз указивање улоге коју у њиховом току игра право.

1 Adam Podgorecki: „Sociologia prawa„, Warszawa 1962, стр.14.
2 Andrzej Kojder: „Przesziosc i terazniejszosc socjologii prawa w Polsce„ u :„Studia socjologiczne„, 1990, стр.47.

Спор око предмета социологије права је, у суштини, спор око тога да ли социологија права представља правну или социолошку науку. Има правника који сматрају да социологија права представља један од саставних делова тзв. теорије државе и права, и то онај део који се бави друштвеним контекстом стварања, примене и поштовања, одн. непоштовања права. С друге стране један број социолога је спреман да теорију државе и права третира као помоћну дисциплину социлогије права.

На тлу тих контаверзи јављају се две оријентације у науци социологије права: социолошка и правничка.[3] По А. Койдеру, социологу права млађе генерације, разлике између тих двеју оријентација нису проузроковане само професионалном спремом истраживача у области једене или друге дисциплине, већ и различитим начином интерпретације граничних проблема социологије и права.

По мишљењу споменутог социолога права, за правничку оријентацију карактеристично је скретање пажње, пре свега, на последице увођења у законодавство одређених правних норми. Правне појаве се разматрају под углом функције коју врше ради очувања одређеног друштвеног поретка. Социологија права третирана као део социологије има друкчије циљеве. Она, пре свега, тежи да описује и да објашњава стварност у таквом обиму, у кавом је она повезана са правним чиниоцима. При томе, она не ограничава појам права само на норме, које су снабдевене апаратом државне принуде, већ под правом подразумева и сва друштвено прихваћена понашања која имају ванправни карактер.[4]

Уколико представници правничке верзије социологије права углавном акценат стављају на последице примене прописа позитивног права, утолико представници социолошке оријентације покушавају да ухвате специфику друштвених појава и процеса, на које утицај врши како позитивно, тако и интуитивно право.

Свакако да се предмет социологије права не може одредити тако да се каже да је то п р а в о . Право, наиме, представља такође и предмет догматике права, а такође и историје и теорије права. Исправније је рећи да предмет правне социологије представљају правне појаве. Ту дефиницију предлаже Жан Карбоније уз напомену да се у социологији не прави разлика између друштвене чињенице и друштвене појаве, већ да треба да се говори само о правним појавама, будући да израз "правна чињеница" има прецизно значење које се не подудара с његовим социолошким значењем.[5]

Чини се да је предмет правне социологије најбоље одређен Карбонијеовом лаконском тврдњом да је то правни систем, при чему он представља само оквир за грађу коју чине правне појаве.

Правне појаве које су предмет истраживања социологије права имају веома хетерогени карактер. Због те очигледне разноврсности Ж. Карбоније врши четворостепену класификацију правних појава: 1) примарне и

3 Andrzej Kojder : Op. cit., стр.48.
4 Andrzej Kojder:Op. cit., стр.48-49.
5 Жан Карбоније:"Правна социологија", Нови Сад 1992., стр.126.

секундарне правне појаве; 2) појаве с влашћу и појаве под влашћу; 3) појаве-институције и појаве-случајеви; 4) спорне и неспорне појаве. [6]

Чини се да би истини највише одговарала дефиниција предмета социологије права, коју даје познати пољски социолог права, један од оснивача те научне дисциплине у савременом свету, Адам Подгурецки.. Он истиче : "Социологија права се бави регистровањем, формулисањем и провером свих оних међусобних зависности које у свом саставу имају један правни и један чинилац неке друге врсте."[7] Према томе у обзир долазе случајеви у којима промена права утиче на промену другог фактора, као и случајеви у којима промена тог другог чиниоца утиче на промену права.

Уколико социологију права схватимо на тај начин, а он је и теоретски и користан (омогућава да се сакупе и верификују хипотезе које се односе на деловање права) и практично важан (омогућава да се искористе сазнате законитости), та ће се наука, како истиче А. Подгурецки, углавном бавити:

1) описивањем свих оних ситуација у којима се може приметити деловање уз помоћ права или деловање на право,

2) формулисањем и провером хипотеза о факторима који су подложни променама од стране права,

3) социотехничким упуствима која информишу о томе како користити право да би се постигле жељене последице.[8]

Деловање права своди се на питање: да ли су норме понашања, које прописује законодавац, поштоване од стране адресата тих норми? Процес социјализације права представља једно од основних питања проблема деловања права и захтева одговарајућу теоретску анализу.

Следеће основно питање социологије права је проблем основних друштвених вредности, које представљају темељ правних система и правних аката. Законодавац који уводи нове друштвене вредности, оцењујући ефикасност норми, не може да заобиђе скалу вредности коју прихвата адресат тих норми. Савремени друштвени живот је превише компликован, да би га законодавац могао препознати, ослањајући се једино на праксу, интуицију и опште искуство. Битно је да истраживању социолошкоправног карактера треба да буду подвргнуте не само друштвене вредности и оцене код различитих друштвених група, већ такође и вредности и оцене које репрезентује законодавац. Врло важан проблем социологије права представља питање мотивационе и васпитне улоге права. У том набрајању проблематике социологије права треба споменути и такве ствари, као што су: међусобна зависност права и других области друштвеног живота (привреде, религије, политике, морала и др.) јер је јасно да регистровање, формулисање и верификација хипотеза из тих области спадају у основне задатке социологије права.

С тачке гледишта интересовања и правних, и социолошких наука, од посебне важности су следећи правци социолошкоправних истраживања:

---

6 Žan Karbonije: Op.cit., стр.127-139.
7 Adam Podgorecki: „Socjologia prawa„, Warszawa 1962., стр.15.
8 Adam Podgorecki: Op.cit., стр.27-32.

- истраживање правне свести грађана, схваћене као познавање права, оцена права и однос према праву у датој друштвеној средини;

- социологија криминалитета, која обухвата један аспект криминологије, тј. истраживање криминогених фактора;

- социолошки аспект пенологије, а нарочито питање казне лишавања слободе, појава "другог живота" у казненим установама, као и ресоцијализације осуђених лица;

- социологија породичног права, која се не поистовећује са социологијом породице, јер оно обухвата само проблеме везане за деловање права на породицу;

- истраживање функционисања органа правосуђа, а нарочито оних правосудних органа који раде уз присуство чланова друштва (на пр. пороте);

- истраживање деловања права, нарочито разликовање деловања официјелног и интуитивног права;

- питање правног ригоризма, као и друштвене и правне толеранције;

- питање престижа права и престижа правних професија.[9]

Код одређивања предмета социологије права не треба сметнути с ума да постоје две врсте социологије права, чија се одвојеност подвлачи у научној литератури. То су:

1)теоретска социологија права, која има стриктно теоретски карактер и представља анализу права као друштвене установе и

2)практична социологија права, која, у ствари, представља један од видова правне политике.[10]

Обе врсте социологије права се развијају самостално и релативно независно, а њихов карактер је тако различит да се често дешава да представници једне или друге врсте социологије права сматрају да само предмет њихових истраживања спада у подручје те науке. Тако поступа, пре свега, теоретска социологија права, која практична питања ставља изван социолошкоправне проблематике. Ова разматрања на тему врста социолошкоправних наука доводе до закључка о постојању двеју врста начина истраживања права. Ти начини, теоретски и практичан, доводе до стварања двеју правних наука: правне догматике и социлологије права. Догматика се ослања на нормативни метод истраживања, док правна социологија - на социолошки. Док нормативна наука одређује систем правних обавеза, социологија права истражује њихову друштвену суштину.[11] Та њена особина приближава је општој теоријској науци о праву, тј. теорији и филозофији права.

Двоструки карактер социологије права, која једним делом води своје порекло из правних, а другим - из социолошких наука, проузрокује да та нова научна дисциплина стално осцилира између права и социологије. Будући да је социологија права интердисциплинарна наука, одређивање њеног пре-

9 Zygmunt Zimebinski: „Elementy socjologii„, Poznan 1994.,стр. 134-139.

10 Henryk Pietka: „Przedmiot i metoda socjologii prawa„ u : „Themis Polska", 1933., том 7, серија III, стр.4-34.

11 Радомир Лукић: "Увод у право", Београд, 1972., стр. 14-15.

дмета као конститутивног елемента сваке научне дисциплине није нимало једноставна ствар. Стога, ако смо у томе бар донекле успели, очигледно је да социологија права није више само постулат. Крајње је време да се правничко знање употпуни социолошким и да се, карактеристичан за правнике, формално-догматички начин мишљења прошири социолошком перспективом.

SUMMARY

The subject of law sociology

This work discusses about the subject of law sociology as a relatively new discipline of science. The essence of the dispute about the subject of law sociology is in connection with the problem of law sociology as a separate sociological or law science. There are two orientations in this science discipline: sociological and law. Orientations the definition that law sociology deals with registration, formulation and checking of all mutual dependences which in their part have a law fact and a fact of some other kind is accepted (A. Podgurecki). It talks about the different ways of exploring law sociology as well as about theoretical and practical law science. Two ways of exploring the law (theoretical and practical) lead towards creating of two law sciences: The law dogmatics and law sociology.

Мр Нина Планојевић
асистент Правног факултета у Крагујевцу

ТЕРМИНОЛОШКЕ ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ ИНСТИТУТА ЕТАЖНЕ СВОЈИНЕ

кључне речи: *етажна својина; својина на делу зграде; хоризонтална сусвојина*

УДК: 347.238.3

За правни институт тзв. етажне својине[1] постоји већи број различитих терминолошких ознака, како код нас тако и у свету. Ти термини не само да се разликују својим називом, већ често и својим значењем и садржајем. Многи од њих су се задржали из прошлости, па су као плод традиције паралелни и у употреби са новим терминима, који их још нису потиснули. Ова појава је карактеристика готово свих правних сиситема у свету. Стручни језик, међутим, мора бити прецизан и јединствен, разумљив на свим меридијанима. Недостатак општеприхваћене правничке терминологије у означавању права титулара у једној згради ствара сметње при проучавању упоредног права и озбиљне проблеме у комуникацији правних стручњака различитих земаља.

Пошто је питање - који је назив онај прави, најадекватнији универзалне природе, а у Србији је доношење новог закона којим ће се регулисати ова област блиско, циљ рада је анализом и проучавањем тог питања доприноса изналажењу траженог термина.

Проблем избора термина није само формалног карактера. Можда би било свеједно који назив одабрати да су сви они подједнако прикладни. Питање избора би тада било, такорећи, ствар укуса или навике. Код овог института дилема је много другачија. Практично ни један постојећи израз не задовољава у потпуности, што ће анализе које следе и показати.

Обично се у правној теорији и пракси питање терминолошке ознаке поставља код нових правних установа. За етажну својину не би се могло рећи да је нов институт, јер она, призната или забрањивана егзистира вековима, а као законски регулисана у највећем броју земаља - бар неколико деценија. Питање је, зашто онда нема једног општеприхваћеног назива, као нпр. за

1 У даљем тексту, док не извршимо потребне анализе, биће коришћен термин "етажна својина" за ознаку предметног института.

службености, својину или неки други стварноправни институт? Разлог је вероватно у томе што сам институт или није довољно јасно, а ни идентично постављен у разним државама (у смислу односа права - елемената његове структуре[2]), или је врло компликован за означавање. Изгледа да су у питању обе ствари.

I. Приказ решења у упоредном и домаћем праву

Пошто је тзв. етажна својина у разним деловима, пре свега Европе, дуже присутна него на нашем тлу, добро би било направити краћи преглед и анализу термина који су у употреби у законодавству и правној теорији тих земаљ.

У ФРАНЦУСКОЈ се углавном користи термин COPROPRIETE PAR ETAGES што дословно значи - сусвојина на спрату (спратна, етажна сусвојина). У правној теорији се указује да је овај израз застарео и неприкладан, јер је плод првобитног уобличавања етажне својине Законом из 1965.год.[3] следи модерну, дуалистичку концепцију романског типа, по којој етажну својину чине својина посебног дела, као главно право; и акцесорна сусвојина заједничких делова зграде, предлаже се нов израз - PROPRIETE PAR ETAGES AU PAR APPARTEMENTS[4]. Строго гледано, ни овај израз не одговара. Он у први план истиче својину, која ипак није једини елеменат овог комплексног института, код кога по природи ствари не може бити мање или више значајног права.

Најновији предлози, базирани такође на одредбама Закона из 1965. год., чија се решења тумаче овог пута у прилог тзв. нове унитарне концепције, залажу се за нов термин: UN DROIT SUR SON LOT [5]

Нешто је мање популаран такође нов предлог назива: ПРИВАТНО ПРАВО НА ОДЕЂЕНОМ ДЕЛУ И ПРАВО УПОТРЕБЕ ОСТАЛИХ ДЕЛОВА (ЗГРАДЕ) У НЕОПХОДНОЈ МЕРИ[6].

У Белгији[7], поред већ горе наведених термина (ради се о француском говорном подручју) користе се и називи COPROPRIETE HORIZONTALE

---

2 Питање правне природе етажне својине још увек није у свету решено на јединствен начин.

3 Br. 65-557, Journal officiel od 11.VII 1965.god. i br. 66-1006, Journal officiel od 29.XII 1965.год.

4 G. Marty, Copropriete par etages et horizontale (droit Francais), Session de droit compare, Pescara, 1968.г

5 Тешко преводив израз, чије се уобичајено речничко значење (део, деоница) не поклапа са његовим правним значењем у контексту. Право на лот је специфична синтеза једнако вредних елемената од којих ни један нема примат као главни: искључиве (нетипичне) својине на посебном делу и недељиве сусвојине заједничких делова зграде.

6 F. Givord, Essai sur la nature juridique de la copropriete par appartements, Melanges offerts a Pierre Voirin, Paris, 1967. г.

7 Белгија је прва у Европи законски уредила етажно својину 1924. г.

(хоризонтална сусвојина) и COPROPRIETE SUPERPOSEE (дословно преведено - степенаста сусвојина) [8]. И овде фигурира одредница "copropriete".

Термин "хоризонтална сусвојина" користи се у разним државама за ознаку ове правне установе. Ипак, око њега могу настати и одређене нејасноће, јер се у француском праву иста свтар назива и COPROPRIETE VERTICALE (вертикална сусвојина), а термин "copropriete horizontale" ту значи нешто сасвим друго. Хоризонтална сусвојина у Француској означава правно стање скупа: зграда, колективних и индивидуалних, које се налазе на истој парцели и снабдевене су заједничким пратећим службама и сервисима. То су огромни комплекси зграда, прави модерни градови, са заједничким двориштима, парковима, базенима, тениским теренима, грејањем, продавницама и сл.[9] Ради избегавања конфузије, у Француској се зато уместо "copropriete horizontale" у овом контексту предлаже термин DENSEMBLE IMMOBILIER (скуп некретнина).

Иако критикван да ствара збрку, француски назив "вертикална сусвојина" ипак има своју логику. Традиционална тзв. етажна својина се односи на спратност и станове "сложене" вертикално, једни изнад других. Хоризонтална сусвојина пак значи њихово спајање и "развијање" на хоризонталном плану.[10]

НЕМАЧКИ WEG [11] користи термине WOHNUNGSEIGENTUM (својина на стану) и TEILEIGENTUM (својина дела, тј. на другим посебним деловима зграде, сем стана). Правно, обе својине су изједначене и називају се SONDEREIGENTUM (посебна својина), која тек у нераздвојној вези са"gemeinschaftliches Eigentum" (заједничком својином) даје цео институт тзв. етажне својине. Одомаћени термин Wohnungseigentum за ову правну установу је очигледно недовољан и означава само један сегмент етажне својине - право својине на посебном делу (стану).[12]

Неки писци, међутим, целу ствар виде другачије: Sondereigentum је својина дела зграде (стан, биро и сл.), а Wohnungseigentum - централни, сложен појам који означава три елемента (посебну својину, удео у сусвојини заједничких делова и право учешћа у управљању зградом)[13] и који, дакле, није ужи него шири од Sondereigentum-а.

---

8 J. Limpens, Copropriete par appartements et propriete horizontale en droit Belge, Rapports Belges au VIII-e Congres international de droit compare, Pescara - Bruxelles, 1970.г.

9 О томе видети: G. Marty, нав. дело,стр.34. и A. Ionasco, Copropriete par appartements et copropriete horizonatle, Academie internationale de droit compare, VIII-e congres, Pescara, 1970.г., стр.3.

10 G. Marty,нав. дело, стр.34.

11 Wohnungs eigentumsgesetz, vom 15.III.1951.г.

12 H. Eichler, Institutionen des Sachenrechts, I band, Berlin, str.162.; J. von Gierke, Das Sachenrecht des Buergerlichen Rechts, Berlin - Frankfurt a.M., 1959.г.стр.131; В Круљ, Својина на деловима зграда (етажна својина) и изградња стамбених зграда (станова) непосредно за тржиште, Београд, 1969. г.,стр.17.

13 K.Mueller, Sachenrecht, Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1988.г.,стр.574.

У ШВАЈЦАРСКОЈ је у употреби термин STOCKWERKEIGENTUM или PROPRIETE PAR ETAGES (спратна својина), за етажну својину као институт.Sondereigentum или Sonderrecht (што је правилније) је у овој земљи ознака за искључиво стварно право употребе стана од стране сувласника зграде, које није својина (треба имати у виду специфичну правну природу етажне својине у Швајцарској, која је на позицијама унитарне концепције).

У ИТАЛИЈИ је 1934.год. створен нов, специјални назив за етажну својину - CONDOMINIO, да би се направила дистинкција од других облика заједничког поседовања ствари, нпр. од сусвојине.[14]

Са АМЕРИЧКИМ правом је слична ситуација. Једна од варијанти тзв. етажне својине назива се CONDOMINIUM, а ређе THE LAW OF HORIZONTAL PROPERTI, , по европском узору.[15] У употреби је и назив OWNERSHIP OF THE FLAT[16] (својина стана), који трпи сличне замерке као и у већ наведеним државама.

У ЈУГОСЛАВИЈИ су пре другог рата била у оптицају два назива. Један је СУВЛАСНИШТВО КУЋА ПО СПРАТОВИМА И СТАНОВИМА, вероватно по узору на европске државе (код нас овај институт није био правно уобличен, па није ни било основа да се назива овим или оним именом.) У Београду је коришћен термин ЕТАЖНА СВОЈИНА.[17]

После рата, наш законодавац говори о "својини на посебним деловима зграда"[18], мада је прецизније рећи на физичким деловима (делови могу бити и идеални). Пројекат истог закона, међутим, користи термин СТАМБЕНА СВОЈИНА, каи и др Поп-Георгиев[19], с тим што он говори о "грађанској стамбеној својини". Своје опредељење образлаже краткоћом и јасноћом термина, мада и сам наводи како се из њега може извући и други смисао. Већ у чл.1 Закон о својини на деловима зграда одступа од свог опредељења у наслову и говори о "етажној својини"

Исту недоследност показује и Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима Србије. [20]

Законодавац бивше Републике Словеније[21] говорио је о "етажној ластнини", а у Македонији и БиХ[22] о "својини на деловима зграда".

---

14 R.Sacco, Copropriete par appartements et copropriete horizontale, Congreso di Diritto Comparato, Relazione Nazionale Italiana, Pescara,1970.г.,стр.2.

15 J.N. Hazard, Copropriete par etages et horizontale (droit des EtatsUnis), Assotiation Internationale de driot compare, Pescara, 1968.,стр.1.

16 J.Leyser, The ownership of flats-a Comparative study, The International and Comparative Law Quarterly,v.7, Pt 1-I, 1958.г.,стр.38.

17 R. Lenac, Kućna communio pro diviso - Етажна својина,Загреб, 1939.г., стр.4.

18 Закон о својини на деловима зграда, Сл. лист ФНРЈ 43/65, 57/65 и Сл. гласник СРС 52/73, 29/73 и 25/84.

19 За граганската станбена сопственост, Годишник на Правниот факултет во Скопје, Скопје, 1960.г., стр.53.

20 Нацрт је урађен 1981.г. и није ступио на снагу. Назив главе V, која уређује овај институт, је "Права на посебном делу зграде", а у чл. 165 се говори о "предмету етажне својине".

21 Урадни лист СР Словеније 19/76.

Најновији законски текст који регулише ову област, Закон о етажној својини Црне Горе[23], доследно користи термин за који се определио у називу.

Правни писци користе или термин етажна својина[24] или својина на (посебним) деловима зграда[25]. Термин "хоризонтална својина" је мање у употреби.[26]

II. Могући критеријуми за одређивање најприкладнијег термина

На основу изложеног, могу се издвојити три критеријума по којима је могуће предност дати овом или оном термину који је у употреби.

А) Први критеријум би могао да буде распрострањеност коришћења једног назива. Тако гледано, предност има термин етажна (спратна) својина. Користи се у готово свим земљама, па и код нас као најчешћи.

Ипак, могу му се упутити бројне замерке. Овај термин има корен у речи ETAGE, француског порекла, што значи спрат. Предмет овог института никада није био само спрат. То је, пре свега, стан, који може обухватити део спрата, цео спрат, па и више спратова (стан у два нивоа). Поред тога, предмет етажне својине могу бити и други посебни делови зграде, као и заједнички делови и земљиште. Овај термин је преузак, посебно ако се пође од тога да назив треба да нагласи особеност предмета овог института у односу на својину уопште (која фигурира у називу). Придев "етажна" нити одражава у потпуности предмет, нити се тиче садржине разматраног института.[27]

Б) Други критеријум за формирање и избор термина могао би да буде прецизност, којим термин изражава предмет и / или садржину овог правног института. Такви су називи обично дескриптивни и дуги, неподесни за општу употребу. То су нпр. "право својине на реалним деловима зграде" (опет се има у виду само посебан део зграде) код нас или "приватно право на одељеном делу и право употребе осталих делова (зграде) у неопходној мери", у француском праву.

Оваквим називима могло би се приговорити да је терминолошка ознака једна, а садржина и појам једне правне установе друга ствар. Назив једне установе не може претендовати да буде и њена дефиниција.

Ц) Трећи критеријум је - стварати за нове установе специјалне термине, различите од свих дотадашњих. Правна терминологија је крута и ограничена. Ако се покуша са коришћењем постојећих израза пре-

---

22 Сл. весник на СР Македонија 20/74 и Сл. гласник СР БиХ

23 Сл. лист Републике Грне Горе 21/95, 23/95.

24 Видети: Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1991.г.; В. Круљ, нав. дело; А. Финжгар, Коментар Закона о својини на деловима зграда, Београд, 1960.г.; З. Стефановић, Етажна својина, маг. рад одбрањен на Правном факултету у Београду, 1992.г. итд.

25 О. Станковић - М. Орлић, Стварно право, Београд, 1980.г.; М. Ведриш, Власништво стана, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4, Загреб, 1955.г.; Е. Вагнер, Власништво на дијеловима згарде, Одвјетник, бр.5-6, Загреб, 1960.г.

26 Круљ, нав. дело, стр. 6.

27 З. Стефановић, нав. дело, стр.2.

формирањем њиховог садржаја за савлађивање новог стања ствари - ствара се само забуна.[28]

Када, нпр. употребимо назив "својина" ми не набрајамо ни њене објекте, ни овлашћења из овог права. То је јединствен, посебан термин за један правни институт. Чини се да истом логиком треба ићи и код етажне својине, која је по све заступљенијем мишљењу[29] једно ново, особено стварно право sui generis. Као такво, оно заслужује и особен назив. Као што је својевремено у једној другој грани права непрецизан назив "интелектуална својина" замењен адекватним називом "ауторско право", тако треба поступити и код етажне својине.

Данас у свету постоје предлози у том смислу. Сасвим је одговарајући, рецимо, француски термин "pravo na lot", или италијански "condominio", или амерички "condominium". Нажалост, у нашем праву таквог, специјалног термина још нема.

III Закључна разматрања

Може се запазити да и код нас и у свету у већ одомаћеним терминима (етажна својина, Wohnungseigentum, Stockwerkseigentum, својина на делу зграде, propriete par etage, ownership of the flat), поред предмета (за које је већ наглашено да је непрецизно одређен) фигурира и одредница "својина". Ако уважимо логичке принципе и узмемо да је својина genus proximus (а има пуно таквих мишљења) шта је онда diferentia specifica, коју би смо увели у назив предметног института? Да ли је то његов предмет (очигледно је да тај став преовлађује), или и нешто треће (могло би се узети било шта)? И нисмо ли се онда опет, градећи термин, упустили у дефинисање института?

С друге стране, самом употребом речи "својина" у називу, већ прејудицирамо питање правне природе и отежавамо њено утврђивање. Термин треба да одражава правну природу једног института (нпр. као термин сусвојина - код поседовања једне ствари од стране више лица на идеалне делове), али погрешан и исхитрено изабран термин врши повратни утицај у смислу замагљавања правне природе (видети о томе у нав. делу F. Givord). да ли је "етажна својина" баш својина - с правом се пита J. Leyser?[30]

Иако је то посебно питање, треба напоменути да известан део правне теорије, нарочито у новије време, етажну својину сматра посебним стварноправним институтом различитим од својине. Чак и аутори који је третитају као један облик својине, слажу се да је у питању специфична,

28 О овоме видети: Ф. Гиворд, нав. дело и , Zur rechtlichen Konstruktion дес Stockwerkeigentums, Festgabe zur seibziigsten geburstag vom Max Gerwig, h.55, Basel, 1960.г.,

29 F. Givord, нав. дело; J. Leyser, нав. дело; R. Sacco, нав. дело.

30 Нав. дело, стр.38.

измењена и нетипична "својина", тесно повезана са још неким овлашћењима титулара.[31]

Изгледа, како запажа Ф. Гиворд[32], да је забуна која влада око назива овог института последица исте такве забуне о правној природи етажне својине.

Обзиром на све изложено, чини се да је за предметну правну установу најбоље формирати нов, посебан термин који би је разликовао од свих других стварноправних института. Јер, етажна својина јесте посебно стварно право, само слично, у одређеним сегментима, својини и сусвојини, које заслужује специјалан назив, јасан и разумљив у читавом свету. Свеједно да ли ће то бити право лота, condominium, condominio или нешто друго, што би међународни тим експерета предложио. Битно је да се све недоумице терминолошке природе отклоне и у овој области и универзални правнички језик и ту заживи.

До тог момента, остаје нам једино да израз "етажна својина", уз све наведене резерве, користимо јер је најраспрострањенији (али свакако не и најадекватнији) и то доследно, не би ли у међувремену остварили какву - такву унификацију.

SUMMARY

Terminological dilemmas in connection with the institute of story property

For the law institute of so called story property there is a number of different terminological marks in this country as well as in the world. The question is which term is the right one the most adequate of universal nature. The insufficiency of generally accepted law terminology in this area makes some confusion in studying the comparative law, it also makes some serious problems in communication of law experts from different countries. Thats why the author of this work is concerned with the problem of finding out the right term which would in the most appropriate way reflect the essence and lawful nature of the institute and at the same time be universally accepted. Aiming at this, the author first gives the survey and analysis of terms which are most common in use in comparative and domestic law, pointing out their good and their bad sides. Further, on the grounds of finished analysis, he formulates the criterion which can be used in chosing the most adequate among existing terms: the spread of usage of a particular term according to time and place (its essential adequacy does not matter); the preciseness of a term by which the subject is expressed and / or the preciseness of the contents of the institute; and the principle that a new institute must have a particular name, so the new contents should not be „covered„ with the old terms. In final observations, followed by the adequate argumentation, the author opts for the last criterion as the most adequate one. At the same time, the author, according to his personal opinion, points out the

31 О овоме видети рад аутора: Правна природа етажне својине, Правни живот, бр. 10, Београд, 1995.г.

32 F. Givord, нав. дело.

Тамара Бркановић
асистент-приправник
Правног факултета у Нишу

СХВАТАЊЕ ПРОФ. БОРИСЛАВА Т. БЛАГОЈЕВИЋА О ЛИКВИДАЦИЈИ ОРТАЧКЕ ИМОВИНЕ И УЧЕШЋУ ОРТАКА У ПОДЕЛИ ДОБИТАКА И ГУБИТАКА

кључне речи: *ортаклук; ликвидација ортачке имовине; подела добити и губитака*

УДК: *347.238.1*

I

Проф. Благојевић је, између осталих, написао и универзитетски уџбеник из посебног дела облигационог права "Грађанско-правни облигациони уговори", чије је прво издање после другог светског рата објављено 1947., а друго 1952. год. у Београду. У овом уџбенику аутор обрађује следеће облигационе уговоре: уговор о куповини и продаји, уговор о закупу, уговор о промени, уговор о послузи, уговор о делу, уговор о пуномоћству, уговор о остави, уговор о ортаклуку, уговор о игри и опклади, и уговор о куповини и продаји наде. У даљем излагању биће речи само о уговору о ортаклуку, и то не о свим питањима везаним за ортаклук него само о ликвидацији ортачке имовине и подели ортачке добити и сношењу губитка.

II

Ликвидација ортачке имовине се појављује као последица престанка ортаклука. Проф. Благојевић разматра следеће узроке престанка ортаклука: споразум свих ортака да ортаклук престане, извршење, немогућност или забрана извршења посла који је предмет-циљ ортаклука, исцрпљење ортачке главнице, протек времена опредељеног за трајање ортаклука, иступање из ортаклука, смрт једног од ортака. Проф. Благојевић истиче да се најважније дејство престанка ортаклука односи на ликвидирање ортаклука, на разрешење ортачких обавеза и расподелу заостале чисте ортачке имовине и то само ортачке имовине, а њу треба јасно одвојити од посебне имовине појединих ортака чији статус остаје и даље исти.[1]

У приступу овом проблему проф. Благојевић полази од карактера имовинских

1 Борислав Т. Благојевић, Грађанско правни облигациони уговори, Београд, 1952, ст. 172.

права која ортаци стичу уношењем свог ортачког удела у главницу ортаклука у виду ствари или права.[2] Образујући на овај начин главницу ортаклука ортаци губе своја односна права на појединим стварима која су предмет њиховог удела и стичу право на једној одређеној *квоти главнице ортаклука* и само том квотом ортачке главнице могу располагати током трајања ортачке заједнице као својим имовинско-правним овлашћењем које може бити и предмет принудног извршења од стране личних поверилаца тог ортака.

На овај начин може се учинити вредносни (економски) приказ почетне имовине ортаклука кроз однос ортачких квота, који се пословањем ортаклука може мењати, па се имовинско стање ортаклука структурално може јасно сагледати у сваком моменту пословања - трајања ортачке заједнице.

Ипак сагледавање структуралног стања ортачке имовине ће се као питање увек поставити пре расподеле ортачке имовине, у тренутку када се отпочне са поступком ликвидирања ортачке имовине.

С обзиром да ликвидирање ортаклука следи након наступања једног од узрока који доводе до престанка ортаклука, овде се може поставити питање битисања ортачке заједнице у фази ликвидације. У теорији налазимо мишљења Проф. Благојевић и проф. Константиновића[3] да у обиму нужне потребе предузимања мера ликвидације ортаклук наставља са постојањем.

Ликвидирање ортаклука, како истиче проф. Благојевић представља разрешење ортачких обавеза и расподелу заостале чисте ортачке имовине.[4]

Ортачку имовину, као самосталну имовинску масу, чине актива - сва права (вредности) и пасива - све обавезе ортаклука. Почетна ставка активе је главница ортаклука коју чине унети удели ортака - ствари, новац, права. Али активу чине и сва права - вредности које су стечене током пословања ортаклука.

На утврђењу постојећег стања активе раде ортаци или од њих именовани ликвидатор,[5] којима потом предстоји много сложенији проблем, какав је ликвидација пасиве ортаклука. Она започиње наплатом свих потраживања ортаклука према трећим лицима, а потом се исплаћују све обавезе које терете ортаклук. Тај пут проф. Благојевић и има у виду када говори о обавезама које као терет леже на ортаклуку[6] или о трошковима пословања ортаклука,[7] што предвиђа и пар. 739 Српског грађанског законика и пар. 1192 Аустријског грађанског законика.[8] Нешто је другачији став проф. Константиновића који

2 Ортачки удео се може састојати и у раду, али овакав удео не улази у главницу ортаклука, видети: пар. 1183 АГЗ и пар. 728 СГЗ.

3 Михајло Константиновић, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Савремена администрација, Београд, 1969. год., чл.622.

4 Борислав Т. Благојевић, op. cit., ст. 175.

5 Михајло Константиновић, op. cit. чл. 624. и чл. 625.

6 Борислав Т. Благојевић, op. cit. ст. 175.

7 Ibid, ст. 179.

8 Пар. 1192 АГЗ "Имовина која претече преко главнице иза одбијања свију трошкова и претрпљене штете јест добитак".

издваја за исплату најпре дугове удружења, а потом издатке које су поједини удруженици учинили за удружење.[9]

У прецизном утврђивању наведених ставки ликвидаторима од помоћи може бити рачун који је пословођа ортаклука дужан да води и покаже ортацима након обављеног посла. Кроз овај рачун књиге о пословању ортаклука могу се сагледати сви издаци и примања (Einnahmen und Ausgaben, параграфа 1198 АГЗ-а), као стање главнице, што предвиђа и СГЗ у параграфу 744.

Установљена разлика између ставки активе и ставки пасиве представља свевредносно изражено стање ортачке имовине, чије утврђење је и било циљ ликвидације.

Добро пословање ортаклука може се донекле сагледати након ове фазе, тј. из саме деобе ортачке имовине - divisio patrimonii societatis, из утврђене чисте имовине ортаклука. Деоба ове имовине започиње са деобом главнице ортаклука. Проф. Благојевић предлаже, под видним утицајем СГЗ,[10] да ако је могуће треба издвојити из главнице она правна добра која су унета као удели и њих вратити ортацима. Онда када је то немогуће, зато што су у питању заменљиве ствари или су добра у току трајања ортаклука отуђена или оштећена, издвојиће се одговарајућа вредност главнице у сразмери вредности удела појединих ортака, а што је лако утврдити према унетим главничким квотама, и вратити ортацима. На овај начин могу се избећи и спорови које би поједини ортаци водили око утврђења надокнаде смањене вредности унете ствари услед њене употребе и уживања, ако би се оваква ставка издвајала као посебна након поделе главнице, како предлаже проф. Константиновић.[11]

Ако имовина ортаклука не може да покрије вредност ортачке главнице, проф. Благојевић сматра да се она има третирати као главница и расподелити међу ортаке у сразмери њихових ортачких удела, па ће тако удео сваког ортака бити смањен сразмерно његовој величини. Проф. Константиновић је пак мишљења да у овом случају треба применити правила о сношењу губитка.[12]

Овде треба указати и на случај негативног пословања ортаклука, тј. случај када актива ортаклука не може да покрије пасиву и када остају не намирени дугови ортаклука. Тада у намирењу дугова учествују сви ортаци и то како истиче проф. Благојевић супсидијерно и процентуално.

Поступак ликвидације ортачке имовине о ком је до сада било речи примењује се код потпуног престанка ортаклука. Када дође до делимичног престанка ортаклука - престанка у односу на једног одређеног ортака, ортачка имовина се има пописати према стању на дан делимичног престанка, а удео ортака у питању и његов део добити исплаћује се најчешће у одговарајућој вредности.[13]

---

9 Михајло Константиновић, op. cit. чл. 626. ст. 1.
10 Пар. 739 СГЗ "... Главно припада сваком своје,..."
11 Михајло Константиновић, op. cit, чл. 626. ст. 1. in finitam.
12 Ibid, чл. 626. ст. 4.

III

Последња ставка ликвидације, код успешног пословања ортачке заједнице, којом се се остварује сама суштина, циљ ортаклука, је подела добити. СГЗ начелно предвиђа у параграфу 734. да: "деоба користи треба на задовољство свију ортака да испадне, и ту вишина гласова не просуђује, но треба онако да буде, као што деобе уопште бивају".

Проф. Благојевић ово прихвата и истиче да се начин поделе добити међу ортацима утврђује самим уговором о ортаклуку, а подела добити мора обухватити све ортаке.[14] Ортаци могу уговором, предвидети различите начине поделе добити. Они могу уговорити процентуално једнако или неједнако учешће у подели добити, могу изједначени у подели добити ортаке који улажу само рад са ортацима који учествују у главници ортаклука улажући капитал, могу различито процентуално утврдити поделу добити у односу на процентуално учешће ортака у образовању главнице ортаклука.

Међутим ако уговор не садржи одредбе о подели добити, проф. Благојевић се залаже за примену следећих правила.[15]

Прво правило се примењује на поделу добити међу ортацима који су унели у ортаклук "какав капитал". Проф. Благојевић предлаже да се подела добити међу овим ортацима врши сразмерно вредности сваког унетог улога и то тако што ће се проценити новчана вредност улога и сразмерно тим вредностима делити добитак, а при том је ирелевантно да ли је у конкретном случају оформљен sovcietas quoad sortem или societas quoad usum. Индентично правило садржи и АГЗ[16] и СГЗ[17]. Међутим у теорији налазимо и другачија решења. Тако проф. Константиновић[18] и проф. Милошевић[19] сматрају да ако се ортаци нису споразумели око поделе добити, сваки међу њима има право на једнаки део добити, без обзира на вредност његовог удела. Смисао ових решења може се тумачити духом времена у коме су настала, али и разлози правичности и тржишног односа према улагању и остваривању добити леже у решењу које предлаже проф. Благојевић.

Друго правило се примењује када у ортаклуку имамо једног или више ортака (не све) чији се улог састоји само из рада. Висина дела добити која припада овим ортацима зависиће од важности посла и рада који су уложили у остварењу укупне постигнуте добити. Код оваквих ортаклука најпре се исплаћује добит оним ортацима чији је удео у раду, а потом добит оних чији се удео у капиталу. Уколико нема једногласне одлуке о подели добити применом овог правила, спорно питање, тј. величину добити ортака који је унео само рад утврдиће суд. Индентично решење налазимо у АГЗ и СГЗ.[20]

---

13 Борислав Т. Благојевић, op. cit. стр. 176.
14 Забрана лавовске клаузуле, видети: Борислав Т. Благојевић, op. cit. ст. 179.
15 Ibid, ст. 180.
16 Пар. 1193 АГЗ "Добитак дјели се по размјеру дјелова приложених у главницу..."
17 Пар. 739 СГЗ "...а добитак ће се делити по мери улога."
18 Михајло Константиновић, op. cit., чл. 597. ст. 4.
19 Љубиша Милошевић, Облигационо право, Београд, 1977. год., ср. 392.
20 Пар. 1193 АГЗ и пар.740 СГЗ.

Треће правило сумира прво и друго и примењује се код оних ортаклука у које неки ортаци као свој део уносе и капитал и рад. Овде се добит ортаку најпре утврђује на име рада, па се затим остатак добити подели сразмерно вредности ортачких удела који се састоје у капиталу, да би се добио део добити који ортаку припада на име уложеног капитала.

Четврто правило примењује се код ортаклука чији се удели састоје само из рада ортака. Добит се међу њима дели споразумно, с обзиром на важност посла и рада сваког од њих.

Поред изнетих правила проф. Благојевић прихвата и излаже још једно правило које је садржано у пар. 741 СГЗ, а које гласи: "ако се добитак у другом чему састојао, а не у новцу, па се ортаци не би погодити могли, онда ваља исте ствари које добит сачињавају, у новцу учинити, и новац изложеним правилима поделити."

У истој фази када се деле добици успешног ортаклука, сносиће се губици ортаклука са негативним пословањем.

Поделу губитака међу ортацима проф. Благојевић посматра на исти начин као и поделу добитака. Ортаци би требало да уговором утврде начин поделе губитака,[21] уз ограничење да не могу ослободити ни једног ортака сваке обавезе сношења губитака. Уколико је уговором одређен само начин поделе добити сматра се да ортаци у истој сразмери треба да сносе и губитке, aequales partes et in lucro et in damno spectantur. Иста правила налазимо и у пар. 1197 АГЗ-а и пар 742 СГЗ-а. Ако уговором није ништа одређено проф. Благојевић истиче да сваки ортак треба да учествује у сношењу губитака у сразмери вредности свог ортачког дела. Изузетак представља учешће ортака који је унео само рад у ортаклук, јер он може сносити губитке само вредношћу која би имала да му припадне као процентуални део добити (што практично значи да ће њему пропасти само труд који остаје без икакве надокнаде).

Међутим и о овом питању постоје другачија схватања. Проф. Константиновић[22] и проф. Милошевић[23] сматрају да учешће ортака у сношењу губитака, када се они о томе нису споразумели, буде у једнаком делу за све ортаке без обзира на вредност њиховог удела. По њима ортак чији се удео састоји само у раду не мора учествовати у сношењу губитака ако је тако уговорено.[24]

Савременим условима пословања много су ближа решења која даје проф. Благојевић, преносећи већи терет у сношењу губитака на оне ортаке који су, с обзиром на величину својих удела, морали да покажу веће залагање и економичност у пословању ортаклука.

Овде треба указати на који начин ортаци одговарају за дугове ортаклука према трећим лицима у случају када су губици толики да имовина ортаклука не може да подмири дугове, него се дугови морају подмиривати

---

21 Борислав Т. Благојевић, op. cit. ст. 178.
22 Михајло Константиновић, op. cit., чл. 597. ст. 4.
23 Љубиша Милошевић, op. cit., ст. 392.
24 Михајло Константиновић, op. cit., чл. 597. ст. 5.

супсидијерно из посебне имовине ортака. Наплата поверилаца се тада, како истиче проф. Благојевић,[25] врши процентуално тј. наплата ортачких дугова из посебне имовине ортака може се тражити само у сразмери његовог учешћа у сношењу губитака ортаклука. Солидарну одговорност[26] проф. Благојевић предлаже само у два случаја: ако је то посебно уговорено и ако је у питању недељива обавеза.

Овако целовит приступ који је учинио проф. Благојевић свим проблемима који прате грађанско-правни ортаклук, који иако није правно лице представља једну самосталну имовинску заједницу, у остваривању његовог уговором постављеног циља, тј. стицања добити и њене поделе, осветливши све аспекте испољавања ових проблема на тако савремен и тржишно логичан начин, од огромног је значаја за све оне субјекте који данас изнова откривају ортаклук као могућност свог тржишног деловања. За правну теорију и будуће законодавство решења која је дао проф. Благојевић у овој области могу бити полазна тачка даљег истраживања и усавршавања, а могу бити и готова правила која треба само усвојити.

25 Борислав Т. Благојевић, op. cit., ст. 181.

26 У теорији постоји схватање да за дугове ортаклука према трећим лицима ортаци одговарају као солидарни јемци, осим ако није другачије уговорено; видети: Михајло Константиновић, op. cit. чл. 608. и Љубиша Милошевић, op. cit., ст. 392.