

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

**ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И
СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И
САВЕТА ЕВРОПЕ**

Књига III

ПРИРЕДИО:
Проф. др Станко Бејатовић

Крагујевац
2008

**ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ
УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ**

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

РЕЦЕНЗЕНТИ: Проф. др Снежана Соковић
Проф. др Станко Бејатовић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Радован Вукадиновић

ПРИРЕДИО: Проф. др Станко Бејатовић

ШТАМПА: Правни факултет Крагујевац
ТИРАЖ: 200 примерака
ISBN 978-86 - 80765 - 89 - 1

Штампање Зборника подржало Министарство науке Републике Србије

ПРЕДГОВОР

Један од садашњих приоритета наше државе као целине јесте њено пуноправно чланство у Европској унији. На путу који води остварењу овог циља учињено је доста али још увек не и довољно. Да би коначно дошли циља који се зове пуноправно чланство Србије у Европској унији морамо да испунимо и неке од преосталих услова. Међу њима један од, сасвим оправданих и незаобилазних, услова јесте и потпуно усаглашавање нашег правног система са правним системом Европске уније израженим, пре свега, преко општеприхваћених правних стандарда исте, као и општеприхваћених правних стандарда Савета Европе, а што још увек није случај са нашим позитивним законодавством као целином. И управо имајући у виду овакав значај испуњења овог услова како за друштво као целину тако и за сваког његовог грађанина сасвим је нормално да ова проблематика представља и приоритет у деловању не само најзначајнијих владиних и невладиних асоцијација и других правних субјеката већ и појединаца. Полазећи од овог, а у жељи да дамо што већи допринос процесу усаглашавања правног система Републике Србије са правним стандардима Европске уније и Савета Европе, а што има посебан значај управо у овом периоду развоја наше државе, определили смо се за рад на научноистраживачком пројекту под називом "ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ". Ово преваходно из разлога што се Србија коначно налази у завршној фази рада на окончању реформе њеног правног система као целине, односно на усаглашавању њеног законодавства са општеприхваћеним правним стандардима и решењима Европске уније и Савета Европе. Руковођени жељом да дамо адекватан допринос квалитету ове реформе, а тиме и да дамо свој што потпунији допринос и испуњењу овог услова за наше пуноправно чланство у Европској унији, већ трећу годину интезивно радимо на овом научноистраживачком пројекту. И управо захваљујући оваквом раду, након три године изучавања ове проблематике, дошли смо до нових резултата рада по питању начина потпуног усаглашавања нашег правног система са општеприхваћеним правним стандардима Европске уније и Савета Европе и исте чинимо, путем овог (трећег по реду) зборника радова доступним нашој стручној, и не само стручној јавности.

Чинећи доступним резултате овог научноистраживачког пројекта нашој стручној, и не само стручној, јавности дубоко смо убеђени, а то нам је и искрена жеља, да ће радови у овом зборнику бити од великог значаја како за адекватно сагледавање свих аспеката степена усаглашености анализираних питања са правним стандардима Европске уније и Савета Европе, тако и да ће бити и један од важних путоказа начина њиховог

потпуног усаглашавања са овим стандардима, а што је, као што је то већ истакнуто, од посебног значаја управо у овој периоду развоја и егзистирања наше државе, периоду у којем се чине сви неопходни напори за осавремењавање нашег правног система, а на тај начин и за стварање свих предуслова за нашу пуну интеграцију у све токове Европске уније и шире. Ако стручна критика радова објављених у овом, као и у претходна два зборника објављена на ову исту тему, покаже да су испуњена ова наша очекивања то ће нам бити највећа сатисфакција за сав до сада уложени труд и рад на овом изузетно значајном научноистраживачком пројекту, као и подстрек за будући рад чланова научноистраживачког тима на изучавању овако значајне и надасве актуелне проблематике нашег друштва као целине.

На самом крају у име свих чланова научноистраживачког тима ангажованих на пројекту под називом "ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И САВЕТА ЕВРОПЕ", као и у име Правног факултета у Крагујевцу као реализатора истраживања на овом научноистраживачком пројекту, изражавам посебну захвалност Министарству науке Републике Србије што је прихватило рад на овом научноистраживачком пројекту и што је одобрило финансијску помоћ за штампање овог зборника радова. Без овакве помоћи рад на реализацији овог научноистраживачког пројекта био би немогућ, а тиме би, нема сумње, Република Србија остала ускраћена за једну свестрану анализу тако значајне проблематике као што је проблематика усаглашавања њеног правног система са стандардима Европске уније и Савета Европе.

Крагујевац, јула месеца 2008. год.

Проф. др Станко Бејатовић

САДРЖАЈ

Одељак I

УПРАВНО И РАДНО ПРАВО

1. Др Невенка Бачанин, редовни професор О ЈАВНИМ ОВЛАШЋЕЊИМА	3
2. Мр Зоран Јовановић, асистент ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА У СРБИЈИ	13
3. Др Радоје Брковић, редовни професор ДОСТОЈАНСТВО НА РАДУ У ЛЕГИСЛАТИВИ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ РАДНО-ПРАВНИ СТАНДАРДИ	27
4. Бојан Урдаревић, асистент-приправник ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ МИРНОГ РЕШАВАЊА РАДНИХ СПОРОВА	43

Одељак II

КРИВИЧНО ПРАВО

1. Др Станко Бејатовић, редовни професор МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О ЛИШЕЊУ СЛОБОДЕ И УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	55
2. Др Бранислав Симоновић, редовни професор СТРАТЕГИЈА БЕЗБЕДНОСТИ ВЕЛИКИХ ГРАДОВА С ОСВРТОМ НА ГРАД БЕОГРАД	69
3. Др Снежана Соковић, редовни професор РЕЛЕВАНТНИ МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ОСНОВНЕ КАРКТЕРИСТИКЕ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА КОЈЕ СЕ ИЗРИЧУ МАЛИЛЕТНИЦИМА	97
4. Др Драгана Петровић, ванредни професор ТЕРОРИЗАМ - МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИН	119.
5. Др Ивана Симовић Хибер, ванредни професор КРИМИНАЛНА ПОЛИТИКА И НОРМАТИВНА ПОДЛОГА ФУНКЦИОНИСАЊА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА	135
6. Др Божидар Бановић, доцент НЕПОЛИЦИЈСКИ СУБЈЕКТИ У СУЗБИЈАЊУ ПРИВРЕДНОГ КРИМИНАЛИТЕТА - ИНОСТРАНА ИСКУСТВА	151

II

Одељак III ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. Др Нина Планојевић, доцент
**ОБЈЕКТИВНИ ДОМЕН ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О СТИЦАЊУ
СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА..... 169**
2. Мр Срђан Владетић, асистент
AUSTRITAS И УЗУКАПИЈА 193

Одељак IV ПОРОДИЧНО И НАСЛЕДНО ПРАВО

1. Др Зоран Поњавић, редовни професор
ПРАВО НА ВЕРСКО ОБРАЗОВАЊЕ ДЕЦЕ 201
2. Вељко Влашковић, асистент-приправник
**ИСЕЉАВАЊЕ НАСИЛНИКА ИЗ ПОРОДИЧНОГ ДОМА
КАО ВИД ПОРОДИЧНО-ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ
ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ 215**
3. Др Драгица Живојиновић, доцент
**СТИЦАЊЕ НАСЛЕЂА У ЕВРОПСКО-КОНТИНЕНТАЛНИМ
ПРАВИМА 233**

Одељак V ПРИВРЕДНО И ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

1. Др Миодраг Мићовић, редовни професор
**ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ОБЛАСТИ УСЛУГА
ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА 247**
2. Зоран Вуковић, асистент-приправник
**УСКЛАЂЕНОСТ ЗАКОНА О ОДГОВОРНОСТИ
ПРОИЗВОЂАЧА СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ДИРЕКТИВОМ 85/374 ЕЕЗ
О ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРОИЗВОДЕ 255**

Одељак VI МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

1. Др Радован Вукадиновић, редовни професор
**СТАРО ВИНО У МЕШИНЕ НОВЕ - УСТАВ ЕВРОПЕ И
ЛИСБОНСКИ УГОВОР..... 279**
2. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
**ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О НАСИЉУ И НЕДОЛИЧНОМ
ПОНАШАЊУ ГЛЕДАЛАЦА НА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА,
ПОСЕБНО НА ФУДБАЛСКИМ УТАКМИЦАМА..... 293**

3. Др Душица Палачковић, редовни професор СУД ПРВЕ ИНСТАНЦЕ (THE COURT OF FIRST INSTANCE) - НАДЛЕЖНОСТ И ОПШТА ПРАВИЛА ПОСТУПКА У ПРВОМ СТЕПЕНУ	319
4. Др Милена Петровић, ванредни професор ДЕЈСТВА ПРОРОГАЦИОНОГ СПОРАЗУМА ПРЕМА ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О СПОРАЗУМУ О ИСКЉУЧИВОЈ НАДЛЕЖНОСТИ СУДА ИЗ 2005	333

Одељак VII

РАЗЛИЧИТИ ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

1. Др Марко Павловић, редовни професор ПРИКРИВЕНА ДЕНАЦИФИКАЦИЈА У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.....	349
2. Др Емилија Станковић, ванредни професор ОБИЧАЈИ И МОДЕРНО ПРАВО СРБИЈЕ XIX ВЕКА	373
3. Др Драган Батавेलјић, ванредни професор УСТАВНА ПИТАЊА ПРОЦЕСА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА..	381
4. Др Нада Тодоровић, ванредни професор СПЕЦИФИЧНОСТ ТРЖИШТА РАДА У ОДНОСУ НА ОСТАЛА ТРЖИШТА ФАКТОРА ПРОИЗВОДЊЕ	393
5. Мр Јасмина Лабудовић, асистент МАКРОЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	401
6. Мр Дејан Матић, асистент ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА У ДЕЛУ ГЛИГОРИЈА ГЕРШИЋА	411
7. Мр Славко Ђорђевић, асистент МЕСТО ПОСЛЕДИЦЕ КОД ПОВРЕДА ПРАВА ЛИЧНОСТИ ПУТЕМ МАСМЕДИЈА	423
8. Милан Марић, асистент-приправник РЕВИЗИЈА ПРОТИВ ПРЕСУДЕ - ОПШТА РАЗМАТРАЊА	443

CONTENT

Chapter I

ADMINISTRATIVE LAW AND LABOUR LAW

1. Prof. .Dr. Nevenka Bacanin, a full-time professor	
ON PUBLIC AUTHORIZATION	3
2. M.Sc. Zoran Jovanovic, an assistant	
E-ADMINISTRATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA	13
3. Prof. Dr. radoje Brkovic, a full-time professor	
DIGNITY AT WORK IN THE REPUBLIC OF SERBIA LEGISLATION	
AND INTERNATIONAL LABOUR LAW STANDARDS	27
4. M.Sc. Bojan Urdarevic, an assistant	
BASIC PRINCIPLES OF PEACEFUL SETTling OF LABOUR	
DISPUTES	43

Chapter II

CRIMINAL LAW

1. Prof. Dr. Stanko Bejatovic, a full-time professor	
INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS ON PLACING A	
PERSON UNDER ARREST – THE REPUBLIC OF SERBIA	
CONSTITUTION	55
2. Prof. Dr. Branislav Simonovic, a full-time professor	
SAFETY STRATEGY IN BIG CITIES – THE CASE OF THE CITY	
OF BELGRADE	69
3. Prof. Dr. Snezana Sokovic, a full-time professor	
RELEVANT INTERNATIONAL STANDARDS AND BASIC	
CHARACTERISTICS OF THE EXECUTION OF CRIMINAL	
SANCTIONS IMPOSED ON JUVENILES	97
4. Prof. Dr. Dragana Petrović, an associate professor	
TERRORISM – INTERNATIONAL CRIME	119
45 Prof. Dr. Ivana Simovic Hiber, an associate professor	
CRIME POLICY AND NORMATIVE GROUNDS FOR	
THE FUNCTIONING OF THE HAGUE INTERNATIONAL	
CRIME TRIBUNAL	135
6. Dr. Bozidar Banovic, docent	
SUBJECTS INVOLVED IN COMBATING CORPORATE CRIMES	
OTHER THAN POLICE – INTERNATIONAL EXPERIENCE	151

Chapter III
CIVIL LAW

1. Dr. Nina Planojevic, docent	
OBJECTIVE SCOPE OF THE APPLICATION OF THE RULES ON ACQUIRING OWNERSHIP FROM A NON-OWNER	169
2. M.Sc. Srdjan Vladetic, an assistant	
AUCTORITAS AND USUCAPIO	193

Chapter IV
FAMILY LAW AND LAW OF SUCCESSION

1. Prof. Dr. Zoran Ponjavic, a full-time professor	
THE RIGHT OF CHILDREN TO RELIGIOUS EDUCATION	201
2. Veljko Vlaskovic, an assistant	
EXCLUDING A PERPETRATOR FROM THE FAMILY HOME AS A FAMILY LAW REMEDY AGAINST DOMESTIC VIOLENCE	215
3. Dr. Dragica Zivojinovic, docent	
RIGHT TO INHERITANCE IN THE LAWS OF CONTINENTAL EUROPE	233

Chapter V
COMERCIAL LAW AND LAW OF OBLIGATIONS

1. Prof. Dr. Miodrag Micovic, a full-time professor	
CONSUMERS' PROTECTION IN THE FIELD OF SERVICES OF GENERAL INTEREST	247
2. Zoran Vukovic, an assistant	
HARMONISATION OF THE LAW ON LIABILITY OF THE PRODUCERS OF THINGS WITH DEFECT IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH EU DIRECTIVE 85/ 374/ EEC ON LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS	255

Chapter VII
INTERNATIONAL LAW

1. Prof. Dr. Radovan D. Vukadinovic, a full-time professor	
"OLD VINE IN NEW BARRELS" – EUROPE'S CONSTITUTION AND LISBON AGREEMENT	279
2. Prof. Dr. Nenad Djurdjevic, a full-time professor	
EUROPEAN CONVENTION ON VIOLENCE AND INAPPROPRIATE CONDUCT OF FANS AT SPORTS GAMES, ESPECIALLY AT FOOTBALL MATCHES	293

VI

3. Prof. Dr. Dusica Palackovic, a full-time professor COURT OF FIRST INSTANCE – JURISDICTION AND GENERAL PROCEDURAL RULES	319
4. Prof. Dr. Milena Petrovic, an assistant professor THE EFFECTS OF THE CHOICE OF COURT AGREEMENT UNDER THE HAGUE CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENT 2005	333

Chapter VII

VARIOUS LEGAL ISSUES

1. Prof. Dr. Marko Pavlovic, a full-time professor TACIT DE-NAZIFICATION IN 2006 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA	349
2. Prof. Dr. Emilija Stanković, an assistant professor CUSTOMS AND CONTEMPORARY LAW IN THE 19TH CENTURY SERBIA	373
3. Prof. Dr. Dragan Bataveljic, an assistant professor CONSTITUTIONAL ISSUES RLATED TO THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION	381
4. Prof. Dr. Nada Todorovic, an assistant professor SPECIFIC NATURE OF LABOUR MARKET IN COMPARISON TO OTHER PRODUCTION-RELATED MARKETS	393
5. M.Sc. Jasmina Labudovic, an assistant EUROPEAN UNION MACROECONOMIC POLICY	401
6. M.Sc. Dejan Matic, an assistant APPLICATION AND INTERPRETATION OF LAW IN GLIGORIJE GERSIC WORKS	411
7. M.Sc. Slavko Djordjevic, an assistant THE CONSEQUENCES OF THE VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS BY MEDIA	423
8. Milan Maric, an assistant JUDGEMENTS’ REVISIONS – GENERAL OVERVIEW	443

Одељак I

Управно и радно право

О ЈАВНИМ ОВЛАШЋЕЊИМА

Термин «овлашћење» има вишеструко значење, било да је реч о нашем или страним језицима. Тако се, примера ради, у француском језику овим изразом означавају «pouvoir», «attribution», «procuration», «mandat», у немачком - «berechtigung», а у енглеском – «authority », «permission», «licence», «power of attorney», «mandate».¹

Правно овлашћење представља могућност одређеног понашања правног субјекта које правни поредак штити. Оно се правном субјекту даје да би он могао остварити неки интерес чије остварење држава сматра да треба обезбедити правом. Правно овлашћење и правна обавеза представљају основне елементе (делове) правног односа.

Но, «с обзиром на однос (правног – Н.Б.) субјекта правног овлашћења према интересу који тим својим правним овлашћењем остварује, постоје две различите врсте правног овлашћења – субјективно право и надлежност».² Субјективно право је правно овлашћење субјекта права ради заштите сопственог интереса, а надлежност је вршење права субјекта права у интересу другог, а не у свом интересу. Дакле, док субјективно право има карактер приватног права, надлежност обједињује овлашћења и дужности (правна овлашћења и обавезе).³

Јавна овлашћења су врста правних овлашћења, и то она која спадају у надлежност. Иманентна су држави. То су «овлашћења на ауторитативно иступање, а ауторитативно иступање је иступање са јачом вољом, са позиција носилаца власти».⁴ Друкчије речено, јавна овлашћења су «само други назив за поједине прерогативе државне власти»,⁵ она

¹ Јовановић, Ј., Тодоровић, С.: Речник правних термина, Београд, 2002, стр. 195.

² Правна енциклопедија, Београд, 1989, стр. 1084.

³ О правном овлашћењу – субјективном праву и надлежности, више: Лукић, Р. Д.: Увод у право, Београд, 1993, стр. 234 – 237. или Димитријевић, М., Симић, М., Ђорђевић, С.: Увод у право, Крагујевац, 2006, стр. 269-274.

⁴ Бачанин, Н.: Управно право, Крагујевац, 2000, стр. 214. О јавним овлашћењима: Гатарић, Ђ.: «Дјелатност од посебног друштвеног интереса и јавна овлашћења», Загреб, 1986, Милков, Д.: «Карактер и суштина јавних овлашћења», Правни живот, 3/83, стр. 377-380.

⁵ Томић, З.: Управно право, Београд, 1998, стр. 250.

«подразумевају овлашћења за обављање појединих функција државне власти».⁶

Израз «јавна овлашћења» се одавно користи у нашем позитивном праву и правној теорији. При том, треба истаћи да наше позитивно право, чак и један део наше правне теорије, изразе «јавна овлашћења» и «управна овлашћења» користе као синониме, што се не би могло сматрати правно исправним и прихватљивим. Управна овлашћења су по својој правној природи јавна овлашћења, али само једна врста јавних овлашћења. Јавна овлашћења су шири појам од управних овлашћења. Сва управна овлашћења су јавна овлашћења, али сва јавна овлашћења нису управна овлашћења.

Чињенице да је Устав СРЈ користио израз «јавна овлашћења», а Устав РС из 1990. «управна овлашћења», навеле су неке наше ауторе да ове изразе сматрају синонимима, при чему су се неки од њих залагали за искључиву употребу израза «управна овлашћења», тврдећи да је термин «јавна овлашћења» непрецизни еуфемизам.⁷ Међутим, мада се ово њихово мишљење не би могло прихватити јер се између јавних и управних овлашћења не може ставити знак једнакости, образложење мишљења – да се употребом израза «јавна овлашћења» желело избећи означавање праве суштине – да је реч о вршењу власти од стране недржавних субјеката, је итекако прихватљиво. Шта више, можда би требало размислити о замени израза «јавна овлашћења» неким другим термином, али он свакако не би био израз «управна овлашћења».

У Уставу Републике Србије из 2006. задржава се израз «јавна овлашћења», а тако поступа и законодавац у Закону о државној управи из 2005.

По одредбама Устава које се односе на поверавање јавних овлашћења и јавне службе у интересу ефикаснијег и рационалнијег остављања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, законом се може поверити обављање одређених послова из надлежности Републике Србије аутономној покрајини и јединици локалне самоуправе. Поједина јавна овлашћења се могу поверити и предузећима, установама, организацијама и грађанима, као и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима. Република Србија, аутономна покрајина и јединице локалне самоуправе могу основати јавне службе, а делатности и послови због којих се оне оснивају, као и њихово уређење и рад, прописују се законом.⁸

⁶ Марковић, Р.: Управно право, Београд, 2002, стр. 190.

⁷ Милков, Д.: Управно право, II, Нови Сад, 1997, стр. 86-88.

⁸ Устав Републике Србије, «Службени гласник Републике Србије», 37/06

И по одредбама Закона о државној управи, поједини послови државне управе законом се могу поверити аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду, јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама (у даљем тексту: имаоци јавних овлашћења).⁹

Посвећујући посебну пажњу имаоцима јавних овлашћења, законодавац најпре уређује њихов положај, па ограничавање при поверавању послова државне управе и, коначно, надзор над обављањем поверених послова државне управе од стране ималаца јавних овлашћења.

Тако, имаоци јавних овлашћења, при вршењу послова државне управе, имају иста права и дужности као органи државне управе. Но, Влада и органи државне управе задржавају и после поверавања послова државне управе одговорност за њихово извршавање, а средства за вршење поверених послова државне управе имаоцима јавних овлашћења имају се обезбедити у буџету Републике Србије.¹⁰ Само поверавање се, пак врши обзиром на значај који за државу има обављање појединих послова, али и на неометано одвијање свакодневног живота грађана у њој.

Када је имаоцима јавних овлашћења поверено доношење прописа, они по природи и називу морају одговарати прописима које доносе органи државне управе и дужни су да их објаве у службеном гласилу Републике Србије.¹¹

Законодавац уводи два ограничења при поверавању послова државне управе имаоцима јавних овлашћења. Тако, по изричитим одредбама Закона, послови државне управе везани за обликовање политике Владе не могу бити ником поверени, а послови инспекцијског надзора могу бити поверени једино органима аутономне покрајине, општине, града и града Београда.¹²

Надзор над вршењем поверених послова државне управе од стране ималаца јавних овлашћења Законом је поверен органима државне управе, а који ће орган државне управе бити надзорни орган државне управе одређује се законом, при чему надзорни орган државне управе има у надзору над овим радом ималаца јавних овлашћења сва општа надзорна овлашћења.¹³

Посебна надзорна овлашћења надзорног органа државне управе манифестују се у два облика – као преузимање повереног посла и као надзор над законитошћу прописа ималаца јавних овлашћења.

⁹ Члан 4. Закона о државној управи, Закон о државној управи, «Службени гласник Републике Србије, 79/105 и 101/105

¹⁰ Чл. 51. и 52. Закона о државној управи

¹¹ Чл. 53. Закона о државној управи

¹² Чл. 54. Закона о државној управи

¹³ Чл. 55. Закона о државној управи

Код првог облика, надзорни орган државне управе дужан је да непосредно изврши поверени посао ако би неизвршење посла могло да изазове штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности. У осталим случајевима, ако ималац јавних овлашћења и поред вишеструких упозорења не почне да врши поверени посао или не почне да га врши правилно или благовремено, надзорни орган државне управе преузима извршење посла, најдуже на 120 дана.¹⁴

Код другог облика, законодавац најпре предвиђа обавезу имаоца јавног овлашћења да пре објављивања прописа прибави од надлежног министарства мишљење о уставности и законитости прописа које доноси, али и обавезу надлежног министарства да имаоцу јавног овлашћења који доноси пропис достави образложени предлог како да пропис усагласи са Уставом, законом, другим прописом или општим актом Народне скупштине и Владе. Уколико ималац јавних овлашћења не поступи по предлогу министарства, оно је дужно да Влади предложи доношење решења о обустави од извршења прописа и на њему заснованих појединачних аката, као и покретање поступка за оцену уставности и законитости прописа. Решење Владе о обустави од извршења прописа ступа на снагу кад се објави у службеном гласилу Републике Србије.¹⁵

Овлашна анализа норми позитивног права о јавним овлашћењима, како уставних тако и законских одредби, најпре показује да уставотворац и законодавац нису имали слуха за ставове великог броја наших правних писаца у погледу прикладности израза «поверавање» послова државне управе или јавних овлашћења. Наиме, поверавање јавних овлашћења је, уствари, њихово делегирање од «стране једног субјекта – који их редовно поседује – другоме који та овлашћења редовно нема».¹⁶ Чини се да би израз «поверавање» требало заменити термином «делегирање», обзиром да реч «поверавање» не указује у довољној мери на значај јавних овлашћења. Изрази «поверити» и «доделити» упућују на то да се јавна овлашћења могу делегирати увек и свакој недржавној организацији или органу и да се код померавања јавних овлашћења не ради о нечем тако значајном и озбиљном као што је вршење власти. Власт се не поверава, нити додељује. Власт се врши или се њено вршење делегира одређеним субјектима, у овом случају само неким недржавним органима и организацијама.¹⁷

¹⁴ Чл. 56. Закона о државној управи

¹⁵ Чл. 57. Закона о државној управи

¹⁶ Томић, З.: наведено дело, стр. 189.

¹⁷ Исто мисле и З. Томић и Д. Милков. Видети: Томић, З.: наведено дело, стр. 189-190; Милков, Д.: наведено дело, стр.88.

Затим, законодавац је израз «носилац јавних овлашћења» заменио термином «имаоци јавних овлашћења», што је, опет, са аспекта правне теорије, неприхватљиво. Ималац нечега, овај пут јавног олашћења, је увек онај који то нешто има као «своје, власник, сопственик...дакле, инплицира да се та овлашћења врше у приватном интересу свога имаоца».¹⁸ Практично, ималац јавног овлашћења би требало да буде власник јавног овлашћења – субјект који та овлашћења поседује од момента свог настанка и који их користи у свом интересу, никако субјект коме се она поверавају, коме се привремено поверава њихово вршење у интересу оног субјекта који то поверавање и врши, а може га вршити јер он јавно овлашћење и поседује.

Позитивно се може оценити став уставотворца и законодавца по коме се поверавање јавних овлашћења недржавним субјектима мора вршити законом, односно да се оно не може вршити подзаконски правним актима. Ово стога што су у ранијем уставном систему наше земље јавна овлашћења могла бити поверавана како законом тако и одлуком скупштине општине, заснованом на закону. Позитивноправно решење о врсти општих правних аката којима се органима децентрализованих територијалних заједница и недржавним организацијама може поверити јавно овлашћење, правно је исправно и прикладно, не само зато што аутономне покрајине, општине и градови немају више статус друштвено политичких заједница, већ зато, и превасходно зато, што јавна овлашћења представљају манифестацију државне власти, па поверавање њиховог вршења неком недржавном субјекту треба оставити општем правном акту који је у формалном и материјалном смислу закон – акту који по својој правној снази у хијерархији општих правних аката стоји одмах иза устава.

Интересантно је да творци нашег позитивног права нису ни покушали да дефинишу јавна овлашћења, остављајући, ваљда, тај посао правној теорији и пракси, чиме је материја управног и уставног права добила још једно питање на коме се могу ломити копља правних писаца.

Коначно, ако се има у виду да уставотворац предвиђа да децентрализованим територијалним заједницама може бити поверено обављање одређених послова из надлежности Републике Србије и да се поједина јавна овлашћења могу поверити недржавним организацијама, као и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима, све то законом, а законодавац истиче да се поједини послови државне управе законом могу поверити аутономним покрајинама, јединицама локалне самоуправе, јавним предузећима и другим организацијама (имаоци јавних овлашћења), основано се може поставити питање – који се то послови државне управе

¹⁸ Марковић, Р.: Одабрани прописи о Влади и државној управи, Београд, 2005, стр. 20.

поверавањем јавних овлашћења преносе на недржавне субјекте и, следствено овоме, о којим се врстама јавних овлашћења може говорити у нашем праву?

Одговори на постављена питања захтевају да претходно, у најкраћим могућим цртама, буду набројани и анализирани послови државне управе.¹⁹

По Закону о државној управи, послови државне управе су: учествовање у обликовању политике Владе, праћење стања, извршавање закона, других прописа и општих аката, инспекцијски надзор, старање о јавним службама, развојни послови и остали стручни послови.

Учествовање у обликовању политике Владе органи државне управе (министарства, органи управе у саставу министарстава и посебне организације) остварују припремањем нацрта закона, других прописа и општих аката Владе, предлагањем Влади стратегије развоја и других мера којима се обликује политика Владе.

Праћење стања, као законом утврђени посао државне управе, органи државне управе реализују праћењем и утврђивањем стања у областима свог делокруга, проучавањем последица утврђеног стања и, сходно својој надлежности, предузимањем мера или предлагањем Влади доношење прописа и предузимањем мера из њене надлежности.

Извршавање закона, других прописа и општих аката Народне скупштине и Владе органи државне управе остварују извршним пословима – доношењем прописа, решавањем у управним стварима, вођењем евиденција, издавањем јавних исправа и предузимањем управних радњи.

При том, управне прописе, у облику правилника, наредби и упутстава, министарства и посебне организације могу доносити само када су на то овлашћени законом или прописом Владе, но, њима не могу одређивати своје или туђе надлежности, нити физичким и правним лицим установљавати права и обавезе које већ нису установљене законом, а морају их објавити у републичком службеном гласилу. Органи управе у саставу министарства не могу доносити прописе.

Управним актима органи државне управе решавају у управним стварима, а овлашћени су да решавају по жалбама и ванредним правним средствима на управне акте управних органа или ималаца јавних овлашћења, према закону.

За предузимање управних радњи којима се посеже у личну слободу и безбедност, физички и психички интегритет, имовину и остала људска права и слободе органи државне управе морају имати непосредни основ у закону.

Инспекцијски надзор органи државне управе остварују испитивањем спровођења закона и других прописа, и то непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, сходно резултатима надзора, изрицањем мера на које су овлашћени. Иначе, инспекцијски надзор се детаљно уређује посебним законом.

¹⁹ Чл. 12-21. Закона о државној управи

Старање о јавним службама ови државни органи и организације реализују вршењем послова и предузимањем мера на које су овлашћени законом, а све у циљу вођења рачуна да се рад јавних служби одвија према закону.

Подстичући и усмеравајући развој у областима из свога делокруга, а према политици Владе, органи државне управе врше своје развојне послове.

Остали стручни послови органа државне управе свде се на прикупљање и проучавање података у областима њиховог делокруга, сачињавање анализа, извештаја, информација и других материјала и вршење других стручних послова којима се доприноси развоју области њиховог делокруга.

Упоредна анализа законских одредби о пословима државне управе и имаоцима јавних овлашћења, укључујући у ове друге и уставне одредбе о поверавању јавних овлашћења, намеће низ закључака.

Најпре, законодавац нигде изричито не каже који се то од низа послова државне управе могу поверити недржавним субјектима – органима децентрализованих територијалних заједница и недржавним организацијама. Напротив, он користи израз «поједини послови државне управе». Ако се иамју у виду законска ограничења при поверавању послова државне управе – послови државне управе везани за обликовање политике Владе не могу бити никоме поверени, а послови инспекцијског надзора могу бити поверени једино органима аутономне покрајине, општине, града и града Београд, може се закључити да се недржавним субјектима могу поверити сви законом набројани послови државне управе, независно од њихове правне природе, изузев послова везаних за обликовање политике Владе и уз ограничење поверавања послова инспекцијског надзора само органима децентрализованих територијалних заједница. Друкчије речено, осим послова обликовања политике Владе, сви остали законом утврђени послови државне управе могу бити поверени имаоцима јавних овлашћења. Једино је поверавање послова инспекцијског надзора ограничено на органе аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе.

Речено управо значи да је Законом о државној управи, а он има карактер системског закона, дозвољено, додуше, само законом и уз наведена ограничења, поверавање свих послова државне управе недржавним субјектима, како ауторитативних тако и неауторитативних. Правна природа послова чије се вршење поверава недржавним субјектима није била релевантан критеријум за законодавца када је уређивао ову материју. Тако, имаоцима јавних овлашћења могу бити поверени по својој правној природи разнородни послови државне управе како они који се реализују различитим јавним овлашћењима тако и они за чију реализацију није неопходно ауторитативно иступање.

Међутим, овакав закључак аутоматски намеће једну дилему – ако је законодавац под «појединим пословима државне управе» подразумевао и неауторитативне послове државне управе, а чини ми се да јесте, зашто је

њихово поверавање условио законском одредбом и недржавне субјекте којима су они поверени назвао имаоцима јавних овлашћења, обзиром да је сасвим јасно да вршење ових послова не представља ауторитативно иступање. Ако се имају у виду целина законских одредби о имаоцима јавних овлашћења и правна природа неауторитативних послова државне управе, изгледа да би се са великом вератноћом могло претпоставити да законодавац изразом «поједини послови државне управе» ипак није желео да обухвати све послове државне управе већ само ауторитативне послове – оне који се реализују јавним овлашћењима. Прецизније, били би то извршни послови – послови извршавања закона, других прописа и општих аката – послови који се реализују доношењем прописа, решавањем у управним стварима, вођењем евиденција и издавањем јавних исправа и предузимањем управних радњи. Да ли је термином «поједини» послови државне управе законодавац само желео да нагласи да се бројним и разнородним недржавним субјектима, као имаоцима јавних овлашћења, не морају поверити сви послови државне управе одједном, већ само један или неки од њих, или је и овај пут, као безброј пута до сада, био недовољно прецизан у формулацијама могло би се само нагађати.

У погледу правне природе и врста јавних овлашћења, скоро да нема размимоилажења међу савременим српским правним писцима или су она минорна и, могло би се рећи, занемарива.

Јавна овлашћења се у нашем правном систему поверавају одређеним недржавним субјектима – децентрализованим територијалним заједницама (аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду) и одређеним недржавним организацијама – јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама. Њих Закон о државној управи означава изразом «имаоци јавних овлашћења». Но, по уставним одредбама, јавна овлашћења могу бити законом поверена и појединцима и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима или делатностима. Тако је уставним нормама круг ималаца јавних овлашћења проширен. Када је реч о недржавним организацијама као имаоцима јавних овлашћења, посебно управних овлашћења, треба нагласити да се она не поверавају свим недржавним организацијама, већ само оним чија је основан делатност од виталног интереса за цело друштво – тзв. јавним службама.

Основна делатност недржавних субјеката којим се јавна овлашћења могу поверити, она делатност ради чијег вршења су они и образовани, није ауторитативног карактера. Напротив, реч је о пословима локалне самоуправе и територијалне аутономије и привредним, ванпривредним или стручним пословима, којима се задовољавају бројне и разнородне потребе и интереси грађана, неопходни за њихов свакодневни живот и рад. Ови послови се углавном реализују без принуде и наметања – добровољно, у свакодневним контактима њихових вршилаца са трећим лицима – физичким или правним.

Но, основне делатности ималаца јавних овлашћења могу, у одређеним случајевима, имати посебан значај за државу као целину. Тада она настоји да обезбеди и подстакне њихово континуирано и несмтано обављање, тежећи да спречи застоје и пропусте у њиховом вршењу. У том циљу – ефикасније и рационалније остављање права и обавеза грађана и задовољавање њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, она недржавним субјектима поверава одређена јавна овлашћења, омогућавајући им да, у тачно предвиђеним ситуацијама, иступају ауторитативно, онако како то чине државни органи и организације.

Тако, недржавни субјекти могу, у оквиру поверених јавних овлашћења, ауторитативно иступати доношењем општих правних аката у тзв. општим и безличним ситуацијама, доношењем појединачних правних аката или вршењем одређених ауторитативних материјалних операција у појединачним, конкретним ситуацијама. Стога се сва јавна овлашћења могу груписати у две целине или врсте.

Прву чине управна овлашћења, под којима се подразумевају овлашћења на доношење управних аката и на вршење управних радњи. Израз «управна овлашћења» треба задржати и користити искључиво за означавање ових јавних овлашћења. Њиховим вршењем имаоци јавних овлашћења уствари врше управну функцију – појављују се као један од бројних вршилаца управе као функције државне власти.

Другу чине неуправна јавна овлашћења, која се често називају и регулативним овлашћењима, под којима се подразумевају овлашћења на издавање општих правних аката. Прецизније, то су овлашћења за доношење подзаконских прописа, и то управних прописа – правилника, наредби и упутстава.

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

ON PUBLIC AUTHORIZATION

Public authorization represents a possibility that a certain legal entity performs some actions which are legally protected. It can appear in two forms, as the subject's right or as jurisdiction. The subject's right is legal authorization assumed by a legal entity in order to protect its own interests, while jurisdiction is the legal entity's authorization to exercise the rights in someone else's interest.

Public authorization is a kind of legal authorizations that are imminent to the state. They include the rights to conduct an authoritative action, the action that embodies “stronger will”, from the position of “power bearers”.

Our positive law and legal theory has been using this term “public authorization” for a long time. This term has been kept and included in 2006 Constitution of the Republic of Serbia and 2005 Law on state administration. Yet, it should be noted that the legislators have not even made an attempt to define public authorizations, leaving this task to legal theoreticians and practitioners.

Legal analyses of normative and positive law acts on public authorization lead us to the following conclusions:

Firstly, the legislators did not listen to the recommendations of a great number of legal writers related to the appropriateness of the terms “awarding” of state administration tasks or “public authorization”.

Secondly, bearing in mind the entire scope of legal regulations on “public authorization holders”, as well as the legal nature of non-authoritative state administration assignments, it can be assumed with a great likeliness that legislators did not mean to comprise the entire scope of state administration tasks under the phrase “certain state administration tasks”, but only those of authoritative nature that are realized through authoritative authorizations.

As for legal nature and type of public authorizations, there is no significant discrepancy in contemporary Serbian legal theories that treat this matter.

*Мр Зоран Јовановић,
асистент*

UDK:35.077:004(497.11)

ЕЛЕКТРОНСКА УПРАВА У СРБИЈИ

1. Уводне напомене

За већину наших грађана контакти са управом су у великом броју случајева ноћна мора – управу доживљавају као окоштали бирократски апарат који подразумева стајање у редовима и велики губитак времена. Због тога је неопходно да један од темељних циљева наше државе буде да управу приближи кориснику (грађанину). Таква управа је повезана и са новим начином „владања“ (управљања) који произилази из потреба грађана и усмерена је ка задовољавању тих потреба. Нова информатичка технологија, посебно Интернет, може значајно да утиче на успостављање новог начина управљања.

Електронска управа представља нову појаву у развоју јавне управе и резултат је развоја савремене информационе и комуникационе технологије. Информационе и комуникационе технологије остварују значајан утицај на укупну привреду и политику, имају одлучујућу улогу у модернизацији економије и доприносе коришћењу нових могућности за отварање радних места и укључивање у нови систем глобалне економије. Доприносећи трансформисању организације јавног сектора, информационе и комуникационе технологије могу да побољшају јавне услуге чинећи их бржим, далеко доступнијим и ефикаснијим.

У целом свету Интернет утиче на све области живота. Све модерне владе усвојиле су концепт незаобилазне потребе доступности основних информација јавном сектору преко Интернета.

Циљ модернизације државне управе у Републици Србији је да се, увођењем информационих технологија у рад државних органа, како на централном, тако и на локалном нивоу, обезбеди грађанима могућност да утичу на јавни живот. ИКТ (информационе и комуникационе технологије) у овом сегменту омогућавају грађанима електронску доступност најразличитијих сервиса и то на принципу пуне транспарентности, а, такође, омогућава грађанима да јавно искажу свој став везан за функционисање државне управе и обављање јавних послова. Овим начином примене Интернета увећава се улога јавног сектора као сервиса оријентисаног према грађанима. Сам процес даљег развоја демократизације друштва, без модернизације је немогућ, па је зато неопходно пажљиво балансирање и хармонизовање ове две стране.

Електронска управа може вишеструко унапредити квалитет живота грађана и направити велику уштеду гледано са временског и економског аспекта. Пројекат електронске управе је директно повезан са променама на нивоу организације у јавном сектору, као и са реформама на нивоу државе. Зна се да ИКТ имају потенцијал да податке и чињенице интегришу у структурно разумљиве облике, лако доступне различитим врстама анализа, претрага и сервиса. Овакве предности су један од предуслова квалитетне реформе државне управе, како на централном, тако и на локалном нивоу. Главна предност примене ИКТ у демократском друштву лежи у могућности да укључи грађане и цивилни сектор у јавни живот и креирање јавне политике кроз директну интеракцију.

2. Принципи и циљеви развоја електронске управе

Експанзија електронских управа и влада започела је у многим земљама због вишемилонских уштеда, елиминације папирних канцеларија и многих предности које информациона и комуникациона технологија пружају. Развој различитих модела е-управе у локалном окружењу наметнули су примену неколико принципа:¹

а) центрираности грађанина - управа као сервис у служби грађана и грађанин у центру управе;

б) поједностављених процедура - што су процедуре рада управе једноставније, то су њене активности ефикасније и она је уместо окренутости себи, више окренута циљевима;

в) базираности на знањима - модерна управа мора бити базирана на знањима и професионализму;

г) оријентисаности ка резултатима - све инвестиције, реорганизације и реинжењеринзи процеса оријентисани су ка резултатима услуга које треба да пружају органи управе и јавне службе;

д) фокусираности ка новом јавном менаџменту - уместо хијерархијски оријентисане бирократије;

ђ) применљивости информационо-комуникационих технологија - ове технологије мењају парадигме управе и захтевају њену реорганизацију;

е) транспарентности - претпоставља отвореност и "прозрачност" рада свих нивоа управе, нарочито локалне, која је и "најближа" грађанима и привреди;

ж) тржишне оријентисаности - претпоставља промоцију економичности, профитабилности и брзине услуга које се пружају;

з) политичке (идеолошке) очишћености - један је од највише пропагираних и истовремено најтеже реализованих принципа;

¹ Наведено према: Дракулић, М., Дракулић, Р.: Електронска управа и злоупотребе, Правни живот, бр. 9-2003, стр. 988-999.

и) финансијске усмерености - пружањем услуга доступних и расположивих свима уз ефикасност система "пуњења буџета" базираног на поштењу свих субјеката;

ј) сигурности - претпоставља предузимање низа различитих мера за обезбеђење свих управних процеса;

к) "пријатељске" окренутости - уместо метода силе и присиле, доминантна треба да буде изградња система поверења и сарадње на свим нивоима управе и управе са корисницима управних услуга.

Ови принципи посебно су значајни у локалној електронској управи која треба да буде окренута ка "потрошачима" (customer oriented).

Развој е-управе није циљ сам за себе, већ је у функцији општијих економских и друштвено-политичких циљева, а то су:²

- модернизација државне управе;
- развој националне економије;
- шире ангажовање и веће учешће грађана у демократским процесима.

Модернизација државне управе представља корениту промену традиционалног начина на који се обављају административни процеси у оквиру државе. Та промена значи да грађани не морају више да буду физички присутни и да иду од једног до другог органа владе, као што се то обично данас ради, и да губе своје време и новац прикупљајући потребна документа да би поднели неки захтев. Уместо тога, ИКТ која омогућава потпуну аутоматизацију административних процедура и интеграцију географски дистрибуираних органа, грађани могу да задовоље своје потребе подnoseћи своје захтеве са једног места (нпр. интернет портал е-управе), без обзира на број различитих органа који учествују у поступку обраде захтева. Осим тога грађани могу у сваком тренутку да добију информацију о тренутној фази у којој се налазе њихови захтеви. На тај начин, е-управа обезбеђује ефикасније, транспарентније и одговорније јавне службе које су прилагођене потребама грађана и привреде.

У земљама у развоју е-управа представља моћно средство у поспешивању непрестаног привредног развоја. Уз помоћ е-управе, која је интегрисана са осталим значајним економским стратегијама, може се:³

1. створити боље пословно окружење за даљи привредни развој смањивањем трошкова пословања;
2. поспешити привредне активности и предности националне економије на интернету;
3. обезбедити ИКТ инфраструктура да би се привукли и задржали инвеститори;

² Види: Стратегија развоја информационог друштва у Републици Србији, 2006, стр. 31.

³ Исто.

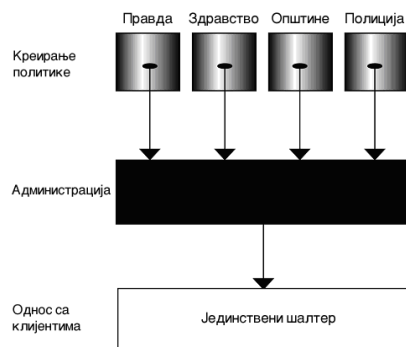
4. поспешити ширење е-пословања у привреди, и на тај начин повећавати њену способност за утакмицу на глобалном тржишту;
5. побољшати вештине и запосленост становништва;
6. подржати развој и јачање националног ИКТ сектора његовим учешћем у активностима развоја е-управе.

3. Јединствени шалтер

У моделу пословања државне администрације који се заснива на „јединственом шалтеру“, шалтер (физички шалтер у објекту, телефонски позивни центар, самостојећи електронски киоск, Интернет) не припада одређеном органу или организацији, чак ни одређеној вертикалној надлежности, већ се на једном месту обављају сви послови које клијенти могу да имају са било којим органом или организацијом унутар државне администрације.⁴

Ово захтева суштинске промене у организацији рада државних органа и организација. Министарства би практично остала мала, изузетно оперативна тела која би се бавила политиком, стратегијом, визијом и регулативом. Хоризонтално би се повезивали у радне групе и друга ad-hoc тела која би била оснивана да реше проблем или пронађу решење које задире у више од једне надлежности. За дугорочније пројекте би се оснивале међуресорне агенције.

Административно процесовање, јавне набавке, кадровска служба, општи правни и рачуноводствени послови и сви други општи послови би се обављали централно у једној заједничкој стручној служби, и то, углавном, аутоматски.



Слика 1: модел „јединственог шалтера“⁵

⁴ Види: Е-управа, Електронска државна администрација у Републици Србији: Влада Републике Србије, Агенција за унапређење државне управе, Београд, април 2002, стр. 11-12.

⁵ Наведено према: исто, стр. 11.

Услуге према клијентима би, такође, вршила заједничка “Служба за услуге” која би имала своје сервисне центре, позивне центре, самостојеће електронске киоске и Интернет презентацију. Сви ови различити канали комуникације требало би да клијентима омогуће да било који посао са државном администрацијом обаве преко ма ког од канала за комуникацију, у било које време, са ма ког места у свету.

Овакав начин организације рада, а који електронизација, не само омогућава, већ и има за циљ и да креира нове, интересантне облике сарадње приватног и јавног сектора са једне и државне администрације са друге стране. У многим земљама, које су увеле систем “јединственог шалтера”, послове државне управе не обављају у потпуности државни чиновници.

У Канади и Словенији пошта је преузела многе послове државне управе. Пошта обично има развијену информатичку инфраструктуру, одличну дистрибуцију објеката и добро обучене раднике који већ обављају сличне послове. Истраживања су, такође, показала да у већини земаља становништво има изузетно поверење у пошту, а што је и код нас случај.

У Индији преко 8000 приватника овлашћено је и обучено да у својим бакалницама обавља одређене управне послове. Ово је случај у јако малим, а удаљеним местима где се државној администрацији не исплати да држи своје испоставе и раднике. Грађани имају избор да оду до обласног центра и бесплатно обаве посао у органу државне администрације, или да уз малу накнаду обаве посао код приватника у суседству.

Све ове иновације захтевају суштинску промену у организацији рада државне администрације у Републици Србији. Органи и организације морају да се одрекну директног рада са клијентима и те услуге изнајмљују од јединствене службе.

Потребно је установити ново министарство, агенцију, секретаријат или неки други управни оквир (“Служба за услуге”), преместити кадрове из постојећих органа и организација, обавити комплексну обуку како би сви могли све да раде, рационализовати простор, пронаћи нове локације, изменити процедуре и овлашћења, и, што је најважније, променити начин размишљања, не само шалтерских радника, већ и њихових шефова, који ће, сасвим сигурно, одливање ових функција посматрати и као одливање моћи и средстава.

Последњих неколико година створени су бројни предуслови за увођење “јединственог шалтера”. У Републици Србији постоји довољно стручњака и довољно знања да се овај изузетно значајан пројекат реализује.

4. Анализа стања е-управе у Србији

У последње четири године електронска управа у Србији значајно је напредовала, али ниво софистицираности значајно заостаје за земљама Западне Европе.⁶ Марта 2008. године у Привредној комори Србије представљена је студија „Процена стања е-управе у Србији базирана на евалуацији имплементације 20 заједничких основних јавних сервиса“⁷ у којој је коришћена најновија методологија Европске комисије из 2007. године, као и претходна истраживања у овој области рађена у Србији и земљама окружења. У студији је анализирано 20 основних јавних сервиса које је дефинисала Европска комисија, а предмет анализе је било више од 200 интернет сајтова министарстава, агенција, регионалних и локалних органа управе, болница и здравствених центара, јавних библиотека, универзитета, полицијских станица, компанија које се баве осигурањем. Дефинисана су четири основна индикатора на основу којих је оцењивана електронска управа у Србији: софистицираност, потпуна доступност, оријентисаност ка кориснику и национални портал.

Тренутно, ниједан од 20 јавних сервиса у Србији није потпуно доступан online, док су само два на граници да то буду, при чему јавни сервис у Србији немају особину оријентисаности ка кориснику. У Србији не постоји национални портал, јер постојећи не испуњава неопходне услове. Електронски сервис јавне управе крећу се између једносмерне и двосмерне комуникације, а постављање нових садржаја на интернет сајтове и улагање већих напора у развој апликација у јавној управи значајно би повећало оцену њихове софистицираности.

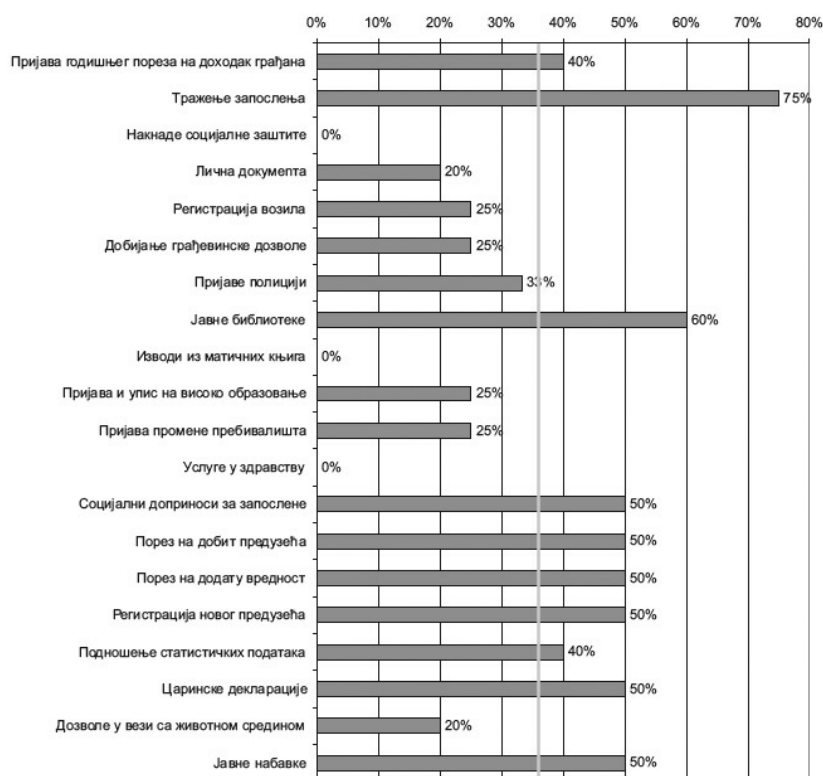
4.1. Резултати за софистицираност јавних сервиса

Република Србија је достигла ниво софистицираности јавних сервиса од 34.4%, што се према лествици софистицираности може сматрати нивоом на прелазу између једносмерне и двосмерне интеракције.

⁶ Према извештају о употреби информационих технологија које су 2005. године саставиле Уједињене нације, Србија заузима 40. место на листи 42. европске земље и 156. место од 179 земаља чланица Уједињених нација. Извештај је апеловао да се у Србији уложи више средстава у пружање услуга посредством Интернета. Али, чак и да се понуди више административних услуга посредством Интернета, мало људи би могло да их користи, јер је забележено да је током 2006. године 13% грађана Србије имало приступ Интернету, што је много мање од европског просека од 43%.

⁷ Студију је израдио професор Леонид Стоименов са сарадницима са Електронског факултета у Нишу.

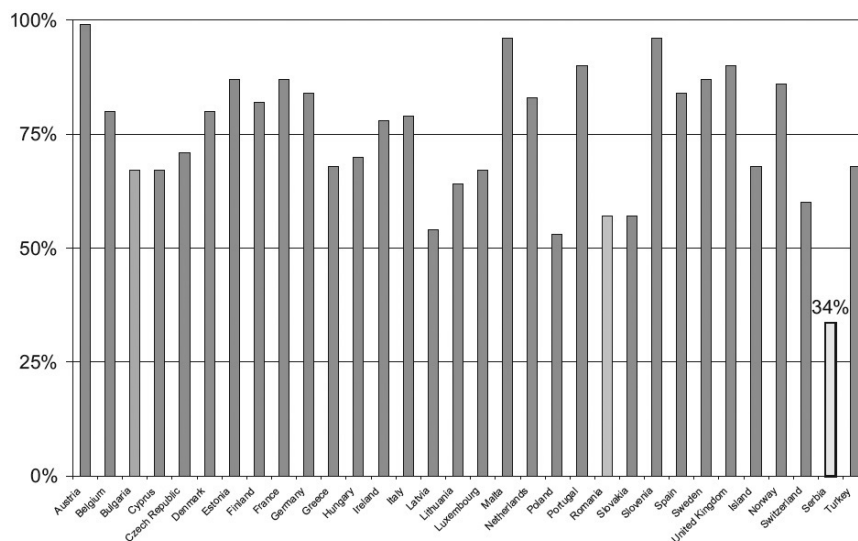
Највећу софистицираност остварили су сервиси тражење запослења (75%) и јавне библиотеке (60%), док најнижу софистицираност (0%) имају сервиси накнаде социјалне заштите, услуге у здравству и добијање извода из матичних књига (слика 2).



Слика 2. Појединачни резултати оцена софистицираности за сваки од 20 истражених јавних сервиса⁸

У односу на групу земаља ЕУ где се оцена софистицираности креће између 55% и 97%, Република Србија има најнижу оцену софистицираности. Значајно заостајемо чак и за најмлађим чланицама ЕУ, Румунијом и Бугарском (слика 3).

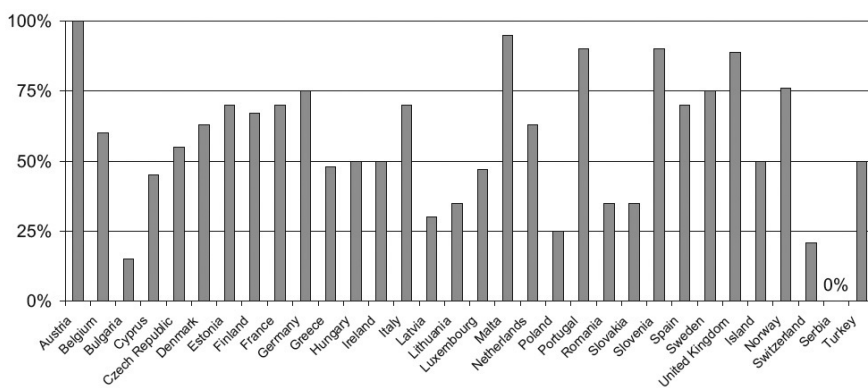
⁸ У овом раду слике су коришћене из студије "Процена стања е-управе у Србији базирана на евалуацији имплементације 20 заједничких основних јавних сервиса" (стр. 8, 10, 14, 16).



Слика 3. Софистицираност сервиса - поређење Србије са земљама Европске Уније, Исландом, Турском, Норвешком и Швајцарском

4.2. Потпуна online доступност сервиса

Потпуна online доступност се оцењује на основу тога колико је сервиса потпуно расположиво на Интернету у односу на укупан број сервиса. За Србију овај индикатор износи 0%, јер ниједан од двадесет основних јавних сервиса није потпуно расположив на Интернету. Овај резултат чини значајан заостатак у односу на групу земаља ЕУ, где је просечна вредност овог индикатора 58% (слика 4).



Слика 4. Потпуна online доступност - поређење вредности за Србију са ЕУ (27+)

4.3. Резултати за оријентисаност јавних сервиса ка кориснику

Индикатор Оријентисаност ка кориснику уведен је 2007. године као додатни индикатор стања е-управе. У Студији су наведени резултати истраживања по подиндикаторима, на основу којих се врши оцењивање:

1. нити један Web сајт у Србији нема систем аутентификације корисника;
2. не постоји интелигентно коришћење и пренос података на основу аутентификације корисника;
3. приступ сервисима је за сада могућ обично преко персоналног рачунара. Постоје call центри код појединих носилаца јавних сервиса, али они нису везани за било који информациони систем или back-office апликацију који су део јавног сервиса који се оцењује;
4. не постоји прилагођавање приказа Web странице за особе са посебним потребама (повећање или смањење величине слова, објашњење слика ...).

Поводом оцене непостојања аутентификације корисника, важно је напоменути да сајтови појединих надлежних органа поседују механизам регистрације корисника (нпр. Национална служба за запошљавање), али се ти механизми у овом смислу не могу сматрати аутентификацијом која правно обавезује корисника.

На основу свега наведеног може се закључити да сервиси у Србији немају особину оријентисаности ка кориснику.

Стање у земљама ЕУ по овом индикатору је на врло ниском нивоу. Група земаља ЕУ има просечну вредност од 20% за овај индикатор, а велики број има оцену 0.

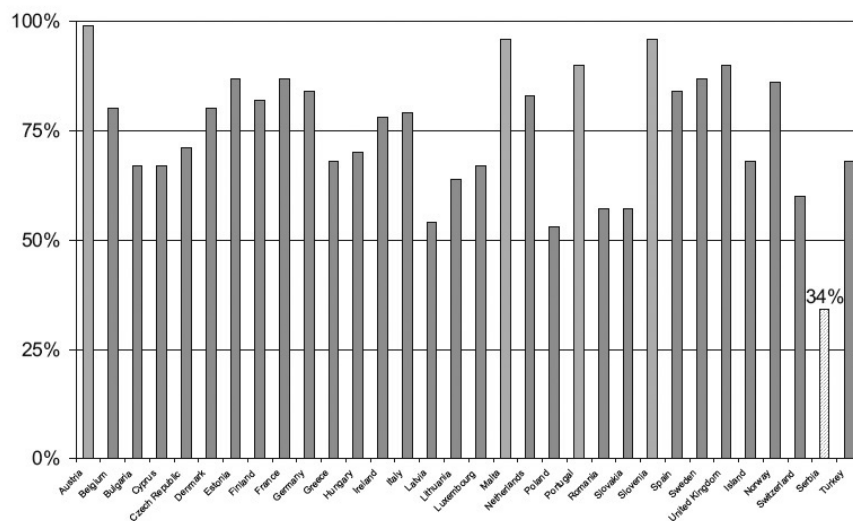
4.4. Резултати за национални портал

У Србији не постоји Национални портал е-управе. Постоји интернет страница е-управе на адреси www.euprava.gov.yu, која нуди корисне информације о свим јавним сервисима, али се не може окарактерисати као портал нити оцењивати према критеријумима за портал.

Web сајт е-управе, иако се не може класификовати као национални портал е-управе, доприноси оцени стања е-управе у Србији, јер нуди релевантне информације о сервисима и у случајевима кад надлежни орган нема информација. Тако је, захваљујући информацијама, на овој Интернет страници повећана оцена сервиса Добијање грађевинских дозвола и Пријаве полицији.

5. Могућности даљег развоја е-управе у Србији

Степен развијености земаља у погледу стања е-управе није у директној зависности од економске моћи или величине земље, већ у највећој мери зависи од степена прихватања е-управе као националног приоритета. Иако међу водећим земљама, у погледу оцене софистицираности, има и „стarih“, изузетно развијених чланица ЕУ, као што је Велика Британија, примат, углавном, држе земље средње или мале величине, са централизованом структуром управе: Аустрија, Малта, Словенија и Португалија (слика 5). Ове земље су, осим доброг резултата, забележиле и значајно брз темпо развоја е-управе. На пример, Малта је за годину и по у току прве две године свог чланства у ЕУ, између две анализе – октобра 2004. и априла 2006. забележила повећање укупне оцене софистицираности за 25%, што ју је са 16. довело на 2. место у групи земаља ЕУ (27+). У истом периоду, индикатор потпуне доступности је на Малти порастао чак за 35%.⁹ Естонија је у истом периоду забележила пораст софистицираности за 22% и скок са 8. на 3. место. Карактеристично за обе земље је да је постојало снажно политичко спонзорство пројеката е-управе.



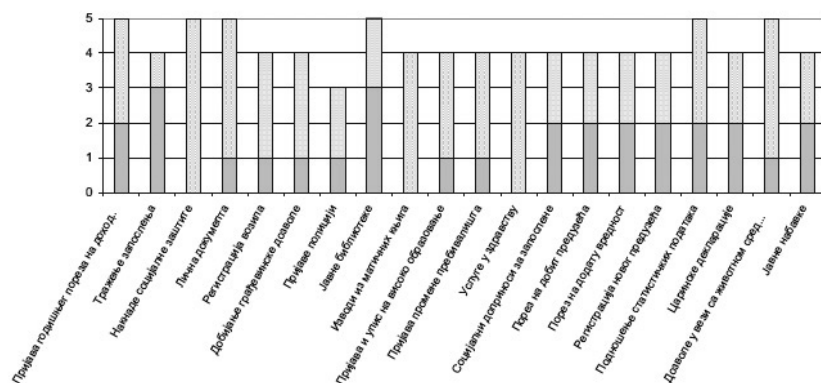
Слика 5. Укупна оцена софистицираности земаља ЕУ 27+ и Србије

Иако Србија заостаје за већим делом Европе у употреби технологија које поједностављују административне процедуре и поспешују рад

⁹ Online Availability of Public Services: How Is Europe Progressing?, Web Based Survey on Elektronik Public Services Report of the 6th Measurement June 2006.

државне управе, промене се, ипак, дешавају. Позитиван пример представља општина Инђија која се прочула због примене напредних технологија у земљи која се још увек „бори са бунтовима папира и шалтерским редовима“.¹⁰

Даљи развој е-управе у Србији условљен је многим чиниоцима, међу којима су најзначајнији организациони, технички, али и регулативни. Посматрајући тренутне нивое софистицираности 20 основних јавних сервиса у Србији у односу на максималне нивое за сваки сервис (слика 6), може се уочити да је, уз два изузетка, максимална оцена 2. Ниво 3 је за већину сервиса дефинисан као могућност слања попуњених форми од стране корисника путем Интернета. Обзиром да послате форме морају бити правно обавезујуће за корисника, овај ниво услуге је немогуће остварити без постојања аутентификације. Практично су ниво 3 достигла једина два сервиса код којих је ниво 3 дефинисан тако да не захтева аутентификацију – Тражење запослења (ниво 3 је претраживање базе послова) и Јавне библиотеке (ниво 3 је претраживање библиотечких каталога). Осталим сервисима напредовање до нивоа 3 условљава постојање система електронског потписа.



Слика 6. Тренутни нивои софистицираности сервиса у Србији у поређењу са максималним нивоима по сервисима

¹⁰ Административне услуге инђијске локалне самоуправе доступне су на званичном web порталу Општине Инђија. Тзв. „Систем 48“ омогућава предузетницима и грађанима да добију потребну документацију посредством Интернета у року од 48 сати. „Систем 48“ се темељи на Програму које су власти у Балтимору у САД користиле да информишу своје службе о активностима локалне полиције. Инђија није једина у Србији која настоји да искористи информационе технологије како би поправила ефикасност јавне управе. Општина Ваљево је објавила контакт информације за више од 350 службеника, податке о доступном грађевинском земљишту, локалне законе и регулативе.

Нижи нивои софистицираности, ниво информације (1) и ниво преузимања образаца (2) се могу постићи врло једноставно, постављањем нових информативних садржаја и недостајућих образаца на интернет странице надлежних органа. При постављању информација требало би имати у виду релевантност информација за одређени сервис зато што нерелевантне информације не повећавају оцену, без обзира на њихов обим. Могућност образаца за преузимање је у појединим случајевима ограничено регулативом и постојањем прописаних, заштићених образаца – обрасци су заштићени и забрањено је прештампавање, или поседују водени жиг, серијски број (у виду бар кода или декадне ознаке) и друге механизме који онемогућавају штампање образаца од стране корисника. У овим случајевима је за напредовање софистицираности до нивоа 2 неопходна промена регулативе и „ослобађање“ образаца од ограничења штампања.

Нивои софистицираности 3 и виши, као и остали индикатори, поред постојања система аутентификације, захтевају и озбиљније организационе и технолошке напоре за своје достизање. Пре свега, неопходна је имплементација back-office апликација које ће обезбедити сервисе за кориснике, као и реализација регистара, интеграција информација из база података и интероперабилност апликација које нуде сервисе. При овој се трошкови и проблеми интероперабилности значајно могу смањити уколико озбиљнијем развоју, пре свега децентрализованих сервиса (нпр. изводи из матичних књига, лична документа, регистрација возила и сл.) буде претходила стандардизација, или, уколико системи чак буду централизовано развијани, без обзира на своју дистрибутивну природу и евентуалну децентрализовану имплементацију.

6. Закључак

Реформа и модернизација државне управе, заснована на широкој употреби информационо-комуникационе технологије (ИКТ), представља један од кључних елемената свеукупне транзиције Републике Србије у модерно информационо друштво. ИКТ има огромне могућности у погледу модернизације државне управе и побољшања услуга које она пружа јавности. Увођење савремених информационих система повећава квалитет услуга и побољшава ефикасност, транспарентност, одговорност и ефективност рада управе. Модерна телекомуникациона инфраструктура омогућава да информације несметано теку између органа управе и може грађанима и привреди да пружи бољи приступ услугама, и то уз мање трошкове.

Од 2004. године Република Србија је значајно напредовала у погледу пружања основних јавних сервиса грађанима и правним лицима преко Интернета. Према просечном нивоу софистицираности јавних сервиса,

Србија је на нивоу једносмерне комуникације, односно могућности преузимања образаца за започињање процедуре добијања услуга сервиса. У погледу софистицираности сервиса намењених само правним лицима, просечни ниво је ближи двосмерној комуникацији, могућности слања попуњених образаца путем Интернета.

Овај степен могућности коришћења Интернета за остваривање услуга јавних сервиса, међутим, и даље је испод нивоа земаља Европске уније. Такође, е-управа ни у једном сегменту није достигла ниво на коме може потпуно да замени непосредну или писану интеракцију државних органа и грађана. Следећи примере појединих малих европских земаља, закључак је да је снажнији развој на пољу е-управе у Србији могућ уз централизовану политичку подршку државе будућим програмима развоја е-управе.

*M.Sc. Zoran Jovanovic,
an assistant*

E-ADMINISTRATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

The theme of this work is the analysis of the current status of electronic administration in the Republic of Serbia. New communication technologies, new media and the Internet have brought new aspects and changes in our everyday life and work. To what extent we are going to accept them will determine our prosperity, work, economic system and the quality of life. The process of establishing electronic system of state administration is the constituent part of the state administration reform which is defined in "The Strategy of the State Administration Reform in the Republic of Serbia" adopted in October 2004 and "Strategies of the Development of Information Society" adopted in October 2006. A study entitled "Assessment of the status of e-administration in the Republic of Serbia" was based on the evaluation of the implementation of 20 basic common public services. The Study analyzes four major indicators on the basis of which e-administration was evaluated: sophistication, full availability, orientation towards users, and national portal. This is the first study describing the status of e-administration in Serbia that was officially conducted by a state organ. Independent global studies of this kind could significantly contribute to development of e-administration or other society segments.

*Др Радоје Брковић,
редовни професор*

UDK: 341.2:349.2(497.11)

ДОСТОЈАНСТВО НА РАДУ У ЛЕГИСЛАТИВИ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ РАДНО-ПРАВНИ СТАНДАРДИ

Људска права и слободе могу се разврставати на основу различитих критеријума. У правној теорији о људским правима најчешћа је класификација¹ према критеријуму који се односи на остваривање циљева тих права, односно сфере активности физичког лица у одређеном друштву. С обзиром на овај критеријум, људска права делимо на: грађанска, политичка, економска, социјална и културна права.²

Људско достојанство (*huma dignity, dignite humaine*) је појам чија се садржина тешко одређује.³ Скоро сви универзални и европски стандарди⁴ садрже одредбе о људском достојанству.

Општом декларацијом о људским правима из 1949. године у члану 1. прописано је да се сви људи рађају слободно и са једнаким достојанством и правима.

Људско достојанство је премиса уставне државе, темељ демократије и апсолутна вредност коју поседује сваки човек на једнак начин.⁵

Устав Србије из 2006. године, у оквиру људских права и слобода прописује: да је људско достојанство неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите⁶, затим неповредивост физичког и психичког интегритета⁷ као и да свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду⁸.

¹ М. Пауновић (2002): Основи људских права, Београд, стр. 16

² Ова класификација људских права проистиче и из: Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима

³ Да би одредили садржину овог појма неопходно је поћи од историјског осврта, пре свега од просветитељства (нарочито Канта).

⁴ Занимљиво је истаћи да Европска конвенција о људским правима не садржи појам људског достојанства „чак ни у преамбули“ – више: Jens Mayer-Ladewig (2004): Људско достојанство и Европска конвенција о људским правима, Правни живот, бр. 1-2, Београд, стр. 141

⁵ Ор. Cit., стр. 143

⁶ Члан 23 став 1

⁷ Члан 25 став 1

⁸ Члан 60 став 4

Када се ради о Општој декларацији о правима човека, она је економско-социјалним правима посветила неколико чланова.⁹ Ради се о класичним правима: право на рад, слободан избор запослења, право на правичне и задовољавајуће услове рада, право на једнаку плату за једнаки рад, право на праведну и задовољавајућу накнаду за рад, разумно ограничење радног времена, право на социјално осигурање, право на животни стандард који обезбеђује здравље и благостање и др.

С обзиром, да Декларација не подлеже ратификацији, њен значај је релативан.

Међународни Пакт о економским, социјалним и културним правима¹⁰ је изузетно важан, јер садржи читав корпус економских, социјалних и културних права која произилазе из достојанства као уставног начела и које је неодојиво од радникове личности.

Филаделфијска декларација¹¹ представља значајан акт који се односи на сврху и циљеве Међународне организације рада, јер садржи у преамбули четири принципа који спречавају дискриминацију у запошљавању и на раду у стварање претпоставки за поштовање достојанства на раду.

Декларација МОР-а о основним принципима и правима на раду из 1998. године уз преамбулу садржи и пет чланова који се односе на основна права, а међу којима је и елиминација дискриминације у погледу запошљавања и занимања.¹²

Од европских стандарда за поштовање достојанства на раду, а посебно за заштиту од дискриминације значајни су следећи акти: Европска социјална повеља (измењена) из 1996. године¹³, Повеља о основним правима у Европској Унији из Нице 2000. године¹⁴, при чему је посебно значајна прва глава која се односи на достојанство.

С обзиром да је у Србији од 2001. године у примени нови систем радно-правне легислативе, истичемо да је реформа система радних односа доста поодмакла. Но, у пракси су показане многе слабости. У наредним излагањима задржаћемо се на забрани дискриминације и на психичком узнемиравању

⁹ Члан 22-27

¹⁰ Усвојен је у Уједињеним Нацијама 1966. године; Југославија га је ратификовала 1971. године („Службени лист СФРЈ“, бр. 7/71)

¹¹ А. Николић (1985): Међународно радно право, Београд, стр. 35-38

¹² Више: Н. Kellerson (1998): The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future, International Labour Review, 137,2, стр. 224-225

¹³ Чланством у Савету Европе Србија је преузела обавезу да изврши ратификацију, с обзиром да је државна заједница Србија и Црна Гора исту потписала. Више: Б. Кривокапић (2002), Европска социјална повеља, Београд, стр. 54-86

¹⁴ О хармонизацији домаћег законодавства са правом Европске Уније видети: М. Динкић и Љ. Ковачевић (2004), Социјална политика, Београд, стр. 7-23

(MOBING), јер сматрамо да ова питања заслужују посебну анализу, јер нам свакодневна пракса, не само у Србији, даје за право да констатујемо да достојанство на раду и поред бројних наведених универзалних и регионалних радно-правних стандарда трпи бројна ограничења при чему велике недоумице, како у правној теорији, тако и у судској пракси постоје поводом утврђивања садржине појма „пристојан посао“.

У правној литератури, под дискриминацијом се подразумева однос који се заснива на укидању или ограничавању принципа равноправности и једнакости у стицању, коришћењу и уживању права и слобода човека, односно грађанина¹⁵. Дискриминација увек представља кршење људских права. У људској цивилизацији увек се појављивало више различитих облика међуљудског разликовања. Тако нпр. дуго се веровало да жена има ограничену улогу у друштву, која се своди на чување деце и бригу о кући, а не на заснивање радног односа.

У робовласничком периоду је постојање две класе, господара и робова, било природно и једино прихватљиво решење чак и за оне који су се сматрали највећим умовима тог доба.

Преласком у феудализам, друштво се није битније променило. И даље постоје две класе које су веома одвојене. Средњи век је најбољи показатељ супериорне владавине тадашњих феудалаца. Било је незамисливо да кмет тражи да буде равноправан са феудалцем.

У капитализму су се власници робова у јужним државама руководили истом доктрином. Често би говорили да је владавина белих људи над црнима природна и да су црни људи обележени да буду робови. Неки су ишли толико далеко да су говорили да је слобода радника неприродно стање ствари. Међутим, у периоду капитализма почиње борба за људска права и слободе, посебно за време тзв. просвећености или рационализма. Истакнути заговорници просвећености су сматрали да су људи рођени слободни и једнаки, а да све неједнакости узрокује неадекватно образовање и лоше окружење. На жалост, ове идеје су имале само мали утицај на побољшање правног и политичког статуса жена које су биле у подређеном положају, јер се сматрало да се концепти о слободама односе само на мушкарце.

Појавом социјализма није се променило пуно, сем што се у жељи да се створи друштво једнаких отишло предалеко и створено је друштво истомишљеника у коме су људи изгубили део своје личности. Идеја о томе да су људи једнаки показала се као нереална, па често можемо да се запитамо да ли је свако од нас помало дискриминатор и које је то неприродно стање ствари - дискриминација или толеранција.

¹⁵ Б. Шундерић (2001): Право Међународне организације рада, Београд, стр. 179-182.

У запошљавању, дискриминација представља облик ограничења права на рад¹⁶.

Забрана дискриминације је модерна тековина, утврђена је, као што смо истакли у Декларацији о правима човека и грађанина (првим чланом гарантује се начело слободе свих људи и њихова једнакост у правима). Концепт “једнаке заштите” почео је, у Европи и Америци, да се примењује крајем педесетих и средином шездесетих година XX века. Дискриминација је посматрана као економска штета због лошијег положаја припадника мањинских група у односу на припаднике већинске групе који су исто ситуирани. Стога, предложено је да исти стандарди при запошљавању важе за све послодавце и запослене, без намере да се показују дискриминационе претензије.

Дискриминација је и правна категорија. Она је присутна у свим великим правним системима и тешко је наћи државу у којој не постоји неки појавни облик којим се угрожава начело једнакости, шанси и поступања. У овом раду навешћемо најчешће правне механизме које користи свака држава понаособ да би ограничила и сузила поље примене дискриминације. У наредним излагањима бавићемо се правним аспектом дискриминације, конкретније забраном дискриминације. Устав Србије из 2006. године у другом делу који се односи на људска и мањинска права и слободе (у оквиру основних начела) регулише забрану дискриминације (чл. 21). Ово је велики напредак уставотворца у односу на раније уставе. Ово основно начело је одлика савремене државе. Овим начелом се гарантује једнакост свих грађана пред уставом и законом – сви уживају једнаку законску заштиту, без обзира на своја лична и професионална својства. Забрањена је свака дискриминација, посредна или непосредна, по било ком основу. Осим тога, Устав познаје и позитивну дискриминацију. Ово основно начело устава Србије је у свему у складу са највишим међународним и европским стандардима који се односе на људска права и слободе.

У Европској Унији (уговор о Европској Заједници – чл. 1. и чл. 12), као што смо истакли, експлицитно се забрањује дискриминација по било ком основу, без обзира на држављанство, а што произилази из општег принципа једнакости, за кога се тврди да је један од основних принципа комунитарног права.¹⁷

Међутим овде могу настати одређени проблеми, пре свега из разлога што се правни инструменти из једне области права могу показати тешко примењивим у другим областима права која се сусрећу са другачијим проблемима. Из наведеног разлога анти-дискриминациони принцип треба научно фокусирати у следеће три најрепрезентативније области у:

¹⁶ Р. Брковић (1998): Дискриминација у запошљавању, *Радно и социјално право*, Београд, бр. 7-9

¹⁷ O. Kahn-Freund (1974): *On Uses and Misuses of Comparative Law*; Kluwer, стр. 228

а) правну анализу легалности економске политике Заједнице (има посебну важност, јер су у тој области судови примарно развили принцип једнаког третмана у општи принцип закона који обавезује институције Заједнице, посебно у њиховој законодавној функцији);

б) дискриминациони закон Заједнице у односу на полове (показује принцип једнакости на плану позитивне интеграције, обавезивања приватних појединаца и фирми у Европској заједници) и на крају

в) принцип забране дискриминације на основу држављанства (то је суштински елемент у уклањању препрека између држава чланица и због тога представља централни аспект негативне интеграције).

Општи принципи у праву Европске Уније су правна правила која обавезују њене институције, при чему је начело једнакости изузетно важно опште правно начело. Многе европске земље, и међу њима све државе чланице Европске Уније, уставом признају принцип једнакости, што је као што смо истакли предвидео и Устав Србије.

Поред домаћег законодавства, забрана дискриминације је регулисана и међународним актима, при чему је присутна тенденција да се како већ одомаћени облици дискриминације тако и нови регулишу посебним законима. И на универзалном плану присутна је наведена тенденција, јер се настоји да се обезбеде што повољнији услови рада на глобалном нивоу.

Од међународних аката значајни су: Повеља Уједињених Нација, Универзална Декларација о правима човека из 1948 године, Пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966 године и Конвенције и препоруке МОР-а.

Дискриминацију у запошљавању најпотпуније је регулисала МОР¹⁸, усвајајући конвенцију и препоруку 111, које се односе на дискриминацију.¹⁹ Према овој Конвенцији, под дискриминацијом у запошљавању и занимању подразумева се: свако прављење разлике, искључење или давање првенства заснованог на раси, боји, полу, вери, политичком мишљењу, националном или социјалном пореклу, који иду за тим да униште или једнакост могућности или поступања у погледу запошљавања или занимања; б) свако друго прављење разлике, искључење или давање првенства, које иде за тим а уништи или наруши једнакост могућности поступања у погледу запошљавања или занимања, а које ће моћи поименице да назначи заинтересована држава чланица након консултовања представничких организација послодаваца и радника, ако оне постоје, и других одговарајућих органа (члан 1. став 1).

С друге стране, прављење разлика, искључење или давање првенства, који се заснивају на траженим квалификацијама за неко одређено запослење не сматрају се дискриминацијом (члан 1. став 2) .

¹⁸ Р. Брковић, *op.cit.*, стр. 54

¹⁹ Бивша Југославија ратификовала је ову конвенцију 1961. године

Члан 2. Конвенције предвиђа обавезу сваке државе чланице да формулише и спроводи националну политику која тежи да унапреди, методама прилагођеним националним условима и обичајима, једнакост могућности и третмана у погледу запошљавања и занимања, а у циљу отклањања сваке дискриминације у том погледу.

Под дискриминацијом се не подразумевају мере према неком лицу за које се оправдано сумња да спроводи делатност штетну по сигурност државе, или за које се установи да се уистину одаје овој активности, уколико поменуто лице има права да прибегне неком надлежном органу установљеном према националној пракси (члан 4).

Под дискриминацијом неће се сматрати ни посебне мере заштите или помоћи, ако су предвиђене другим конвенцијама или препорукама, које је усвојила Међународна организација рада.

Свака држава чланица може, после консултовања представничких организација послодаваца и радника, ако оне уопште постоје, дефинисати као недискриминаторске све остале посебне мере којима се води рачуна о посебним потребама лица за које је заштита или нека посебна помоћ призната као потребна због пола, година, инвалидности, породичних обавеза или социјалног и културног нивоа. (члан 5).

Држава чланица, која ратификује ову конвенцију, обавезује се да ће је примењивати на своје неметрополске територије, а ратификације ове конвенције биће достављене генералном директору Међународног бироа рада који ће их регистровати (члан 7).

После 10 година, свака држава чланица која буде ратификовала ову конвенцију може да је откаже (члан 9). Право на отказ може се користити само годину дана по истеку рока од 10 година. Ово произилази из чињенице да је ова конвенција усвојена после 1928. – година од које важи други правни режим за отказ ратификованих конвенција. По неким теоретичарима радног права, такав правни режим отказа конвенција је прогресиван, јер учвршћује поље деловања Конвенције на дужи рок, а што има за последицу адекватнија заштита како лица која траже посао, тако и запослени.²⁰

У Европској Унији донето је више директива које се односе на забрану дискриминације (Директива 76/207/ЕЕЗ о равноправном третману мушкараца и жена у вези са приступом запошљавању²¹, стручном образовању и напредовању, као условима рада, са допуном из 2002. године, Директива 2000/43/ЕЗ о примени принципа равноправног третмана лица без обзира на расно или етничко порекло и Директива 2000/78 ЕЗ којом се утврђује општи оквир за равноправан третман у запошљавању и избору занимања).

²⁰ Н. Тинтић (1969): Радно и социјално право, радни односи I и II, Загреб, стр. 206

²¹ G. Pitt (2000): Employment Law, Лондон, стр. 28

У правној литератури истиче се да је Европски суд правде дао највећи допринос у гарантовању остваривања начела комунитарног радног права – забрана дискриминације.²²

У наредном тексту видећемо како је забрана дискриминације регулисана у српској радноправној легислативи.

Дискриминација је забрањена код запослења и код трајања радног односа. У Србији је први пут уведена Законом о раду (свега један члан – члан 12) из 2001. године. Убрзо се видело да овај институт заслужује већи правни респект, а што је и учињено Законом о раду из 2005. године (шест чланова – од 18. до 23). Колики значај научна и стручна јавност придаје овом институту показује и остварена намера, тј. њено место је у основним одредбама – што је у складу са општим тенденцијама у развијеним државама и са највишим радноправним стандардима који су утврђени у наведеним универзалним и европским, односно комунитарним изворима радног права. Наведено опредељење српског законодавца доследно је спроведено Уставом Србије из 2006. године, а о чему смо већ писали.

Забрана дискриминације у запошљавању је у комплементарном односу са забраном дискриминације у радном односу. Дискриминација може да се односи на: услове за запошљавање, напредовању у послу, приступ стручном оспособљавању, доквалификацији и преквалификацији, услове запослења и рада и права из радног односа и у вези с радним односом, укључујући једнакост плата, отказ уговора о раду, права чланова и деловање у удружењима радника или у другој професионалној организацији.²³

Не желећи да улазимо у појединости законских решења, наводим да Закон о раду Србије предвиђа забрану непосредне и посредне дискриминације, како незапослених тако и запослених, затим позитивну дискриминацију и на крају забрану сексуалног узнемиравања. Оно што је добро јесте да законодавац, сходно Уставу, гарантује правну заштиту, како грађана који траже посао, тако и запослених ако су жртве дискриминације. Та лица могу тужбом покренути поступак пред надлежним судом и тражити да им се накнади штета која је проузрокована дискриминаторским поступцима. Но, сматрам да треба предвидети и алтернативне методе за решавање правних спорова који настају непоштовањем забране дискриминације.

Судска пракса је оскудна када је реч о Србији, али су зато бројни спорови из упоредног права, а које ћемо у прилогу навести.

Одређени проблеми могу да настану и због погрешног тумачења прописа, па ћемо као пример навести спор који је, као и први пример, заснован на дискриминацији на основу религије:

²² Б. Лубарда (2004): Европско радно право, Подгорица, стр. 221

²³ Ж. Мирјанић (2004): Радни односи, Бања Лука, стр. 58-60

KARNEL SINGH BHINDER vs. CANADA

Предмет је пошлекао из представке број 208/86 коју је упутио Ђ. Карнел Сини Биндер.

Пре отпочињања расправе, Комисија је закључио да су се стekli услови да се представка проласи прихваћивом.

Подносилац представке је тврдио да у постојећу његовој незаконитој отпочињања са посла, повређен чл. 18. Међународној пакта о грађанским и политичким правима.

Чињенице (околности случаја):

Подносилац представке је био запослен код Канадске националне железничке компаније (ЦНР), као електричар на одржавању у ранжирној станици у Торонту.

После његовој запослења, Компанија је донела уредбу по којој се на ранжирној станици у Торонту од свих запослених захтева да носе сигурносну опрему за главу (шлем).

Пошто је основно начело религије Сика да мушкарци на глави могу носити искључиво турбан, подносилац представке је одбио да се придржава прописана везаних за ношење шлема. Такође је одбио премештај на друго радно место.

Послодавац је своја у децембру 1978. године, раскинуо са њим закључени уговор о раду.

Прејходни постојао:

Подносилац је уложио жалбу Канадској комисији за људска права, тврдећи да је Компанија пројави њега вршила дискриминацију на основу његове религије. Суд за људска права именован сајасно Канадском закону о људским правима усвојио је жалбу подносиоца са констатацијом да «политика запошљавања може бити дискриминаторна према одредбама Канадској закона о људским правима, чак и ако послодавац нема намеру да било која дискриминира». У одлуци се даље наводи да «одбрана бонафиде професионалној захтева у канадском Закону о људским правима имплицитно садржи захтев да послодавци изађу у сусрет религиозним уверењима својих запослених иако да им то не изазове неопходне потешкоће.» У односу на повећан ризик од повређивања радника и обавезу компаније да повређеним радницима плаћа надокнаду, суд је утврдио да «и додате ризике треба смањити саставним делом радној односа и да треба да их поднесе послодавац».

Компанија се жалила Савезном апелационом суду који је поништио одлуку Суда за људска права уз образложење да «Канадска повеља о људским правима забрањује само непосредну и намерну дискриминацију и да не обухвата појам разумној излагања у сусрет?»

Врховни суд Канаде је одбацио жалбу Ђ. Карнел Сини Биндера у одлуци којом је као неопходно утврђено да канадски Закон о људским правима забрањује непосредну, али и ненамерну или посредну дискриминацију. Даље закључује да је политика Компаније у конкретном случају разумна и заснована на разлозима безбедности, те представља професионални захтев који се поставља свим радницима на истим или сличним радним местима.

Последица пред Комисијом:

Подносилац представке је тврдио да је његово право да испољава своја верска уверења на основу чл. 18. Међународног пакта о грађанским и политичким правима ограничено спровођењем процеса о ношењу шлема. Посебно истиче да дајо ограничење није било неопходно у циљу заштите јавне, или безбедности других лица, још се сваки безбедносни ризик који је произишао из његовог одбијања да носи шлем, био везан само за њега.

Држава је тврдила да захтев представљен зајосленима да ириком обављања дужности носе шлем, представља «неутрални правни захтев, намењен из легитимних разлога и примењиван на све чланове односно групе, не циљајући ни на једну верску групу, и као такав не може кришити право дефинисано чл. 18. Пакта. Овај процес не намеће држави дужности «разумног излагања у сусрет», зато што појам слободе вероисповести обухвата слободу од мешања државе али не и позитивну обавезу државе да обезбеђује посебну помоћ и прави изузетке за чланове верских група који би им омогућили да изражавају своју религију. Процес о ношењу шлема који представља разуман и објективан критеријум подносилац представке је могао избећи променом радног места.

Одлука:

Примењујући критеријуме који су утврђени у пракси Комисије, «закон који захтева да радници на федералним радним местима буду заштићени од повреда и електричног удара иако што ће носити шлем, треба сматрати као разуман и са објективном сврхом Која је сјојива са Пактом», а у светлу пречених чињеница, не може се сматрати да је дошло до криења било које одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима.²⁴

У овом примеру је приказано да је подносилац тужбе погрешно протумачио прописе и да је захтев компаније у којој је радио био оправдан и не дискриминаторски, јер се радило о прописима који су везани за заштиту на раду.

Такође су бројни примери дискриминације који се односе на узнемиравање на послу, односно сексуално узнемиравање, о чему ћемо такође нешто рећи.

Забрана сексуалног узнемиравања представља дискриминаторски разлог. У правној теорији и пракси постоје бројни неспоразуми о правној природи овог облика дискриминације. Најраспрострањеније је схватање да је овај основ дискриминације најближи дискриминацији на основу пола. Не постоји универзални извор међународног радног права који би регулисао сексуално узнемиравање. Конвенције које су донете од стране међународних организација, пре свега МОР-а, недовољно одређују појам овог основа дискриминације. Ревидираном Европском социјалном повељом гарантује се

²⁴ В. Димитријевић и В. Ђерић (1997), Збирка одлука о људским правима I, Београд

заштита достојанства на раду која по нашем мишљењу укључује и заштиту од сексуалног узнемиравања. У Европској Унији сексуално узнемиравање је одређено као непожељно и увредљиво понашање.²⁵ Управо свако нежељено понашање које за последицу има повреду достојанства неког лица, а посебно када се то лице застрашује, понижава представља елементе за утврђивање дискриминације према том лицу. Најчешћи облик којим се угрожава достојанство лица које тражи посао, односно запосленог лица јесте вербално понашање.²⁶

Дискриминација је присутна у разним облицима, а највише је изражена родна неравноправност о којој ћемо изнети нека запажања.

У сектору рада, жене су најчешће жртве дискриминације. У пракси жене се отпуштају због специфично “женских” разлога (трудноћа и материнство). Често се на жене врши притисак да почну са радом и пре истека законског рока заштите и имају потешкоћа да после “беби-паузе” остану и даље запослене под истим условима. У Републици Србији се поред наведених ствари у последњих неколико година јавља још један вид притиска на жене при запошљавању, и то у главном при конкурсима за неко радно место, када им се поставља питање да ли су спремне да потпишу уговор о раду, без обзира што би такав уговор био ништаван, који би садржао клаузулу којом би се обавезале да у следећих неколико година не рађају, тј. не одсуствују са радног места због трудноће. Оно што је јако занимљиво јесте да се ово јавља углавном код страних послодаваца (најчешће се ради о пословним банкама).

Радно правним прописима треба обезбедити једнакост полова при чему се мора водити рачуна и о разликама, о животном циклусу, и репродуктивним задацима жена.

Различити су разлози, а углавном потичу из неких прошлих времена када се сматрало да „жена треба да остане кући и да чува децу и да кува“, који су направили такву стереотипну слику о улогама полова. Оваква слика спречава да се жена опроба у различитим професијама и на различитим позицијама, које традиционално не спадају под женске послове, и да у истима оствари одређене успехе.

У даљем тексту навешћемо типичан пример дискриминације жене која је конкурисала за посао ватрогасца:

SCHMIDT vs. GERMANY 18 EHRR13

Предмет је поштекао из представке број 18 EXPP 13, коју је упутила г-ђа Шмит. Подносилац представке је тврдио да у послови у вези запослења у ватрогасној бригади, повређен чл. 14. Конвенције.

²⁵ A. C. Bell (2003): Employment Law, Лондон, стр. 23

²⁶ European Commission (1998), Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, Sexual harassment in the workplace in the European Union, стр. 20

Чињенице (околности случаја):

Г-ђа Шмиџ се пријавила на конкурс за радно место ватрогасца. Одбијана је. Уставни суд Немачке је размајрао њену жалбу и одбио је, са разлога ишћо је уобичајено да на радним местима ватрогасца раде мушкарци. Ордан који је донео одуку о запослењу, ишћу је ојравдао «објективним разлозима».

Посићуиак:

У сироведеном посићуику Евројски суд је имао задаћак да ишћишћа да ли је онемоћућавање и-ђе Шмиџ да се запосли, ујрозило саму суишћину йрава йрокламованих Конвенцијом.

Пресуда;

У својој йресуди, суд је закључио да је у случају Шмиџ йроћив Немачке, доишло до кришења чл. 14. Конвенције на ишћейћу и-ђе Шмиџ, запо ишћо се йоказало да «жене једнако добро служе у ватрогасној бријади, као и мушкарци, и није било ојравдања за йрекришћј одредби о људским йравима.

Суд је констатовао да су «потребни веома јаки разлози да се оправда разлика и неједнако третирање на основу пола».²⁷

Из наведеног примера се види класична дискриминација кроз констатацију Уставног суда Немачке да се ради о уобичајеном радном месту за мушкарце, без правног утемељења.

Овај вид дискриминације води и до разлике у платама. Јако често се јавља да мушкарац на истој позицији као и жена има већу плату, без обзира на радно искуство и на оспособљеност за рад на одређеној позицији.²⁸ Ово се поготово одражава на високе квалификације, боље образовање и старијем животом добу. Према извештају Еуростата²⁹ из 1997 године разлика у платама према оствареном радном сату изгледала је овако:

	Мушкарац	Жена
Шведска	100%	84%
Француска	100%	73%
Шпанија	100%	73%
Велика Британија	100%	64%

Увидом у табелу стиче се утисак да је потребно да се држава, не само путем закона и прописа, већ и путем социјалне политике, колективних

²⁷ M. Sargeant (2004): Diskrimination Law Edinburg.

²⁸ G. Pitt (2000): Employment Law, Лондон, стр. 34

²⁹ Еуростат, Статистика скраћено (1997): У коликој су мери зараде равномерно расподелење? Становништво и социјални услови, 15 / 97.

преговора и других акција укључи у решавање овог вида дискриминације и доведе до стварног изједначавања између полова при запошљавању и остваривању каријере. Неке од тих акција би могле да се огледају у увођењу система приоритетног запошљавања младих жена путем финансијских подобности, помоћи у планирању професионалне каријере, олакшавањем приступу вишим позицијама и др.

У вези са традиционалним професионалним запостављањем жена, а ради борбе против неједнаког третмана развила се доктрина “позитивних мера”³⁰ коју подржава Комисија Европске Уније. Ове мере треба да отклоне постојеће структурне факторе запостављања и да женама обезбеде приоритетни третман, како би се дошло до стварне једнакости шанси и за мушкарце и за жене. Све те мере би требало, као и испуњавање истих да спроведе држава кроз своје социјалне концепте.

У праву Европске Уније, чланом 141. Уговора из Амстердама, забрањена је дискриминација према полу и прокламован је принцип једнаког плаћања за исти рад³¹.

Искључивање жена из процеса рада се итекако негативно одражава на сам статус жене, њене приходе, па чак и на многе социјалне вредности, као што су морталитет, сиромаштво и неједнакост плата. Све ове чињенице указују на то да је питање дискриминације у запошљавању према полу један врло значајан радно-правни феномен који заслужује посебну пажњу.

У даљем тексту навешћемо мишљење Министарства рада и социјалне политике Републике Србије по овој теми:

„Утврђивање вишка запослених на основу критеријума да запослени имају стечен услов за пензију, односно две године до стицања услова за пензију, самим испуњењем овог критеријума буду проглашени вишком, представља дискриминацију.“ (Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-433/2007-02 од 30. 5. 2007. године)

У свакодневној пракси у Србији постоје значајне разлике поводом примена одредби Закона о раду које се односе на забрану дискриминације (члан 18-23), при чему посебни проблеми настају због различитог тумачења одредби члана 21, а које се односе на забрану разних облика узнемиравања.

Законом о раду Србије забрањена је дискриминација и узнемиравање у односу на околности које су утврђена чланом 20, а с обзиром на разлоге из члана 18.

Између радника и послодавца често настају таква понашања која имају за циљ повреду личног достојанства. Међутим, повреда личног достојанства може бити присутна и код лица која траже посао. У пракси су присутни различити облици злостављања радника, а који утичу на његово здравље, јер редовно за последицу имају стрес, депресију, анксиозност и друге психо-

³⁰ A. C. Bell (2003): Employment Law, Лондон, стр. 33

³¹ <http://www.eu.int>

социјалне промене, а које се на крају свODE на психичко насиље. Различити облици злостављања према раднику и лицима која траже посао итекако утичу на физички и морални интегритет, због чега се у новије време у радном праву све већа пажња посвећује психичком здрављу запослених у новим условима привређивања.³²

Заштита од насиља на раду представља важно питање за све који учествују у примени радно-правних стандарда, јер узнемиравање на раду је један од облика психичког насиља који често обухвата читав низ активности које се систематски припремају и извршавају. Многи психолози рада с правом истичу да ће MOBING представљати велики проблем, како за правну, тако и за медицинску науку.

У правној литератури не постоји опште прихваћена дефиниција појма MOBING³³. Оно око чега се већина правних аутора слаже јесте да MOBING представља злостављање на раду с циљем да се радник изолује или наведе да више не долази на посао.

Психичко узнемиравање на раду представља институт који се од 1976. године појављује у друштвеним наукама. Аутор прве дефиниције психичког узнемиравања је Хајнц Лејман.³⁴ Психичко узнемиравање као појам одредило је неколико држава у свом законодавству, при чему су дефиниције доста широко одређене, што надлежним судовима оставља могућност флексибилности поводом примене законских одредби.

За MOBING се може рећи да представља интердисциплинарни, углавном правни институт. Његова правна природа је врло спорна, јер се он осим законске регулативе може регулисати и аутономним актима, нпр. колективним уговорима, што је значајно за правни систем Немачке, односно кодексима понашања, посебно ако је реч о запосленима у јавним службама, што је нпр. присутно у Ирској и неким скандинавским земљама³⁵.

³² Више: J. Pélissier и други (2002), *Droit du travail*, Париз, стр. 1075

³³ У праву осим овог термина у употреби је и термин булинг (Workplace bullying). Оба термина потичу из енглеског језика, где се MOBING преводи као насртање у маси, а булинг као застрашивање. Данас ови термини у већини држава представљају синонине.

³⁴ Према овом аутору MOBING представља „непријатељску и неетичку комуникацију коју једно или више лица систематски предузима углавном према једном лицу које, због MOBING-а бива доведено у беспомоћан положај у коме не може да се одбрани и у коме се држи путем непрекидних малтретирајућих активности. Слично овом аутору и други су аутори различитих струка покушавали да дају дефиницију MOBING-а која би била опште прихваћена. Међутим, по нама у томе нису до краја успели. Више: <http://www.leymann.se/english/12100e.htm>

³⁵ У Шведској је први пут у Европи донето законодавство којим се уређује забрана психичког узнемиравања на раду (1993. године донета је Ордонанса о злостављању на раду). Више: <http://www.av.se/dokument/inenglish/legislations/>

Када је реч о међународним стандардима, треба истаћи да ревидирана Европска социјална повеља из 1996. године изричито забрањује MOBING. Други, како универзални, тако и регионални међународни радно-правни стандарди на посредан начин уређују психичко узнемиравање на раду. Од међународних организација посебно је значајна активност светске здравствене организације и Међународне организације рада.³⁶

Треба истаћи да у додатку ревидиране Европске социјалне повеље није изричито прописана обавеза доношења посебних закона којима би било забрањено психичко узнемиравање на раду.³⁷

И у Европској Унији, забрана психичког узнемиравања на раду саставни је део права радника на безбедне услове рада којима се обезбеђује здравље, безбедност и достојанство на раду.³⁸ Посебно је значајна директива Савета 89/391/ЕЕЗ која се односи на безбедност и здравље на раду. Према овој директиви психичко узнемиравање забрањује се посредно. Међутим, с обзиром да ова директива примарно регулише заштиту безбедности и физичко здравље радника, у 2006. години предузет је читав низ активности које имају заједнички циљ да се донесе Новела наведене директиве, којом би се доста прецизније регулисао MOBING.

Када се ради о радном законодавству Србије треба истаћи да ни постојећи закони, а ни кодекси понашања не садрже изричите одредбе које би се односиле на MOBING, већ почев од Устава, па преко: Закона о раду, Закона о безбедности и здрављу на раду, Закона о државним службеницима, на посредан начин се регулише дискриминаторско узнемиравање које према нашем мишљењу не обухвата и MOBING.

Анализом постојећих закона, који се односе како на општи режим радних односа тако и на посебне режиме радних односа, може се закључити да су у доброј мери имплементирани са универзалним, европским и комунитарним

[eng9317.pdf](#); законске забране психичког узнемиравања присутне су и у француском (видети Новелу кривичног законика из 2001. године, као и Закон о социјалној модернизацији из 2002. године) и белгијском (Закон о заштити од насиља и психичког или сексуалног узнемиравања на раду из 2002. године) законодавству.

³⁶ Ове организације MOBING регулишу преко прописа који се односе на професионалну безбедност и здравље на раду (конвенција из 1981. године коју је Југославија ратификовала, а чије су одредбе имплементирани у Закон о безбедности и здрављу на раду Србије), преко кодекса понашања и преко Глобалне стратегије (односи се на светску здравствену организацију). Више: http://www.who.int/occupational_health/publications/pwh4e.pdf

³⁷ Видети додатак Европске социјалне повеље, члан 26 став 1

³⁸ Повеља Европске Уније о основним правима – члан 31 тачка 1

радно-правним стандардима. Међутим, у свакодневној пракси итекако су присутни случајеви ограничавања достојанства на раду. Бројни су судски спорови чији је предмет психичко узнемиравање, где у улози носиоца узнемиравања могу да се појаве, како послодавац, тако и запослени. Тешко је наћи радну средину где нема психичког узнемиравања на раду. Оно што представља донекле сатисфакцију јесте чињеница да адресат узнемиравања има право на накнаду штете. Међутим, проблем у судском поступку настаје поводом терета доказивања. Ово је нарочито изражено код олакшаног отпуштања радника као технолошког вишка, јер не постоје поуздани и адекватни критеријуми за отказ уговора о раду. Највећи је проблем што адресат узнемиравања мора да доказује да је над њим извешена психичка тортура и да је иста недопуштена. Стога сматрамо да је неопходно да се заокружи систем реформе радног законодавства Србије где ће се донети закони којима се регулише положај синдиката, Закон о штрајку и локауту, Закон о родној равноправности, и на крају Закон о MOBING-у, којим би требало прецизно регулисати све појавне облике узнемиравања на раду укључујући и MOBING. Такође, мислимо да је добра пракса неких европских држава, нпр. Немачке, Ирске и др. да се аутономним актима, пре свега посебним колективним уговорима и кодексима понашања регулишу разни облици MOBING-а. Ако се једно од предложених решења спроведе у Србији, сматрамо да ће се у великој мери олакшати и рад послодаваца, као и рад органа који су надлежни за заштиту жртава психичког узнемиравања, а што ће у доброј мери утицати и на поштовање достојанства на раду као једног од основних социјалних права.

*Prof. Dr. Radoje Brkovic,
a full-time professor*

DIGNITY AT WORK IN THE REPUBLIC OF SERBIA LEGISLATION AND INTERNATIONAL LABOUR LAW STANDARDS

Analyzing the existing laws regulating both general and specific regimes of labour relations, it can be concluded that they are well implemented and in compliance with universal, Community and European labour law standards. However, it is obvious that in everyday practice there are some cases that point out to the limitation of dignity at work. There have been numerous litigations dealing with mental harassment of both employees and employers. It seems that there is no work environment where this kind of harassment cannot be

encountered. The harassed party can find a partial satisfaction in the fact that he is entitled to the damage compensation. But this raises another problem – burden of proof. It is often difficult to prove that violation occurred, for ex. in cases such as downsizing when a worker has been fired because there is no longer need for his kind of qualifications. There are no reliable and adequate criteria for the termination of the employment contract. The major obstacle is that the injured party must prove that he has been exposed to mental harassment, unjustifiable by law. Therefore, it can be concluded that the Republic of Serbia labour legislation should complete its reform to better regulate the position of unions, right to strike and lock-out, equal right to employment and all forms of harassment at work, including mobbing. Legislators should refer to good practices existing in, for ex. Germany or Ireland which clearly defined the forms of mobbing in their autonomous acts, codes of conduct and collective agreements. Should these measures be introduced to our legislation, it would greatly help both employees and employers to better regulate their relationship, as well as the work of authorities in charge of protecting the victims. This will bring about greater respect of dignity at work as one of major civil and social rights.

Мр Бојан Урдаревић,
асистент-приправник

UDK: 331.109.6

ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ МИРНОГ РЕШАВАЊА РАДНИХ СПОРОВА

У дугогодишњој примени вансудских метода у области радног права, искристалисали су се основни принципи на којима би требало да се заснива решавање радних спорова мирним путем. Ти принципи заједнички су за све мирне методе и потребно је да буду испуњени у сваком конкретном случају уколико се жели квалитетно решење¹. Нека од ових начела установљена су Препоруком Међународне организације рада бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи, из 1951. године (коју Југославија није усвојила).

1. Превенција

Свако рационално друштво тежи да обезбеди социјални мир. Основа успешног неговања социјалног мира је превенција сукоба у области рада. То је и примарни циљ мирног решавања радних спорова, као што се истиче и у Препоруци о добровољном мирењу и арбитражи². У складу са тим принципом, треба тежити да до спора уопште не дође, тј. да конфликтна ситуација не резултира сукобом. Уколико се конфликт ипак јави, треба се концентрисати на тражење таквог решења које ће редуцирати могућност избијања нових спорова у вези са истим питањем. Стога, у току мирног решавања спора мора се радити на отклањању узрока нарушених односа између сукобљених страна и подстицању њиховог међусобног разумевања и уважавања (између осталог, и кроз увођење редовних консултација између запослених и пословодства о свим важнијим питањима).

¹ Лубарда, Б. (1999): Решавање колективних радних спорова, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 65.

² Члан 1. Препоруке, I дела, који носи назив „Добровољно мирење“ гласи: „Морају се основати органи добровољног мирења у складу са условима у појединим државама, а у циљу да допринесу спречавању и уређењу радних спорова насталих између послодаваца и радника.“ Слично мишљење видети и у: Givry, J. (1978): Prevention of Labour Disputes Other Than Conflicts of Rights, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XV-Labour Law, Tubingen, стр.75.

Ради ефикасне превенције радних спорова треба нарочито подстицати превентивну медијацију, која се у пракси састоји из консултација с миритељима, посредницима и арбитрима о проблематичним питањима на месту рада, у периодима када нема радних спорова (овакав вид сарадње нарочито је потребан код компликованијих проблема, када треба да представља континуиран процес).

2. Мешовитост

Услов за еквивалентно репрезентовање интереса социјалних партнера у колегијалним телима, која се баве мирним решавањем радних спорова, јесте да она буду мешовитог (паритетног) састава, тј. да су у њима једнако заступљени радници и послодавци (бипартизам)³. Уколико је нарушена ова равнотежа, оправдано се доводи у сумњу непристрасност споразума (или одлуке).

Ипак, искуство је показало да за изналажење квалитетног решења спора некада није довољно само присуство социјалних партнера у већу, већ и неутралног стручног лица. Зато данас у овој области, важи трипартизам. Бипартитни састав се само изузетно користи, када стране желе да спор буде решен без икаквог спољног утицаја. Један од разлога мање заступљености бипартизма у мирном решавању радних спорова је и то што може да изазове блокаду у одлучивању⁴.

Принцип трипартизма у области мирног решавања радних спорова произлази из чињенице да се мирење, посредовање, утврђивање чињеница и арбитража базирају на интервенцији неутралног лица – уз сарадњу социјалних партнера. Док се паритетношћу у већу постиже равнотежа интереса страна у спору, присуством трећег члана осигурава се потребна неутралност и стручност. Има и ситуација када се, ради веће ефикасности, иде на ужи састав већа (у једноставнијим споровима), па мирење, посредовање или арбитражу обавља само неутрални појединац. С друге стране, у сложенијим и друштвено значајнијим сукобима, веће се проширује и представницима државе, па се тако јавља и четворопартизам.

³ Члан 2. Препоруке о добровољном мирењу и арбитражи гласи: „Сваки добровољни орган мирења успостављен на мешовитој основи, мора се састојати од једнаког броја представника послодаваца и радника.“

⁴ Иначе, бипартизам доминира у раду органа радничке партиципације на месту рада (погонских савета, савета предузећа, професионалних савета, производних одбора, радничких комитета), у оквиру којих се у земљама тржишне привреде обезбеђује учење радника у управљању. О томе видети више: Ракочевић, В. (1990): Систем и облици економске демократије у западноевропским и скандинавским земљама, *Самоуправљање*, Београд, бр. 3, стр. 92.

Док у радним споровима трипартизам има првенствену улогу у превазилажењу сукоба, ван механизма решавања конфликта он бива важно средство превенције. Наиме, трипартизам је узео маха у свим областима у којима је потребна демократска равнотежа интереса између радника и послодаваца, ради успостављања њихових квалитетних односа⁵. Стога се трипартизам као основа функционисања економско-социјалних савета, односно тела која су се у пракси развијених земаља потврдила као најуспешнија форма социјалног дијалога радника и послодаваца и њиховог усклађивања с државом, у вези с најважнијим социјално-економским питањима⁶. У оквиру социјално-економских савета постиже се изградња виши степен разумевања општих и групних интереса, чиме се ублажава ризик, изазван радним споровима. Економско-социјални савети имају и велики утицај на припрему прописа социјалног и радног законодавства, као и на вођење социјалне и економске политике. Није реткост да се у оквиру ових тела закључују и национални споразуми и социјални пактови, који у одређеним периодима служе као допуна радном законодавству и оквир за колективно преговарање, па и за решавање радних спорова⁷.

3. Неутралност и непристрасност

Органи који воде радни спор морају да буду неутрални и непристрасни како би се постигло праведно решење, које ће уважити интересе и могућности обе стране. Ако једна од страна сумња да је

⁵ Трипартизам зато подстиче и МОР. Конвенцијом о трипартитним консултацијама, бр.144, из 1976. године и Препоруком о трипартитним консултацијама, бр.152 из 1976. године.

⁶ О трипартизму видети више у Кулић, Ж. (1999): Трипартизам на прагу трећег миленијума, Службени лист СРЈ, Београд, стр. 19.

⁷ Трипартитни економско-социјални савети јављају се махом у развијеним земљама (нпр. чланицама ЕЕЗ) на свим важнијим економским нивоима, па чак и међународном (нпр. У Европској Унији од 1957. године делује Економско-социјални комитет, сачињен од 222 представника радника, послодаваца и других интересних група из земаља чланица ЕЕЗ, чија се мишљења, препоруке и ставови преносе Министарском савету Уније). Оваква тела су по правилу, трипартитног састава (могу да буду и бипартитна), с тим да у већини случајева трећу страну чине представници власти, а негде су то искључиво неутрални експерти. У овим саветима неких земаља су осим послодаваца и синдиката заступљене и друге социјалне групе (потрошачи, пољопривредници, занатлије, слободне професије и др.). И код нас је 1995. године основано слично, трипартитно тело при Савезној влади - Социјални савет. Видети више: Луковић, С. (1996): Трипартизам у Западној Европи, Основ правне државе, *Синдикалне новине*, бр.3093, стр. 38.

поступак вођен пристрасно, одлаже се налажење трајног решења, а спор се може још више заоштрити или обновити.

Неутралност и непристрасност тела за мирно решавање радних спорова постиже се на два начина: 1) њиховим трипартитним саставом и 2) тиме што се за трећег члана, председника већа, бирају непристрасна и независна стручна лица. Независност (неутралност) значи ослобођеност од спољних притисака и утицаја и способност да им се одупре, а непристрасност – једнак однос према странама у спору, што подразумева да то лице нема неки интерес у вези са спором или према једној од сукобљених страна⁸.

У вези са овим начелом треба тежити и да се представници социјалних партнера у већима за решавање радних спорова понашају што непристрасније (они се у већини случајева владају пристрасно, плашећи се критике својих организација или опозива).

4. Доступност

Да би се што више радних спорова решило мирним путем, потребно је да алтернативни поступци решавања буду доступни. То подразумева материјалну, територијалну и организациону доступност и разумљивост поступака.

Материјална доступност подразумева економичност поступка, односно бесплатну или јефтину процедуру. То је нарочито важно за решавање индивидуалних радних спорова. Ако је поступак скуп, радник може да се одрекне заштите својих права јер нема средстава. Оваква ситуација се може превазићи уз помоћ синдиката, који би уместо радника требало да сноси трошкове решавања спора. И код колективних радних спорова поступак би требало да буде бесплатан или јефтин како се синдикати и послодавци не би устручавали да користе мирне методе⁹.

Територијална, односно организациона доступност подразумева такав размештај и организацију тела за решавање радних спорова којим се омогућава да при покретању и вођењу спора удаљеност не представља сметњу странама у спору. Зато је добро да органи за решавање спорова буду у већим градовима, нарочито у регионалним, окружним и покрајинским центрима или да су тако организовани да миритељи, посредници и арбитри одлазе на лице места.

⁸ При томе уобичајено је да се непристрасност, као унутрашњи емотивни и ментални однос према странкама и предмету, разликује од независности, као спољашњег оквира судске аутономије.

⁹ У члану 3. став 1. Препоруке МОР-а бр. 92, у делу о мирењу каже се : „Поступак мора да буде бесплатан ...“

Доступност вођења спора подразумева и приступачност, односно разумљивост и једноставност процедуре. Поступак мирног решавања спора треба да је јасан и једноставан, а у супротном то представља препреку, нарочито за раднике с нижим образовањем¹⁰. Стога, разлога многе организације које се баве решавањем радних спорова издају кратке брошуре и упутства, у којима раднике подучавају како да покрену и воде поступак у вези с правима из радног односа.

5. Хитност

Због спречавања евентуалних нежељених последица, изузетно је наглашена потреба да радни спорови буду што брже решени¹¹. У области индивидуалних спорова, хитност је нарочито битна код отказа, а код колективних спорова, тамо где је у току прекид рада. Посебно је важно да буду брзо решени спорови везани за штрајкове ширих оквира и у есенцијалним делатностима.

На важност овог начела указује и чињеница да многи штрајкови и започињу зато што радници не желе да чекају решење спора редовним путем, већ прекидом рада настоје да убрзају излагање у сусрет њиховим захтевима.

Да би се сукоб у области рада решио брзо, законодавством и колективним уговорима треба утврдити рокове за поједине фазе и радње у поступку мирења, посредовања и арбитраже. Те рокове треба поставити тако да миритељи, посредници и арбитри имају довољно времена да добро обраде случај, али да се до решења ипак што пре дође. Такође, треба онемогућити, чак и санкционисати, безразложна и злонамерна одуговлачења. Имајући у виду ове разлоге, многе државе су за све или поједине врсте спорова (нпр. колективне спорове већег значаја, спорове у вези с отказима) одредиле рокове решавања и обављања појединих радњи у поступку, као и санкције за одуговлачење¹².

¹⁰ Тако се нпр. У члану 12. Препоруке МОР-а бр 130, о решавању индивидуалних спорова у предузећима, из 1967. године, сугерише да поступак поводом приговора треба да буде што једноставнији и да се води уз минимум формализма.

¹¹ У члану 3. став 1. Препоруке МОР-а, бр .92, даље се наводи: Поступак мора бити бесплатан и експедитиван. Сви рокови одређени по државним законима морају бити унапред фиксирани и сведени на најмању меру. Брзина се сугерише и у члану 12. Препоруке МОР-а бр.130, о решавању индивидуалних спорова у предузећима.

¹² Случај да је држава лимитирала рокове за решавање спорова од већег економског значаја имамо нпр. У Данској, Израелу, Мексику, Панами, САД, Шведској, Тунису. Рокови за мирење, посредовање или арбитражу се обично крећу између 30 и 60 дана, а некада су и краћи (нпр. 5 или 15 дана). Видети више: Standard Rules For Handling Labour Disputes, Copenhagen, 1989, стр. 1.

6. Добровољност и добра воља

Ово су два посебна принципа који се често доводе у непосредну везу иако, заправо имају различито значење.

Добровољност је један од основних принципа на којима би требало да се заснивају сви поступци мирног решавања радних спорова¹³. Добровољност би требало да постоји у свим важнијим радњама у мирном решавању конфликата – почев од опредељивања за један од вансудских метода, преко избора (или бар сагласности с избором) миритеља, посредника или арбитра, сарадње у поступку, па до усвајања и примене решења.

Основни аргумент за примену овог начела је чињеница да се у пракси многих земаља показало да успешност мирних метода увелико зависи од воље сукобљених страна да се повинују таквом решавању и да без добровољности мирни методи, у ствари, не могу да буду ефикасно спроведени. Наиме, мирење, посредовање или арбитража најбоље функционише у заједницама у којима постоји свест о предностима тих метода и воља социјалних партнера да се међусобни конфликти првенствено решавају на миран начин.

У том смислу запажено је да је први предуслов за мирно решавање, да се странке добровољно одреде за то. Уколико су, пак, мирење, посредовање или арбитража обавезни, сматра се да се добровољност ипак може обезбедити тако што ће се странама пружити могућност да изаберу да ли ће се споразумети у оквиру мирења, да ли ће прихватити препоруку посредника или арбитражну одлуку.

Имајући све ово у виду, многе државе данас подстичу добровољно коришћење мирних метода тако што им се даје предност над официјелним поступцима или се омогућава да одлуке постигнуте добровољном употребом мирних метода буду принудно извршиве.

С друге стране, добра воља је *conditio sine qua non* мирног решавања радних спорова јер и када су се у конкретном случају стекли сви претходно изложени принципи, спор се ипак не може мирно решити уколико његови учесници не покажу истински добру вољу, која се огледа у спремности на преговарање и уступке¹⁴. У току радних односа уопште, а нарочито у процедури решавања спорова, субјекти морају да испоље савесност и поштење (*bona fides*), односно тежњу да се сукоб мирно реши, а не да у поступку учествују само да би добили на времену или да би

¹³ Кеча, Р. (1999): Арбитражни споразум, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, стр. 92.

¹⁴ Још је Цицерон запазио: Арбитражи приступамо са спремношћу да не добијемо ништа, нити све што смо тражили. Преузето из: Лубарда, Б. (1997): Лексиком индустријских односа, Радничка штампа, Београд, стр. 27.

остварили неки друге циљеве¹⁵. Природа радних односа налаже да њихови субјекти не могу да воде рачуна само о својим интересима, јер су тада сукоби неизбежни и знатно се сужава простор за компромис. Ради превазилажења проблема који је резултирао радним спором, и изградње дугорочних добрих односа, неопходно је међусобно разумевање радника и послодаваца и истинско уважавање интереса и аргумената друге стране.

С обзиром на то да мирење, посредовање и арбитража без добре воље социјалних партнера воде само даљем заоштравању сукоба, у неким земљама се приступило регулисању тог питања. У Аустралији, на пример, уколико одбију да присуствују мирењу и не сарађују у поступку, стране у спору чине повреду законске дужности да преговарају савесно и поштено (*good faith negotiation*)¹⁶. Слично је и у САД, где је коректност у процедури мирног решавања радног спора обухваћена обавезом поштеност преговарања (*good faith bargaining*)¹⁷.

7. Тајност информација

Чување тајне у вези с информацијама добијеним у току мирног решавања спора неопходан је услов поверења у треће, неутрално лице. Зато се и дужност чувања тајне неизоставно предвиђа кодексима понашања миритеља, посредника и арбитра.

Предвиђена обавеза чувања тајне је, по многим, најбоље средство којим се стране охрабрују да миритељима, посредницима и арбитрама пруже неопходне информације. Њихова функција је по својој природи поверљива, а да би се спор успешно решио, потребно је да ова лица дођу до више пословних и других информација, међу којима су многе тајна за другу страну или јавност (нпр. подаци о добити, пословању, зарадама, производњи). Уколико миритељ, посредник или арбитар саопшти поверљиве податке, губи углед и поверење које су му стране указале. Због неовлашћеног објављивања поверљивих информација стране би се убудуће устручавале да приликом решавања спорова пруже тајне информације нужне за његово успешно решавање.

Ипак, начело тајности не треба схватити апсолутно. Наиме, и уз пуно уважавање овог принципа могу се објавити подаци о суштини сукоба и о

¹⁵ Непоштовање стандарда савесности и поштења наводи се као један од оправданих разлога за приговор у предузећу, према члану 3. Препоруке МОР-а о решавању индивидуалних спорова у предузећу.

¹⁶ Lewis, P., A. Thornhill and M. Saunders (2003): *Employee Relations - Understanding the Employment Relationship*, London, стр. 56.

¹⁷ Као што се види добра воља у мирном решавању спорова тесно је повезана са савесним и поштеним колективним преговарањем, што још једном показује блиску везу ова два процеса.

ко-оперативности страна. Објављивање тих информација може да буде ефикасно средство притиска утицају јавног мњења на страну која одбија да прихвати мирно решење сукоба.

Закључак

Мирне методе решавања радних спорова, као и принципи на којима оне почивају, имају важну улогу у свим системима индустријских односа у Европи. Оне су уграђене у социјалну и правну културу сваког члана Европске Уније и развијале су се током дугог временског периода. Њихова најважнија карактеристика је воља странака да користе алтернативне механизме консензуса, који да би се остварио, претпоставља постојање одређеног нивоа социјалног дијалога, или још шире речено социјалне културе и свести. Као пример за то могу нам послужити земље југоисточне Европе које се налазе у фази транзиције ка тржишној привреди и у којима су систем индустријских односа и мирно решавање спорова изложени честим исправкама и допунама, док се не дође до једног прихватљивог модела. Стога, у овим земљама, алтернативне методе решавања радних спорова употребљавају се само ограничено. Са једне стране, закони који прописују системе помирења и арбитраже нису довољно прегледни и ефикасни, а с друге стране, систем колективног преговарања још увек је у изградњи и често не подржава мере за добровољни систем решавања индивидуалних и колективних радних спорова који би био заснован на међусобном поверењу и поштовању правила. У највећем броју земаља југоисточне Европе држава игра најзначајнију улогу у решавању свих врста радних спорова, мада се у последње време оставља могућност да се ти спорови реше и на добровољан начин.

У Републици Србији регулатива о радним споровима не може се оценити као примерена тржишној привреди и тржишним условима привређивања, па се може констатовати да смо недовољно спремни дочекали почетак нових капиталистичких односа. Ипак, постоји нада и вероватноћа да ће и законска регулатива у области радних односа, укључујући и мирно решавање радних спорова да буде усклађена са напредним упоредноправним решењима што ће коначно довести до стварања једног кохезионог радноправног окружења.

*M.Sc. Bojan Urdarevic,
an assistant*

BASIC PRINCIPLES OF PEACEFUL SETTling OF LABOUR DISPUTES

A number of basic principles has distinguished themselves in a long-term practice of applying out-of-court methods for peaceful settling disputes in the field of labour law. These principles are common for all peaceful methods and should be fulfilled in each particular case if the parties want to reach a satisfactory solution. The most important principles are: prevention, mixture, neutrality and impartiality, availability, urgency, willingness, good will and confidentiality.

Peaceful methods of settling labour disputes, as well as the principles they are based on, play an important role in all systems of industrial relations in Europe. They are integrated in social and legal culture of each EU State Member and have evolved during a longer period of time. Their most important characteristic is the parties' will to use alternative consensus mechanisms, which, in order to be realized, presume the existence of a certain level of social dialogue, even of social culture and awareness. For example, the countries of south-eastern Europe are passing through transitional processes towards market economy and their systems of industrial relations and peaceful methods of settling disputes are frequently being subjected to various changes and reforms, still searching for an adequate and acceptable model. Therefore, the application of the alternative methods of settling labour disputes in these countries is of a limited scope. The laws which regulate the systems of arbitration and settlement are not clearly defined and efficient. In addition, the system of collective bargaining is still under construction and generally does not support measures for willing and peaceful settlement of individual and collective labour disputes based on mutual trust and respect of set rules. In majority of south-east European countries, it is the state that plays significant role in settling all kinds of labour disputes, only in recent times allowing the possibility they be settled upon mutual consent of confronted parties.

The labour laws in the Republic of Serbia cannot be said to comply with the requirements of market economy and doing business according to market rules, so it could be concluded that we are not ready yet to come into grips with new capital labour relations. Still there is hope and likeliness that Serbia's legislation in the field of labour law relations, including the issue of peaceful settling of labour disputes, will be aligned with well developed legislations that exist in EU countries, which will eventually lead us to a common and cohesive labour laws area.

Одељак II

Кривично право

*Др Стјанко Бејатовић,
редовни професор*

**UDK: 343.131:006.3
342.4(497.11)**

МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ О ЛИШЕЊУ СЛОБОДЕ И УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. Увод

8. новембра 2006. године Народна скупштина Републике Србије прогласила је нови Устав Републике.¹ Посматрано са аспекта свог садржаја, Устав је донео одређене новине и по питањима која чине предмет конкретне разраде Законика о кривичном поступку а тичу се људских слобода и права.² Према чл. 15. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије³ сви закони који нису у складу са новим Уставом треба да се усагласе са њим до 31. децембра 2008. године. До усклађивања остају на снази важећи закони и други прописи (чл. 12. Уставног закона). Сходно овоме, и кривичнопроцесно законодавство уопште, а тиме и Законик о кривичном поступку као главни законски текст овог карактера морало би бити усаглашено са новим Уставом у остављеном року (до 31. децембра 2008. год.). У поступку тог усаглашавања посебна пажња мора бити посвећена питањима која се тичу лишења слобода из разлога што је нови Устав донео одређене новине и у вези са овом проблематиком. Но, када је реч о обавези усаглашавања Законика о кривичном поступку по овим питањима, као и његовог усаглашавања уопште са новим Уставом постоји и додатни проблем. Од решења овог проблема зависи и начин рада на усаглашавању нашег кривичнопроцесног законодавства са новим Уставом. Проблем се јавља као резултат чињенице да у Србији данас, као ни у једној другој држави Европе, а вероватно и уопште, постоје два важећа Законика о кривичном поступку. Оба су ступила на правну снагу, али се један примењује у целини а други (онај из 2006. год.⁴) само делимично (у сасвим малом делу

¹ ``Сл. гласник РС``, бр., 98/2006.

² Види: Зборник ``Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2007. год.

³ ``Сл. гласник РС``, бр., 98/2006.

⁴ ``Сл. гласник РС``, бр. 46/2006.

- само 11 од укупно 555 чланова.)⁵ Све остале одредбе овог новог Законика о кривичном поступку требало је да почну да се примењују 1. јуна 2007. године, али је неколико дана пре истека тог рока посебним законом⁶ тај рок продужен до 31. децембра 2008. године. До тада важи ЗКП из 2001. год. Оваква необична и парадоксална ситуација да постоје два Законика о кривичном поступку која су на правној снази од којих се један примењује а други треба да почне да се примењује тек након 2,5 године пошто је ступио на правну снагу, доводи до низа изузетно негативних последица не само правнотехничке природе (нпр. различити моменти "ступања на снагу Законика" и "почетка његове примене" што је и нелогично и тешко објашњиво) већ и много шире.⁷ Ако се овоме дода и чињеница да се поклапају рок за усаглашавање са Уставом и почетак примене новог Законика о кривичном поступку онда проблем постаје још израженији. С обзиром на ово, сасвим оправдано, као прво питање у раду на реализацији чл. 15. Уставног закона за спровођење Устава, мора се, посматрано са аспекта нашег кривичнопроцесног законодавства, решити питање: Који законски текст (Законик о кривичном поступку) усагласити са новим Уставом Републике Србије, и да ли се у том усаглашавању ограничити само на усаглашавање са Уставом или пак ићи и шире? Три су могућа решења овог питања: Прво, да се Законик о кривичном поступку из 2001. године⁸ усагласи са Уставом; Друго, да се то усаглашавање изврши у Законику о кривичном поступку из 2006. године; Треће, да се приступи изради новог текста Законика о кривичном поступку.⁹

У давању одговора на постављено питање морају се посебно узети у обзир две чињенице. Прва се тиче квалитета текста два важећа Законика о кривичном поступку, а он је, према, скоро јединственом, мишљењу наше стручне јавности, сасвим супротан. Наиме, насупрот Законику о кривичном поступку из 2001. године који је скоро једногласно оцењен као позитиван и у складу са захтевима времена за које је писан уз истовремени став да њиме није завршен процес реформе српског кривичнопроцесног законодавства,¹⁰ на текст ЗКП из 2006. године дате су

⁵ Проф. др Момчило Грубач, Устав Републике Србије и кривичнопроцесно законодавство, Ревиија за криминологију и кривично право, бр.3/07,стр.5-28.

⁶ ``Сл. гласник РС``, бр. 49/2007.

⁷ Види:Проф.др Станко Бејатовић, Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије (Разлози за доношење и основне карактеристике), Ревиија за криминологију и кривично право, бр., 3/07,стр, 29-46.

⁸ ``Сл. лист СРЈ``, бр.70/01 и 68/02 и ``Сл. гласник РС``, бр. 58/04 , 85/о5, 115/05 и 49/07.

⁹ Проф.др Станко Бејатовић, Нови Законик о кривичном поступку..., стр.31.

¹⁰ Види: Зборник ``Актуелно стање у кривичном законодавству Србије и Црне Горе``, Српско удружење за кривично право, Београд, 2004.год; Зборник

бројне критике.¹¹ Таквог су интезитета да се слободно може рећи да су управо оне и утицале на покретање поступка његових обимнијих измена и допуна и пре почетка његове примене, а потом и на пролонгирање рока почетка саме примене.

Друга чињеница тиче се једне чини се прилично негативне, особености нашег кривичнопроцесног законодавства у последњих неколико година. То су врло честе и неретко обимније измене и допуне и бујање споредног кривичнопроцесног законодавства, и то без претходно јасно утврђене концепције о подели материје која треба да представља садржај појединих законских текстова из ове области. Услед овог, дошли смо у такву ситуацију да се споредним кривичнопроцесним законодавством регулишу и она питања која би по својој природи морала да представљају искључиви предмет регулисања Законика о кривичном поступку, што је сматрамо потпуно неадекватно. Ако се овоме дода такође неспорна чињеница да постоје и не мале разлике у регулисању важних - суштинских питања између Законика о кривичном поступку, као *lex generalis*-а и посебних одредби као *lex specialis*-а (случај. нпр. са одређеним аспектима проблематике општег дефинисања организованог криминала), као и бројне негативности правно-техничке природе, онда целокупан проблем добија посебно на своме значају.¹² Са оваквим стањем кривичнопроцесног законодавства веома тешко се сналазити у његовој практичној примени и чини се да би и из овог разлога ипак требало прибећи доношењу потпуно новог Законика о кривичном поступку, с тим што би бројна позитивна решења из садашњих Законика морала да буду преузета и од стране новог Законика, свакако уз знатно другачију нормативну разраду одређеног броја решења која су начелно посматрано сасвим исправна (случај, нпр. са новим концептом истраге, споразумом о признању кривице, и сл.).¹³

С обзиром на предње изнесено чини се најисправнијим решење по којем треба рад на окончању започете реформе нашег кривичнопроцесног законодавства завршити доношењем новог Законика о кривичном

``Примена новог кривичног законодавства Србије``, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2006.год.

¹¹ Види нпр. посебан бр. часописа ``Ревизија за криминологију и кривично право`` посвећен у целости овој проблематици (бр.2/2006).

¹² Види нпр. Проф.др Војислав Ђурђић, Концепцијска доследност тужилачке истраге према новом Законнику о кривичном поступку, зборник ``Примена новог Законика о кривичном поступку Србије``, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007.год., стр.77-94.

¹³ Види: Проф. др Станко Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као претпоставка успешне борбе против криминалитета, зборник ``Криминалитет у транзицији: феноменологија, превенција и државна реакција``, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2007.год., стр. 27-58.

поступку с тим да полазну основу за његову израду чини Законик о кривичном поступку из 2001. године, а да се у исти уграде она решења Законика о кривичном поступку из 2006. године која су у функцији ефикасности кривичног поступка, а која су не само присутна већ и показала добре резултате у компаративном кривичнопроцесном законодавству, а нормативно посматрано поприлично лоше разрађена у Законику из 2006. године.¹⁴ Затим, да се из ЗКП из 2001. године избаце она решења која су се показала у међувремену криминално - политички неоправданим.¹⁵ Једном речју, у раду на изради новог Законика о кривичном поступку треба водити рачуна да његов садржај не буде ни екстремно радикалан ни непотребно конзервативан. У прилог оправданости оваквог једног приступа у раду на окончању реформе кривичнопроцесног законодавства Србије говори и чињеница да је он на линији залагања и највећег дела наше стручне јавности, изражених на бројним стручним скуповима. (Случај нпр. са једногласно усвојеним закључцима учесника редовног годишњег саветовања српског Удружења за кривичноправну теорију и праксу одржаном на Златибору септембра месеца 2007. године)¹⁶. Исто тако, чини се да је овакво решење и у складу са мерама које је предузело Министарство правде Републике Србије по овом питању. Наиме, од стране министра правде образоване су две подгрупе и свака од њих има свој задатак. Задатак прве подгрупе је усаглашавање одредаба Законика о кривичном поступку са Уставом Републике Србије, а задатак друге подгрупе је "израда текста Законика о кривичном поступку са новим правним институтима, које предвиђају модерни кривично процесни закони."¹⁷

Полазећи од оваквог приступа по питању решења проблема законског текста који треба усагласити са новим Уставом у раду ће проблематика лишења слободе и новог Устава Републике Србије бити анализирана са два аспекта. Прво, са аспекта усаглашености ове проблематике у Законику о кривичном поступку из 2001. године и његовим каснијим изменама и допунама са новим Уставом; Друго, са аспекта односа садржине позитивних законских одредба по овом питању са општеприхваћеним правним стандардима израженим пре свега у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода¹⁸ и

¹⁴ Види часопис ``Ревиија за криминологију и кривично право``, бр.2/2006.

¹⁵ Види зборник ``Примена новог кривичног законодавства Србије``, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2006. год.

¹⁶ Види: Закључци са саветовања (``Ревиија за криминологију и кривично право``, бр. 3/2007).

¹⁷ Решење министра правде бр: 119-01-186/2007-05 од 10. децембра 2007. год.

¹⁸ Ратфикована од стране наше земље 26. децембра 2003. године (``Сл. лист СЦГ – Међународни уговори``, бр. 9/2003).

одлукама Европског суда за заштиту људских права. У вези са овим захтевом треба констатовати да је кривичнопроцесно законодавство Србије у великом степену већ усаглашено са највећим бројем ратификованих међународних правних аката, а што се пре свега односи на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.¹⁹ Међутим, поступак усклађивања још није завршен. Постоје одређена питања која су још увек отворена посматрано са овога аспекта. Поред овог, у поступку реализације овог задатка мора се посебно водити рачуна и о судској пракси Европског суда за људска права. Наиме, и поред тога што судска пракса овог суда није, посматрано формалноправно, извор права те као таква није ни непосредно обавезујућа, њен значај је огроман јер се судским одлукама овог суда практично тумаче и ближе одређују поједине одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода услед чега су оне, суштински посматрано, постале незаобилазне. Односно, тачније изражено одредбе овог суда све више попримају визију људских права коју државе потписнице узимају као идејну водилу у реформи свог законодавства. Ако се овоме дода и чињеница да се оне у највећем делу (преко 50% свих одлука) односе управо на кривични поступак онда оваква једна констатација по питању њиховог карактера још више добија на своме значају.²⁰ Поред овог, овакав приступ у разматрању ове преоблематике је нужен и из разлога што је у чл. 16. ст. 2. новог Устава изричито прописано да су "поштеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују."

Није мали број питања која би морала да буду узета у обзир у остваривању предње изнесених захтева у раду на изради новог Законика о кривичном поступку и када је реч о лишењу слободе. Међу бројним питањима овог карактера посебну пажњу заслужују следећа питања.

2. Притвор и нови Устав РС

Једно од питања којем је и овај Устав, сасвим оправдано, посветио изричиту-посебну пажњу јесте и питање притвора, што само по себи говори како о значају тако и изузетној актуелности ове мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка. У односу на досадашњи начин регулисања Устав доноси одређене новине о

¹⁹ Види: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год.

²⁰ Види: Проф.др Ђорђе Лазин, Измене и допуне Законика о кривичном поступку из 2001.год., зборник "Ново кривично законодавство Србије", Удружење за кривично право Србије, Београд, 2005.год., стр. 123-144.

притвору и исте се морају узети у обзир приликом усаглашавања текста Законика о кривичном поступку са истим, и то без обзира на који од три предње изнесена начина се окончао тај посао.

Посматрано појединачно те новине се огледају у следећем:

Прво, једно од актуелнијих питања када је реч о притвору је питање његовог трајања. Односно, питање трајања притвора је једно од круцијалних питања ове мере. Имајући у виду овакав његов значај, питање трајања притвора нема само уставни карактер већ и карактер норме која је као таква присутна и у најзначајнијим међународним актима која третирају слободе и права човека уопште.²¹ Полазећи од овог у чл. 31. ст. 1. Устава предвиђено је да ``Притвор одређен одлуком првостепеног суда траје у истрази најдуже три месеца, а виши суд га може, у складу са законом, продужити на још три месеца. Ако до истека овог времена не буде подигнута оптужница, окривљени се пушта на слободу.`` Две су основне карактеристике ове уставне одредбе. Прва је да до одређивања притвора може да дође само у истрази, а не и раније. Друго, могућност продужења притвора у истрази на шест месеци по одлуци вишег суда није условљена износом казне затвора прописане за кривично дело за које се спроводи истрага. Посматрано са аспекта чл. 144. ст. 1 - 4. Законика о кривичном поступку из 2001. године оваква једна уставна одредба не обавезује али пружа могућност промене његове садржине. Међутим, ако се ствар посматра са аспекта планиране промене концепта истраге, тј. преласка са судске на тужилачку истрагу ситуација је сасвим другачија. Садржина одредаба будућег Законика по питању притвора у таквом концепту истраге мора да буде зависна од саме структуре припремног поступка као целине. Односно од тога да ли ће он по својој структури бити јединствен или пак састављен од две фазе (извиђаја и истраге). Но, у сваком случају притвор у том новом (тужилачком) концепту истраге мора да карактерише пет следећих особености. Прво, до одређивања притвора може да дође само у истрази, а не и пре њеног отварања. Друго, притвор може бити одређен само од стране суда а не и јавног тужиоца као субјекта надлежног за спровођење истраге. Треће, постојање основане сумње да је осумњичени учинио кривично дело је основни, незаобилазан услов могућности одређивања притвора. Четврто, до одређивања притвора може да дође само ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка. Пето, под претпоставком испуњења предње наведених услова одређивање притвора у истрази, као и у кривичном поступку уопште је само могућност, а не и обавеза без обзира на врсту и износ кривичне санкције прописане за кривично дело за које се води кривични поступак.

²¹ Види нпр. чл.5.ст.3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (``Сл. лист СЦГ – Међународни уговори``, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005).

Имајући у виду садржину чл. 31. ст. 1. Устава јасно је да Устав не ограничава укупно трајање притвора у кривичном поступку уопште. Насупрот. Прописује само општу одредбу по којој суд после подизања оптужнице притвор своди на најкраће неопходно време, у складу са законом. Оваква једна уставна одредба даје право законодавцу да у конкретном законском тексту (Законику о кривичном поступку) ипак ограничи укупно трајање притвора у кривичном поступку. У вези са оваквом уставном могућношћу ваља истаћи следеће: Полазећи од природе притвора, а у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка уопште Законик о кривичном поступку из 2001. године је, за разлику од нашег ранијег кривичнопроцесног законодавства,²² ограничио трајање притвора и то како у појединим стадијумима и фазама кривичног поступка тако и уопште. Међутим, изменама овог текста извршеним Законом о изменама Законика о кривичном поступку из 2007. године²³ поново је укинута време трајања притвора након завршене истраге. Не доводећи ни у ком случају под знак питања оправданост разлога који су довели до измена у ограничењу трајања притвора 2004 и 2007. године мора се ипак поставити питање да ли су оваква законска решења у складу са захтевима ефикасности кривичног поступка услед којих је управо законодавац у Законику о кривичном поступку из 2001. године прихватио решења која су касније укинута. Чини се да не. Из ових разлога у текућем раду на Законику о кривичном поступку ипак би требало још једном размислити о уставној могућности ограничавања укупног трајања притвора у кривичном поступку. Но, имајући у виду сасвим оправдане разлоге који су довели до измена у ограничењу трајања притвора 2004. и 2007. године у разматрању оваквог једног предлога треба размислити и о евентуалном изузетку тако прописаних рокова укупног трајања притвора у кривичном поступку који се води за најтежа кривична дела (за кривична дела за која је запређена казна затвора од четрдесет година и у поступцима за кривична дела организованог криминала). Овакво једно решење не само да би било у складу са нормативним захтевима ефикасности кривичног поступка већ и у складу са решењима присутним у компаративном кривичнопроцесном законодавству.²⁴ Поред изнесеног, у разматрању овог предлога оправдано

²² Наш ранији кривичнопроцесни закони ограничавали су трајање притвора само у истрази (Види нпр, чл.197. Закона о кривичном поступку из 1976).

²³ ``Сл.гласник РС``, бр.49/07.

²⁴ Посматрано са овог аспекта вредно пажње је решење у хрватском Закону о казеном поступку (``Народне новине``, бр.62/03). Према чл. 109. истог. ``До доношења пресуде суда првог степена притвор може трајати најдуже:

1) шест месеци ако се за кривично дело може изрећи казна затвора до три године;

је поставити и питање да ли овакво једно решење произилази и из права притвореног лица на суђење у разумном року које је као такво загарантовано чл. 5. ст. 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 32. ст. 1. Устава РС²⁵. Ако се овоме дода и одредба чл. 33. ст. 6. Устава према којој ``Свако коме се суди за кривично дело има право да му се суди без одуговлачења`` онда ствар постаје још јаснија. За реализацију ових апстрактних одредаба Конвенције и Устава није довољно само њихово просто преузимање у Законик о кривичном поступку. Насупрот оне морају бити конкретизоване у не малом броју одредаба које уређују кривични поступак, а међу њима су, нема сумње, и одредбе о ограничењу укупног трајања притвора.²⁶

Друго, новину представља и одредба чл. 30. ст. 2. Устава. Према истој притворено лице мора у року од 48 часова од лишења слобода да буде изведено пред надлежни суд, који потом поново одлучује о притвору, у случајевима када то лице није саслушано приком доношења одлуке о притвору или ако одлука о притвору није извршена непосредно по доношењу. И ова уставна одредба, због своје непрецизности, отвара неколико питања.

Прво, и поред тога што би се језичким тумачењем ове норме могао извести и другачији закључак норма се односи не само на лице које је већ притворено ("притворено лице") већ и на лице на које се односи решење о

2) годину дана ако се за кривично дело може изрећи казна затвора до пет година;

3) годину и шест месеци ако се за кривично дело може изрећи казна затвора до осам година;

4) две године ако се кривично дело може изрећи казна затвора преко осам година;

5) три године ако се за кривично дело може изрећи казна дуготрајног затвора.``

У предметима у којима је донесена неправоснажна пресуда, укупно трајање притвора до њене правоснажности може се продужити за једну шестину у случајевима из тач. 1, 2 и 3, а за једни четвртину у случајевима из тачке 4 и 5. Изузетно, само у случају када је првостепена пресуда укинута, на предлог државног тужиоца Врховни суд може, у поступцима за кривична дела из тач. 1, 2 и 3. трајање притвора продужити највише за шест месеци, а за дела из тач. 4 и 5. највише за једну годину. Затим, од дана доношења другостепене пресуде против које је дозвољена жакба, притвор може трајати до правоснажности пресуде, али не дуже од три месеца.

²⁵ О ставовима Европског суда за људска права који такође (истина индиректно) говоре у прилог оправданости оваквог једног предлога види: Проф.др Војислав Ђурђић, Европски стандарди о притвору.

²⁶ Слично мишљење заступа и проф. Грубач (Види: Проф. др Мончило Грубач, Устав Републике Србије и кривичнопроцесно законодавство, Ревивија за криминологију и кривично право, бр. 3/07, стр. 12.).

притвору, а што не мора увек да се подудара. Када се ова одредба не би тумачила на овај начин она се нпр. неби односила на следеће две ситуације. 1. Када је донето решење о притвору, а окривљени није саслушан и није стављен у притвор јер се нпр. крије или је у бекству; 2. Када је суд, после саслушања окривљеног, донео решење о притвору а оно није извршено непосредно по доношењу. Даље, овакво једно тумачење чини се да је у складу и са циљем ове уставне одредбе. Он је да судској одлуци о притвору увек претходи саслушање окривљеног и да та одлука увек буде заснована на актуелном чињеничном стању. Управо, овако схваћеном циљу одговора и обавеза поновног одлучивања о притвору и у случају када одлука о притвору није извршена непосредно по доношењу (чл. 30. ст. 2. Устава).

Друго, отворено је питање критеријума за одлучивање када ће се сматрати да ``одлука о притвору није извршена непосредно по доношењу``. Законик о кривичном поступку мора да утврди рок према којем ће се утврђивати да ли је донето решење о притвору извршено непосредно по доношењу или не. Чини се оправданим решење овог питања тражити у аналогiji са чл. 146. ст. 2. ЗКП из 2001. године у којем је прописана обавеза већа да по истеку сваких тридесет дана (и без предлога странака) испитује постојање разлога за трајање притвора до ступања оптужнице на правну снагу. Ако се овоме дода и чињеница да је овакав рок истоветан и у Законику о кривичном поступку из 2006. године (чл. 178. ст. 2. овог Законика), онда овакав један предлог добија још више на својој оправданости.

Треће, у вези са овом уставном одредбом мора се поставити и питање рочишта за одређивање и продужавање притвора као и питање обавезне одбране на овом рочишту. Законик о кривичном поступку из 2001. као ни Законик о кривичном поступку из 2006. године такво рочиште не предвиђа. Међутим, оно би било како у духу новог Устава, тако и у складу са праксом Евроског суда за људска права, односно и у складу са залагањима наше стручне јавности,²⁷ а тиме и у складу са захтевима који треба да буду остварени у раду на нашем новом Законику о кривичном поступку. Наиме, један од задатака који у целости мора да буде остварен у том раду јесте и његово потпуно усклађивање са ратификованим међународним правним актима и другим општеприхваћеним правним стандардима, и то посебно правним стандардима Европске Уније, а што још увек није у

²⁷ Види: Проф.др Станко Бејатовић, Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије...; Проф. др Момчило Грубач, Устав Републике Србије и кривичнопроцесно законодавство.

целости реализовано.²⁸ Све ово само по себи довољно говори о оправданости постављања и оваквог једног питања.

Иначе, посматрано са аспекта свог тока рочиште за одређивање, односно продужење треба да буде засновано на начелу контрадикторности. На њему би се, уз присуство тужиоца и браниоца, саслушавао окривљени о околностима битним за утврђивање испуњености услова за одређивање, односно продужење притвора. Даље, у циљу што потуније реализација начела контрадикторности окривљеном би се пре рочишта достављао предлог тужиоца, као и његови докази у вези са притвором (његовим одређивањем, односно продужењем). Имајући у виду о чему се одлучује на оваквом једном рочишту питање обавезбе одбране окривљеног на истом не би се смело стављати под упитник. У осталом, ако је сасвим оправдано, у чл. 71.ст. 2. Законика о кривичном поступку из 2001. године прописано да "Окривљени према којем је одређен притвор мора имати браниоца док је у притвору" онда нема никаквог оправданог разлога да она не буде проширена и нарочиште на којем се управо одлучује о судбини притвора.

Треће. Поред предње наведеног, Устав доноси и новине по питању разлога за одређивање притвора. Према чл. 30. ст. 1. Устава "Лице за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело може бити притворено само на основу одлуке суда, ако је притварање неопходно ради вођења кривичног поступка." Из овакве садржине чл. 30. ст. 1. Устава произилази да основи притвора могу бити само процерсноправне природе (опасност од бекства, да ће се уништити докази или на други начин ометати доказивање). Оваква једна уставна одредба намеће нужност преиспитивања разлога за одређивање притвора предвиђених у чл. 142. ст. 1. тач. 1 и 2 и 141.ст. 2. тач. 3 и 5. Законика о кривичном поступку из 2001. године.²⁹ Односно, из овакве једне уставне одредбе неминовно произилази и питање: Да ли су одредбе Законика којима се прописују разлози за релативно обавезан притвор из чл. 142. ст. 1. тач. 1 и 2., као и одредбе којима су предвиђени ванпроцесни разлози за притвор из тач. 3 и 5. ст. 2. чл. 141. Законика о кривичном поступку у складу са чл. 30. ст. 1. Устава ?

Четврто. Једна од битнијих особености притвора, посматрано са аспекта општеприхваћених правних стандарда предвиђених како у појединим конвенцијама тако и израженим у ставовима Европског суда за заштиту људских права, јесте да се примена класичног притвора сведе на

²⁸ Види: Проф.др Ђорђе Лазин, Измене и допуне Законика о кривичном поступку из 2001.год., стр. 123-144..

²⁹ Слично је и са Законом о кривичном поступку из 2006. године (чл.174.ст.1.тач. 3, 4 и 6).

најмању могућу меру. У компаративном кривичнопроцесном законодавству предвиђено је више мера за постизање оваквог једног циља. Међу њима две су од посебног значаја за текући рад на реформи нашег Законика о кривичном поступку. То су: Прво, стварање нормативне основе за проширивање могућности одређивања јемства које би, коначно и код нас требало да има значајније место у систему мера за обезбеђење присуства окривљеног и несаметано вођење кривичног поступка;³⁰ Друго, увођење елемената кућног притвора.³¹ Бројни су разлози који говоре у прилог оправданости оваких предлога, и они су како хуманог и економског тако и криминално - политичког карактера. Као такви у целости су у духу новог Устава.

3. Начело заштите личне слободе и Устав РС

За разлику од других основних начела кривичног процесног права ово начело, у свом изричитом облику, уведено је у наше позитивно кривичнопроцесно законодавство Закоником о кривичном поступку из 2001. године. Његово изричито нормирање у Законнику резултат је хуманих настојања да се предупредити злоупотребе и неправда или прекомерно ограничење слободе осумњиченог и окривљеног лица.³² Као такво, ово начело не налази своју основу само у нашем Уставу већ и у општем ставу према личној слободи апострофираном како у уставима највећег броја држава тако и у бројним међународним актима.³³ Управо, из ових аката начело заштите личне слободе своју нормативну подлогу налази у више одребља ЗКП (случај нпр. са чл. чл. 5., чл. 227, 228, 230 и сл.). Имајући у виду овакав значај овог начела поставља се питање степена усаглашености нашег кривичнопроцесног законодавства са новим Уставом по питањима

³⁰ О томе опширније види: Проф.др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Правни информатор, бр.11/2005,стр.76-77.

³¹ У овој контексту интересантно је решење чл.168.ст.2 Законика о кривичном поступку из 2006. год.

³² Види: Драго Радуловић, Основне карактеристике Предлога Законика о кривичном поступку, зборник ``Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства``, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001.год., стр.106; Др В.Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, зборник ``Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина``, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001.го д., стр. 156.

³³ др Момчило Груибач, Основни проблеми усаглашавања ЗКП са Уставом СРЈ, зборник `` Проблеми реинтеграције и реформе југословенског кривичног законодавства``, Београд, 1995. год., стр.68.

која чине суштину овог начела. У вези са тим питањем треба пре свега констатовати две ствари. Прво, права која чине садржину начела заштите личне слободе садржана су у одредби чл. 27.ст. 2.Устава (право на слободу личности) и чл. 29. Устава којим се установљавају допунска права у случају лишења слободе без одлуке суда. Друго, ако се упореди садржина ових уставних одредаба са одредбама Законика о кривичном поступку у којима су разрађена поједина права лица лишеног слободе долази се до следећег.

Прво, у чл. 5. ст.1. Законика о кривичном поступку из 2001. године, као и у чл. 7. Законика о кривичном поступку из 2006. године прописано је да лице лишено слободе, поред осталог, мора бити одмах обавештено и о девет његових права која му припадају као резултат лишавања слободе. Оваква једна обавеза припадника органа унутрашњих послова који је лишио слободе то лице није предвиђена у Уставу. У Уставу је, чини се сасвим оправдано, направљена разлика између права која се ухапшеном саопштавају у моменту лишења слободе и права која му припадају због лишења слободе. Разлика је направљена на тај начин што су права из прве групе појединачно набројана (обавештење на језику који разуме; о разлицима лишења слободе; о оптужби која му се ставља на терет; о праву да о свом лишењу слободе, без одлагања, обавести лице по свом избору ; о праву да ништа не изјављује и да не буде саслушано без присуства браниоца кога сам изабере или браниоца који ће му бесплатно пружити правну помоћ ако не може да је плати – чл. 27. ст. 2. и чл. 29. ст. 1. Устава). Насупрот овом, права из друге групе, тј. права која лице лишено слободе има због лишења слободе нису појединачно апострофирана. С обзиром на ово, и у ЗКП би такође било оправдано направити разлику између ове две групе права лица лишеног слободе, и то на тај начин као што је то учинио и сам Устав. И заиста, садашње решење Законика по овом питању не само да је непотребно већ је и тешко остварљиво. Нема потребе, а то је тешко практично реализовати и још теже проверити да ли је нпр. полицијски службеник у моменту лишења слободе упознао лице које је лишио слободе са свим његовим правима из чл. 5. ст. 1. Законика о кривичном поступку. Чему нпр. прописивање обавезе упознавања лица лишеног слободе већ у томе моменту са правом да захтева накнаду штете због неоснованог лишења слободе (тач. 9. ст. 1. чл. 5. Законика о кривичном поступку) или да покрене поступак пре судом ради испитивања законитости лишења слободе (тач. 8. ст.1. чл. 5. Законика о кривичном поступку).

Друго, у чл. 29. ст. 1. Устава загарантовано је право лица лишеног слободе да не буде саслушано без присуства браниоца кога сам изабере или браниоца који ће му бесплатно пружити правну помоћ ако он не може

да је плати. Из оваквог садржаја ст. 1. чл. 29. Устава недвосмислено произилази да Устав гарантује лицу лишеном слободе без одлуке суда и пораво на бесплатну правну помоћ. С обзиром на ово, неопходно је извршити допуну у чл. 5. ст. 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку из 2001. године са овим правом лица лишеног слободе.

Треће, у чл. 29. ст. 2. Устава прописано је да "Лице лишено слободе без одлуке суда мера без одлагања, а најкасније у року од 48 часова од лишења слободе бити предато надлежном суду, у противном се пуштана слободу." Устави са којима је усаглашаван текст ЗКП из 2001. године ниси имали овакву једну одредбу. Услед овог, али и не само услед таквог приступа уставотвораца овом питању, у чл. 5. ст. 2. и чл. 227. ст. 3. ЗКП из 2001. године само је предвиђено да такво лице "мора бити одмах спроведено надлежном истражном судији".³⁴ У случају да је због неотклоњивих сметњи спровођење лица лишеног слободе трајало дуже од осам сати, обавеза је службеног лица органа унутрашњих послова да истражном судији овакво закашњење посебно образложи. Из овакве одредбе чл. 5. ст. 2. Законика произилазе два закључка. Прво, да рок за довођење лица лишеног слободе истражном судији временски није одређен. Уместо прописивањем рока слобода лица лишеног слободе од евентуалне злоупотребе и незаконитог поступања органа унутрашњих послова штити се обавезом полиције да спровођење таквог лица обави одмах, тј. без одлагања, као и обавезом тог органа да судији да образложење у случајевима када је спровођење лица лишеног слободе трајало дуже од осам сати. Друго, питање дужине конкретног рока привођења таквог лица истражним судији је фактичко питање, што је у зависности од околности конкретног случаја. Услед овог, могућа је и таква ситуација да је за привођење потребно не само више сати, већ и више дана. За разлику од оваквог решења у Законику о кривичном поступку, које је чини се сасвим оправдано и које није било подложно критици, нови Устав је прописао рок од 48 часова, и на тај начин створио и обавезу предвиђања оваквог једног рока и у Законику о кривичном поступку, што не само може да изазове већ ће нема сумње и изазвати одређене проблеме. Тако нпр. питање је да ли ће орган унутрашњих послова бити увек у објективној могућности да такву своју обавезује реализује у року од 48 часова (нпр. услед временских непогода у зимском периоду). Или, како у уставни рок од 48 сати уклопити све оне активности које мора да реализује полиција након лишења слободе осумњиченог лица? Ако се свему овоме дода и такође неспорна чињеница да мера задржавања осумњиченог од стране полиције ради прикупљања обавештења или његовог саслушања из чл. 229. ст. 1. ЗКП може да траје исто толико

³⁴ Такво решење је предвиђено и Законом о кривичном поступку из 2006. године (чл. 7. ст. 2. и чл. 262. ст. 3.)

колико и максимално дозвољени рок за његово довођење истражном судији (48 сати) онда проблем постаје још већи.³⁵

Четврто, поред предње изнесеног неопходно је извршити и термилошко усаглашавање Законика са Уставом. Тако, нпр. посматрано са аспекта теме овог рада, Устав у чл. 35. ст. 1. говори о незаконитом лишењу слободе, а Законик о неоснованом лишењу слободе (чл. 5.ст. 2. Законика о кривичном поступку из 2001. године).

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

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS ON PLACING A PERSON UNDER ARREST – THE REPUBLIC OF SERBIA CONSTITUTION

This work presents a professional and critical analysis of the international standards in criminal procedure related to arresting a person and their inclusion and elaboration in the Constitution of the Republic of Serbia. Bearing in mind the fact that this thematic is principally regulated by the Republic Law on criminal procedure, this work also analyzes this legal act. Such an analysis has lead to an estimate of the degree of the compliance of the regulations from this Law with corresponding international regulations and those found in the Constitution. Among a number of issues that have been comparatively analyzed, two of them seem to have drawn particular attention: keeping a suspect in prison as the most severe measure for assuring his presence at the criminal trial and the principle of the protection of personal freedom as described in the Law on criminal procedure.

³⁵ Види: Проф.др Момчило Грубач, Устав Републике Србије и кривичнопроцесно законодавство, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 3 /07., стр.24.

*Др Бранислав Симоновић,
редовни професор*

UDK: 343.85:711.434(497.11 Београд)

СТРАТЕГИЈА БЕЗБЕДНОСТИ ВЕЛИКИХ ГРАДОВА С ОСВРТОМ НА ГРАД БЕОГРАД

**"The only thing
necessary for the triumph of evil is for good
men to do nothing,"**

(Sir Edmund Burke)

"Једина ствар која је потребна за тријумф ђавола
је да добар човек не предузме ништа"

1. Постављање проблема

У последњих неколико година у нашој научној и стручној јавности појављују се идеје о неопходности изградње целовите стратегије безбедности која би обухватала Србију. Посебно се постављају питања о могућностима изградње целовите стратегије безбедности града Београда. На пример, истраживање које је спровео Институт за политичке студије у Београду, Центар за истраживање безбедности и тероризма на тему: „Отклањање и умањење претњи по безбедност града Београда“ несумњиво показује да Србији, и Београду као њеном главном граду, недостаје стратешки приступ у решавању безбедносних питања. Београд, као и све друге метрополе света има читав низ ризика и опасности које угрожавају сигурност његових грађана јер прете да доведу до еколошких екцеса или катастрофа, социјалних и безбедносних проблема који, ако се не решавају, прелазе у разне форме девијантног понашања, тежег и лакшег криминалитета. Догађаји који су се десили у септембру 2001. године у САД условљени терористичким нападом Алкаиде, елиминисање граница формирањем Европске уније, експанзија организованог криминалитета, развој интернета и нових форми криминалитета које су се са њим појавиле, разне катастрофе изазване људском намерношћу или природним факторима дефинитивно су и коначно измениле схватање проблема безбедности у великим градовима широм света. Велика концентрација људи, новца, технолошких постројења, ризика на малом простору, захтева целовит приступ безбедносним проблемима. Данас се свуда у свету схватило да је неопходна рана процена ризика и проактивни приступ како би се повећала безбедност великих градова. Новац уложен у истраживање и имплементацију превенције, бољу организацију која иде у сусрет

могућим ризицима без обзира њихову природу или порекло, покушавајући да их предупреди, избегне или умањи, много је пута исплативији него отклањање последица само једног јединог технолошког екцеса, природне катастрофе или експанзије социјалне деструкције која угрожава градове са великим бројем људи, потенцијала и ризика. У развијеном делу света формирали су се безбедносни стандарди у вези са бројним безбедносним проблемима и ризицима са којима се данас суочавају велики градови. У свету постоји неколико могућих приступа безбедности великих градова, али основу чине међународни стандарди и норме који су донети на нивоу Уједињених нација и Савета Европе. Због тога ће се у овој анализи која за циљ има предлагања безбедносне стратегије за Београд, поћи од међународних стандарда усвојених на највишим светским телима, од неких искустава великих градова, и од неких теоретских поставки које су опште прихваћене у развијеним деловима света. Тежиште анализе биће стратегије деловања на облике социјалне деструкције и криминалитет, али и не само на њих.

2. Међународни стандарди за превенцију криминалитета у градској средини

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

Стандардизација у области превенције криминалитета подразумева имплементацију у пракси појединих стратегија, метода и поступака који имају утицај на спречавање криминалитета до којих се дошло у развоју учења о кризном менаџменту, криминологије, community policing и других друштвених и техничких наука. Полази се од тога да савремена друштва треба да усвоје и практично имплементирају неке принципе и поступке у области превенције криминалитета који се данас сматрају

цивилизацијским минимумом. Стандарди превенције криминалитета на нивоу великих урбаних средина (градова) данас представљају услов за улазак конкретне државе у заједницу цивилизованих народа, између осталих и у Европску унију.

Стандарди у области превенције криминалитета могу да буду изграђени на нивоу међународне заједнице и на нивоу националне државе. Имплементација усвојених међународних стандарда на нивоу националних држава остварује се најчешће у виду њиховог претакања у националне стратегије и на основу тога у законске прописе на нивоу државе, а потом спушта на нивое локалних заједница, тј. градова, како метропола, тако и осталих.

У овом делу анализе акценат се ставља на општим стандардима превенције криминалитета који се формирају на међународном нивоу за потребе имплементације на нивоима локалних заједница држава које су их усвојиле. У питању је сет међународних стандарда и мера којима се третира имплементација мера превенције у оквиру великих градова који се колоквијално називају *стандарди превенције урбаног криминалитета*. У овом тексту неће бити приказани међународни стандарди који се тичу превенције посебних форми криминалитета (превенција финансијског, компјутерског, корупције) који такође постоје, с обзиром да не улазе у најуже оквире постављене теме, као ни они међународни стандарди који су намењени имплементацији на националном нивоу држава, мада постоји веза са безбедношћу великих градова.

Формирању међународних стандарда у области превенције урбаног криминалитета, који самим могу да буду од значаја за сачињавање стратегије безбедности Београда, дале су највећи допринос Уједињене нације и Савет Европе доносећи препоруке (инструкције) државама чланицама које би требало правно да их нормирају и имплементирају у пракси.

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

Економски и социјални савет Уједињених нација (United Nations Department of Economic and Social Affairs - DESA), донео је 1994. године препоруке за сарадњу и техничку подршку у оквиру локалне заједнице у циљу унапређење превенције криминалитета који угрожава локалну заједницу.¹

¹ Препоруке је сачинила Комисија за превенцију криминала чији је оригинални назив (Commission on Crime Prevention and Crime Justice). Усвојене су на 43. пленарној седници Економског и социјалног савета Уједињених нација одржаној у јулу 1994. године. Пун назив документа је: PROPOSED GUIDELINES FOR COOPERATION AND TECHNICAL ASSISTANCE IN THE FIELD OF URBAN

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

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

1. Акциони план превенције криминалитета треба да укључи:

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

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

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

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

2. Доношење интегрисаног акционог плана превенције криминалитета.

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

- природу и типове проблема криминалитета на које треба да се делује (као на пример крађе, разбојништва, провале, криминалитет у вези са дрогама, малолетничку делинквенцију, илегално поседовање оружја).

- циљеве које треба постићи и временске оквире.

- списак локалних и националних ресурса које треба мобилисати (на пример, социјалне институције, едукационе, здравствене, полицију, судове, јавне тужиоце, невладине организације, удужења родитеља и слично, економски сектор, банке, пословне субјекте, јавни транспорт, медије).

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

- релације везане за породице, запосленост, (генерацијски односи, социјалне карактеристике);

- едукацију, религију, моралне и грађанске вредности, културу;

- запосленост, мере за решавање питања незапослености и сиромаштва;

- урбанизацију и решавање стамбених питања;

- здравствена питања, наркоманију и алкохолизам;

- решавање положаја најугроженијих чланова друштва;

- супротстављање супкултури насиља и нетолеранције;

- разматрање могућности спровођења акције на разним нивоима.

4. У документу се потенцира спровођење примарне превенције, што укључује: промоцију институционалних криминално превентивних мера, деловање на све форме социјалне депривације, промовисање позитивних вредности и респектовања фундаменталних људских права, промовисање грађанске одговорности, унапређење радних метода полиције и судова. Поред тога се потенцира и на елементе ситуационе превенције као што је на пример отежавање приступа објекту напада, умањењу прилика за извршење кривичног дела, итд.

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

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

- унапређењем и прилагођавањем рада судова озбиљности кривичних дела у заједници и увођењем алтернативних метода (алтернативне методе надгледања, медијација, итд.), систематским истраживањем могућности реинтеграције извршилаца у заједницу путем имплементације нетрадиционалних мера, социјално - едукативна подршка осуђених како у затвору, тако и након издржавања затворске казне, преузимањем активне улоге заједнице у рехабилитацији извршилаца (едукација, социјална подршка, подршка породице, јачање свести о правима и њиховом поштовању, поновном успостављању нарушених права, увођењем система подршке жртвама кривичних дела).

6. Имплементација акционог плана подразумева координисање националне политике и стратегија у складу са локалним могућностима и потребама, обезбеђење подршке националних и локалних институција,

организовање консултација и кооперационих механизма између разних нивоа управних органа, подстицање и организовање обуке и информативне подршке учесницима у пројектима превенције криминалитета, компарирање различитих искустава и организовање састанака са циљем размене информација и искустава позитивне праксе, обезбеђивање процеса евалуације пројеката како би се имао реалан увид у имплементациону стратегију са циљем њеног унапређења.

Међународни стандарди у области превенције урбаног криминалитета донети у оквиру Савета Европе.

Два основна документа који регулишу ову материју су Европска урбана повеља из 1992. године коју је донео Еропски савет у Стразбургу (*European Urban Charter (1992). Council of Europe: Strasbourg*) и документ под називом: Урбана превенција – Водич за локалне власти који је донео Савет Европе у Стразбургу (*Urban Crime Prevention – A Guide for Local Authorities (2002) Strazburg*).²

У документима се предвиђа да државе чланице Европске уније, између осталог, треба озбиљно да се посвете питању безбедности у градовима. У оквиру поглавља Урбане повеље означеног са 4.6. које носи назив „Урбана сигурност и превенција криминалитета“, истиче се да се превенција тиче свакога. Права грађана не могу у потпуности да се остваре без сигурности грађана и умањења страха од криминалитета. Локалне власти су обавезне на делују на корене (услове и узроке) делинквенције развијајући такву социјалну политику која ће свакоме дати једнаке шансе кроз развој социјалних веза, подршку заједнице и изградњу акционих програма заснованих на партнерству. Локалне власти треба да предузму мере којима ће се постићи што је већа могућа сигурност од криминалитета и агресија свих врста. Посебно се потенцира предузимање мера на превенцији криминалитета и злоупотреба дога.

Наводе се следећи основни принципи на којима треба да се заснива безбедносна политика у локалној заједници:

1. *Криминалитет у градовима има бројне услове и узроке.* Због тога је на нивоу локалне заједнице неопходна кохерентна и координисана безбедносна политика којом се путем превенције, репресивне делатности и заједничком акцијом свих субјеката делује на широку лепезу криминалитета. То подразумева изградњу партнерских односа у које ће бити укључени сви битни субјекти локалне заједнице (изборни представници локалне заједнице, овлашћена лица, полиција, управа, социјални радници, и други) како би анализирали узроке криминалитета у

²Видети: http://book.coe.int/EN/ficheouvrage.php?PAGEID=36&lang=EN&produit_aliasid=1553; http://www.urban.nl/download%20files/URBAN_CHARTER_EN.pdf

конкретној заједници и на основу тога предвидели акционе планове за будуће деловање. То укључује и програме санкција и надзора извршилаца како би се осигурала њихова интеграција у заједницу као и обезбеђење репарације права жртава.

2. *Локална (урбана) безбедносна политика мора бити заснована на савременим и актуелним статистикама и информацијама.* То подразумева установљивање детаљних статистика о криминалитету (место и време извршења, порекло извршиоца, итд), истраживање жртава итд. Ови подаци треба да буду база за рад локалних безбедносних тела заснованих на партнерству као и за активности локалног тела задуженог за надгледање криминалитета.

3. *Превенција криминалитета треба да укључи све чланове заједнице.* Један од основних узрока криминалитета је социјална алијенација и тешкоће кроз које пролазе млади. Због тога и локална безбедносна политика треба да се темељи на програмима помоћи младима у области здравља, рекреације, едукацији, запошљавању. Посебна пажња треба да се посвети популацијама које имају проблеме како би им се помогло у економској интеграцији у заједницу.

4. *Ефективна урбана безбедносна политика зависи од чврсте кооперације између полиције и локалне заједнице.* Како би се осигурала таква безбедносна политика полиција треба да негује дијалог са грађанима и њиховим представницима са циљем координисања акције. То укључује процедуре надгледања стања безбедности у локалној заједници засноване на партнерству, узимању учешћа у едукацији младих, сарадњи са правосудним органима, саветовању институција, удружења грађана и грађана у вези са умањењем прилика за крађе, техничким могућностима обезбеђивања имовине, имплементирањем шема за надгледање суседства, укључивањем у процес алтернативних чинилаца безбедности (приватна безбедност), као и социјалних институција, итд.

5. Мора бити дефинисана и имплементирана локална политика на сузбијању злоупотреба дрога с обзиром да наркоманија представља генератор разних врсти криминалитета како у области илегалног транспорта и трговине, тако и у зони вршења кривичних дела ради доласка до средстава којима ће се набавити дрога. Полиција, тужилаштво, судови, заједница, треба да буду укључени у активности којима ће се смањити тражња за наркотицима. Неопходно је успоставити партнерство и са здравственим и социјалним институцијама ради развоја информативних програма усмерених ка младима у оквиру школа и изван њих. То укључује и програме обуке наставног особља, социјалних радника и других активиста у заједници. Потребно је и сачинити програме контроле супстанција које су замена за дроге.

6. Од суштинске су важности и програми превенције поврата међу делинквентима као и програми ресоцијализације у затворским установама.

Потребно је развити алтернативне програме који ће гарантовати систематичан и брзи одговор заједнице на свако извршено кривично дело или прекршај са циљем реинтегрисања извршиоца у заједницу и ради превенције будућег извршења прекршаја и кривичних дела. Алтернативе казнама затвора могу да подразумевају укључивање осуђених у рад градских служби и рад изван затвора. Потребно је повезати систем условног кажњавања и судског надгледања осуђених са надокнадом штете начињене оштећеном, побољшањем везе између града и затворских институција, укључивањем едукативних и културних програма у затворима и помоћи осуђенима на интеграцији у друштво након ослобађања.

7. *Подршка жртвама* представља кључну компоненту локалне безбедносне политике. Програми помоћи жртвама представљају моралну обавезу заједнице и морају бити спровођени паралелно са напорима интегрисања извршилаца. Сличне мере укључују оснивање асоцијација за подршку и помоћ жртвама.

8. *Превенција криминалитета мора да буде препознатљива као приоритет при финансирању акција које се предузимају у заједници.* У документу се истиче да и поред тога што је висок ниво криминалитета и других видова делинквенције, препознат као проблем у многим градовима Европе, локалне власти не поседују довољно финансијских средстава за његово решавање. Због тога је потребно размотрити могућности преусмеравања новчаних средстава за превенцију криминалитета, побољшање методологије финансирања, прилагођавање рада полиције, дефинисање политике сузбијање наркоманије, програме превенције поврата, помоћи жртвама и увођење алтернативних казни.

Поред приказаних докумената, у оквиру раније нормативне делатности Савета Европе донете су и друге резолуције и препоруке које се такође баве питањем безбедности у урбаним срединама. Пре свега треба поменути: резолуцију број 180 из 1986. о урбаном насиљу и небезбедности: улога локалне политике, и резолуцију број 205 из 1989. године о редукацији урбане небезбедности у Европи.^{3 4}

³ Детаљније видети: http://www.urban.nl/download%20files/URBAN_CHARTER_EN.pdf

⁴ О приказаним документима Савета Европе видети и: Горазд Мешко, Локални савети за безбедност у Словенији – неформално у функцији формалног, у: Бранислав Симоновић, Сузбијање криминалитета, деценија росле смрти професора Водинелића, Зборник радова, Крагујевац 2004, стр. 521-534.

Међународне конференције и размена искустава у вези са имплементацијом стандарда превенције криминалитета у градовима Европе.

Како би се разменила искуства о имплементацији међународних стандарда који се тичу стратегије безбедности у оквиру градова Европе, Савет Европе скоро сваке године организује или спонзорише међународне конференције⁵ посвећене размени искустава, ширењу позитивне праксе и дефинисању стандарда за унапређење безбедности у европским градовима. Конференције се завршавају усвајањем закључака и препорука у којима се врши даља разрада принципа и стандарда за превенцију урбаног криминалитета који су усвојени у раду Савета Европе.

3. Имплементација међународних стандарда превенције криминалитета у неким земљама Европске уније

Међународне препоруке и стандарде који се баве стратешким приступом у сузбијању криминалитета и отклањању других опасности које угрожавају велике градове Европе усвојиле су државе Европске Уније, на основу њих су сачиниле (националне) стратегије, донеле законске прописе, основале специјализована тела и предузеле друге мере које ће се у тексту укратко скицрати јер дају јасне оријентире за изграђивање безбедносне стратегије Београда.

Искуство Велике Британије. Велика Британија усвојила је препоруке Савета Европе. Како би се остварило партнерство у доношењу стратешких одлука које се тичу безбедности, почетком деведесетих година двадесетог века почели су у појединим градовима Велике Британије да се оснивају савети за безбедност који су имали задатак уједињење ресурса и

⁵ „Конференција о урбаном насиљу и небезбедности - улога локалне полиције“, Стразбург, 15-16, септембар 1986.; „Конференција о локалним стратегијама за редукцију урбане небезбедности у Европи“, Барселона, 17-20 Новембар 1987.; „Криминал и урбана небезбедност у Европи: улога и одговорност локалних и регионалних власти“, 1997, одржана у Ерфурту у Немачкој; „Конференција о деловању на криминал и урбану небезбедност у Европи кроз кооперацију између локалних власти и полиције“ одржана 1998. у Њукастлу (Newcastle) у Енглеској; „Конференција о улози локалних власти у сузбијању криминалитета“, одржана 1999. у Петрозаводску (Русија); „Конференција о међусобној условљености физичких (урбанистичких и других) карактеристика града, редукције и превенције криминалитета.“, одржана у Шћећину (Пољска), 2000, итд. За шире информације у вези са конференцијом у Пољској видети сајт: http://www.edoca.net/Resources/Conference%20Papers/Szczecin/Council_of_Europe_Eng.pdf

потенцијала локалних заједница, изграђивање партнерства на локалном нивоу и стратешког доношења безбедносних одлука. Идеја је била подела одговорности и задатака у домену безбедности је је било јасно да полиција не може сама да изађе на крај са растућим криминалитетом, а и појединачне иницијативе уколико нису интегрисане у систем доводе до расипања ресурса, умањење ефикасности, дуплирање и несинхронизовање безбедносних иницијатива. Основна поставка оснивања савета за безбедност у Великој Британији била је неопходност да се у оквиру једног радног тела нађу сви релевантни фактори који, на једној страни, могу да утичу на решавање безбедносних питања на нивоу градова, и на другој страни, они који су погођени небезбедношћу и осећају проблеме криминала на властитом искуству. Тиме су у оквиру истих радних тела спојени даваоци безбедносних услуга и представници посебно угрожених категорија заједнице. Олакшано је непосредно идентификовање *безбедносних њојреба* на нивоу градова тиме што су они који су посебно погођени проблемима укључени у предлагање решења и утицају на осмишљавање безбедносних стратегија. На тој основи савети за безбедност као стратешка тела на нивоу градова укључивали су велики број представника даваоца и примаоца безбедносних услуга: локалну полицију, преставнике локалне власти, преставнике школа, социјалне раднике, правосуђа, привреде, спортских удружења, невладиних организација, мањинских група. Имплементација савета за безбедност у градовима није била ни мало једноставна, било је лутања, неуспеха, незаинтересованости појединих субјеката, несинхронизације. Међутим, почетни ефекти су ипак били позитивни, допринели су интегрисању локалних заједница и формирању безбедносне мреже. Како би се рад савета за безбедност приближио проблемима и постао што више оперативан, у оквиру њих су формирана специјализивална радна тела за поједина питања и проблеме. Процес је у суштинској мери потпомогао процес имплементације концепта *community policing*, који је подразумевао безбедносну филозофију која се заснивала на децентрализацији полиције, проблемски оријентисаном приступу, изграђивању тесних релација са заједницом (партнерством). Специфичност модела Велике Британије је у томе што се имплеметирала варијанта концепта *community policing* која је другачија него систем који се имплементира у САД и Канади. Суштинска разлика је у томе што у оквиру концепта *community policing* који се развија у САД основни лидер је полиција, и она интегрише локалну заједницу, оснива радна тела и савете за безбедност. Насупрот томе у концепту који је усвојен у Великој Британији и који се назива концепт безбедне заједнице (*safe community*) основни лидер је локална заједница, полиција је само један део система и равноправан, а не доминантан члан

савета за безбедност. Ово је важно напоменути зато што је владина организација Велике Британије ДИФИД⁶ почетком двехиљадитих година у овом делу Балкана, у пет градова у Србији финансирала пилот пројекте „безбедне заједнице“ који су се темељили на наведеним постулатима, тако да већ постоји искуство (у београдској општини Звездара, Крагујевцу, Врњачкој Бањи, Новом Бечеју, и три општине на југу Србије, затим у неким градовима у БИХ и РС, нпр. Приједор, Жељче, итд.).

Како би се унапредио систем стратешког приступа питањима безбедности великих градова, и олакшао рад савета за безбедност у Великој Британији су донети и законсти прописи који обавезују субјекте на нивоу државе и локалних заједница на сарадњу у изграђивање партнерства. На пример, у Закону о криминалу и нередима из 1998. године (Crime&Disorder Act 1998) и у Закону о локалној управи из 2000. године (Local Government Act 2000) прописано је да кључне агенције (организације) друштвене заједнице морају да раде у партнерству. Јавне власти (Public authorities) морају да разматрају утицај својих одлука на криминал и нарушавање јавног реда и мира. Полиција и друге агенције *морају* да изграде партнерство у супротстављању криминалитету. Процесни закон о криминалу и нарушавању јавног реда и мира (The Crime&Disorder Act Process) такође прописује обавезу успостављања партнерства између полиције, локалних власти, здравствене службе, службе за пробацију и надзор над осуђеним лицима. У овом закону прописује се обавеза формирања партнерства, консултација и израда стратешког документа за имплементацију, мониторинг и евалуацију.⁷ На тај начин су градови у Великој Британији законски обавезани да формирају савете за безбедност.

Искуство Данске, је у основи слично искуству Велике Британије. Концепт партнерства и повезивање свих субјеката локалне заједнице у градовима представља основу имплементирања безбедносних стратегија и у тој земљи. Савети за безбедност су почели да се оснивају још раних седамдесетих година. Основна мисија савета за безбедност у данским градовима је „заједнички рад на пословима превенције у имплементирању мера које унапређују безбедност и шире информације које су усмерене у том правцу. Савети за безбедност обухватају све битне чиниоце заједнице и имају око осамдесет чланова и пет сталних комитета специјализованих за поједина питања. *Рогед* савета за безбедност, концепт партнерства у Данској је формализован на мултидисциплинараним основама на основу законских и уговорних обавеза у спровођењу пројеката превенције у

⁶ <http://www.id21.org/dfid-research/project-theme-04-04.html>

⁷ Bernard Hogan-Howe, Community Policing in London, у: The 25th Conference of Chiefs of Police of the European Capital, Zagreb, 26-30 may 2003, Conference Proceedings, стр. 138.

којима пре свега удружено учествују школе, институције социјалног старања, полиције (SSP-projects: Schools, Social Services, Police). Имплементација ових пројеката се финансира делом из општинског буџета а делом из државних фондова. На пример у Копенхагену постоји координациони комитет и петнаест група које обухватају представнике школа, социјалне институције, локалне полицајце задужене за безбедност у суседству или друга специјална питања, невладине организације, младе као појединце или у оквиру клубова, који су пријавили и добили финансијску потпору за имплементацију разних пројеката превенције на нивоу града или дела локалне заједнице. У питању су разне врсте пројеката: почевши од месечних окупљања и дебата о проблемима безбедности, основању секција које се баве специјалним питањима превенције, едукацијом, непосредном помоћи и подршком старима, угроженим категоријама малих, итд.⁸

Искуства Словеније: Рад локалних савета за безбедност у Словенији (легислатива и пракса). Поменуте правне акте Европског савета, преузела је и имплементирала и Словенија у Закону о полицији из 1998. и Закону о локалној самоуправи из 2003. године.⁹

На пример члан 21. Закона о полицији Словеније из 1998. препоручује сарадњу локалних полицијских станица са локалном самоуправом у области превенције криминала и решавању безбедносних проблема. Полицијске станице и полицијске управе сарађују са чиниоцима локалне самоуправе (општинама, градском администрацијом) ради побољшања безбедности у локалним заједницама. У ту сврху полицијске станице и (или) полицијски секретаријати формирају консултативне савете, комисије или друге договорене облике сарадње засноване на партнерству. Полицијске станице и полицијски секретаријати (управе) треба да сарађују и обезбеђују другим агенцијама, организацијама, институцијама и грађанима бољу безбедност у локалној заједници пружањем подршке и стручне помоћи. Члан 29 Закона о локалној самоуправи Словеније даје могућност председнику општине да оснује саветодавна тела ако се у локалној заједници појаве специфични проблеми. Безбедносни проблеми улазе у групу проблема за које председник општине може да оснује таква саветодавна тела. Према томе, у складу са словеначким правним могућностима, локалне савете за безбедност може да оснује или полиција или председник општине. У оба случаја ови савети немају извршну власт

⁸ Hanne Bech Hassen, Partnership in Crime Prevention, 25th Conference Capital Policing Europe, Conference Proceedings, Zagreb, 2004, str.23-27. ISBN 953-161-171- 8

⁹ Gorazd Meško, *Local safety council in Slovenia – informal for the purpose of formal*. Рад је публикован у Зборнику радова објављеном на десетогодишњицу смрти проф. др Владимира Водинелића, издавач: Правни факултет у Крагујевцу, 2004.

(не доносе правно обавезујуће одлуке) али се несумњиво појављују као консултативна тела (више политичка него консултативна).

Локани савети за безбедност уведени су у Стратегију полицијског рада у заједници у Словенији 2002. У складу са природом криминала и безбедносним проблемима, полицији се препоручује да сарађује и суштински учествује у разрешењу проблема криминала, нереда и безбедносних проблема у локалној заједници. Додатна је обавеза полиције да оснива, подржава и развија добре односе са локалном заједницом. Полицијцима се саветује да буду чланови тих савета. Препоручљив ранг (чин) полицијских службеника који су у савету зависи од величине града. На пример, у Љубљани члан општинског савета за безбедност је директор полицијског директората Љубљане. Вође сектора чланови су савета у суседствима. У другим градовима чланови тих савета су командири полицијских станица или полицијски официри нижег ранга (од командира до полицајаца који раде у локалним заједницама). Већина локалних савета за безбедност иницирани су од стране локалног полицијског руководиоца. У саветима за безбедност руководиоци су председници општина. Нема још правилника о саставу, задацима и одговорности ових савета. Покушај ширења мреже институција формалне контроле је очигледан, али су реални ефекти ових савета још под знаком питања. Неопходно је истраживати улогу ових савета у дужем временском периоду зато што је већина основана недавно. Проблем је укључити у локалне савете за безбедност квалификоване грађане и експерте за превенцију криминала. У већини истраживаних општина чланови су „професионални волонтери“ или „грађани са интересом или добром вољом“. Нема стриктних правила (само препоруке које могу бити игнорисане) о избору представника у локалне савете за безбедност. Неке од активности савета финансијски се подржавају од стране приватних безбедносних агенција или осигуравајућих друштава јер су заинтересоване за пословне активности и смањење ризика. Сарадња полиције са локалном заједницом и локалном влашћу још увек је ограничена неформалним комуникацијама без икакве обавезе и реалне сагласности у свакодневној пракси укључивања институција. Изгледа да такве активности утичу више на редукацију страха од криминала или осећај несигурности, него што редукују и елиминишу узроке криминала у појединим заједницама. По мишљењу словеначког криминолога требаће више времена за полицију и заједницу да науче како да сарађују и решавају проблеме заједно и ефикасно.¹⁰

¹⁰ Горазд Мешко, Локални савети за безбедност у Словенији – неформално у функцији формалног, у: Бранислав Симоновић, Сузбијање криминалитета, деценија после смрти професора Водинелића, Зборник радова, Крагујевац 2004, стр. 521-534.

4. Два могућа стратешка приступа имплементације међународних стандарда с циљем отклањања и умањења претњи по безбедност градова

Правни акти које су донеле међународне институције, пре свега Уједињене нације и Савет Европе у вези са превенцијом криминалитета у градској средини дају јасне показатеље у ком правцу би требало развијати стратегију превенције и у градовима у Србији. Нема сумње да проблему криминалитета треба приступити осмишљеном и синхронизованом активношћу свих чланова друштвене заједнице у оквиру партнерског деловања. Криминалитет у градским срединама исувише је сложена појава тако да се не може успешно третирати изолованим пост деликтним акцијама полиције и суда или независним превентивним акцијама појединих субјеката друштвене заједнице. Имајући то у виду, данас су у свету најприхватљивији концепти превенције криминалитета познати под називом рад полиције у заједници (community policing) или безбедна заједница (safe community) који покушавају да интегришу деловање свих субјеката локалне заједнице. Приказани међународни документи указују на значај проактивног деловања друштвене заједнице, тј. предузимање мера усмерених на уочавање ризика и предузимање друштване акције пре него што дође до кривичног дела.

Први и најлоичнији пут усвајања међународних стандарда у области превенције криминалитета подразумева имплементацију описаних стандарда најпре на националном, тј., државном нивоу.

То подразумева усвајање наведених докумената на нивоу највиших државних органа, на основу тога формирају се мултидисциплинарна радна тела са задатком да изврше стратешку анализу безбедносног стања на националном нивоу по појединим врстама криминалитета. На основу добијених резултата сачињавају се националне стратегије за превенцију појединих врста кривичних дела, и формирају експертске групе за доношење појединих закона. На основу усвојене националне стратегије и донетих законских прописа формирају се стратешки и имплементациони тимови који доносе планове деловања на проблеме (тј. врсте криминалитета у вези са којима су усвојене националне стратегије). Формирају се консултативна и оперативна тела која ће помоћи да се национална стратегија имплементира у локалним заједницама, тј. имају задатак да помажу локалним заједницама у имплементирању националних стратегија (едукација, организовање, интегрисање локалне мреже стручњака, набавка опреме, консултовање, сачињавање стратешких и оперативних планова за дате локалне заједнице). На нивоу локалних заједница, пре свега градова, формирају се савети за безбедност и радна тела (радне групе) која су задужена за имплементацију националних

стратегија у оквиру локалне заједнице. Посматрано са нивоа безбедносног менаџмента, уводи се стратешко планирање и стратешко и оперативно деловање (мултиагенцијски устројено), на поједине врсте криминалитета, најпре на националном нивоу, па се потом спушта на ниво локалних заједница у оквиру читаве националне државе.¹¹ На пример, овакав модел је примењен у Јапану у вези са имплементацијом националне стратегије за превенцију малолетничке делинквенције, где се након једног екцеса који се десио почетком двехиљадитих у фебруару (дете од 14 година је извршило тешко убиство), у априлу исте године донета је национална стратегија на нивоу државе, која се у августу исте године до краја финализовала и почела се примењивати у скоро свим градовима Јапана, на истим основама и са усвојеним законским решењима, стручном и финансијском подршком. Резултате су јапански стручњаци оценили више него позитивним. Исте године се у Србији десило више убистава међу малолетницима у кратком периоду, (бацање с моста деचाка у Београду, неколико убистава у школама и ван њих у Београду и унутрашњости, итд.). Те године се у Србији пуно причало у медијима о потреби формирања националне стратегије за превенцију малолетничке делинквенције која ни до данас није донета. Слична ситуација је и са превенцијом корупције, насиља у породици итд. Само има појединачних акција, без стратешког и осмишљеног целовитог приступа.

Други модел усвајања међународних стандарда је у пракси чешћи и заснива се на отпочињању пилот пројеката у појединим великим градовима на нивоу Европе и света. У појединим градовима се формирају савети за безбедност и радне групе за третирање појединих проблема који погађају дотичну локалну заједницу. У оквиру локалне заједнице се формира мултиагенцијски приступ и остварује сарадња локална власти, локалне полиције и осталих субјеката који треба да третирају проблем или су погођени проблемом. На основу првог периода имплементације и искустава, уочавају се проблеми, отклањају се, предлажу се законска решења, основају се фондови за финансирање пројеката и постепено се унапређује пракса уводећи се партнерство, проблемски оријентисан приступ, мултиагенцијски агенцијски рад. На основу позитивних искустава доносе се националне стратегије, законска решења и постепено се остварује деловање на проблем на националном нивоу. Слабост овог модела је немогућност избегавања лутања, несинхронизовано деловање, недостатак законских решења што отежава имплементацију и првом периоду.

Добра страна овог приступа је у томе што се постепено напредује, стиче се искуство, уочавају се мере које делују на проблеме, а које не у

¹¹ О овом питању детаљније: Б. Симоновић, Рад полиције у заједници (community policing), Бања Лука, 2006, стр. 183-206. (ћирилична верзија)

датој држави или појединим локалним заједницама. Светска пракса показује да поједине мере могу у појединим државама (или срединама у оквиру истих држава) давати одличне резултате, а у другима остајати без очекиваних ефеката. Због тога се најчешће и најпре имплементирају **пилот пројекти** у појединим градовима на принципима: *изградње партнерства* између полиције, локалне власти и свих субјеката заједнице; *стражишћој деловања и одређивања приоритета*, константног *праћења проблема* и остварених ефеката деловања (модел SARA, SWOT анализа и други); повезивања свих субјеката заједнице који могу да делују на проблем (*мултиагенцијски приступ*); *проблемски оријентисаној раду* (делује се на проблем пре него што ескалира); *вишеструкој и разноликој деловања на исти проблем* (на исти проблем се може деловати са више страна и укључивањем различитих субјеката); *поделе одговорности* (нису само полиција и судови одговорни за стање безбедности, већ и они који су погођени проблемом и којима се даје шанса за учешће у деловању на проблем који њих погађа); *едукације и подстицања укључивања свих* који могу деловати на проблем; примене *осмишљене казнене политике* која делује подстицајно, одвраћајуће и превентивно, у складу са тим примене *стражишће нулне толеранције* (посебан третман и програми према повратницима); формирања националних и локалних *фондова за финансирање пројеката* којима могу аплицирати сви који понуде добру идеју; *снажне медијска подршке*; придавања посебне пажње и финансирања програма усмерених према *мањинама, најсиромашнијима, деци, младима, инвалидима, незапосленима, најрањивијим члановима друштва* (прозилази из концепта безбедне заједнице), итд.

5. Стратегија отклањања и умањења претњи по безбедност града Београда

На основама изложеног приказа међународних норми и стандарда који се баве дефинисањем безбедносне политике у оквиру европских градова, могуће је дефинисати основне правце развоја безбедносне стратегије за град Београд. Потребно је нагласити да отклањање и умањење претњи по град Београд не значи њихово потпуно уклањање,¹² већ

¹² Стратегије решавања проблема могу имати различите резултате. 1) *Потпуно елиминисање проблема*. Овај начин решавања обично је лимитиран на неке проблеме, нпр. решавање закрчења саобраћаја постављањем семафора, изградњом другог пута који ослобађа поједине деонице итд. 2) *Редукује се број дешавања која производе проблем*. На пример, деловање дроге је у вези са проблемима разбојништва и насиља организованих криминалних група. Ови се проблеми могу умањити ако заједница и полиција делују заједно отварањем саветовалишта за проблеме дроге и центара за рехабилитацију наркомана, интензивирају едукацију

уочавање, осмишљавање и имплементација програма којима се делује на уочене опасности и проблеме (држање проблема под контролом). Основни приступ савремених стратегија је активан однос према проблемима који могу да ескалирају у криминалитет, хаварије, катастрофе. У савременим стратегијама проактивног приступа, потпуно је неприхватљиво неулагање напора у уочавање проблема и неделовање на њих. Далеко је мања грешка када се на проблем делује па се погреша, него када проблем постоји а на њега се не делује. Из првог случаја се нешто може научити и унапредити активност заједнице, а у другом се неминовно назадује, што је апсолутно неприхватљиво са аспекта савремених европских и светских стандарда и најчешће кажњиво.

Да би се унапредио нови стратешки приступ отклањања и умањења опасности по безбедност града Београда потребно је формирати неке нове институције или постојеће интегрисати на новим принципима (проактивни приступ, проблемски оријентисан рад, партнерство, мултиагенци приступ, подстицање креативности у потенцијала који постоје у заједници, итд). Потребно је усвојити нову филозофију безбедносне политике, преточити је у стратешке, акционе планове и њих имплементирати у пракси.

по школама, укључе и црквене институције у овим настојањима, интензивирају превенцију малолетничке делинквенције итд. 3) *Редуковање ишчешије коју израва инцидентии*. На пример, полиција може да подучава чиновнике у агенцијама које раде са новцем како да се понашају за време разбојништва да би избегли повређивање или смрт. 4) *Може се побољшајти ипрећирање проблема*. Полиција треба да уложи напор да третира људе хумано, да се понаша сензитивно у случајевима контаката са жртвама силовања и да проналази начине за олакшавање њихових траума, да повећа ефективност у третирању наркомана, пијаних возача тако што ће да сарађује са другим агенцијама. 5) *Манипулисање факторима из окружења како би се декуражирала криминална понашања*. На пример, то укључује удружене напоре да улице постану сигурније постављањем камера и побољшањем осветљења. Има онолико солуција за решење колико има проблема. Солуције за решавање проблема могу се рангирати по сложености, бројем употребљених мера, временским оквиром реаговања, величином ресурса који су ангажовани ради њиховог решавања. Решавање проблема лимитирано је једино имагинацијом, креативношћу и ентузијазмом људи укључених у његово решавање, нормално све то у оквиру допуштених законских оквира. Проблемски оријентисан рад дозвољава солуције које ће бити кројене у складу са специфичним потребама и ресурсима конкретне заједнице. На пример: Community Policing Consortium, *Understanding Community Policing*, у: Willard M. Oliver, *Community Policing, Clasical Readings*, стр. 131-132.

Савет за безбедност града Београда

Потребно је на нивоу града основати Савет за безбедност. С обзиром да Београд има више општина, можда би било решење основати један савет за безбедност као централно стратешко тело, а на нивоу појединих општина оснивати поједине радне групе којима се делује на поједине врсте проблема.

Потребно је нагласити, да су савети за безбедност тела које се формирају у већини градова света у којима су усвојени приказани међународни стандарди и представљају основна стратешка тела, облик институционализованог партнерства између полиције, локалне власти и представника грађана. У оквиру њих формирају се превентивне стратегије и артикулишу безбедносне потребе грађана локалне заједнице. Савет за безбедност у локалним заједницама оснива локална самоуправа (општинска власт) или полиција. У Србији се савети за безбедност најчешће оснивају при скупштини општине, кроз изградњу концепта безбедне заједнице (safe community) тако да би то требало учинити и у случају Београда.

У оквиру локалних савета за безбедност предузимају се најчешће следеће активности: 1) дефинишу се безбедносни проблеми, опасности и претње које постоје у локалној заједници; 2) одређују се стратешки правци развоја превентивних стратегија и деле поједина задужења у том правцу; 3) усвајају се програми превенције којима се делује на поједине безбедносне проблеме; 4) доносе се одлуке и прописују обавезе појединих субјеката локалне заједнице које се тичу усвојених програма превенције којима се покушавају решити поједини безбедносни проблеми; 5) подносе се извештаји у погледу резултата предузетих програма превенције, врше корекције, измене и допуне програма и превентивних настојања; 6) подносе се извештаји о ефикасности рада полиције и правосудних органа са територије локалне заједнице; 7) формирају се радне групе у оквиру савета специјализоване за развој и имплементацију појединих пројеката превенције којима се делује на поједине безбедносне проблеме у локалној заједници и подносе се извештаји радних група о ефектима њихових настојања итд.

Стратешки задатак савета за безбедност је: одређивање безбедносних стратегија и безбедносне политике на нивоу локалне заједнице, усвајање конкретних пројеката превенције иза којих ће стати локална заједница, праћење стања безбедности и уочавање безбедносних проблема на које треба деловати итд. Савети за безбедност су замишљени као основно тело локалне заједнице за изграђивање локалних безбедносних стратегија и контролу рада локалних полицијских и правосудних органа. Теоријски посматрано, чланови савета за безбедност процењују рад судова, тужилаштва и полиције и утврђују да ли су њихове активности и одлуке

примерене и у складу са локалним безбедносним проблемима и потребама. На пример, уколико утврди да је озбиљан проблем и приоритет дотичне локалне заједнице умањење наркоманије, савет може да отвори питање да ли правосудни и полицијски органи усклађују своју делатност и одлуке сразмерно дефинисаном проблему и приоритету. Теоријски посматрано, савет за безбедност има веома значајну улогу калибрирања, тј. утицања на усклађивање рада правосудних институција, полиције и осталих субјеката локалне заједнице у складу са актуелним безбедносним проблемима и безбедносним потребама локалне заједнице (имплементација проблемски оријентисаног рада и спровођења безбедносне политике уопште). На тај начин у локалној заједници реално се остварују услови за праћење стања у погледу уважавања људских права и слобода и праваца њиховог подизања на виши ниво. Заштита људских права и слобода се операционализује, спушта на практични ниво и усклађује са потребама грађана локалне заједнице.

Састав савета за безбедност. Савет за безбедност сачињавају представници локалне управе (председник општине, председник извршног савета, представници специјализованих стручних тела у општини, председници месних заједница); представници полиције (начелник ПУ, његови заменици, шефови појединих полицијских служби и одсека - нпр. линије за сузбијање илегалне трговине наркотика, сузбијања малолетничке делинквенције, полицајци задужени за превенцију, портпарол полиције за медије итд.); јавни тужиоци, председници судова, судије за малолетничку делинквенцију; директор центра за социјални рад или његов заменик; представници министарства просвете и директори школа; представници здравствених институција; представници спортских удружења; представници невладиних организација и удружења, представници привреде; представници медија, представници свих верских институција заступљених у локалној заједници, представници мањинских скупина. Председник савета за безбедност најчешће је председник скупштине општине или руководиоца извршног савета, а заменик је начелник СУП-а.

Радне групе у оквиру савета за безбедност. У оквиру савета за безбедност формирају се радне групе за поједине безбедносне проблеме. Радне групе треба да буду сачињене мултидисциплинарно, тј. од различитих стручњака са којима располаже локална заједница и који су специјализовани и професионално везани за третирање проблема ради којег је радна група основана и представника популације која се конкретним програмом штити. Координатор у свакој радној групи је најчешће представник полиције који је одговоран за њен рад.

Рад савета за безбедност у пракси. У пракси се појављује проблем зато што локални савети за безбедност нису уопште или нису детаљније регулисани у националним законодавствима (у зависности од државе) тако да је остављено пракси да формира модалитете њиховог устројства

(организације) и рада у складу са локалним потребама. Због тога се у пракси појављује велика разноликост у њиховој организацији, саставу и реалном утицају на безбедносну политику локалне заједнице. На пример, у многим локалним заједницама на просторима држава које су настале распадом СФРЈ савети за безбедност уопште нису основани. У неким локалним заједницама су основани, али уопште нису активни. Досадашње искуство код нас недвосмислено показује да је за рад савета за безбедност у локалним заједницама од пресудне важности подршка локалне власти и руководиоца локалне полиције. На другој страни, потребно је Законом о локалној самоуправи регулисати њихов састав, овлашћења, обавезност одлука, финансирање пројеката које усвоји савет.

У пракси се среће и велика разноликост у саставу, организацији и овлашћењима локалних савета за безбедност. У многим локалним заједницама локални савети за безбедност имају само по неколико чланова (најчешће пет), што није добро зато што не покривају све структуре локалне заједнице. За разлику од њих, Савет за безбедност града Крагујевца има двадесет четири члана и састављен је од представника скоро свих релевантних чинилаца локалне заједнице. Овлашћења локалних савета нису иста у свим локалним заједницама. У неким срединама они представљају само саветодавно и консултативно тело које нема право да доноси одлуке, а некима је статутима општина или посебним актима (нпр. пословник савета за безбедност) прописано да савети за безбедност могу доносити валидне и обавезујуће одлуке, што несумњиво појачава њихов значај и утицај у локалној заједници, као што је случај у Крагујевцу.

Рад савета за безбедност је далеко квалитетнији и конкретнији када су у оквиру њега основане специјализоване радне групе за решавање појединих проблема са којима се суочава локална заједница. Уколико нису формиране радне групе (или уколико нису активне), рад савета за безбедност често се своди на дискусионе кружоке, дебатне клубове у вези са различитим погледима на проблеме у локалној заједници. Савет за безбедност је по својој природи стратешко тело, које се састаје у најбољем случају једанпут месечно. Формирањем радних група даје се оперативни карактер савету за безбедност и пружа нов импулс у развоју партнерства између полиције и заједнице, имплементирању проблемски оријентисаног рада, зато што се на тај начин фокусира пажњу локалне заједнице на горуће проблеме и иницира сачињавање стратешког плана којим се активно делује на њиховом решавању. На пример, Савет за безбедност града Крагујевца формирао је једанаест радних група за формирање и имплементирање пројеката превенције. Свака радна група је састављена од стручњака локалне заједнице који су професионално специјализовани за решавање проблема због којих је радна група основана, одборника скупштине града, представника корисника пројекта и полицајца који је координатор. Свака радна група има председника који је

испред радне групе одговоран за њен рад, подноси месечне извештаје савету за безбедност и по функцији је члан савета.

У оквиру савета за безбедност града Београда би вероватно требало основати већи број радних група, него у Крагујевцу, од којих би неке покривале само поједине општине, а друге читав град. Вероватно би због величине града, и неопходне синхронизације и размене идеја и искустава, требало формирати у оквиру радних група, радне подгрупе које би покривале поједине територије или општине града Београда у односу на исту врсту проблема због којих је формирана радна група. На пример, то би био случај са радном групом за превенцију малолетничке делинквенције која би била мултидисциплинарно састављена од стручњака специјализованих за третирање различитих аспеката тог проблема и која би имала подгрупе за поједина специјална питања из домена превенције малолетничке делинквенције (нпр. едукација школске десе, рад са малолетним делинквентима, превенција вршњачког насиља итд.), или подгрупе које би својим активностима покривале поједине делове града.

Мере проактивног деловања на проблеме између осталог подразумевају увођење проактивног приступа сачињавањем стратешких планова за: 1) уочавање проблема који доводе до прекршаја или криминалитета или су у вези са криминалитетом (сачињавање листе, дефинисање приоритета, дефинисање начина уочавања и мерења проблема, давање предлога за учешће институција и субјеката који ће бити укључени у деловање на проблем); 2) дефинисање категорија лица која су у проблему и сачињавање стратешких планова деловања са субјектима који ће бити укључени у програм деловања на та лица; 3) сачињавање листе лица на нивоу општина која су склона прављењу проблема (повратници прекршајно и кривично кажњавани). Дефинисање категорија, приоритета и сачињавање стратешких планова са субјектима који ће учествовати у реализацији. 4) Одређивање локалитета у оквиру града и појединих општина у којима се понављају проблеми (прекршаји и кривична дела) и осмишљавање стратегије деловања на те локалитете (област мапирања криминалитета и прекршаја, тзв. уочавање „жаришних тачака“ и примена полицијских и комбинованих метода деловања тако што се за сваку локацију осмисли план деловања у складу са локалним специфичностима). За све пројекте се дефинишу: институције и субјекти који узимају активно учешће, стратешки и оперативни план активности, начини мерења и контроле остварених ефеката, едукација и сарадња учесника, супервизија.¹³

¹³ У оквиру пројеката проактивног деловања на проблеме посебно оформити радне групе и подгрупе за проблеме који су на Савету за безбедност одређени као приоритети. Пре свега формирати радне групе за проблеме:

Нова улога полиције у оквиру стратегија отклањања и умањења претњи по безбедност града Београда

Ни један стратешки притуп сузбијања и превенције криминалитета или других опасности које угрожавају Београд, или било који други град, није могућа без значајног учешћа полиције. Међународни стандарди описани у тексту горе подразумевају децентрализовану полицију и полицију која је у основи свога концепта усвојила филозофију рада полиције у заједници и (или) концепт безбедне заједнице (community policing, односно safe community). У свим демократским државама света, а посебно у Уједињеној Европи полиција је децентрализована, организована као сервис за задовољење безбедносних потреба грађана локалне заједнице.

С обзиром да је коренита реформа полиције у Србији дуготрајан процес који захтева пуно услова које треба остварити: политичка сагласност, сачињен концепт реформе, промена законске регулативе, на овом месту се неће улазити у анализу тих питања. Приступиће се прагматичној анализи са аспекта минималистичких услова који треба да буду остварени у оквиру полиције како би се могло отпочети са имплементацијом међународних стандарда у реализацији стратешког приступа отклањања и умањења опасности које угрожавају Београд.

Као прво, имплементација међународних стандарда подразумева усвајање концепта рада полиције у заједници (community policing). Тај концепт није непознат српској полицији с обзиром да се више или мање успешно имплементира у неколико градова у Србији. Најбољи пример је Крагујевац. Посебно је важно, истаћи да су значајни позитивни резултати постигнути почетком двехиљадитих у београдској општини Звездара. Србија и Београд имају у полицији стручњаке који су едуковани за имплементацију концепта рада полиције у заједници. ОЕБС, ДИФИД, владе Швајцарске и Норвешке су одржале читав низ курсева едукације полиције у Србији из области практичне имплементације концепта рада полиције у заједници.

И поред бирократизованог и централистичког концепта полиције који постоји у Србији, МУП Србије је постепено почео да имплементира наке

-
- малолетничке делинквенције,
 - пројекат безбедности у школама,
 - пројекат безбедности на стадионима,
 - пројекат превенције наркоманије који има више потпројеката (едукација деце, едукација наставног особља, едукација родитеља, пројекти рада са наркоманима),
 - пројекат безбедности саобраћаја (тим за едукацију, „тим за деловање на црне тачке“),
 - тим за односе са медијима, итд.

форме рада полиције у заједници на нивоу читаве државе. Посебно треба указати на пројекат школског полицајца који је у основи дао веома позитивне резултате и уклапа се у међународне стандарде као одлична основа за имплементацију разних пројеката превенције малолетничке делинквенције и унапређења сигурности у школама и њиховој околини. Пројекат школског полицајца могао би се инкорпорирати у концепт који се предлаже у овој анализи и укључити се и надоградити у мултиагенцијски рад превенције малолетничке делинквенције и заштите школа.

Када је у питању превенција насиља у породици, искуства српске полиције су такође у основи позитивна, са одличним примерима сарадње полиције са центрима за социјални рад, невладиним организацијама и заштити жена жртава у оквиру „сигурних кућа“.

Запошљавање жена у полицију Србије је поред неких слабости у пракси, дало позитивне резултате, који такође представљају одличну основу за имплементацију безбедносних стратегија у оквиру пројеката превенције насиља у породици, малолетничке делинквенције, безбедности саобраћаја, разних едукативних пројеката, пројеката рада са жртвама кривичних дела и пројеката унапређења релација између полиције и заједнице.

У градовима у којима се развија концепт рада полиције у заједници формирана су саветовалишта за грађане. Она се налазе у просторијама полицијске станице и у њима грађани могу да изложе своје проблеме и траже помоћ од полицијских службеника који раде у њима. Овај облик рада улази у оквире савремених међународних стандарда полицијског рада. При месним заједницама се такође дефинишу термини када полицајци задужени за тај део града примају грађане и разговарају о њиховим проблемима. У Србији има позитивних резултата у погледу ових облика рад, посебно у Крагујевцу.

На основу искустава у општини Звездара, Крагујевцу и другим градовима у којима се имплементира концепт рада полиције у заједници, може се закључити да полиција узима активно учешће у раду савета за безбедност тамо где су основани, тј., прихвата јасно дефинисане иницијативе локалне заједнице, што може представљати основу за имплементацију стратешког приступа приказаног у овом тексту. Постоје проблеми, али претежно на нивоу личне опструкције, нестручности, неразумевања концепта, традиционалног кова старијих полицајаца, сујете, осећаја угрожености новим идејама које су стране ригидном начину размишљања, лоше успостављене сарадње са локалном самоуправом. Уколико би се на нивоу града Београда одлучило за улазак у пројекат, МУП Србије би највероватније подржао формирање савета за безбедност на ниву Београда и узео би активно учешће у његовом раду и раду радних групе које би биле формиране у оквиру савета.

Да би се имплементирао концепт међународних стандарда у уочавању и отклањању опасности које угрожавају Београд, веома је важно имплементирати полицајца у суседству као битан елеменат концепта. Полицајац у суседству је доградња секторског начина рада који подразумева да се у оквиру полицијске станице одреди полицајац који ће бити одговоран за стање безбедности за један део територије који објективно може да контролише и да на њему спроводи пројекте превенције, успостављања позитивних релација, проблемски оријентисаног рада, познате у оквиру концепта рада полиције у заједници. Овај полицајац мора бити чврсто интегрисан у локалну заједницу, прихваћен у њој и у њој устаљен. Највећи проблем је у томе што у Београду већина униформисаних полицајаца није из Београда, што представља проблем уклапања и прихватања од стране локалне заједнице. Београд нема довољно униформисаних полицајаца који су пореклом из Београда и који би могли успешно да спровode активности који улазе у опис послова полицајца у суседству.

У Хрватској је уведен концепт „контакт полицајца“.¹⁴ Контакт полицајац није везан за суседство већ, за полицијску станицу. Његов задатак је одржавање веза са грађанима, проблемски оријентисан рад и учешће у пројектима превенције. У колико би се у оквиру пилот пројекта покушало са имплементацијом контакт полицајца, а не полицајца у суседству, тада би требало ангажовати мањи број полицајаца. Тада би се отворили неки други проблеми који превазилазе анализу ове студије. Контакт полицајац такође подразумева чврсту уклопљеност у локалну заједницу што је проблем, и посебну едукацију (сличну као и полицајац у суседству), што није проблем.

Нема сумње да би град Београд морао додатно да финансира одређени број униформисаних полицајаца који су пореклом из Београда и који би по својим социјалним, културолошким и образовним особинама могли да прихвате задатке полицајца у суседству или контакт полицајца ради учешћа у пројектима превенције који представљају усвајање европских стандарда у раду полиције у локалној заједници, посебно метрополи као што је Београд.

Институт за изучавања криминала и осталих ризика који угрожавају безбедност Београда и сачињавање програма превенције

Институт би требало да буде помоћно стручно тело градског Савета за безбедност. Имао би задатак да прикупља, анализира, обједињава податке

¹⁴ Cajner - Mraović, Irena – Faber, Vladimir - Volarević, Goran: Strategija delovanja policije u zajednici, Zagreb, 2003.

који указују на претње и ризике којима је изложен Београд. Саветодавно би учествовао при дефинисању проблема на које треба деловати, опредељивању за солуције њиховог решавања и давао стручно мишљење у припреми одлука које усваја Савет. Циљеви овог института би били:

- Стручна помоћ Савету за безбедност Београда с циљем лакшег доношења стратешких одлука, стручна помоћ радним групама у сачињавању и имплементацији стратешких и оперативних планова деловања на проблеме који доводе до криминалитета или помоћ у изради елабората којима се умањују опасности које угрожавају Београд (помоћ кризном менаџменту);

- Изучавање разних форми криминалитета које угрожавају Београд, прикупљање статистичких података о криминалитету, категоријама извршилаца, угроженим локацијама (на основу статистике утврђивање жаришних тачака), виктимолошка истраживања, као и друга истраживања која се тичу односа јавности према криминалитету, његовом сузбијању и превенцији и органима социјалне контроле;

- Анализа постојећих ресурса и институција које су законски овлашћене да делују на проблеме који угрожавају Београд са циљем уочавања проблема који отежавају испуњење задатака (организација, лоша законска решења, несинхронизација у деловању различитих институција, непостојање партнерства, недостатак материјалних ресурса итд.), и предлагање решења која подижу синхронизовани мултиагенцијски и проблемско оријентисани приступ на квалитативно виши ниво.

- Сачињавање конкретних програма превенције криминалитета који су усмерени на поједине врсте криминала, типове потенцијалних и стварних извршилаца, категорије жртава или амбијенталне (ситуационе) факторе који доприносе криминалитету (нпр. анализа и предлагање локација на којима треба поставити камере, или треба предузети појачани надзор од стране полиције и сл.);

- Обучавање едукатора, као и непосредно спровођење едукативних акција и пројеката (сачињавање стратегије и пројеката едукације).

- Изучавање праксе и постигнутих резултата примењених програма превенције, уочавање добрих и лоших страна у њиховој имплементацији и предлагање њихове доградње и усавршавања;

- Маркентишко ширење идеје о потреби превенције криминала или других опасности које угрожавају Београд, као и сачињавање едукативних материјала за потребе радних група при спровођењу појединих програма превенције, и оних намењених информисању јавности и медија;

- Израда студија у којима би се анализирао постојећи законски решења, слабости у нормативној сфери и на основу тога сачињавали предлози за промену закона како би се правно регулисали односи (права и обавезе) институција и других правних лица са циљем увођења партнерства, мултидисциплинарног присуства решавања проблема који

угрожавају Београд, стварању законских услова који доприносе превенцији, или омогућавају ефикасније репресивно поступање;

- сарадња са међународним организацијама које се баве превенцијом криминала;

- изучавање иностране литературе и праксе превенције криминала са циљем преузимања иностраних искустава и програма, њихову адаптацију домаћим условима и увођење у домаћу праксу.

Сачињавање интегрисаних база података о безбедносним опасностима које угрожавају град Београд

Потребно је на нивоу града интегрисати компјутерски информациони систем регистрација опасности које угрожавају град Београд. Интегрисање информационог система у јединствени је могуће спровести и по фазама тако што би се сачинили најпре интегрисани делови подсистема везаних за жаришне тачке појединих врсти криминалитета (саобраћајне незгоде, крађе са паркинга, разбојништва, објекти у којима је учестало нарушавање јавног реда и мира, школе у којима је учестало насиље, итд.), техничких експлозија, настанка пожара или других хаварија. Примена технологије географских информационих система, картографског приказивања и аутоматске статистичке обраде података по задатим параметрима, постала је стандардна технологија неопходна за имплементирање проактивног приступа и усмеравање полицијске и друге превентивне делатности у односу на предвиђене опасности и очекивани криминалитет. Ова метода је постала стандард у свим великим градовима света и повезана је са операционим системом за хитне интервенције који интегрише хитну службу полиције, медицинску службу прве помоћи, ватрогасне јединице, и друге специјалне јединице за хаварије. На пример, у Дубају и неким другим градовима света, у истом оперативном центру се налазе све службе за хитне интервенције и тиме се обезбеђује интегрисан приступ и координација у деловању. Са информационим системом су повезане камере преко којих се у реалном времену врши контрола жаришних тачака у моменту активирања сигнала за узбуну. Информациони систем је у директној вези компјутерским базама података у којима су ангажоване радне групе за стратешке и оперативне анализе, које поседују потребне софтвере за анализе и обучено људство.

Подстицање креативних иницијатива формирањем фонда на нивоу града за финансирање пројеката превенције отклањања и умањења опасности које могу да угрозе безбедност Београда

Да би се успешно могли спроводити пројекти превенције у отклањању опасности које угрожавају безбедност Београда, потребно је основати фонд и предвидети средства у оквиру градског буџета. За активности радних група, ангажовање стручњака, едукацију, сачињавање пропагандног и едукативног материјала неопходна су новчана средства која треба предвидети градским буџетом, као и отворити могућности за друге видове финансирања (донације, осигуравајућа друштва, републички фондови). Не треба изгубити из вида процене светских стручњака да се један долар уложен у превенцију седмоструко враћа. Неке вредности се никад не могу измерити и надокнадити (људски живити, идвалидитет, стресови и патње жртви проузроковане криминалом, саобраћаним незгодама или технолошким хаваријама, итд.).

Потребно је нагласити да Београд има проблеме са официјелним институцијама, као и сви градови у Србији, који се огледају у немотивисаности чиновника, недостатку идеја, превеликој бирократизованости и формализму који уништавају креативност. Тај се проблем у великој мери уочава приликом имплементације пројеката превенције у оквиру концепта рада полиције у заједници у пилот градовима.

На другој страни Београд има огромне потенцијале у младим и школованим људима који имају идеје, користе интернет, знају стране језике, мотивисани су да се докажу и изборе за своју позицију у друштву. Таквим људима треба дати шансу тако што би се расписивали тендери за пројекте превенције на којима би првих двадесет или више било финансирано из градског буџета.

У буџету би требало дефинисати резличите износе средства за финансирање пројеката радних група (независно формираних од оних у оквиру Савета за безбедност) који би требало да буду усвијени на тендеру у зависности од обима и значаја пројекта. Конкурсом би се могли прописивати услови у вези са пројектима којима се делује на поједине врсте проблема. На пример, то могу бити:

- Радне групе које могу покривати сео Београд или део Београда (нпр. месну заједницу, школу, део града, проблем у делу града и сл.);
- Радне групе за едукацију по појединим питањима (вршњачка едукација, едукација по разним аспектима проблема наркоманије и едукација различитих категорија грађана, малолетничка делинквенција, саобраћај, тероризам, организовани криминалитет, понашање на

утакмицама и јавним местима, едукација у вези са злоупотребама интернета, едукација у циљу превенције трговине људима, едукација у циљу превенције силовања, насиља у породици, итд). За сваку област или врсту проблема могу се пријавити посебни пројекти и формирати посебне радне групе;

- Радне групе за стратешке анализе и сачињавање стратешких планова (сачињене од експерата истраживача али обавезно и практичара, по правилу треба да буду мултидисциплинарне. Састав радне групе је у зависности од проблема на који се односи стратешки план. Услов за финансирање је и формирање групе за имплементацију;

- Радне групе за деловања на поједине типове проблема;

- Радне групе за односе са медијима;

- Радне групе за сачињавање пропагандног, едукативног и рекламног материјала. Услов за финансирање радне групе је да се исказе потреба за коришћење сачињеног материјала;

- Радне групе за помоћ жртвама кривичних дела;

- Радне групе за помоћ старима, ризичним категоријама, становништва;

- Радне групе за осмишљавање доколице и слободног времена младих (едукативне, спортске итд). Посебно финансирати оне радне групе које укључују у пројекте ризичне и рањиве групе, малолетне делинквенте;

- Радна група за надзор и контролу добијених финансијских средстава из буџета, тачности приказаних активности и резултата које су исказале радне групе у својим извештајима.

На тај начин би се максимално постицала креативност и дала шанса свима онима који имају идеје и хоће да узму учешће у пројектима ове врсте.

Prof. Dr. Branislav Simonovic,
a full-time professor

SAFETY STRATEGY IN BIG CITIES – THE CASE OF THE CITY OF BELGRADE

The first part of this work describes international standards used for creating a comprehensive safety strategy in big cities. The work further explores the idea of implementation of these standards in designing an integral safety strategy for the City of Belgrade.

*Др Снежана Соковић,
редовни професор*

UDK:341.2:343.812-053.6

РЕЛЕВАНТНИ МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА КОЈЕ СЕ ИЗРИЧУ МАЛОЛЕТНИЦИМА

I. Реформа казненог законодавства Р Србије из 2006. године посебно значајне новине уводи у погледу регулисања кривичноправног статуса малолетних лица. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица јесте први посебни закон којим се регулишу сви релевантни сегменти кривичноправне позиције малолетника. Тако је и област извршења кривичних санкција које се изричу малолетницима регулисана Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМУКД) а не, као раније Законом о извршењу кривичних санкција.

Наиме, пре доношења овог закона кривичноправне одредбе о малолетницима представљале су посебне целине у оквиру материјалног, процесног, извршног законодавства. Обједињавање и издвајање прописа о систему кривичних санкција за малолетнике, поступку изрицања и начину, као и поступку и условима извршења малолетничких кривичних санкција и других мера у засебну целину треба да допринесе, како унапређењу системског концептуалног дефинисања кривичноправног статуса малолетника, тако и подизању нивоа ефикасности друштвене реакције у сфери криминалитета малолетника. Уз доследно усаглашавање са релевантним међународним стандардима¹, закон уводи и нова решења

¹ Имплементација међународних правних стандарда релевантних за област контроле криминалитета малолетника у домаће законодавство односи се пре свега на међународне документе обавезујућег карактера као што је Конвенција о правим детета, Европска конвенција о заштити људских права. Значајан је и низ других докумената, који немају формалноправно обавезујући карактер, али поседују снагу фактичке обавезности, обзиром да дефинишу основне цивилизацијске стандарде у овој области. У том смислу најзначајнији су: Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе (Пекиншка правила), Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције (Ријадске смернице), Правила УН о заштити малолетника лишених слободе (Хаванска правила), Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману (Токијска правила), Европска правила о друштвеним санкцијама и мерама.

диверзионог карактера, а значајне новине доноси и у погледу садржине појединих института.

II. Релевантни међународни правни стандарди - Правни стандарди у погледу поступања са малолетним извршиоцима кривичних дела садржани су и у документима међународног карактера, међу којима су најзначајнији:

- Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе,
- Правила УН о заштити малолетника лишених слободе,
- Смернице УН за превенцију малолетнике делинквенције,
- Конвенција о правима детета

Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе усвојена новембра 1985. године, позната под називом "*Пекиншка правила*" представљају први документ усвојен од стране УН којим се на нивоу УН постављају основни стандарди малолетничког правосуђа. У погледу извршења мера институционалне изолације према малолетнику, правила наглашавају да притвор као и смештање малолетника у затвор треба да представља крајње средство које се може применити само у најкраћем неопходном временском периоду. Третман малолетника у пенитенсијарним установама има за циљ обезбеђење бриге, заштите, образовања и стицање професионалних вештина, ради укључивања у друштво на конструктиван и продуктиван начин. Посебну пажњу треба посветити личним потребама и проблемима малолетника, потребно је организовати полузаводски смештај у установама отворенијег типа, омогућити коришћење условног отпуста у највећој могућој мери и што је могуће раније.

Правила УН о заштити малолетника лишених слободе, позната под називом "*Хаванска правила*" усвојена децембра 1990. године представљају допуну Пекиншких правила и садрже детаљан скуп правила, минималних стандарда, права и процедура којима државе потписнице треба да се руководе поступању у ситуацијама када су лица млађа од осамнаест година лишена слободе. Основни принципи у поступању са малолетницима лишеним слободе јесу:

- систем малолетничког правосуђе треба да обезбеди поштовање права и безбедности малолетника, као и поштовање и развијање његовог физичког и душевног интегритета,
- лишавање слободе малолетника представља последње средство које треба да буде примењено само изузетно и у најкраћем могућем трајању,
- потребно је омогућити што ранији условни отпуст малолетника,
- забрана било ког облика дискриминације,
- поштовање верских и културних надзора малолетника,
- предвидети институционалне мере у циљу помагања интеграције малолетника у друштво,

- обезбедити право на преводиоца у свим ситуацијама (нарочито код здравствених испитивања и у дисциплинским поступцима),
- развијање свести у јавности о значају реинтеграције малолетника у животну средину,
- омогућавање контаката малолетника и локалне средине,
- Правила се примењују као допуна осталим релевантним документима УН за ову област,
- државе потписнице треба да укључе правила у своје национално законодавство.

Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције, документ познат и под називом "*Ријадска правила*" усвојен 1990. године регулише питања опште превенције малолетничке делинквенције, процеса социјализације, социјалне политике, законодавства и малолетничког правосуђа, сарадње и развојне политике са циљем подизања ширег друштвеног ангажмана пре свега у погледу превенције криминалитета малолетника.

Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалне интервенције, или "*Токијска правила*", усвојена 1990. усмеравају пажњу и напоре држава потписница у правцу развијања система алтернативних мера у реаговању на криминалитет малолетника. Општи оквир унутар кога се остварују циљеви алтернативних мера представљају принцип недискриминације, принцип минималне интервенције, обавезност надзора и евалуације, предвиђање широког спектра различитих мера и принцип покривености свих фаза кривичноправне интервенције одговарајућим мерама.

Токијска правила наводе и богат списак алтернативних мера које власти надлежне за њихово предвиђање и изрицање могу имати на располагању уз инструкцију да посебно треба предвидети мере које се могу применити пре (и уместо) спровођења кривичног поступка, у току поступка као замена за традиционалне мере, као и мере које се могу применити после изрицања казне затвора. Ширење права преступника које неке алтернативе подразумевају треба довести у склад са правима жртава, бригом друштва за јавну безбедност и превенцију криминалитета. Посебну пажњу треба посветити малолетницима који су издржали затворску казну предузимањем одговарајућих мера помоћи у циљу интеграције у животну средину. Још, у току трајања институционалних мера малолетницима треба давати одсуства, обезбедити смештај у полуотвореним установама, условно отпуштање, скраћење казне, а по отпуштању неопходно је обезбедити одговарајуће ангажовање друштвене заједнице.

Конвенција о правима деце је усвојена 1989. године и ратификована од стране СФРЈ 1990. године представља обавезујући докуменат који регулише права детета. Поједине одредбе ове конвенције

односе се на права малолетних лица лишених слободе, а државе потписнице се у том смислу посебно обавезују да:

- заштите малолетна лица од мучење и друге видове окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања и кажњавања,
- забране примену смртне казне и доживотне робије без права на ослобађање,
- осигурају да хапшење, притварање и затворска казна за малолетне буду крајње средство које се примењује само у најкраћем неопходном трајању,
- омогуће хумано поступање са малолетницима и поштовање њиховог људског достојанства и специфичних потреба везаних за узраст,
- омогуће одвојено смештање одвојено од осталих осуђеника у заводским установама,
- омогућавање права на преписку и посете како би малолетници остали у контакту са својим породицама,
- осигурају брз приступ правној и другој помоћи, омогуће право на жалбу на одлуку о притвору.

Конвенција посебно указује на значај рехабилитације и друштвене реинтеграције малолетника, при чему је посебно важно подстицање физичког и психичког опоравка, здравља, самопоштовања и достојанства младих који су били жртве било ког облика занемаривања, искоришћавања или злостављања. Државе потписнице су обавезне да донесу одговарајуће прописе о судској процедури, о поступању са малолетним преступницима, да развијају диверсификационе поступке системе алтернатива заводским санкцијама.

III. Основне карактеристике система кривичних санкција и других мера које се изричу малолетним учиниоцима кривичних дела - ЗМУКД предвиђа две врсте мера, кривичне санкције и васпитне налоге. Васпитни налози, новина у у систему реаговања на криминалитет малолетника, нису санкције, него мере алтернативног карактера. Факултативно их примењује надлежни јавни тужилац, уколико поступак још није покренут, или судија за малолетнике ако се води поступак, под условом да се ради о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година, малолетник признаје кривично дело а однос малолетника према кривичном делу и оштећеном је такав да оправдава примену ове мере. Сврха васпитних налога јесте да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави поступак, односно да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како у будуће не би вршио кривична дела. Закон предвиђа могућност изрицања једног или више васпитних налога од пет нормираних: поравнање са оштећеним, рад у корист заједнице, редовно похађање школе или редовно одлажење на посао, подвргавање одређеном испитивању или одвикавању од зависности

и укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи.

У систему кривичних санкција које се изричу малолетницима васпитне мере су традиционално примарног карактера у односу на казне које се примењују изузетно. Закон познаје и три групе васпитних мера: две мере упозорења и усмеравања: судски укор и посебне обавезе, четири мере појачаног надзора: од стране родитеља, усвојиоца или стараоца, у другој породици, од стране органа старатељства и појачани надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитање и образовање малолетника, и три заводске мере: упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно поправни дом и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање.

Казна малолетничког затвора је факултативног карактера, може се применити изузетно, само према старијем малолетнику који је учинио кривично дело за које је законом прописана казна затвора тежа од пет година и то уколико због високог степена кривице, природе и тежине кривичног дела не би било оправдано изрећи васпитну меру. Малолетнички затвор се изриче на пуне године и месеце у распону од шест месеци до пет година. Изузетно, за дело за које је прописана казна затвора двадесет година или тежа казна или у случају стицаја кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година, малолетнички затвор се може изрећи у трајању до десет година.

Мере безбедности се, осим мере забране вршења позива, делатности или дужности која се не може изрећи малолетницима, изричу малолетницима уз васпитну меру или казну малолетничког затвора, с тим што се мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и мера обавезног лечења наркомана не могу изрећи уз мере упозорења и усмеравања. Мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи може се изрећи самостално. Уместо ове мере малолетницима се изриче заводска васпитна мера упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање, уколико се у установи за лечење и оспособљавање може обезбедити чување и лечење малолетника.

Увођењем васпитних налога, као система мера диверзионог поступка, променом садржине неких мера, при чему су суду и органима кривичног гоњења истовремено дата широка овлашћења у погледу покретања, вођења или окончања поступка сходно начелу опортунитета, као, видно је ЗМУКД у систему формалне социјалне контроле малолетничког криминалитета додатно афирмише начело васпитавања у односу на начело кажњавања.

Сврха санкција које се изричу малолетницима у значајној мери одређује и начин и карактеристике извршења. У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха кривичних санкција које се изричу малолетницима јесте да се надзором, пружањем заштите и помоћи, као и

да се обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање личне одговорности малолетника, на васпитање и правилан развој његове личности, како би се обезбедило поновно укључивање малолетника у друштвену заједницу. Малолетнички затвор, обзиром на услове изрицања и на начин извршења има карактеристике и васпитне мере и казне. Из тих разлога сврха ове санкције делом се поклапа са сврхом васпитних мера, али осим тога подразумева и вршење појачаног утицаја на малолетне учиниоце да убудуће не врше кривична дела, ко и утицај на друге малолетнике да не врше кривична дела.

Концепцијски, систем кривичних санкција за малолетника и даље је заснован превасходно на социјално-заштитном моделу, новину представља одређени утицај модела правде. Другим речима, приступ који подразумева усмереност на личност преступника и неопходност његове рехабилитације допуњава се ставом да је осим рехабилитације, или упоредо са рехабилитацијом, значајна и реинтеграција малолетног преступника у друштвену средину, која се, не занемарујући тежину кривичног дела, заснива на поштовању права малолетника као грађанина.² Концепцијска доследност захтева и у пенолошкој фази примену како рехабилитационог, тако и реинтеграционог модела, зависно од садржине конкретне мере.

Важна карактеристика система мера и санкција које ЗМУКД нормира, од значаја и за разумевање принципа њиховог извршења, јесте принцип поступности у примењивању. Приоритет у примени имају неформалне алтернативне мере, васпитни налози као супститути кривичних санкција у односу на кривичне санкције. У регистру кривичних санкција васпитне мере су основни облик реаговања на малолетнички криминалитет, при чему се прво примењују блаже васпитне мере (мере упозорења и усмеравања), док су институционалне васпитне мере и казне последње средство које се примењује изузетно и у најкраћем неопходном трајању.³

² О моделима контроле криминалитета малолетника Т. Newburn: Youth, Crime, and Justice, The Oxford Handbook of Criminology, ed. M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, Oxford, 1997. стр. 643. и даље; J. E. Bynum, W. E. Thompson Juvenile Delinquency, A Sociological Approach, Boston, 2005. стр. 412; J. Braithwaite: Setting Standards for Restorative Justice, The British Journal of Criminology, Vol.42, 2/2002, Ђ. Игњатовић: Криминологија, Београд, 2007. стр. 253.

³ За функционисање система кривичних санкција значајна је и рестриктивност законских одредби о давању података о изреченим васпитним мерама и осудама на казну малолетничког затвора, чиме се спречава стигматизација малолетника неконтролисаним саопштавањем оваквих података. Подаци о изреченим васпитним мерама могу се дати смо суду, јавном тужилаштву и органу старатељства, с тим што се не могу давати подаци о васпитним мерама изреченим за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, ако је лице на које се подаци односе навршило двадесет једну годину.

IV. Основни принципи извршења кривичних санкција према малолетницима - ЗМУКД посебно регулише општа правила извршења кривичних санкција према малолетнику и нормира следеће принципе:

- *посматрање по правноснажној и извршној судској одлуци* - извршењу васпитне мере се приступа када одлука којом је мера изречена постала правноснажна и када за извршење не постоје законске сметње. Изузетно, у сагласности са родитељима малолетника и по саслушању малолетника, суд може да одлучи да се приступи извршењу мере иако је изјављена жалба против пресуде, односно решења којим је малолетнику изречена казна малолетничког затвора или заводска васпитна мера;

- *важење у односу на лица*: одредбе о извршењу кривичних санкција према малолетницима примењују се и на пунолетне учиниоце кривичних дела којима је изречена васпитна мера или казна малолетничког затвора и на лица која за време извршења тих санкција постају пунолетна;

- *недискриминација*: малолетници према којима се извршавају кривичне санкције равноправни су без обзира на све облике различитости, посебно без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовинско стање, статус стечен рођењем или други статус малолетника, његовог родитеља, усвојоца или стараоца;

- *индивидуализација и флексибилност у одабраном начину посматрања*: у току извршења кривичних санкција према малолетнику се поступа примерено његовом узрасту, степену зрелости и другим својствима личности, уз поштовање достојанства и подстицање учешћа у сопственој ресоцијализацији; поступање је засновано на савременим педагошким, психолошким и пенолошким знањима и искуствима;

- *индивидуализација кроз појединачне програме посматрања* - извршење васпитних мера и казне малолетничког затвора заснива се на појединачном програму поступања са малолетником који је прилагођен његовој личности у складу с савременим достигнућима науке, пенолошке и педагошке праксе;

- *образовање и верска права* - образовање и радно оспособљавање малолетника чине кључни сегмент васпитног процеса, због чега закон наглашава да је неопходно омогућити малолетнику потребне услове за стицање основног и средњег стручног образовања и радног

Подаци о осуди на казну малолетничког затвора не могу се дати никоме, осим суда, јавног тужиоца и органа унутрашњих послова то у вези са новим кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, затим органа за извршење кривичних санкција и органа који учествује у давању амнестије, помиловања, рехабилитације или одлучивању о првним последицама осуде, и у неким случајевима, органа старатељства.

оспособљавања, као и слободно изражавање верских осећања и вршење верских обреда;

- *заштитиња здравља малолетника* - извршење санкција изречених малолетницима подразумева константну заштиту здравља малолетника у свакој ситуацији; у циљу очувања и побољшања здравља малолетника који се налазе на издржавању заводске васпитне мере или казне малолетничког затвора, завод, односно установа, је обавезна да организује систематски преглед најмање једанпут годишње, најмање два пута годишње да сачини извештај о психичком стању малолетника и достави га судији за малолетнике суда који је судио у првом степену и који врши надзор над извршењем кривичних санкција;

- *забрана упућивања у самицу* - малолетнику не може бити изречена дисциплинска казна упућивања у самицу;

- *забрана ношења ватреног оружја* - унутар завода и установа у којима се извршавају заводске васпитне мере или казна малолетничког затвора забрањено је ношење ватреног оружја;⁴

- *трошкови извршења* - трошкови извршења кривичних санкција у начелу падају на терет буџетских средстава; изузетно, лица која су по закону обавезна да издржавају малолетника или сам малолетник који има приходе или поседује имовину, уколико су у могућности, дужни су да снесу део трошкова у закону наведених санкција;

- *заштитиња права малолетника* - уколико у току извршења кривичне санкције судија за малолетнике утврди да постоје чињенице и околности којој указују на потребу предузимања мера ради заштите права малолетника, дужан је да о томе обавести орган старатељства надлежан према месту пребивалишта или боравишта малолетника;

- *право пријужбе* - малолетник који сматра да су му ускраћена или повређена одређена права, или да су учињен друге незаконитости или неправилности у току извршења заводске васпитне мере или казне малолетничког затвора има право притужбе управнику завода, односно установе у којој се санкција извршава. У року од три дана управник доноси образложено решење са поуком о правном леку, којим се притужба одбија као неоснована или се утврђује њена потпуна или делимична основаност, кад се истовремено налажу и мере за отклањање учињених повреда права малолетника;

⁴ Ова одредба ЗМУКД, као и одредба која регулише изузетно могућу употребу оружја, одступа од релевантних стандарда. Наиме, стандарди садржани у одговарајућим међународним документима (Хаванска правила, чл. 116) предвиђају, поред забране ношења и забрану употребе ватреног оружја у свим установама у којима су смештени малолетници. Види: О. Перић: Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2007. стр. 179.

- *право на жалбу већу за малолетнике првостепеног суда* - против решења управника о притужби, у року од осам дана од пријема решења, малолетник може да поднесе жалбу већу за малолетнике првостепеног суда који врши надзор над извршењем васпитне мере, односно већу за малолетнике првостепеног суда који је судио у поступку у коме је изречена казна малолетничког затвора.

V. Основне карактеристике извршења васпитних мера — ЗМУКД извршења васпитних мера нормира као посебан систем заснован на заједничким принципима, након чега регулише и посебне карактеристике извршења сваке мере. Може се уочити да се извршење васпитних мера темељи на следећим принципима:

- за извршење свих васпитних мера по правилу је надлежан орган старатељства, изузетно, за извршење васпитне мере упућивања у васпитно поправни дом надлежан је суд. Орган старатељства надлежан по месту пребивалишта, односно боравишта малолетника извештава надлежни суд о току и резултатима извршења изречене мере посебне обавезе⁵, прати и помаже извршење мере појачаног надзора од стране од стране родитеља, усвојоца или стараоца, закључује уговор са породицом у коју је се упућује малолетник ради извршења мере појачаног надзора у другој породици и прати и помаже извршење ове мере, одређује стручно лице коме поверава спровођење васпитне мере појачаног надзора од стране органа старатељства, даје му упутства за сачињавање програма рада са малолетником, одређује установу за извршење мере појачаног надзора уз дневни третман и стара се о спровођењу дневног третмана, и извештава суд о току и резултатима извршења свих ових мера сваких шест месеци а на захтев судије за малолетнике и чешће

- надзор над извршењем мера и контролу извршења васпитних мера врши судија за малолетнике који је судио у првом степену и о томе води Контролник извршења васпитних мера и сачињава одговарајуће списе праћења и контроле;⁶

- судија за малолетнике и јавни тужилац за малолетнике ток и резултате извршења прате на основи извештаја поднетих од стране органа старатељства у прописаним роковима, а најмање једанпут годишње врше и непосредни надзор и контролу извршења васпитних мера.

VI. Основне карактеристике извршења заводских васпитних мера Обзиром да васпитне мере заводског карактера подразумевају ограничење слободе кретања малолетника и његову институционализацију, њихово извршење је регулисано посебним заједничким одредбама, из којих

⁵ Извршење ове мере детаљније је регулисано Правилником о извршењу васпитних мера посебних обавеза, Сл. Гласник РС, 94/06.

⁶ Детаљније: Судски пословник, Сл. Гласник РС, 65/03; Правилник о начину вођења контролника и списка извршења васпитних мера, Сл. Гласник РС, 63/06.

произилазе и одређене опште карактеристике извршења заводских васпитних мера:

- *заводске васпитне мере се извршавају у посебним установама* - васпитној установи, васпитно-поправном дому и посебној установи за лечење и оспособљавање малолетника;

- *хитности у поступању* – уколико суд који је судио у првом степену није надлежан за извршење мере⁷, дужан је да одлуку и потребну документацију достави надлежном органу у року од три дана од када је одлука постала извршна, који је у истом кратком року од три дана од пријема одлуке и документације дужан да приступи извршењу кривичне санкције,

- *редовни обилазак малолетника* - судија за малолетнике који је судио у првом степену и надлежни јавног тужиоца за малолетнике најмање два пута у току године обилазе малолетника смештеног у заводу, односно установи за извршење заводских мера;

- *хитности у окончању недоследности и неправилности у извршењу* – о уоченим пропустима и неправилностима у току обиласка малолетника, судија и јавни тужилац без одлагања обавештавају органе надлежне за стручни надзор над извршењем васпитних мера као и саму установу у којој се мера извршава, који су такође без одлагања дужни да изврше одговарајуће провере и отклоне неправилности и незаконитости;

- *могућности одлагања* почетка извршења заводске васпитне мере из оправданих разлога;

- *могућности прекида извршења* васпитне мере из оправданих разлога;

- *завршавање школовања и стручног оспособљавања* – уколико се малолетник налази у завршном разреду школе или при крају стручног оспособљавања, а отпуштањем би се онемогућио завршетак школовања или стручног оспособљавања, завод или установа на молбу малолетника може да продужи боравак у установи и тиме омогући завршетак школовања или стручног оспособљавања.

VII. Основне карактеристике извршења мере упућивања у васпитно поправни дом - Упућивање у васпитно-поправни дом представља најтежу васпитну меру, по садржини сличну казни малолетничког затвора, због чега се и карактеристике извршења приближавају извршењу казне малолетничког затвора. Међутим, иако подразумева институционализацију малолетника, основна сврха ове мере није кажњавање него васпитање, односно развој и јачање личне одговорности малолетника, васпитање и правилан развој његове личности, како би се обезбедило поновно укључивање малолетника у друштвену заједницу. Сврха васпитне мере упућивања у васпитно поправни дом

⁷ У надлежности суда јесте само извршење мере упућивања у васпитно-поправни дом, док је за извршење осталих мера надлежан орган старатељства.

одређује и основне карактеристике извршења. Надзор, пружање заштите и помоћи малолетнику, као и обезбеђивање општег и стручног оспособљавања чине основну садржину ове васпитне мере.⁸

Упућивање у васпитно поправни дом се извршава у посебној установи, васпитно-поправном дому, у посебном одељењу према женским лицима, и посебном одељењу за пунолетна лица, за малолетнике који су у току извршења мере постали пунолетни.⁹

За упућивање малолетника у васпитно-поправни дом надлежан је суд који је судио у првом степену. Малолетнику се за припрему мора оставити период од осам до петнаест дана, после кога се у пратњи родитеља, усвојиоца или стараоца јавља на извршење васпитне мере. Ако се стекну потребни услови, суд може да нареди принудно довођење, односно издавање потернице. Након опсервације личности у посебном одељењу у трајању до тридесет дана и одређивања појединачног програма поступања, малолетник се распоређује у одговарајућу васпитну групу. Свака васпитна група има највише десет малолетника и посебног васпитача.

Малолетник у току боравака у васпитно-поправном дому има следећа права: одећу и обућу примерену годишњем добу и климатским приликама; исхрану која омогућава нормални психофизички развој, најмање три obroка дневно енергетске вредности најмање 14.600 џула; боравак на свежем ваздуху најмање три часа дневно; учешће у организованим културно-спортским и другим активностима изван дома; обезбеђене услове за бављење физичком културом и спортом; похађање наставе изван установе, ако дом не може да организује наставу одређеног смера или степена и ако то оправдава постигнут успех у васпитању и школовању; неограничени пријем пакета садржином и тежином у складу са актом о кућном реду; посете родитеља, усвојиоца, стараоца, брачног друга или лица са који је у ванбрачној заједници, деце, и осталих сродника у правој линији, а у побочној до четвртог степена сродства једном недељно; посету брачног друга или лица са којим је у ванбрачној заједници са бораваком једном месечно са бораваком у посебној просторији у оквиру васпитно-поправног дома до три сата насамом; уз одобрење управника посете других лица која не ометају извршење васпитне мере два пута месечно; право на

⁸ Извршење заводске васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом детаљније је регулисано Правилником о кућном реду Васпитно-поправног дома, Сл. Гласник РС, 71/06.

⁹ Упућивање у васпитно-поправни дом јесте санкција заводског карактера чије извршење, као и у случају свих заводских санкција, организује, спроводи и надзире Управа за извршење заводских кривичних санкција. Васпитно-поправни дом спада у заводе полуотвореног типа, у коме је служба за обезбеђење основна препрека за бекство. О томе: Уредба о оснивању завода за извршење заводских санкција у Републици Србији, Сл. Гласник РС, 20/06.

рад у радном времену одређеном сходно општим прописима ако не похађа наставу, односно сагласно са обавезама похађања наставе, с тим што се изван радног времена може упослити највише два часа дневно на одржавању хигијене или другим текућим пословима у дому; накнаду за рад и новчане награде за посебне успехе у раду, при чему половином износа слободно располаже а остатак се ставља на штедњу; дневни и недељни одмор сходно општим прописима; годишњи одмор у трајању од осамнаест до тридесет дана, који може да користи и изван дома, при чему одлуку о дужини, начину и месту коришћења доноси управник; здравствену заштиту изван дома уколико дом не може да пружи одговарајућу здравствену заштиту, при чему се време проведено на лечењу урачунава у време трајања васпитне мере.

Закон предвиђа да управник васпитно-поправног дома може малолетнику, уколико се добро влада и залаже на раду, доделити следеће погодности: проширено право на пријем посета, слободне изласке у град, посете спортским, културним и другим прикладним догађајима изван дома, посете породици, сродницима и другим блиским особама за време викенда и празника и одсуство из васпитно-поправног дома до петнаест дана. Важно је да управник може малолетнику поред ових таксативно набројаних погодности, доделити и друге погодности ако то повољно утиче на извршење васпитне мере.

За учињене дисциплинске преступе у току извршења мере упућивања у васпитно-поправни дом, малолетнику се може изрећи једна од следећих дисциплинских мера: опомена, одузимање додељене погодности и издвајање у посебну просторију, при чему се одузимање додељених погодности и издвајање у посебну просторију могу изрећи и кумулативно. Ако се сврха дисциплинске мере може постићи и без њеног извршења, извршење дисциплинске мере (осим опомене) се може условно одложити до три месеца, али се и условно одлагање може опозвати уколико малолетнику у периоду одлагања буде изречено ново одузимање додељене погодности или издвајање у посебну просторију. Дисциплинска мера издвајања у посебну просторију представља меру непрекидног боравка два или више малолетника у посебној просторији и изриче се у трајању до седам дана, односно до петнаест дана код стицаја дисциплинских преступа. У току извршења ове дисциплинске мере малолетник најмање два часа дневно борави на свежем ваздуху изван затворене просторије, доступни су му уџбеници и друга литература, сваког дана га обавезно посећују лекар и васпитач, а најмање сваки трећи дан управник дома.

Примена средстава принуде или средстава за привремено онеспособљавање према малолетнику у току боравка у васпитно-поправном дому дозвољена је само изузетно, када је то неопходно да се спречи физички напад на службено лице, другог малолетника или самоповређивање. Ватрено оружје и хладно оруђе се могу применити

крајње рестриктивно, само уколико се другим средствима не може заштити живот малолетника или другог лица у случају непосредног напада. Без обзира на изразиту рестриктивност у нормирању могућности примене ватреног оружја, у погледу ових норми постоји неусаглашеност са одредбом истог закона о забрани ношења (забрана ношења подразумева забрану употребе!) ватреног оружја унутар установе у којој се извршавају заводске мере (чл. 92. ЗМУКД), као са одговарајућим међународним стандардима који предвиђају забрану ношења и употребе ватреног оружја у свакој установи у којој се налазе малолетници (Хаванска правила, чл. 96.).¹⁰

VIII. Основне карактеристике извршења казне малолетничког затвора - Опште карактеристике сврхе прописивања и изрицања, услова изрицања и одмеравања ове казне, тако и сврха извршења и обележја извршења, указују да казна малолетничког затвора има елементе казне, али истовремено садржи и карактеристике васпитне мере. Основна обележја извршења казне малолетничког затвора огледају се у следећем:

- *посијање посебних услова или посебних одељења за извршење* - казна малолетничког затвора извршава се у казнено-поправном заводу за малолетнике, при чему се пунолетна лица којима је изречена ова казна, као и малолетници који за време извршења казне постану пунолетни, смештају у посебно одељење овог завода. Казна малолетничког затвора изречена лицима женског пола извршава се у посебном одељењу казнено-поправног завода за жене. осуђена лица казну издржавају, по правилу, заједно, а одвојено само ако то захтева здравствено стање осуђеног или потреба осигурања безбедности и одржавања реда и дисциплине.

- *омогућавање образовања, стручног и радног осисобљавања* у складу са способностима, склоностима и дотадашњем школовању малолетника, као и у складу са могућностима казнено-поправног завода;

- *основа осисујања са осуђеним малолетницима* - укључивање у васпитно корисно радно ангажовање уз одговарајућу накнаду, омогућавање и подстицање веза малолетника са друштвом изван завода путем писама, телефонских разговора, примања посета и одсуства, укључивање у спортску, културну, уметничку, забавну активност и осигуравања услова за вршење верског обреда представљају основу за поступање са малолетницима у току издржавања казне малолетничког затвора; право осуђеног малолетника на дописивање са родитељима, усвојоцем, старацем, (ван)брачним другом, децом, браћом и сестрама не може се ограничити;

- *сигандарди стручног рада* - стручна лица која спроводе третман малолетника морају поседовати посебна знања из области педагогије, психологије и педологије;

¹⁰ О. Перић: *op. cit.*

- *стариосни лимити за боравак у казнено-поправном заводу за малолетнике* - осуђени на казну малолетничког затвора у казнено-поправном заводу за малолетнике могу остати најдуже до навршене двадесет и треће године, после чега се премештају у неки од казнено-поправних завода у којима пунолетна лица издржавају казну затвора изречену за кривично дело. Изузетно, малолетник осуђен на казну малолетничког затвора може остати у казнено-поправном заводу за малолетнике и после овог периода, али најдуже до навршене двадесет и пете године, уколико је то потребно ради завршавања школовања или стручног оспособљавања, или уколико остатак неиздржане казне није већи од шест месеци.

- *право на судску заштиту против одлука управника завода* - о захтеву осуђеног на казну малолетничког затвора за судску заштиту против одлука управника завода у коме издржава казну одлучује веће за малолетнике суда који је судио у првом степену;

- *посебна врста појачаног надзора* - осуђеном малолетнику који се примерно понаша и залаже у учењу и на раду, управник може одобрити одсуство два пута у току једне године, у трајању до четрнаест дана, по правилу у време када се не одржава настава, ради посећивања породице и других блиских лица;

- *условни отпуст* - лице коме је изречена казна малолетничког затвора суд може условно отпустити већ после издржане једне трећине казне, ако се на основу постигнутог успеха у извршењу може очекивати да ће се на слободи добро понашати и да неће вршити кривична дела; специфичност условног отпуста код малолетника је и у могућности да суд уз условни отпуст одреди и неку од мера појачаног надзора уз могућност примењивања једне или више одговарајућих посебних обавеза; поступак одлучивања о условном отпусту такође има одређене посебности у односу на општи поступак за пуштање на условни отпуст;

- *сходна примена одредаба о извршењу васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом и одредаба ЗИКСа о извршењу казне затвора за извршено кривично дело* јесте последица чињенице да казна малолетничког затвора садржи и елементе казне и елементе васпитне мере. Наиме, одредбе ЗМУКД о извршењу васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом којима се уређује упућивање и пријем малолетника, одлагање и прекид извршења, разврставање у васпитне групе, исхрана, право на посете, бављење физичком културом, могућност редовног школовања и дисциплинско кажњавање примењују се и на извршење казне малолетничког затвора, док се у свему осталом сходно примењују одредбе Закона о извршењу кривичних санкција којима се уређује извршење казне затвора изречене за кривично дело.

IX. Помоћ после извршења заводских мера и казне малолетничког затвора - извршење заводских мера и казне малолетничког затвора

подразумева издвајање малолетника из средине у којој је до тада живео ради отклањања негативних утицаја околине и ради спровођења потребног програма поступања и васпитања. Укључивање малолетника у свакодневни живот на слободи, након извршења ових мера најчешће ствара бројне тешкоће. Сређивање личних и породичних прилика, наставак школовања, проналажење запослења и решавање материјалних проблема по изласку из установе, малолетник тешко може сам да реши. Из тих разлога ЗМУКД предвиђа мере помоћи и нормира посебне дужности органа старатељства, установа у којима је малолетник био на извршењу, и родитеља малолетника, као и обавезу посебне бриге према малолетнику чије су породичне прилике несређене. Још током трајања заводске мере или казне малолетничког затвора закон обавезује орган старатељства да одржава сталну везу са малолетником, његовом породицом и установом у коју је малолетник смештен како би се малолетник и његова породица што боље припремили за враћање малолетника у ранију социјалну средину и укључивање у социјални живот. Завод или установа у којој се извршавају заводске мере и казнено-поправни завод у коме се издржава казна малолетничког затвора дужни су да најмање три месеца пре отпуштања малолетника обавесте о томе његове родитеље, односно друга лица са којима је малолетник живео, као и надлежни орган старатељства и да предложе мере које треба предузети за прихватање малолетника.

О повратку малолетника у породицу, родитељ, односно друго лице са којим малолетник живи, дужан је да обавести надлежни орган старатељства, чија је обавеза да малолетнику пружи потребну помоћ. Обавеза органа старатељства да посебно брине о малолетнику без родитеља, као и о малолетнику чије су породичне и материјалне прилике несређене нарочито подразумева бригу о смештају, исхрани, набавци одеће, лечењу, помоћ у сређивању породичних прилика, завршетак стручног оспособљавања и запослење малолетника.

Х. Извршење мера безбедности изречених малолетницима - Уместо мере обавезног психијатријског лечења чувања у здравственој установи малолетнику се по правилу изриче мера упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање, уколико се у посебној установи за лечење оспособљавање може обезбедити чување и лечење малолетника и тиме постићи сврха те мере безбедности. Ако се чување и лечење малолетника не може обезбедити у посебној установи за лечење и чување, мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи извршава се у посебном одељењу здравствене установе одређеном за малолетнике. Извршење мера безбедности изречених малолетнику регулисано је општим одредбама, с тим што ЗМУКД посебно наглашава да се извршење мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезно

лечење алкохоличара и обавезно лечење наркомана прилагођава узрасту и личности малолетника.

* * *

У погледу извршења кривичних санкција, од реформе кривичног законодавства се, поред имплементације релевантних међународних стандарда и доследнијег концепцијског саглашавања са материјалним и процесним законодавством, очекивало и да отклони последице претходног вишегодишњег "посуштајања" овој области и да адекватним решењима, дугорочно посматрано, битно допринесе контроли криминалитета. И док ЗИКС карактеришу значајне концептуалне новине, прихватање битних међународних стандарда, али и приметна недоследност и недореченост у истом правцу¹¹, одређена неусклађеност са материјалним кривичним законодавством¹², неизграђеност и нефункционалност одређених института, систем извршења кривичних санкција које се изричу малолетницима представља складнију, кохерентнију и функционалнију целину. То је добра страна издвајања извршења кривичних санкција према малолетницима из Закона о извршењу кривичних санкција и пребацивања у Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника. Обједињавањем свих сегмената кривично правног положаја малолетника у једну целину омогућава се и боља усклађеност и повезаност, концептуалну доследност, последично и значајнија функционалност, решења из области извршења. ЗМУКД даје значајан допринос осавремењавању и унапређењу система санкционисања криминалитета малолетника.

Наравно, тиме нису сви проблеми решени. Неопходан је систематски развој свих делатности малолетничког правосуђа, у правном, институционалном и методолошком смислу. Потребно је и усклађивање и допуњавање прописа о социјалној заштити, адвокатури, органима унутрашњих послова, као и доношење додатних прописа подзаконског ранга. Ради остваривања пуних потенцијала нормативних решења неопходно је и унапређивање стандарда стручног рада и стална едукација

¹¹С. Соковић: Нова решења у Предлогу закона о извршењу кривичних санкција, Зборник радова: Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења, Институт за криминалошка и социолошка истраживања, приређивач: Д. Радовановић, Београд, 2005, стр.489.

¹² У погледу принудне наплате новчане казне постоји неусклађеност између Кривичног законика и Закона о извршењу кривичних санкција (мада су оба закона донета истог дана!), јер КЗ за разлику од ЗИКСа не предвиђа могућност принудне наплате. Такође, ЗИКС, за разлику од КЗ, не предвиђа могућност замене неплаћене новчане казне казном рада у јавном интересу.

свих који раде у систему малолетничког правосуђа. Наглашена флексибилност и извесна неформалност у поступању у току извршења треба да обезбеди да се у сваком појединачном случају поступак прилагоди узрасту и зрелости малолетника. Међутим, неопходна прилагодљивост поступања током читавог процеса извршења, не значи и неконтролисану дискрецију у одлучивању. Нужно је активније поступање судија, јавних тужилаца и центра за социјални рад у току извршења, у смислу праћења резултата и контроле извршења изречне мере. Праћење и анализирање праксе извршења санкција према малолетницима треба да укаже на тешкоће у примени и раздвоји проблеме који настају због нејасних или нефункционалних нормативних решења, са једне стране, и проблеме који су последица неадекватних услова за примену.

У нашим условима посебно треба имати у "хроничне" проблеме извршења. Установе у којима се извршавају кривичне санкције често су претрпане, васпитачки кадар је дефицитан, а материјални услови не дозвољавају значајније оптималнија решења мреже, локација и категоризације установа за извршење кривичних санкција. Увођење алтернативних мера у поступању са малолетним преступницима, захтева и додатно обезбеђење одговарајућих услова у којима малолетник заиста добија негу и потребну помоћ за решавање својих проблема а не кажњавање и стигматизацију. Изградња алтернативних институција не подразумева обавезно и велика финансијска средства, једнако важно јесте и стварно прихватање алтернативног приступа у реаговању на преступништво малолетника у свим ситуацијама у којима има услова за то. Финансијски проблеми и недостатак одговарајућих установа које су прилагођене боравку малолетника јесу реалност, али по схватању Европског суда за људска права нису валидан и прихватљив аргумент на страни државе. Свака држава потписница одговарајућих докумената из области људских права и слобода и малолетничког правосуђа дужна је да обезбеди и одговарајуће институције за извршење санкција и мера у складу са системом мера и санкција за који се определила.¹³

¹³ У случају *Boumar v. Belgia*(1988), *ECHR*, 129/86 малолетник, тешко поремећен и делинквентан дечак, враћан је у притвор девет пута, али је сваки пут пуштан на слободу на дан истека или пре законског рока од петнаест дана. У току једне године малолетник је провео укупно 119 дана у притвору, односно 119 дана је био лишен слободе у периоду од 291 дана. Белгијски закон предвиђа могућност враћања у притвор када није могуће пронаћи одговарајућу особу или установу која би одмах примила малолетника. У Белгији су државне институције отвореног типа, тако да држава није имала институцију затвореног типа која би била у могућности да прими веома поремећене малолетнике. Суд је сматрао да је држава Белгија у складу са Конвенцијом имала обавезу да обезбеди одговарајуће објекте који задовољавају захтеве безбедности и образовања.

Поставља се питање да ли у току извршења казне малолетничког затвора, малолетник има право и на судску заштиту својих права у смислу чл. 165. ЗИКС, или је судска заштита његових права у току извршења ове казне регулисана искључиво ЗМУКД.

Наиме, ЗИКС нормира општи принцип права на судску заштиту у току извршења казне затвора. Против коначне одлуке којом је осуђеном лицу у току издржавања казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено законом о извршењу кривичних санкција осуђени има право на судску заштиту, која се остварује у управном спору.¹⁴

Ово право представља значајну новину у систему извршења казне затвора. Претходна законска решења која искључују могућност вођења управног спора против појединачних одлука којима се решава о правима и обавезама осуђеника, омогућавала су само унутрашњу контролу (притужба управнику и жалба директору Управе) извршења казне затвора. У складу са савременим пенолошким стандардима, правом на судску заштиту значајно се унапређује систем заштите права осуђених лица и уводи принцип спољашње контроле извршења казне затвора, чиме се и област извршења казне затвора садржински интегрише у правни систем.¹⁵

Обзиром на карактер казне малолетничког затвора, која има атрибуте казне упркос елементима васпитног карактера, нема разлога за веровање да је законодавац имао намеру да ово "системско" право лица осуђених на

У случају *D. G. v. Ireland*(2002), *ECHR*, 39474/98 о малолетнику је од његове друге године бринула држава. Покушаји да се малолетник смести у хранитељску породицу су пропали због његовог понашања и 1996. године осуђен је на девет месеци затвора. Део казне је провео у установи Св. Патрика у Ирској, а након пуштања на слободу био је у хостелу за бескућнике. Локалне власти су сматрале да би потребе малолетника на најбољи начин задовољило терапеутско одељење за омладину између 16 и 18 година старости, али такво одељење није постојало у Ирској. Врховни суд је одредио надзорника *ad litem* и упутио малолетника да поднесе тужбу против локалних власти које су га лишиле уставног права не обезбедивши му потребан смештај и негу. Имајући у виду да се Ирска определила за систем васпитног надзора као модел борбе против малолетничке делинквенције, Суд сматра да је Ирска била дужна да оснује адекватне установе које ће остварити услове образовања и безбедности. Види: Ж. Дитертр: Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, Београд, 2003.

¹⁴ Управно-правна заштита осуђених лица се обезбеђује од момента ступања на издржавање казне у затворску установу. Пресуда ВСС, У. 1165/2006, од 18.04. 2006. За лица лишена слободе дан предаје тужбе у управном спору заводу за извршавање кривичних санкција сматра се као дан предаје суду. Решење ВСС, У. 4279/2006. од 28. 08. 2006.

¹⁵ С. Соковић: Заштита права осуђених лица и контрола извршења казне затвора (домаће право и међународни стандарди), Зборник радова: Србија и европско право V, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, приређивач: Д. Стојановић, Крагујевац, 2002, стр. 297.

казну затвора изостави у случају извршења казне малолетничког затвора. Међутим, судска заштита против мера и одлука управника завода коју малолетник остварује пред већем за малолетнике суда који је судио у првом степену нема карактер судске заштите као начина спољашње контроле извршења ове казне.

Сходна примена одредби ЗИКСа којима се уређује извршење казне затвора на све позиције које нису регулисане одредбама ЗМУКД о извршењу казне малолетничког затвора и одредбама о извршењу заводске мере упућивања у васпитно-поправни дом (чл. 145. ЗМУКД), подразумева и сходну примену чл. 165. ЗИКС. "Право на судску заштиту против мера и одлука управника казнено-поправног завода у коме издржава казну" предвиђено чл. 140. ЗМУКД, треба схватити као посебно право малолетника на издржавању казне малолетничког затвора да се директно обрати суду, односно већу за малолетнике суда који је судио у првом степену, против било које мере или одлуке управника завода којом је незадовољан.¹⁶ Ово право малолетника нема исту садржину као и право на судску заштиту предвиђену ЗИКСом. Судска заштита права осуђених лица у смислу општег принципа представља увек спољашњи вид контроле извршења казне затвора и не спроводи се одлучивањем од стране органа који су укључени у изрицање и извршење кривичне санкције. Спорно је и да ли је намера законодавца да правом на жалбу малолетника на решење о притужби малолетника већу за малолетнике првостепеног суда који је судио у поступку у коме је изречена казна затвора, чл. 97. ЗМУКД, обезбеди посебну судску заштиту права малолетника, или се овом жалбом иницира доношење коначне одлуке, поводом које се може водити управни спор.

Судска заштита, као спољашњи вид контроле извршења казне затвора, остварује се у управном спору који се може покренути и водити против коначних одлука којима је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено законом. Одредбе ЗМУКД су нејасне у погледу питања шта се сматра коначном одлуком којом је неко право малолетног осуђеника повређено и на основу које се може покренути управни спор, и остварити судска заштита. Обзиром да је казна малолетничког затвора заводска санкција, чије извршење организује, спроводи и надзире Управа за извршење заводских кривичних санкција (чл. 13. ЗИКС), има разлога да се малолетнику омогући жалба директору Управе за извршење заводских санкција, на одлуку управника о притужби малолетника, при чему одлука директора Управе има карактер коначне одлуке у другом степену, против које се може водити управни спор. Ово

¹⁶ О. Перић: Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично-правној заштити малолетних лица, друго допуњено издање, Београд, 2007. стр. 186, 248.

право треба посебно нормирати, јер се сходна примена одговарајуће одредбе ЗИКСа не подразумева, обзиром да право малолетника на жалбу поводом одлуке о притужби регулисано као право на судску заштиту из чл. 140. ЗМУКД. Нема разлога да се могућност да се малолетник обрати већу за малолетнике суда који је судио у првом степену поводом мера и одлука управника завода у коме издржава казну, не задржи и поред посебног права на жалбу директору Управе, као специфичност извршења казне малолетничког затвора, односно као "већа могућност малолетника да се непосредно обрати судској инстанци".¹⁷

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

RELEVANT INTERNATIONAL STANDARDS AND BASIC CHARACTERISTICS OF THE EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS IMPOSED ON JUVENILES

As for the execution of criminal sanctions, the general public expected that the reform of our criminal legislation would, besides the implementation of international standards and the compliance of the substantive law with the procedural law, eliminate the consequences of the previous period of "staggering" in this field and bring adequate solutions that will contribute to crime prevention. Although the new Law on the execution of criminal sanctions still retains some discrepancy between substantive and procedural law, and fails to further define some important institutes and their functions, this Law, nevertheless, has brought some significant novelties related to the inclusion of international standards and more coherent and functional system of the execution of criminal sanctions over juveniles. The good thing is that the execution of the criminal sanctions over juveniles has been taken out from the Law on the execution of criminal sanctions and included into Law on juvenile delinquents and their legal protection. This concept of unification of all aspects of juvenile delinquency into one unique segment enables more coherent, connected, harmonized and functional approach to the execution of criminal sanctions. And the Law on juvenile delinquency has also significantly contributed to the improvement of the system of juveniles' criminal sanctions. This system can be further improved by overcoming the chronic problems in domestic punitive system: lack of professional staff, location and categorization

¹⁷ О.Перић: *op. cit.* стр. 248.

of remand institutions, loose link between the institutions and the authority... Financial problems and deficiency of juvenile remand institutions are not, according to European Court of Human Rights, legitimate and acceptable arguments that some countries often resort to, since all countries are the signatories of some sort of international documents on the protection of human rights and liberties and are, therefore, obliged to provide adequate institutions for the execution of criminal sanctions and measures according to the system they have opted for.

The author also points out to the need that certain regulations should be amended to better regulate the legal (court) protection of juvenile delinquents on which criminal sanctions have been imposed.

ТЕРОРИЗАМ – МЕЋУНАРОДНИ ЗЛОЧИН

Разлог што ћемо учинити "излет у прошлост" међународног кривичног права, прецизније – међународних кривичних дела, не налази се у томе што смо љубитељи "музеја" ове области права, већ што ћемо видети да тај историјски процес представља појаву релативно кратког трајања, а ипак снажно утиче на спречавање међународног криминалитета. Тако ће "историјско наслеђе", условљено и установљено неуједначеним кретањем, противуречном и променљивом политичком ситуацијом, дати основни печат и концепту међународних кривичних дела. Тако ће на дневни ред разматрања и прецизирања међународног тероризма доћи и до потребе детаљнијег објашњавања тероризма као међународног злочина.

Али кренимо редом.

Међународно кривично право је скуп међународних правила која прописују шта су то међународна кривична дела и намећу државама обавезу да гоне и кажњавају за бар неке од њих (материјално право). Оно уређује и међународне поступке за гоњење и суђење лицима која се терете за вршење тих кривичних дела (процесно кривично право). Нагласимо, први огранак тог скупа правила (рекли смо, чини материјално право), утврђује: која дела представљају међународна кривична дела, субјективне елементе бића забрањених дела, могуће околности под којим лица окривљена за те злочине ипак могу бити ослобођене кривичне одговорности, као и под којим условима државе могу или морају, сагласно међународним правилима, гонити и изводити пред судове лица окривљена за те злочине.

Стављајући прву групу правила (правила која утврђују међународна кривична дела) у центар нашег разматрања, неопходно је да на почетку, кажемо како се листа (оних дела за које међународно право чини кривично одговорним инспираторе, наредбодавце и извршиоце), по броју ових дела, њиховој структури, садржини, називима, уз постепена додавања и одузимања, непрекидно мењала. Крајем XIX века и још много година после тога, били су кажњавани само ратни злочини. Након Другог светског рата долази до нових категорија злочина, док су ратни злочини преформулисани: статути међународног војног трибунала у Хирнбергу (1945) и Међународног војног трибунала за Далеки исток (1946), додали су на листу нова међународна кривична дела. Злочини против човечности и злочини против мира додати су као нове врсте кажњивих дела 1945. године, а 1948. године, додат је и геноцид као посебна подврста злочина

против човечности (убрзо, након тога геноцид постаје самостална врста злочина). Листа се, крајем 80-тих година XX века, увећава за још један посебан злочин – реч је о мучењу као *per se* злочину. Недавно је, уз посебне услове, и међународни тероризам проглашен за злочин.¹

Упркос експлозији тероризма на глобалном нивоу, да поновимо - тероризам до данас нема прецизну дефиницију, чак ни оквирно прихватљиву. Неки представници власти су склони да тероризмом назову све насилне активности које спроводе њихови опоненти, док антивладини екстремисти тврде, управо супротно, да су жртве владиног терора. Непрецизна природа овог термина омогућава да се он може применити, односно да се њиме могу етикетирати све акције које "изазивају страх у циљу постизања различитих циљева". У најопштијем смислу се може применити и на неке друге сличне акте насиља, као што су киднаповање и отимице авиона, за које учиниоци, иначе нису планирали да прерасту у терор. Политички социолози, нажалост, сматрају да јединствена, универзална дефиниција, у принципу не може да се постигне, јер је сам процес дефинисања део шире констелације идеолошких или политичких циљева. Напори у дефинисању подржавају аргумент да се перспективе мењају у зависности где и када су терористи извршили терористички акт. Питање дефинисања тероризма је централно за разумевање овог феномена, као и за успех мера које се предузимају против њега. За већину посматрача, сваки насилни чин се може уписати у рубрику: тероризам. Други, пак, нису склони или нису вољни да тероризмом назову насилне активности које се спроводе у револуционарном контексту. Конфузија може настати и око наизглед сличних чина насиља које врши политички мотивисан појединац, криминалац или ментално неуравнотежена особа.²

1. Разни облици међународног злочина тероризма

Тероризам у савременом друштву постаје све динамичнија појава разметљиво показујући сва своја погубна лица. Он задобија различите облике, супериорно се издижући и вешто измичући према постављеном циљу. Циљ обликује себи примерене ликове (облике) терористичког акта, ствара једне и неутралише друге тежње, као сенка прати животе модерног човека, група грађана, одређених држава, представника власти итд., тако да понекад не можемо ни да замислимо да овај свет "функционише" без постојања односне врсте насиља. Нажалост, тероризам је постао неизбежна и све распрострањенија појава, тамна страна све веће модернизација и напретка држава, њихова велика ирационалност. "Силе"

¹ Цит. према: А. Kaseze, *op.cit.* стр. 18 – 19.

² Ibid.

које обликују његов свет постају потпуно непрозирне, мистериозне за већину од нас. Природно својство тероризма је и да се жртве третирају на потпуно безличан и бездушан начин. То, с друге стране, рађа осећање изгубљености у лавиринту акција терористичких организација, потпуној беспомоћности јединке суочене са катастрофалним последицама које овај производи.

Но, ми се нећемо (опет) бавити његовим описом. Наш приступ карактерише овог пута, особен угао посматрања разних облика тероризма као међународног злочина.

Зато је неопходно да на овом месту учинимо пар напомена и тиме осветлимо проблематику из сасвим нове перспективе.

Наведено схватање тероризма као врсте међународног злочина није случајно изабрано. Реч је, наиме, о следећем:

Тероризам спада у једну од три врсте међународних злочина³ (поред агресије и мучења *per se*) која повезују у подгрупу међународних злочина

³ Међународни злочини представљају кршења међународних правила која повлаче индивидуалну кривичну одговорност појединаца (за разлику од одговорности држава у чије име појединци могу да делују као њихови органи). При расправљању појединих категорија тих злочина, морају се посебно нагласити четири јединствене особине које међународни злочини кумулативно мора да обухвате:

1. Кршење међународних обичајних правила (као и одредаба уговора где такве одредбе постоје);
 2. Правила која пружају заштиту вредностима које међународна заједница сматра важним и које у складу са тим, обавезују све државе и све појединце. Реч је о вредностима садржаним у међународним инструментима од којих су најважнији Повеља УН (1945), Универзална декларација о људским правима (1948), Европска конвенција о људским правима (1950), ... као и уговори који предвиђају кажњавање и репресију појединих облика тероризма.
 3. Затим, постоји универзални интерес за сузбијање тих злочина. У складу са тим, а уз одговарајуће услове, свака држава може у начелу гонити и кажњавати оне на које се сумња да су њихови инспиратори, налогодавци или извршиоци.
 4. Ако је извршилац деловао у неком службеном својству (као државни званичник), држава у чије је име извршио забрањено дело не може се позивати на имунитет од грађанске или кривичне јурисдикције стране државе који, по обичајном праву, имају државни заничници који делују у оквиру својих функција (међутим, у категорији високих званичника они уживају потпуни лични имунитет) према: На овакав начин одређен, појам међународног злочина обухвата ратне злочине, злочине против човечности, геноцид, мучење (које се овде разликује од мучења као једне од врста ратних злочина и злочина против човечности), агресију и неке од екстремних облика тероризма (тешка дела међународног тероризма која подржава или толерише држава. Појам злочина овде не обухвата пиратерију, илегалну трговину дрогом и апартхеид.
- Цит. према: А. Kaseze, *op.cit.* стр. 27 - 29.

под називом - Остали међународни злочини, два главна обележја: **прво**, преовладава схватање да она не спадају у категорију која обухвата нејгнусније злочине: ратни злочини, злочини против човечности и геноцид (тзв. "core crimes"). **Друга**, не мање важна њихова карактеристика, да нису у надлежности ниједног међународног кривичног трибунала или суда.⁴

Дакле, занемарујући овде разлоге који су узроковали такав став, односно разлоге због којих су ови изузети из проширења међународне надлежности (а они су различити за сваки од ових видова ратних злочина) већине држава заступа гледиште да се тероризам, упркос свим органичењима концепта, мора гонити на националном нивоу, индивидуалном или заједничком принудном и судском акцијом.⁵

Рекли смо, занемарујући разлоге, зато што смо већ више пута говорили о њима.⁶ Али ово "сценско приказивање" успешне борбе против међународног криминалитета има за смисао да покаже, тј. покаже да би се тероризам као врста међународног криминалитета гонио на националном нивоу у случају потребе, усаглашеним деловањем појединих држава. Наравно, да овакво поступање, пропраћено убедљивом аргументацијом диктира суштински преокрет у том погледу. Нагласимо, наведено мишљење, иако на први поглед изгледа убедљиво, може се оспорити - када би се уместо на националном нивоу, неком међународном судском телу поверио задатак да одлучује о овој форми међународног злочина (у овом контексту говоримо, делом и о агресији и мучењу), онда би овакво поступање остварило позитивне ефекте најмање у два правца: **прво**, на правосудном нивоу, тј. уколико би овај злочин био у надлежности независног међународног тела, у значајној мери би се отклонила могућност да та врста злочиначког понашања остане некажњена; **друго**, само на овај начин би се у потпуности реализовао принцип непристрасности судова и основних права оптуженог (више и боље него што то може да учини било који национални суд).⁷ Нажалост, важније од тога је чињеница да неке државе још увек желе да то питање решавају "саме силом", тј. употребом војне силе, дајући примат оваквом решењу пред оним који би могла да пружи међународна правда?!

⁴ A. Kaseze, op.cit. стр. 126.

⁵ Ibid

⁶ Одлучујући аргумент је да тероризам није довољно прецизно дефинисан у међукривичном праву, односно да је та дефиниција нејасна и подложна различитим тумачењима. Наводе се још и следећи разлози: уношење тог злочина би политизовало рад Суда; тероризам, ипак није довољно тежак злочин да би био стављен у надлежност Суда; итд.

⁷ Ibid.

Следећи основну идеју, пажњу концентришемо на оно што даје општи печат, особиту и јединствену суштину разним "креацијама" злочина међународног тероризма.

"Заоденут различитим плаштovima", злочин тероризма се може појавити у разноврсним формама испољавања. Међутим, сви ови његови појавни облици имају одређене додирне тачке које их као такве повезују, које детерминишу његову специфичну унутрашњу природу. Ова чињеница нас упућује на разматрање тих карактеристичних обележја, искључиво у означавању њихове спољашње издиференцираности.

Тако се ова врста међународног злочина и његова комплексна садржина у својој индивидуалности не може другачије схватити или објаснити осим уколико се претходно не истакне или осветли оно што им је заједнички именитељ. тј. оно што је основно, битно, што конституише ову појаву.

Осветљавање садржајних састојака тероризма је уједно и прави почетак објашњења, разумевања разних облика тероризма, које ћемо овде посебно назначити.

У том смислу, изразита обележја тероризма су:

Прва, најважнија и најзначајнија општа карактеристика је, по речима М. Delmas-Marty "деперсонализација жртве" (*dépersonnalisation de la victime*).⁸ Жртва једног терористичког акта може бити свако-од детета до старца. Заправо, за извршиоца је без значаја ко је жртва - да ли је млада или стара, мушкарац или жена, богаташ или сиромаш, ... (подметање бомбе у позориштима, авионима, возовима и сл.). За њега је битно само једно - да жртва буде убијена, рањена, да осети страх, панику и несигурност, управо са циљем остваривања одређене политичке, верске, идеолошке,... промене. Терориста напада насумице. За њега је жртва, једноставно, анонимно и потрошно средство за реализацију циља. Обични грађани се пред "обичним" криминалитетом у одређеној мери још и могу осећати сигурни, уверени да ипак неће бити жртве, док када је тероризам у питању, нико се не може осећати сигурним и заштићеним. Овде извршилац не напада неку жртву због припадности некој националности, због социјалног положаја, полне припадности, због тога што је мрзи, због одређених људских, стручних, физичких и сл. вредности.

Други, најочљивији знак се манифестује у: да би се терористички акт могао сматрати међународним злочином, мора бити везан за оружани сукоб, међународни или унутрашњи (тј. војни сукоб између две државе или две наоружане групе у једној држави), да поприми такве размере да пређе границе једне државе и угрози безбедност друге државе, тј. такав терористички акт мора у то да увуче државне власти и задобије транснационалну димензију, или је, пак, потребно да овај поприми

⁸ Цит. према: А. Kaseze, op.cit. стр. 144.

обележја понашања дефинисаног као злочин против човечности. Образложујући ову неопходност, посебно се указује на одредбе међународних уговора из којих јасно произилази да се у њиховој примени изузима "домаћи" тероризам.⁹

Треће, темељно обележје тероризма је да представља кривично дело, без обзира на то да ли га врше појединци који делују у личном својству (напр. чланови терористичких група), или се ради о извршиоцима који делују у неком службеном својству, тј. као *de iure* или *de facto* државни званичници у оквиру својих функција. Треба посебно нагласити да у овом другом случају, поред индивидуалне кривичне одговорности, вршење злочина означене врсте од стране ових лица може да доведе и до одговорности државе. Значи, ако је извршилац деловао у неком службеном својству, држава у чије име је он деловао, тј. извршио терористички акт, може сносити међународну одговорност због кршења међународних обичајних правила, као и одредаба уговора (где такве одредбе постоје).¹⁰

Говорећи о жртвама терористичког акта, ваља истаћи да међународно право пружа одговарајућу заштиту жртвама ове врсте насиља. У том смислу, видећемо да се у међународном праву у погледу заштите жртава прави разлика - зависно од тога у коју врсту злочина спада терористички акт, тј. да ли се ради о ратном злочину, злочину против човечности или злочину међународног тероризма. Када је терористички акт управљен против цивила и цивилних објеката, онда је он забрањен као ратни злочин; као злочини против човечности, терористички акти су забрањени онда када су управљени против цивила¹¹, као категорија међународног

⁹ Види, напр. члан 3. Конвенције УН о терористичком бомбардовању од 12. јануара 1998. године. Сличну одредбу садржи и члан 3. Конвенције о финансирању тероризма од 20. јануара 2000. године. Цит. према: A.Kaseze, op.cit. стр. 145.

¹⁰ Вид. о томе опширније: Ibid

¹¹ Овде се може поставити питање одступања односно, несагласја наведеног става да са обичајним правом. Наиме, као последица постепеног исчезавања везе између злочина против човечности и оружаног сукоба у међународном обичајном праву, смањивало се, ако не и потпуно nestало, инсистирање на цивилима као јединој врсти жртава тих злочина. Како се злочини против човечности могу вршити и у време мира, схватање да могу бити учињени само против цивила више нема смисла. Тиме долазимо и до тога да је обим обичајних правила која регулишу материју злочина против човечности много шири него што се то обично мисли. Прво, у погледу тога ко све може да их врши (и приватна лица под условом да државне власти одобравају или опраштају њихова дела, али да су она аставни део широке или систематичке праксе недозвољеног понашања), а затим у погледу жртава тих злочина. Тако, неке категорије жртава тих злочина могу бити како цивили, тако и борци. И даље, жртве тих злочина не морају бити држављани

терористичког акта терористички акт је забрањен ако је управљен против било ког циља.

1) Тероризам као ратни злочин

Као што је речено, терористички акти управљени против цивила или цивилних објеката су забрањени као ратни злочини. Забрана вршења ове врсте злочина у околностима о којима ће бити речи, последица је "дуге еволуције". Значајан допринос овом процесу на нормативном нивоу дали су Четврта женеvsка конвенција (1949), Први и Други допунски протокол од 1977 и др. Довољно је споменути члан 33 (1) који забрањује вршење терористичких аката против цивила који имају статус "заштићених лица", без обзира да ли их врше оружане снаге зараћених страна против лица која се могу наћи на територији зараћене стране као интернирци, или на окупираној територији, као и објашњење у већ поменутом ауторитативном Коментару у коме се прецизира како је ова забрана произашла из потребе да се предупреди уобичајена пракса "прибегавања застрашивању како би се терорисало становништво "у нади да ће се тако одустати од непријатељских аката". Истовремено, ова забрана вршења таквих аката обухвата и цивиле који се боре заједно са једном од зараћених страна, као и цивиле и организоване групе које се боре против окупаторских снага. (Коментар који је објавио Међународни комитет Црвеног крста (1958)).¹²

Ствари стоје слично и када се ради о унутрашњим оружаним сукобима. Наиме, и у овој врсти сукоба забрањени су акти тероризма против цивила или лица која су престала да учествују у сукобу, без обзира на то да ли страна у сукобу прибегава терористичким методима.¹³ У истом контексту, довољно је споменути и Први и Други допунски протокол и јасно изнети становиште да је злочин тероризма управљен против **цивила** забрањен и инкриминисан по Међународном хуманитарном праву, како је садржано у уговорима.¹⁴ Ова забрана се протеже и у погледу терористичких аката управљених против **цивилних објеката**, истовремено наглашавајући да су њоме обухваћени и **борци** - иако не као ратни злочини, него као засебни злочини тероризма.

Објективни елемент (*actus reus*) се манифестује у сваком чину претњи нападом на цивиле или цивилне објекте или у примени неких

непријатељске земље, него и земље чије власти наређују, одобравају или затварају очи пред недозвољеним радњама које имају особине злочина против човечности Ibid, стр. 104-105.

¹² Ibid, стр. 104-105.

¹³ Женевским конвенцијама уследила су два допунска протокола: види члан 4 (2) (д) Другог допунског протокола, као и чланове 51 (2), односно 13 (2)

¹⁴ Вид. о томе опш.: Ibid, стр. 62-63, као и 146.

других видова застрашивања управљених на ширење страха и стрепње. **Субјективни елемент (*mens rea*)** обухвата **намеру** да се изврши забрањени акт или претњу насиљем против цивила - **генерални умишљај**. Уз то, да би овај терористички акт имао обележја злочина, неопходан је још један ментални елемент: настојање да доведе до ширења терора (страха, бојазни) међу цивилима. Тај додатни елемент код тероризма као међународног злочина досеже појам **посебног злочиначког умишљаја (*dolus specialis*)**. У светлу онога "што је речено, ширење терора међу цивилима мора бити главни циљ" забрањених дела или претњи насиљем.¹⁵

2) Тероризам као злочин против човечности

Ево још једног облика манифестовања тероризма као међународног злочина. Овог пута, као злочина против човечности. И опет, у раскривању ове димензије терористичког деловања (која га "уздиже" на степен међународног карактера злочиначког деловања), открива се, као правилност - да би се тероризам могао квалификовати као међународни злочин, мора да испуни одређене услове:

прво, да терористички акти не представљају изоловане и спорадичне случајеве, већ су обично део неке шире целине, било због тога што су део операција ширег обима и састоје се од тешког гажења људског достојанства (распрострањена пракса), или повезани систем вршења недозвољених радњи (систематичка пракса);

друго, да терористи знају да су њихова злочиначка дела део општег и систематског обрасца понашања, тј. да се такав злочин врши уз сазнање да се чини као део операција широких размера или систематске праксе.

треће, и даље, да би се терористички акти могли подвести под категорију злочина против човечности, неопходно је да се они испоље као убиства, истребљивање, мучење, силовање, прогон - или да спадају у нека друга нечовечна дела.

Жртве ових злочина могу бити цивили или ако су учињена у току оружаних сукоба, лица која не учествују (или више не учествују) у оружаним непријатељствима, као и по међународном обичајном праву непријатељски борци.¹⁶

Закључићемо са: терористички акти су забрањени и морају бити кажњени без обзира на то да ли су извршени за време рата или у време

¹⁵ Ibid, стр. 146.

¹⁶ Сасвим супротно, по статутима Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (ICTY), Међународног кривичног трибунала за Руанду (ICTR) и Међународног кривичног суда, злочини против човечности се могу вршити само против цивила. Цит. према. Ibid, стр. 147-148.

мира (данашње међународно право не захтева везу са неким оружаном сукобом).

3) Тероризам као засебан међународни злочин

Терористички акти се могу појавити и као засебни међународни злочини, под условом да испуњавају следеће критеријуме:

прво, да њихове последице нису ограничене само на једну државу, већ да превазилазе државне границе, како у погледу лица која у њима учествују, тако и у погледу употребљених средстава и испољеног насиља;

друго, да се врше уз помоћ неке друге државе или уз толерисање од стране државе која није у стању да искорени терористичку организацију, смештену на својој територији или се налази у некој другој држави;

треће, да је реч о појави која представља претњу међународном миру и безбедности, и постаје од посебног интереса за целу међународну заједницу;

Следећи, **четврти**, критеријум се сам намеће: да су терористички акти веома тешки или су великих размера.

Из овог указивања, не могу се сви терористички акти као такви класификовати као засебан међународни злочин. У супротном, образлажући неопходност постојања свих, горе наведених елемената, недостатак само једног од њих елиминише тероризам из категорије засебног међународног злочина. У тим случајевима, по свему судећи, треба да ови акти буду "кумулятивни", тј. да обухвате сва четири елемента или да испуне сва четири услова. Отуда, ако се терористички акти предузимају унутар једне државе (напр. Црвене Бригаде у Италији, или ЕТА у Шпанији...), кривична су дела кажњива по законима односне државе. У случају, пак, да су се друге државе обавезале посебним уговорима закљученим с тим државама о сарадњи у трагању, гоњењу и кажњавању извршилаца терористичких аката, оне су дужне да у складу са тим и поступе.¹⁷ Нажалост, национални судови примењују те уговоре селективно, само у ретким случајевима. Најчешће, њихова примена подлеже "ћудљивости" политичких интереса.

Како је међународни тероризам злочин забрањен (пре свега) обичајним правом, свака држава због кршења међународних обавеза, има "право и дужност" да све извршиоце који се нађу на њеној територији изведе пред суд. Овде је реч о оним обавезама које се могу назвати обавезе према заједници. Но, интерес заједнице да се ове обавезе испуне пре је потенцијалан него стваран. Већи број држава и даље настоји да руковођен искључиво сопственим интересима, пре интервенишу због краткорочних

¹⁷ Вид. Резолуцију Савета безбедности УН од 12. септембра 2001. године, бр. 1368/2001 о терористичким нападима на Њујорк и Вашингтон.

националних интереса него да би спречиле очигледно тешко кршење међународног права.¹⁸

Actus reus злочина тероризма је: 1) терористички акти морају представљати кривична дела у претежном броју националних законодавстава (напр. убиство, телесна повреда, отмица, узимање талаца, бомбардовање, мучење, итд.) 2) ширење терора (страха, бојазни) мора бити њихов основни циљ (напр. застрашивање, претњама или предузимањем насилних акција против јавности или неких група лица); 3) морају бити политички, идеолошки или верски мотивисани - тј. да се не врше због личне користи.¹⁹

Што се тиче субјективног елемента (*mens rea*), пракса великог броја држава, национални правни системи и резолуције многих међународних организација се налазе на линији идентичког поступања. Уз субјективни елемент, неопходно је да постоји и специјални умишљај (*dolus specialis*) - који се испољава у ширењу терора међу становништвом.²⁰

Најзад, ова врста међународног злочина може бити уперена против: цивила и војног особља, али и неких других службених лица (жртве терористичких аката).²¹

4) Врсте злочина тероризма забрањене уговорима

Најзад, остала је да се објасни још једна врста (у ширем смислу те речи, јер се овде ради о засебним врстама) тероризма као правог међународног злочина. Наиме, да би комплетирали слику о тероризму као међународном злочину, не можемо, а да се не осврнемо и на оне терористичке акте који су експлицитно забрањени већ поменути уговорима о тероризму.²² Сходно изложеном, а ради ближег и јаснијег омеђавања појма злочина тероризма, пошто се често као прави међународни злочини сматрају само они који су предвиђени

¹⁸ Цитирајмо, опет, Резолуцију Савета безбедности, која позива све државе да "заједно и без одлагања раде на привођењу правди извршилаца, организатора и покровитеља тих терористичких аката... а сматраће се одговорним и они који су помагали, подржавали и штитили извршиоце, организаторе и покровитеље тих актата." Ова препорука је, као што знамо, уследила после терористичких аката изведених 1. септембра 2001. у Њујорку, Вашингтону (ДК) и у Пенсилванији!?

¹⁹ Ibid, стр. 149.

²⁰ Ibid

²¹ Државе уговорнице могу извести пред суд притворено лице оптужено за "тешка кршења", без обзира на његово држављанство, држављанство жртве и место где је до кршења дошло - начело универзалне надлежности.

²² Управо, почев од 1970-их, низ уговора против тероризма је допринело инкриминисању новог међународног злочина - ТЕРОРИЗМА.

међународним обичајним правом и којима се вређају основне вредности утврђене међународним околностима и засебне акте тероризма сврстати у категорију међународних злочина. Реч је, о релеватним уговорима у овој области који, као такви, имају посебну вредност и ван своје строго "уговорне димензије" (јер се ослањају на обичајна правила, односно на њих указују или доприносе њиховом стварању).²³

Преглед стваова које, према дефинисању главних аспеката злочина тероризма (регулисање репресије) заузимају правни системи, очигледно показује да, упркос разликама у приступу, постоји јединствено мишљење о начину на који се ови кажњавају и гоне. И то је оно што је битно - и то афирмишу међународни уговори о појединим врстама тероризма. Зато они представљају нешто другачије и више (од међународног обичајног права), тј. "корак напред" у правцу спречавања и кажњавања тих злочина. Дакле, овим уговорима је учињен помак напред у стварању такве климе (успостављањем координације међу државама у инкриминисању тих дела), који треба да обезбеди да "националне власти благовремено и ефикасно кажњавају тероризам", односно да се државе уговорнице јасно обавезу да на својим територијама хапсе, гоне и приводе правди учиниоце терористичких аката.

Тенденција је јасна и она би требало да обезбеди смернице за будуће акције. Нажалост, сарадња међу државама у борби против злочина тероризма је у порасту, али је још, увек ограничена. Нарочито је за жаљење што обавеза гоњења и кажњавања тих злочина није поверена ниједном међународном телу.

Финансирање тероризма Члан 393.

Реч је, о сасвим новом кривичном делу, које досадашње кривично законодавство није познавало. То је, уједно и први разлог због чега смо се одлучили да га посебно коментаришемо. Други се тиче наше класификације са почетка односног тематског подручја, а односи се на тумачење кривичних дела тероризма у ужем смислу, обухватајући поменутом категоријом и кривично дело финансирања тероризма. Међутим, сматрамо да смо детаљно објашњење односног кривичног дела исцрпили у посебном навођењу (већ поменуте Конвенције) о спречавању финансирање тероризма (у којој је дело утемељено).

И само на тој основи, размотрићемо основне елементе (обележја) овог кривичног дела. У том контексту, објашњење ћемо започети: да кривично дело из члана 393. чини онај ко на било који начин, непосредно или посредно даје или прикупља средства у намери да се употребе или знајући

²³ А. Kaseze, *op.cit.* стр. 150.

да ће се употребити у целини или делимично за извршење: (а) кривичног дела из члана 312. (тероризам), кривичног дела из члана 391. (међународни тероризам) и дела из члана 392. (узимање талаца).

Међународноправни основ ове инкриминације је *Међународна конвенција о сјречавању финансирања тјероризма* (усвојена од Генералне скупштине УН 1999. године). Овом Конвенцијом је предвиђено да односно кривично дело чини свако ко на било који начин, непосредно или посредно, незаконито и својом вољом, обезбеђује или прикупља фондове у намери да се они користе или са знањем да ће бити коришћени за извршење напред наведених кривичних дела. Треба нагласити да ова инкриминација предвиђа, под тачком (а) где се експлицитно наводе, изузетно мали број кривичних дела за чије извршење су наведена средства намењена, не обухватајући низ кривичних дела терористичког карактера, као што су: угрожавање лица под међународно-правном заштитом, отмица ваздухоплова или брода, угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја насиљем, а што и јесте *ratio legis* ове инкриминације ако се имају у виду, поред наведене, и друге бројне међународне конвенције и други акти који се односе на ова кривична дела.

а) Радња кривичног дела подразумева обезбеђивање или прикупљање средстава за финансирање извршења одређених кривичних дела. Под финансијским средствима треба разумети пре свега, новац, али то могу бити и друга материјална средства као што су: уметничка дела, аутомобили, одобравање кредита са посебним повластицама и др. Обезбеђивање средстава значи како њихово давање другим лицима, тако и омогућавање, помагање да се до тих средстава дође преко других лица. Најчешћи облик овог дела је уплаћивање одређених сума новца на рачуне неких терористичких организација или предаја одређеним лицима. Прикупљање је прибављање од других финансијских средстава да би била предата терористичким организацијама или појединцима.²⁴

б) Дело је свршено кад су финансијска средства обезбеђена или прикупљена ради вршења наведених кривичних дела, али није неопходно и да су у ту сврху искоришћена.

Извршилац кривичног дела може бити свако лице, а за кривичну одговорност потребан је умишљај.

2. У ставу 2. предвиђено је обавезно одузимање средстава којима је обезбеђивано финансирање терористичких дела или су прикупљена у ту сврху. Реч је о обавезној примени мере безбедности одузимање предмета намењених за извршења кривичног дела.

²⁴ Љ. Лазаревић, Коментар ... стр. 969.

Напомена: Није јасно зашто је забрана финансирања ограничена само на поменута три кривична дела, а не и на друге терористичке акте који су обухваћени другим кривичним делима.²⁵

Три модела функционисања Опште: поређење

Да ли су постојећа законодавна решења одговарајућа и да ли их треба мењати и допуњавати, односно - да ли се у оквиру постојећих инкриминација у нашем кривичном законодавству могу успешно сузбијати оваква деловања или су, пак, неопходне одговарајуће законске интервенције?

Давање коначних одговора на постављено питање, кроз потпуну анализу кривичних дела тероризма у једном ширем смислу је немогуће. Другим речима, ми смо се, по некаквом личном избору, чија се основа може уочити, на почетку одлучили да обухватимо само по један његов део, али на начин који ће обезбедити тј. испровоцирати нове дилеме о врстама и начинима борбе против тероризма.

У складу са поменутим, различите државе кроз различите концепте нуде и разноврсна решења у погледу питања - да ли тероризам регулисати специјалним или општим кривичним законодавством?

Најпре, полазиште у разматрању одговора на постављено питање, лоцирано је на подручје могућих начина у прописивању ове инкриминације. И одмах да кажемо да упоредна законодавства нуде различита решења у том погледу:

- 1) сопствено (посебно) биће;
- 2) набрајање других кривичних дела (уз евентуално условљавање постојањем неког субјективног елемента);
- 3) мешовито решење.²⁶

Решења су, разноврсна, с тим што је већи број држава које су последњих година значајно угрожене тероризмом донело посебне законске прописе у области материјалног и процесног права, у области права за извршење кривичних санкција и у полицијском праву. Наиме, у акцији превазилажења постојеће крајње незавидне, депримирајуће ситуације у којој су се нашле, одређене државе су пред реалном опасношћу од тероризма и стварања најбољих могућности кривичног права у његовом сузбијању одлучиле да доношењем посебних законских прописа обухвате целокупни криминални садржај тероризма, с тим да се органима кривичног гоњења, органима реда, тужилаштву или неком другом државном органу дају посебна овлашћења и надлежности у

²⁵ Види о том.опш. Љ.Лазаревић, Коментар... стр. 969

²⁶ З. Стојановић: *op.cit.* стр. 12

поступању према терористима. На линији оваквог поступања налазе се следећа законодавства: Француске, која је донела Против-разбијачки закон, Велике Британије са својим Привременим законом о спречавању тероризма. Ову тенденцију прате и САД које су 1996. године, донеле Закон о антитерористичким дејствима и смртној казни. Познато је да је овакав приступ доследно спроведен и у шпанској и италијанској легислативи.

То би било прво решење.

Друго решење је - нема специјалног закона који би "покрио" основне и посебне деликте из ове групе кривичних дела. Законодавац је овде, управо са намером да прати светске трендове у легислативној борби против тероризма, пошао путем прилагођавања постојећег инструментарија актуелним потребама успешног сузбијања терористичког деловања. У том смислу, он врши одређене иновације (нешто мења, а нешто допуњава) у убеђењу да ће такви захвати и у таквој мери моћи да одговоре ургентним захтевима одбране друштва од тероризма.

Овакав концепт је присутан и код нас.

Члан 312. КЗ само на први поглед остаје у границама истог суштинског одређења значења кривичног дела тероризма. Међутим, у нешто ужем и специфичном значењу, опис овог кривичног дела значајно је освежен тј. у битном допуњен па тиме у једном ширем смислу и промењен.²⁷ Наиме, према оваквој новој скици, радња извршења односног кривичног дела обогаћена је посебним облицима отмице и претњом посебном, специјалном врстом еколошког криминалитета, прецизније - претњом употребе нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства.²⁸

Треће, могло би се рећи - решење "негде на средини" или ако хоћемо, компромисно решење (које је у основи неприхватљиво) приступа овом питању тако што сва кривична дела тероризма издваја у посебну главу (позиције прихваћене у веома малом броју законодавстава). Дакле, нема посебних закона, али има посебних глава. Не треба доказивати да је такав став неприхватљив из једноставног разлога што се кривична дела тероризма, подразумевајући ту и само кривично дело из члана 312, тешко

²⁷ Ради илустрације, наводимо члан 384. Предлога КЗ из 2000: "Ко у намери угрожавања безбедности или уставног уређења СРЈ или републике чланице изазове експлозију или пожар или предузме друге опште-опасне радње или изврши отмицу неког лица или други акт насиља или прети предузимањем какве опште-опасне радње или употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог опште-опасног средства чиме може да изазове осећање страха или несигурности код грађана".

²⁸ Тиме је наш законодавац, на свој начин поступио у складу са светским трендовима који егзистирају на плану најодлучнијег супротстављања овој изузетно опасној појави.

могу подвести само под један групни заштитни објект што је традиционални критеријум за конструкцију, односно систематику посебног дела.²⁹

Кривично дело тероризма из чл. 312. КЗЈ представља основно кривично дело из ове групе деликата, док су сва ова друга кривична дела заправо посебни облици, тј. специјални видови испољавања тог посебног кривичног дела. У ранијем проучавању овог феномена, ми смо углавном концентрисали пажњу на анализу одредаба кривичног дела тероризма и међународног тероризма. Међутим, лимитирани избором насловљене теме (акценат је на безбедности ваздушног саобраћаја), у интерпретацији односног проблема идемо другачијим путем. Даљи развој ове идеје подразумева разматрање кривичног дела тероризма само у мери која је потребна да све горе поменуте конкретне терористичке манифестације објаснимо из перспективе њиховог свеукупног и свеобухватног разјашњавања.

*Prof. Dr. Dragana Petrovic,
an associate professor*

TERRORISM – INTERNATIONAL CRIME

Terrorism is no longer a marginal problem, a problem of “some other countries” that leaves us unaffected. It is believed that it is the plague of the modern age, a new disease invading the world whose contagious nature is testing the endurance of potential targets. It also raises a series of issues that have never been faced and discussed before. This new terrorism is also characterized and influenced by a number of different, deeply rooted, factors and circumstances that determine the extent of its threat and terror.

²⁹ 3. Стојановић: Тероризам и сродна кривична дела, Тероризам и сродна кривична дела - теорија и пракса, Београд 1998, стр. 13.

Др Ивана Симовић Хибер
ванредни професор

UDK: 343.97:341.645.2

КРИМИНАЛНА ПОЛИТИКА И НОРМАТИВНА ПОДЛОГА ФУНКЦИОНИСАЊА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ СУДОВА

Анализирајући нормативни изглед аката по којима су поступали или поступају раличити међународни кривични судови, може се запазити да они садрже релативно мали, или по класичном схватању кривичног права сасвим недовољни скуп норми општег типа.

Ако је начело *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* у свом пуном значењу - *praevia, stricta, scripta i certa* неприсутно у довољној мери у постојећим документима, тада се може закључити да је долазило до повреде међународног начела владавине права.¹

Исто се тако може запазити да са спознајом о нужности постојања сталног наднационалног суда, расте и свест о нужности стварања наднационалног кривичног права, баш у намери да се овај основни недостатак превазиђе.

У овом тексту ће се учинити покушај да се укаже на нормативну подлогу (и делимично судску праксу) међународних кривичних судова.

Историјски посматрано најслабију правну подлогу у суђењима су имали нирнбершки и токијски војни судови. То је сасвим објашњиво имајући у виду карактер ових суђења, а првенствено особе којима се судило.

Важно је поменути да су ови судови прокламативно утврђивали индивидуалну одговорност за међународна кривична дела. Познате су примедбе о ретроактивном поступању тих судова и о непостојању стабилног правног основа суђења.

Много је писано о овим суђењима, из свих могућих углова, па се не бих усудила било шта додати.

Ипак треба поновити да се у моменту тих суђења није расправљало о формално ваљаној заснованости пресуда. У литератури се може наћи као распрострањено мишљење да је то било суђење ратних победника, и да је то дало легитимност поступку, независно од правних мањкавости. Да је то тачно показује и назив основног акта, коме је Нирнбершки статут

¹ Clark, D., Nuremberg and Tokyo in contemporary perspective, у: McCormick/Simpson (eds), The law of war crimes, стр. 171. и даље., Den Haag, 1997.

придодат, а који се зове Споразум четири силе о кривичном прогону и кажњавању главних ратних злочинаца европских сила Осовине².

Основна расправа која се накнадно водила односила се баш на питање да ли су кривична дела за која се судило била довољно прецизно одређена, или да ли је у пресудама повређено начело легалитета.

Наиме, статуту војних судова у Нирнбергу и Токију прописивали су само да су судови осуђенике, који су проглашени кривим могли осудити **на смрт или на неку другу казну коју су сматрали праведном**.³

Питање спорног израза, односно појма "праведна" казна је остало неразјашњено у пресудама, из којих се не виде разматрања ни размишљања о примереном кажњавању и одмеравању казне. Како се наводи у литератури, осуде на смрт, доживотни или временски ограничен затвор су изрицане без икаквог образложења у смислу разлога који су утицали на тежину изречене казне. (Основне расправе су вођене о начину извршења смртне казне, и резултат је било опредељење да то буде вешање).⁴

Судбина принципа о релативној сразмерности учињеног дела и казне ("*ordinar proportionality*")⁵ је такође била у сферама политичких договора.

Политичка позадина током ових суђења је помало замаглила неке основне правне принципе. У тим суђењима се некако, поред очигледног латентног сукоба за превласт, назире и основ идеје, која се ревитализује и у савременом развоју основа међународног кривичног права, а то је да су ратни злочини "злочини над злочинима" који заслужују посебан третман. Није небитно подсетити да је још Версајски уговор у чл. 227 изричито нагласио да су суштински предмет суђења злочини против међународног морала⁶

Тако на пример, у Нирнбергу **није било правног лека ни против одлуке о кривици, нити против одлуке о мери казне**.

Значајно је поменути да само одредба из члана 29. Статута која утврђује да савезничко Надзорно веће за Немачку може "у свако доба

² В. шире Lemasson, A.T., Vers la conclusion de soixante ans d'indescision graca au Statut de la Cour penale internationale, Revue penitentiaire et de droit penal, no. 3/2007., стр.613,614.

³ Члан 27. Статута Међународног војног суда из 1945. (Нирнбершки статут), UNTS св. 82, стр. 279 и даље, и члан 16 Повеље о Токијском међународном војном суду за Далеки исток из 1946, Treaties and other international Acts Series, бр.1589.

⁴ Van Zyl Smit, D., Облици одмјеравања казне у међународном казненом правосуђу, (превод Новоселец, П.), Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, vol.11, бр. 2/2004., стр. 1004.

⁵ Hirsch, H., Censure and sanctions, стр. 18. Oxford, 1993.

⁶ Lemasson, A.T., op cit стр.612.

казне ублажити или их изменити на други начин" садржи забрану поопштравања изречене казне, те тако представља усамљени пример правне сигурности.

Чињеница је да је накнадни утицај ових суђења значајан за међународно кривично право, и резултирао је доношењем Конвенције о геноциду из 1948. године⁷, и формализовањем Нирнбершких начела.

Међутим, ни тада није искоришћена прилика да се утврде правила о примерености врсте или мере казне, првенствено у значењу сразмерности, начина њеног изрицања или извршења.

Након тога настаје период напуштања бављења међународним кривичним правом у савременом смислу, који је трајао скоро пола века.

Сложићу се са једноставним објашњењем те чињенице, наиме да је хладни рат умањио потенцијал међународне заједнице за бављење овим проблемом на хомоген начин.

У сваком случају, третирање питања кажњавања за међународне злочине је евидентно било занемарено у том периоду, мада је према подацима о броју жртава указивао на потребу другачијег приступа.

Тек је почетком деведесетих година прошлог века комисија за међународно право УН започела расправу о овим темама, посебно о подручју одмеравања казне као о саставном делу Нацрта кодификације о злочинима против мира и безбедности човечанства (*Draft Code of crimes against peace and security of mankind*).

Сматра се наиме да су деведесете значиле окончање хладног рата у класичном смислу, а нарочито у идеји глобалног прихватања идеје о култури кажњивости злочина против човечанства.

Међутим, латентне или отворене тензије у ентитету који се назива међународна заједница постхладноратовског значења су утицале на субину овог текста да остане Нацрт, али тренутно стање свести и врста обавезе да се његова решења узимају у обзир приликом стварања и кориговања норми Римског статута су корисни путокази.

Догађаји у Југославији и Руанди су нужно утицали на измену тренда прећуткивања.

Међутим, опет је настала ситуација на неки начин слична претходно описаној. Постојала је политичка одлука да треба основати међународне судове за суђење лицима која су се у тим земљама огрешила о међународно право, али не и предлог правног механизма.

Чак би се могло приметити да ни у криминолошком смислу не постоји сагласност о појму **мегазлочина**; он је конструисан, подразумевајући у најширем значењу правно инкриминисано понашање које за последицу

⁷ Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, UNTS, sv. 78, стр. 277 и даље.

има велике људске жртве⁸. Опстала је, на неки начин правна визура, али је криминолошка димензија изгубљена у правном конструисању кривице и њеном психолошком објашњењу у назовимо га микро нивоу, док је макро ниво и даље резервисан за политиколошка тумачења, чија "објективност" је увек била и остала сумњива. Лутања у правној и криминолошкој литератури су објашњива, посебно имајући у виду третман новог појма злочина државе⁹. У том правцу се креће и у последње време поуларна теза (везано за праксу *ad hoc* међународног суда за Руанду) о одговорности медија, чак у смислу установљавања директне каузалне везе дистрибуције информација и тешких злочина¹⁰.

У том контексту је на пример занимљиво питање да ли је у моменту сазревања идеје о потреби формирања *ad hoc* судова, постојало опредељење да се суди само главним злочинцима. По мом интуитивном уверењу, у почетку су амбиције биле да обухвате шири круг лица, али да је постепено круг лица сужаван. То питање је важно у светлу проблема (мета) легалитета поступања. Из угла класичног кривичног права, али пре свега из угла достигнутих демократских вредности, унапред разликовати хипотетички невинне људе на главне и мање важне је неприхватљиво. Наглашавам, међутим, да само француска верзија помиње претпоставку невиности у пуном називу Међународног кривичног трибунала за некадашњу Југославију. Овај податак је безначајан ако се посматра из угла разлика англосаксонског и континенталног модела кривичноправне терминологије, али то престаје бити ако се посматра из угла поштовања основних начела кривичноправног поретка, како га већина доживљава.

Са друге стране, улога ових процеса није само класична, већ има и симболичку функцију, у показивању општег осуђујућег става међународне заједнице. Због тога много питања остаје да виси у ваздуху, а има директан утицај на став према строгости поштовања начела легалитета.

Основни проблем који се називао приликом формирања ових судова је било питање шта је то **применљиво међународно кривично право**. Евидентан је био недостатак разрађених и прихваћених и стабилних норми о основним принципима, начелима, конкретним инкриминацијама и правилима суђења на међународном нивоу, а у облику нормативног акта или скупа докумената.

Стога су и одредбе у статутима оба *ad hoc* Трибунала кратке и на неки начин више отварају дилеме него што нуде решења, и по томе више личе

⁸ Leman-Langlois, S., La megacrime, legitime, legalite et obeissance, Criminologie, vol.39, no.2/2006.

⁹ В. шире о појму приписивости злочина Симовић-Хибер, И., Систем расправа о идеји владавине права, основама кривичног закона, појму злочиначке групе и интернационализацији кривичног права, Београд, 2007., стр.225,226.

¹⁰ Leman-langlois, S., op. cit., стр. 24.

на одредбе Нирнбершког статута, но на достигнућа међународног кривичног права педесет година касније. Наиме у чл. 24 статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију се утврђује као основно правило:

Чл. 24, ст., 1. казна коју изрекне расправно веће биће ограничена на казну затвора.

При одмеравању казне, расправна већа узимају у **обзир одмеравање казни затвора у судској пракси бивше Југославије.**

Ст. 2. При изрицању пресуде расправна већа узимају у обзир околности као што су **тежина дела и лична својства осуђеника.**

Додатне одредбе предвиђају постојање жалбеног већа (чл. 25) које је надлежно и за одлучивање о казни, што представља очигледан напредак у односу на стање после другог светског рата.

Основним напретком и достигнућем се сматра експлицитно искључивање смртне казне из оквира могућих казни.

На исти начин је ово питање решено и у руандском Статуу. Занимљиво је противљење руандске владе, која је из разлога искључења могућности изрицања смртне казне одбијала сарадњу са Трибуналом, уз образложење да би то довело до могућег блажег кажњавања и за тежа кривична дела, него по праву Руанде.

Искључење смртне казне из списка могућих је резултат самосталног пута развоја међународног права људских права, делом референтног и за кривично право, како унутрашње тако и међународно, који се одвијао у тих пола века "немогућности" бављења основним проблемима, или претходним питањима дефинисања кажњивости међународних злочина на општији начин.

Опоређење Статута искључиво за казну затвора доноси нову дилему. Не одређујући временску ограниченост ове казне, имплицитно је речено да то може бити и доживотни затвор.

Помињање казне затвора као искључиве, и стипулирање обавезе узимања у обзир судске праксе референтне државе у погледу одмеравања казне затвора, као упућујући део норме у оквиру исте одредбе, ствара проблеме у тумачењу.

Може се рећи да чак и положај одредбе која упућује на стање судске праксе у националним правима, а коју међународни суд мора узети у обзир, указује на неки начин на предност тог критеријума у односу на тежину дела и лична својства учиниоца (ст.1 и 2 чл. 24 Статута). Питање је да ли ова чињеница може имати последица на тумачење и примену права.

Притом се не смеју изгубити из вида још две чињенице. Наиме, помиње се судска пракса у изрицању казне затвора уопште, занемарујући реалну чињеницу да она и не постоји за врсту кривичних дела које Трибунал суди. Постоје само мање или више усклађене законске норме. С друге стране, као један од важних разлога за формирање *ad hoc*

међународних трибунала је управо неповерење у објективност и способност националних судова да објективно суде у овим предметима.

Но, критеријум ослонаца на судску праксу изгледа да има другу функцију, функцију легитимизације казне доживотног затвора.

Поменуто је већ да је смртна казна тада постојала на нивоу националних законодавстава, па је ту немогуће позивање на национално законодавство у сукобу норми.

У бившој Југославији није постојала казна доживотног затвора. Општи максимум затворске казне је био фиксиран на 20 година.

У Руанди су постојале и смртна, и казна доживотног затвора, али је зато било тешко прикупити податке о судској пракси.¹¹

Међународни кривични трибунал за некадашњу Југославију је тако изабрао да се позове на овлашћење да он може доносити Правила о доказивању и поступку, и у оквиру тога утврдио да може "изрицати казне затвора које ће обухватити читаво преостало време осуђеникова живота".¹²

Утемељеност такве одлуке, која је од стране судских већа образлагана тако да служи сврси израженој у припремном поступку којом се руководио Савет безбедности¹³ приликом формирања трибунала, и да је то природна алтернатива смртној казни, је сигурно сумњива и слабо аргументована.

Доказ да се доживотни затвор не сматра аутоматским супститутом смртне казне је управо каснија легислатива држава насталих из корпуса бивше Југославије, пошто ниједан закон не предвиђа казну доживотног затвора.

Ово позивање на општу праксу судова бивше Југославије је још неразумљивије, посматрајући и време постојања смртне казне и време у коме постоји само временски ограничена казна затвора, а све то у ситуацији када са друге стране ништа видљиво није стајало на путу да се казна доживотног затвора експлицитно предвиди у Статуту трибунала.

Такво опште решење, поред очигледно већег ауторитета произилазећег из одређености норме, би том приликом одредило и значење и консеквенце одредбе о доживотном затвору. Једна од њих је свакако одредба о условном отпусту. Да ли се она односи и на доживотни затвор остаје нејасно, па се тумачења компликују до апсурдних размера.

На овом примеру се у пуној мери показује недостатак ових "хибридних" судова, који често реализацију својих одлука, некад нужно,

¹¹ Van zyl Smit, D., *op. cit.*, стр. 1011.

¹² Правило 101 (А) Правила о поступку и доказима МКТЈ, 1994, IT/32/Rev.21.

¹³ Према van Zyl Smit-у само је амерички представник (Albriht) то тражила, и то на услован начин, *op cit* фуснота 50.

али понекад и необјашњиво и непотребно, као у овом случају, везују за правила националних законодавстава.

То је видљиво и на другом крају поступка, када се ради о издржавању казне осуђеника у некој од држава које пристају на то.

То може битно да утиче на једнакост поступања, пошто може значити и да исте изречене казне могу у реалном извршавању добити различит карактер зависно од земље у којој се казна издржава.

Да би се то избегло проналазе се компликовани механизми потписивања споразума-модела у циљу стварања критеријума који би уједначили ситуацију. Питање превременог условног отпуста је од прворазредног значаја за наведени проблем равноправности и сигурности. Тако се каже да је прећутно утврђено да се државе обавезују да превремени отпуст услове са издржаних две трећине казне.¹⁴

Такође се поставља проблем извршења казне доживотног затвора у држави која не познаје ту казну. Стога се на пример појавило и решење прагматичног типа, по коме Шпанија прихвата на извршење само оне осуђенике чија је казна у трајању краћем од 30 година, пошто је то максимум затворске казне у Шпанији.

Некако се чини да је у овом случају потпуно непотребно доведена у питање и сумњу елементарна правна једнакост и сигурност осуђених, што је такође стандард кривичног права.

Пракса *ad hoc* судова нужно сноси последице свих неадекватних оквирних нормативних решења.

Позитивни корак у односу на нирбершке процесе је што пресуде садрже образложења.

Међутим, како свака пресуда понавља општа начела о изрицању казне, која садрже позивање на национално законодавство, а како је та ограда пробијена изрицањем казни затвора и до 46 година¹⁵, понављам да није јасно због чега суд у овој материји није формализовао сопствени скуп правила о одмеравању казне, уместо да у сваком конкретном случају долази у позицију да се прилично неуверљиво брани.

Занимљиво је запажање Dirka van Zyl Smit-a¹⁶ да су искази о сврхама кажњавања у пресудама врло заступљени. Но, како је то шири избор сврха познатих у литератури, као што су застрашивање, одмазда, заштита друштва путем елиминације или реинтеграције, а у пресудама се не види систематичан приступ који би подразумевао рангирање или хијерархијски приступ, чини се да је остављен простор да свако тумачи шта је сврха

¹⁴ Van Zyl Smit, D., op. cit. фуснота бр. 55. Tolberg/Rydberg, Enforcement of sentences, u: May u.a.(eds.), Essays on ICTY procedure and evidence, стр. 533, Den Haag, 2001.

¹⁵ Види Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Trial Chamber, 2001.

¹⁶ Op. cit, стр.1011

поједине пресуде, или у чему је препозната преовлађујућа сврха у различитим пресудама.

Чак ни елементарно опредељење о генералној превенцији или одмазди као сврхама кажњавања није јасно установљено, мада је по цитираном аутору у претежнијем броју предмета изабрана одмазда.

Идеја реинтеграције као сврха кажњавања код затворске казне, сад већ се може рећи класична сврха, која чак у новије време, на нивоу националних закона почиње да бива напуштана идејом о алтернативном кажњавању, у овим случајевима се ретко помиње. Ако се и помиње, она је у доступним примерима на граници грешке у процени урачунљивости.¹⁷

Оно што је можда важније од ових критичких констатација, које се могу идентификовати и у анализи образложења пресуда у националним размерама, је питање третирања тежине кривичног дела као основа за одмеравање казне.

Поред многих, већ помињаних тешкоћа везаних за кодификацију међународног кривичног права, недостатак у смислу непостојања систематске разраде посебног дела, или односа појединих инкриминација по тежини, и сходно томе њихово рангирања, је такође упадљив. Да ли мали број инкриминација представља разлог томе, или је нешто друго у питању. Чињеница да се и према Римском статуту број стабилизује на четири инкриминације, дозвољава закључак да је то основни разлог.

Но, множина могућих инкриминисаних радњи извршења и различитих квалификаторних околности даје материјала многим класификацијама и рангирању по тежини. Управо раније помињано преливање инкриминација са истом радњом извршења, однос бића геноцида и злочина против човечности, на пример, може добити у казненом облику различити третман зависно од места, односно инкриминације у којој се налази. То сигурно може бити аргумент за нужност прецизирања.

Стога је основано питање да ли се без те претходне класификације злочина по тежини, а која мора бити извршена правним и правотехничким механизмима може одлучити који је злочин најтежи. Политичка логика која утиче на интерну правну логику постојећег или понуђеног система по коме поступају *ad hoc* трибунали то не дозвољава.

Тако је Међународни кривични трибунал за некадашњу Југославију стао на становиште да је геноцид најтежи облик злочина, уз услов да су све друге околности исте.

Интерно усаглашавање око овог питања потврђује и мишљење расправног већа Међународног кривичног трибунала за Руанду, које признајући да геноцид и злочин против човечности није лако разликовати према њиховој тежини, закључује да суд ипак сматра да је геноцид

¹⁷ У *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, Trial chamber, 14. Dec. 1999.para.140, Веће као део казне препоручује психолошки и психијатријски третман осуђеног.

”злочин над злочинима” и да је то мерило о коме треба водити рачуна приликом изрицања казне.¹⁸

То значи да се у много мањој мери но када су у питању национална законодавства и судска пракса, суђење пред *ad hoc* судовима везује за биће кривичног дела.

Паушалност пресуда као последица те чињенице се огледа и у томе што се не утврђују појединачне казне за дела у стицају, па се дешавало да жалбено веће не смањи казну иако се утврди да није доказано да је неко дело из оптужнице извршено, сматрајући да је то ирелевантно за процену укупне тежине дела.¹⁹

Но, и поред свих наведених недостатака, важно је запазити да је присутан напредак у утврђивању правних основа пресуђивања, а и у самом функционисању међународних судова. То су, да поновимо, искључење смртне казне, могућност улагања правних лекова, обавеза образложења одлука о казни, и регулисање права притвореника и осуђеника.

Но, пратећи понуђену методологију, чини се да је само покушано да се отклоне најкрупнији недостаци, односно очигледно кршење законитости, које је било присутно у функционисању војних судова након другог светског рата.

Све ово је очигледно утицало на сазревање идеје о потреби стварања сталног међународног кривичног суда.

Говорећи о Римском статуту само из визуре правила о кажњавању, можемо констатовати да он садржи побољшана решења, ограничавајући казну затвора на 30 година, уз изузетну могућност изрицања казне доживотног затвора **”када је то оправдано због изузетне тежине злочина и личних околности оптуженика”**. Занимљиво је поменути да је Пандорина кутија пуна ставова о сврси и врсти казни и кажњавању увек спремна да се отвори.

Разматрањем процеса конструисања Римског статута, стиче се утисак као да ништа пре тога није постојало као чврсто, или бар достигнуто нормативно, прецизније решење на нивоу принципа које се може преиспитивати. Изгледа да се увек полази од нулте позиције. Јавила су се на пример мишљења да треба вратити смртну казну, али и потпуно супротно мишљење да је временски неограничена казна затвора у суштини нечовечна и да је несразмерна чак и у односу на тежину међународних злочина.²⁰

¹⁸ Prosecutor v. Musema, ICTR-96-13-T, Trial chamber, 27 jan. 2000.

¹⁹ Prosecutor v. Jelisić, IT- 95-10-T, 14.dec.1999.

²⁰ Fife, F., Penalties, u: Lee (ed.) The International criminal court. The making of the Rome statut, стр.319., Den Haag, 1999.

Најзначајније је ипак да је први пут временски ограничена казна затвора успостављена као основна казна.

Иако је основ одмеравања казне смештен у одредбу о могућем изрицању доживотног затвора, тај основ је несумњиво општег карактера, и инаугурише за све случајеве основне критеријуме – тежину дела и личне околности које се односе на учиниоца.

Временски ограничена казна затвора је дакле правило, и за њу се не траже додатни услови, док је доживотни затвор изузетак. Стога се за његово изрицање траже додатне претпоставке, од којих је основна одређена као изузетна тежина дела.

Ова одредба је значајна, јер онемогућава да судска пракса објашњава тежину дела, као што је то био случај, прећутно или експлицитно изражен у пракси претходних међународних судова.

Одмеравање казне као "рехабилитован" појам управо захтева разликовање дела по тежини.

То истовремено подразумева захтев Међународном кривичном суду да установи мерила разликовања злочина по тежини, да би могао изрећи казну доживотног затвора.

Ово је могући пут да се обавезом утврђивања изузетне тежине злочина код одмеравања доживотног затвора као супсидијерне врсте казне, посредно дође до става да је процена, компарација и рангирање по тежини, основни и општи задатак стабилизовања норми у међународном и наднационалном праву. Ту се препознаје и основна улога доктрине.

На посредни начин уређено, питање тежине злочина се појављује као основно, што значи да Међународни кривични суд неће моћи произвољно рећи да су сви злочини исти, или изабрати један (геноцид) као најтежи, изван претходно утврђеног ранга по тежини.

То претпоставља критеријуме за разликовање оних злочина који већ по свом нормативном капацитету захтевају одлуку о тежини казне и опредељење о временској или доживотној казни затвора.

То је истовремено и добар основ онемогућавања изоловања појединог случаја који по својој тежини добија карактер прецедента, па служи као мерило, односно пренебрегавање објективно утврђених мерила.

Добро је конципиран и процесуални део који се односи на утврђивање мере казне. За разлику од *ad hoc* судова, који, како смо поменули нису у обавези да изричу појединачне казне у случају више кривичних дела, чланом 78 ст. 3 Римског статута предвиђена је обавеза суда да за сваку тачку оптужбе изриче појединачну казну, и да тек након тога може формирати јединствену казну, која као примарно решење не може бити већа 30 година. То даље значи да "поступност" поступка отвара увид у разлоге избора доживотног затвора, односно тражи образложење о утврђеном посебно тешком кривичном делу.

Правну сигурност у извршењу изречене казне обезбеђује и поступак превременог отпуста затвореника. Римски статут наима предвиђа да сам суд преиспитује казну у случају када је осуђеник издржао две трећине изречене казне, или након двадесет пет година у случају доживотног затвора.²¹ Статут чак дозвољава, да уколико држава у којој се казна извршава, у свом националном праву има другачије решење (мисли се на блаже услове за превремени отпуст) и инсистира на примени свог права, суд ће то разматрати.

Проблем могуће дискриминације је наравно и овде уочљив, али се за разлику од ситуације *ad hoc* судова претворио у изузетак од успостављеног модела.

Полако прелазећи на недостатке, које смо већ помињали, морамо поновити да је веома значајан, онај који дозвољава да јурисдикција Међународног кривичног суда на неком нивоу каскаде у хијерархији извора то постане. Улога Правила о поступку и доказивању и сопствена јурисдикција могу у великој мери поништити позитивне ефекте намере о стабилизовању међународних кривичноправних норми и њиховом систематизовању.

Изгледа да Правила о поступку и доказивању имају позитивну улогу у допуни Статута. У правилу 145²² којим се допуњује пропис о одмеравању казне постоји забрана очигледно несразмерних казни. По њему свака изречена казна мора у потпуности садржати индивидуално утврђену кривицу, а код изрицања доживотног затвора посебно морају бити идентификоване отежавајуће околности које је оправдавају.

Исто тако значајно је и правило 223 које у ставу б) допуњује разлоге за скраћење издржавања изречене казне, одређујући да добри изгледи у погледу ресоцијализације и успешне реинтеграције осуђеника постају делови одлуке о казни.

Статут најављује и нов приступ **жртвама**²³.

²¹ Чл. 110 ст. 3 Римског статута.

²² Правило 145 ст.3 Предлога правила о поступку и доказивању (Draft rules of evidence and procedure), Report of the Preparatory Commission of the International Criminal Court, PCNICC/200/1/Add., 2. Nov. 2000.

²³ Члан 68.

Заштита оштећених и сведока и њихово учешће у поступку

1. Суд је дужан да предузме одговарајуће мере како би заштитио физички и психички интегритет, достојанство и приватност оштећених и сведока. У предузимању ових мера Суд цени све релевантне околности предметног случаја, укључујући старост оштећених и сведока, њихов пол у смислу одредбе члана 7. став 3, њихово здравствено стање и природу извршеног кривичног дела. Ово чини посебно, али не и искључиво, у случајевима када је у конкретном кривичном делу реч о радњама сексуалног злостављања или злостављања деце. Тужилац ће предузети ове мере посебно у фази истраге и подизања оптужнице за наведена

Међутим, још је важнија одредба у ставу д) Правила 223, које утврђује да се у претпоставке за превремени отпуст укључују све значајне радње осуђеног лица у корист жртве, али нужно укључујући и процену дејства таквог отпуста на жртву или њене сроднике.

Међутим, поред овог посредног укључивања жртве у модел пресуђивања, Статут омогућава и учествовање жртава у свим фазама поступка, укључујући и онај који се односи на одмеравање казне, али и обештећење жртава.

кривична дела. Само предузимање ових мера не прејудуцира кривицу лица коме је на терет стављено извршење овог кривичног дела нити су ове мере у колизији са правима окривљеног у току поступка. Ове мере ни на који начин нису од утицаја на правично и непристрасно суђење.

2. Као изузетак од начела јавности поступка, регулисаног чланом 67. Статута, Судско веће може у циљу заштите оштећених, сведока или окривљеног, поједине процесне радње које укључују присуство поменутих учесника у поступку, спровести у посебној судској просторији (in camera) или може дозволити да се докази презентују електронским путем или другим сличним средствима. Ове мере се посебно имају применити у случају да се у улози оштећеног или сведока појављује дете, осим ако је Суд мишљења да примена ових мера није неопходна узимајући у обзир све околности предметног случаја, а посебно мишљење оштећеног или сведока.

3. У случају да су угрожени лични интереси оштећеног, Суд ће, уколико нађе да је то потребно, дозволити да оштећени у различитим фазама поступка, изнесе своје виђење конкретног догађаја, с тим што се ова процесна радња не сме изводити на начин који би имао карактер прејудуцирања кривице окривљеног, нити сме ићи на штету права окривљеног у поступку, а не сме бити ни од утицаја на правично и непристрасно суђење. У случајевима када Суд сматра да би било сврсисходније да виђења оштећених изнесу њихови заступници, наложиће заступницима оштећених да Суду презентују виђење конкретног догађаја из визуре оштећеног, а све у складу са Правилима поступка и извођења доказа.

4. Одељење за заштиту оштећених и сведока при Суду, овлашћено је да предложи тужиоцу или Суду примену одговарајућих мера заштите наведених категорија лица, одговарајуће аранжмане ради гарантовања њихове сигурности, психолошко саветовалиште оштећених и сведока као и другу врсту помоћи, сходно одредби члана 43. став 6.

5. У случајевима у којима извођење доказа или прослеђивање информација, према одредбама овог Статута, може довести до угрожавања безбедности сведока односно њихове породице, тужилац је овлашћен да у циљу спровођења процесних радњи које претходе самом суђењу, не обелодани о каквим доказима и информацијама је реч, те да уместо тога поднесе само кратак извештај. Ове мере имају се применити на начин који не прејудуцира кривицу окривљеног, не иде на штету његових права у поступку нити ове мере смеју бити од утицаја на правично и непристрасно суђење.

Мора се приметити да овај део није довољно разрађен, али је по свом значају велики, пошто укључује савремене трендове који се односе на нов однос према жртви, и њену нову улогу.

Управо се у овом суженом простору односа положаја учиниоца и жртве у поступку некако најјасније огледа, донекле апсурдан положај међународног кривичног суда.

Док са једне стране Статут још увек непосредно не одређује сврхе кажњавања, већ посредно укључује ресоцијализацију и реинтеграцију као могућу, очекивану реализацију сврхе у оквир одлуке у казни, са друге стране прилично смело уводи у простор правила могућност обештећења жртава, чак предвиђајући и фонд у корист жртава.

На овом односу се некако преламају и основне дилеме, које један овакав документ у садашњем времену напосто не може да реши. То је на пример изузетно деликатно питање да ли се достигнута људска права односе и на починиоце најтежих међународних злочина.

Историјски посматрано, значење и питање положаја жртве постоји и у процесима пред Нирнбершким војним судом. Међутим, постојање и изрицање смртне казне је претпостављено било довољно за сатисфакцију жртава. Може се рећи да је спознавање жртве као субјекта, а не само заштитног објекта у злочинима масовних размера имало за последицу еманципацију Виктимологије као научне дисциплине.

Међутим, замрзавање рада на општим питањима и опредељењима међународног кривичног права изгледа да је имало за последицу да се и пажња са ове врсте жртава пребаци на потпуно друге групе подложне виктимизацији, а ова група занемари. Деликатност теме је сигурно томе допринела.

У међувремену, односно до појаве међународних *ad hoc* судова, материја о положају осуђених лица је у међународним размерама имала свој самостални пут и развој.

У том периоду се на међународном плану много расправљало о казни. Већ 1948. године Универзална декларација о људским правима предвиђа да нико не сме бити подвргнут мучењу или окрутном, нељудском или понижавајућем поступку или казни. Ова оријентација је потврђена и на нивоу регионалних докумената, као што је на пример Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, потврђујући и разрађујући ове стандарде.

Људско достојанство и право на правични поступак²⁴ су кључне тачке ових стандарда.

²⁴ В. шире о праву притвореника Симовић – Хибер. И., Лишење слободe и стандарди Савета Европе, Зборник радова Факултета безбедности, Београд, 2006., стр. 171-186.

Забрана окрутних, нељудских и понижавајућих кажњавања, и поштовање људског достојанства има за последицу проширење теме у међународним расправама на питање извршења казне, а не само поступак.

Расправа о сразмерности тежине дела и казне је такође једна од последица. Може се запазити да је ток размишљања на овом нивоу увек помало померен на индуктивно закључивање, па се на крају закључка дође до онога што би била логичка подлога почетку размишљања. Заузимање става о "квалитету" казне би требало да буде почетак а не крај размишљања.

У сваком случају стандард окрутно, нељудско и понижавајуће је довео до укидања смртне казне у коначном билансу, а стандард сразмерности до потискивања казне доживотног затвора.

С друге стране раздвојени путеви размишљања о правима осуђеника, односно учинилаца међународних злочина и размишљања о правима жртве имали су за последицу тренутну велику неусаглашеност.

Код осуђеника за међународне злочине се прешло од непостојања права у данашњем смислу, до питања у којој мери се односи, односно важи постојећи корпус права загарантованих међународноправним актима. Кад говоримо о жртвама, као да се не види структурирана подршка њиховом укључивању у цео механизам поступања међународних судова.

Међутим, у овом моменту, на општем плану је најбитније признање улоге једног наднационалног документа као што је Римски статут, са свим последицама од којих је најважнија утицај на национална законодавства. На пример, норме о кажњавању садрже очигледан захтев о усаглашавању интерних норми са међународним.

Већ само стављање доживотног затвора као могуће санкције на место секундарне и условљене казне, значи да у свим земљама потписницама, које у свом законодавству предвиђају ту казну, мора доћи до измене закона, или предвиђања неког механизма да се колизија превазиђе. Немачко законодавство је добар пример. Немачка је донела нови Међународни кривични законик (Volkerstrafgesetzbuch) ради усклађивања унутрашњег права са прописима садржаним у Статуту. Један од проблема је уочен баш у односу на питање казне доживотног затвора; како је она у немачком праву предвиђена за тешко убиство, поставило се питање решења тог проблема. Компромисним решењем је ублажена колизија, тако што је у чл. 6 Међународног кривичног законика предвиђена варијанта **одступања од обавезног доживотног затвора за све, укључујући и убиство члана групе (у значењу међународног злочина).** Проблем је технички решен, судска пракса има путоказ, али и иницијатива из Статута омогућава дубинско преиспитивање саме норме о доживотном затвору ван овог контекста. Размишљања о несразмерности

казне доживотног затвора у односу на "лакша" кривична дела могу консеквентно довести до њеног укидања у унутрашњем праву.

Да покушамо издвојити позитивне стране тренутног стања.

Логично је да развијенија расправа о правима осуђеника јесте на неки начин у колизији са моралним, али и правним моделом обештећења жртава. Логично је исто тако да се достигнути ниво права осуђеника тешко може смањити из разлога сатисфакције жртве.

Стога је једини логичан пут да се ова два сегмента нормативно изједначе, односно уједначе.

Чини се да је сама спознаја о учиниоцу као човеку и жртви као човеку, субјекту и титулару одређених права већ добар показатељ промена.

Важан резултат је и почетак сагледавања интерног права из спољашњег угла, односно "изван себе", што омогућава не просто и искључиво нужно или "наметнуто" усклађивање, већ и суштинско преиспитивање адекватности постојећих позитивних решења у националним правним системима.

*Prof. Dr. Ivana Simovic Hiber,
an associate professor*

CRIME POLICY AND NORMATIVE GROUNDS FOR THE FUNCTIONING OF THE HAGUE INTERNATIONAL CRIME TRIBUNAL

Understanding the need for the existing of a permanent international crime tribunal raises the awareness of the necessity that a supranational criminal law should be set up in order to bridge the gap between national and international criminal justice acts, which classical criminal law, with very few regulations of general type, cannot do.

The problem of the legality of proceedings was raised in the commentary of Nuremberg and Tokyo war crime tribunals. Half a century later the international crime tribunals came into focus of the public interest again. It is believed that the 1990s brought back the idea of the global acceptance of the culture of punishing the crimes against humanity.

The war conflicts in Yugoslavia and Rwanda significantly affected and changed the tendency of eyes closing and covering up. There was a political decision that an international tribunal should be established that will prosecute the war crimes in these countries, but a proposition what legal mechanisms should be used has not followed. The basic problem that was raised right from

the beginning was which international law would be applied. This question pointed out to an evident lack of developed normative acts regulating the basic principles, postulates and rules how to incriminate and prosecute war criminals on international level.

Presently, the most important step to take is to acknowledge the role of a supranational act, such as the Roman Statute of international crime tribunal, with all the consequences which it may entail, especially its effect on national legislation. A new moment here is that it introduces the “symmetrical” relation in punishing the offender and the protecting the victim.

*Др Божидар Бановић,
доцент*

UDK: 343.53

НЕПОЛИЦИЈСКИ СУБЈЕКТИ У СУЗБИЈАЊУ ПРИВРЕДНОГ КРИМИНАЛИТЕТА – ИНОСТРАНА ИСКУСТВА

Уводна разматрања

Организовани криминалитет мотивисан је само једном ствари - профитом. Похлепа покреће криминалце. Огромне суме новца генеришу се кроз кријумчарење и недозвољену трговину дрогама и оружјем, тероризам и привредни, посебно финансијски криминалитет. Крајњи резултат је да организовани криминалитет окреће милијарде долара незаконито стеченог новца, кроз легалне националне финансијске системе. Прање новца укључује маскирање порекла финансијских средстава, тако да могу бити коришћена без опасности од откривања. Успех организованог криминалитета базира се на његовој способности да опере новац.

Запањујућа је међузависност кривичних дела преваре, прања новца и различитих облика корупције. Свако од њих може бити крајњи циљ, криминалне делатности, али и међукорак у њој. Приходи од превара “перу” се, да би се прикрило њихово порекло, а кроз тај процес користи се корупција појединих лица у банкарским и другим финансијским институцијама.

Обим криминалне делатности, поготово криминалних организација, досеже размере који му дају моћ, врло блиску политичкој моћи, при чему долази до спреге и међузависности њених носилаца. Губи се класична подела на општи, политички и привредни криминалитет, криминална делатност је разноврсна, и често поједини облици, које смо традиционално сврставали у неку од поменутих група, садрже у себи аспекте сваке од њих.

Сходно таквој ситуацији и средства за сузбијање прања новца, пореских евазија, финансијских и пословних превара, као и осталих привредних и финансијских деликата морају бити веома софистицирана и захтевају нову стратегију и тактику поступања.

Један од праваца трансформације класичних истражних метода испољава се чињеници да у откривању кривичних дела привредног криминалитета, и обезбеђењу доказа, осим полиције (криминалистичке полиције), морају учествовати и други, неполицијски, субјекти. У складу

са тим, неке од најразвијенијих држава, попут Сједињених Америчких Држава и Велике Британије, развиле су читаву мрежу различитих неполицијских субјеката, државних, приватних, невладиних, са специфичним називима, улогом, надлежношћу и овлашћењима у области сузбијања и превенције привредног криминалитета. Неки од њих имају само саветодавни карактер, неки служе као места евидентирања и анализе разноврсних података и информација, које могу имати криминалистички (оперативни) или процесни значај, док поједини располажу и класичним полицијским (принудним) овлашћењима.

Специфична вештина је потребна да би се искористила сазнања свих овлашћених субјеката, односно да би се координирао њихов рад, у циљу откривања, доказивања и процесуирања кривичних дела привредног криминалитета.¹ С друге стране, поменути субјекти, из разних разлога, често не показују спремност на сарадњу у оваквим случајевима. Веома су ретке заједничке истражне групе.

Сједињене Америчке Државе

1. Мрежа за сузбијање финансијског криминалитета (Financial Crime Enforcement Network - FinCEN)²

Financial Crime Enforcement Network (FinCEN) је специјализована агенција која је део Министарства финансија Сједињених Америчких Држава, која се бави прикупљањем информација и другим формама њиховог откривања у циљу потпоре у финансијским истрагама. Користећи савремену технологију, специјалне облике анализа и веома разноврсне изворе података, ова агенција повезује различите елементе криминалне делатности, како би разјаснили и доказали конкретно кривично дело. Ова агенција има најшири приступ разноврсним базама података³:

Финансијске базе података⁴

Сарађујући са финансијским институцијама и регулаторним агенцијама FinCEN, користећи одредбе законодавства против прања новца, има овлашћење да захтева од свих финансијских институција да подносе и чувају извештаје о свим значајним трансакцијама. Финансијске

¹ О сарадњи у сузбијању привредног криминалитета види: Puonti, A., *Learning to work together - Collaboration Between Authorities in Economic-Crime Investigation*, Vantaa, 2004.

² <http://www.fincen.gov/> - доступно на дан 16.05.2008.

³ http://www.fincen.gov/law_enforcement/ - доступно на дан 16.05.2008.

⁴ http://www.fincen.gov/financial_institutions/ - доступно на дан 16.05.2008.

базе података састоје се од оваквих извештаја, који се обавезно евидентирају по одредбама Закона о банкарској тајни (Bank Secrecy Act). Ове евиденције садрже податке о већим новчаним трансакцијама, сумњивим финансијским активностима, међународним кретањима готовог новца и страним банкарским рачунима. Те информације обезбеђују драгоцену помоћ у финансијским истрагама, јер се, једноставно, налазе на једном месту и доступне су одмах, при чему укрштањем таквих података истрага добија могућност праћења трага новца од његовог извора до крајњег корисника.

Комерцијалне базе података

Ове базе података садрже информације о државним и локалним корпорацијама, њиховој имовини, кретању њихових власника и акционара у пословању, лиценцама за обављање професионалних делатности и регистрацији моторних возила.

Базе података криминалитетистичке службе

FinCEN има приступ базама података криминалитетистичких служби (на основу писменог споразума са сваком од њих) из Бироа Министарства финансија, Министарства одбране, Поштанске инспекцијске службе и Администрације за сузбијање злоупотребе дрога. Ове базе података садрже информације о текућим и окончаним истрагама, а нарочито су значајне оне, које су прикупљене, оперативним методама, од информатора, предузимањем мера специјалног електронског и другог надзора и сл.

FinCEN користи услуге аналитичара и агената приближно око 20 најзначајнијих агенција које се баве различитим аспектима финансијских истрага. Ова лица имају директан приступ поменутих базама података, што им даје изузетан значај у процесу истраге и обезбеђења доказа. Они су тачка контакта између агенција које воде истрагу и релевантних података, који могу бити доказ у таквим истрагама.

FinCEN, користећи своје изворе информација, развија специфичне форме помоћи у финансијским истрагама на федералном, нивоу савезних држава и локалном нивоу, са циљем да обезбеди што погоднија средства криминалитетистичким службама у праћењу трагова новчаних трансакција. То се чини директном подршком у конкретним случајевима истрага, преко специфичног Програма (Platform Access Program) и подршком државним и локалним криминалитетистичким службама.

Сваке године сарађује са преко 150 различитих агенција, и одговори, у просеку, на 6800 захтева за информацијама релевантним за финансијске истраге. У одговору на те захтеве, FinCEN-ови обавештајни аналитичари користе савремену технологију и небројене извор информација и база

података, да би довели у везу различите аспекте неког случаја и тиме учинили вреднијим чињенице које су већ познате органима гоњења, дакле, фактички им дали снагу доказа.

Platform Access Program⁵ установљен је 1994. године. Његова суштина је у омогућавању другима да непосредно користе ресурсе FinCEN-a у вршењу своје делатности. Овим програмом FinCEN нуди обуку, просторије, приступ базама података за особље других федералних агенција, ради проучавања случајева који су под јурисдикцијом тих агенција. Ово особље је на платном списку својих агенција, а у FinCEN долазе да раде ван радног времена и то на случајевима који су у њиховој надлежности. Ова лица познају потребе агенција у којима су запослена и могу их остварити директним приступом одговарајућим базама података. Око 20 % случајева на којима је радила ова организација, реализовано је посредством поменутог програма.

Сличну помоћ ова агенција пружа и криминалитичким службама на на нивоу савезних држава, као и локалном нивоу, прко програма Gataway.

Као што се види, овде се ради о једној институцији која нема ни једно од класичних полицијских, принудних, овлашћења, али игра изузетно битну улогу у откривању и доказивању разноврсних облика привредног криминалитета. То чини евидентирањем, анализом, разврставањем и чињењем доступним, свим заинтересованим истражним агенцијама, најразноврснијих података о привредном пословању, као и пружањем техничке и административне помоћи у конкретним случајевима.

Осим овога, обзиром да се ради о најмоћнијој привреди у свету, постоји и низ других асоцијација, владиних и невладиних организација, као и приватних агенција, које узимају учешћа у сузбијању финансијских деликата. Међу њима, издвојили бисмо један број финансијских институција - регулаторских агенција, које имају специјализовану надлежност, али и значајна овлашћења у регулисању и контроли појединих сектора финансијског система Сједињених Америчких Држава.

2. Уред ревизора за новчани оптицај (Office of Comptroller of the Currency - OCC)⁶

Овај уред је део Министрства финансија Сједињених Америчких Држава. Има разноврсне регулаторне и контролне надлежности.

Што се тиче надлежности и овлашћења у области контроле, уред их може спроводити у односу на домаће банке, федералне огранке и представништва иностраних банака, као и афилијације банака и њихове директоре, остале руководиоце, запослене, акционаре и агенте, а у погледу

⁵ http://www.fincen.gov/law_enforcement/les/ - доступно на дан 18.05.2008.

⁶ <http://www.occ.treas.gov/> - доступно на дан 18.05.2008.

кршења закона, регулаторних правила, несигурних и непоузданих пласмана, писмених наредби и фидуцијарних (повереничких) дужности.

У оквиру надзорне функције, овај уред има овлашћења да изврши увид у документацију банака и испитивање директора, осталих руководилаца и запослених о начину реализације конкретних банкарских операција. Документацију, која може послужити као доказ криминалитетне делатности, а прати трансакције, чија је контрола у надлежности Уреда, може се одузети и доставити органу надлежном за кривично гоњење. Након сваке контроле сачињава се писмени извештај, са свим елементима предузетих радњи и утврђеног чињеничног стања, који, такође може бити од значаја у доказивању конкретног криминалног догађаја.

Послови контроле обављају се, по правилу, самоиницијативно, али по истом поступку ће се обавити и на захтев полиције или тужилаштва.

Осим тога, Уред има и систематизоване податке о страним банкама и њиховим представништвима, као и представништвима америчких банака у свету и о хартијама од вредности за све регистроване банке.

Овде се, дакле ради, о агенцији која, у оквиру своје редовне надлежности располаже овлашћењима за предузимање одређених мера и радњи којима се могу утврдити чињенице, које имају, првенствено, криминалистичку вредност, јер нису предузете у процесној форми, али суштински представљају материјалне доказе.

3. Савезна корпорација за осигурање депозита (Federal Deposit Insurance Corporation - FDIC)⁷

Ова корпорација гарантује за штедне улоге депонената, текуће и друге рачуне у свакој комерцијалној или другој банци, која је чланица Одбора гувернера за систем савезних резерви и које, по закону морају имати осигурање депозита, у висини од 100.000 америчких долара. Филијале иностраних банака нису у овој обавези.

Надзорне функције ове корпорације тичу се контроле солвентности и ликвидности банака, при чему се врши увид у основне аспекте пословања као што су: стање капитала, имовине, прихода, поштовање законских и регулаторних прописа, пословна политика и сл.

Овлашћено лице Корпорације може на лицу места вршити контролу која се тиче сигурности банкарских опарација, њихове сагласности са прописима Министарства финансија у погледу извештавања о новчаним трансакцијама, заштите клијената и њихових права сходно цивилном законодавству, банкарских захтева за остваривање права из осигурања депозита, захтева за припајање или раздвајање банака.

⁷ <http://www.fdic.gov/> - доступно на дан 18.05.2008.

О извршеној контроли сачињава се писмени извештај. Осим редовне контроле, на иницијативу федералне полиције, врши се и ванредна контрола или се индиције о криминалној делатности проверавају приликом прве редовне контроле. Пракса је да, током криминалистичке обраде одговарајућих кривичних дела из ове области, полиција ангажује овлашћена лица Корпорације, ради пружања стручне помоћи у разјашњавању одређених чињеница.

Овде се ради о институцији која, осим контролних, нема других овлашћења, али чија надлежност и садржај делатности указују на, могући, велики значај у обезбеђењу одређених, првенствено, материјалних доказа.

Велика Британија

1. Уред за велике преваре (Serious Fraud Office - SFO)

Уред за велике преваре⁸ (Serious fraud office - SFO) је независна владина агенција која се бави откривањем и гоњењем комплексних превара, чиме представља део кривично правног система Велике Британије. Основан је 1987. године, на основу извештаја лорда Roskill-а о суђењима за велике преваре у Великој Британији у току 1986. године, и његове иницијативе да се током истрага у оваквим случајевима ангажују посебни, специјализовани, мултидисциплинарни тимови.

На челу Уреда налази се директор, који је постављен од стране државног тужиоца, коме је и одговоран. Државни тужилац је, пак, постављен од председника владе и одговоран је пред парламентом за рад Уреда за велике преваре. Под јурисдикцијом Уреда су Енглеска, Велс и Северна Ирска, док Шкотска и Каналска острва нису.

У свом саставу Уред има четири оперативна одељења, на чијем челу су помоћници директора, а у чији састав улазе мултидисциплинарни тимови правника, књиговођа, стручњака за финансијске истраге и помоћно особље. Надлежност појединих одељења одређена је територијално, што значи да свако од одељења покрива случајеве превара на одређеној територији, под јурисдикцијом уреда. Међутим, пошто је велики број случајева везан за Лондон, они се деле између одељења.⁹

Шеф рачуноводства је један од помоћника директора, и он је главни рачуновођа у појединим случајевима. У случају потребе, за рачуноводствене експертизе ангажују се и стручњаци ван уреда. Одсек за рачунарску експертизу одговоран је за заплону, обраду и анализу свих електронских доказа. Овај одсек је укључен у UK Internet Crime Forum, G8 High Tech Working Group, и UK Forensic Computing Group.

⁸ www.sfo.gov.uk/about/about.asp - доступно на дан 17.05.2008.

⁹ www.sfo.gov.uk/about/structure.asp - доступно на дан 17.05.2008.

Полицијска јединица врши надзор над законитошћу рада и даје правне савете директору. Такође, она у свом саставу има одсек за пружање међународне правне помоћи у случајевима када се превара догодила ван, а докази се налазе у Енглеској, Велсу или Северној Ирској.

Највећи број случајева које је уред обрадио, резултат су претходне анализе од стране разноврсних полицијских јединица, којима су они прво пријављени,¹⁰ а пријава је затим прослеђена Уреду. Такође, пријаве су подношене од стране Министарства за индустрију и трговину ([Department of Trade and Industry](#)), Централне банке Енглеске, Лондонске берзе, Службе за царине и порезе и других државних органа и регулаторних агенција. Уколико има разлога за веровање да је озбиљна и комплексна превара извршена, истрага ће отпочети и без претходне пријаве.

Свака пријава подлеже детаљној процени и анализи, пре прихватања од стране Уреда. За то се формира тим, који доноси одлуку, а случајеви прихваћени од стране стручног тима, захтевају коначно одобрење директора уреда.¹¹

Они случајеви, који нису прихваћени враћају се на надлежност субјекту који је пријаву поднео. Стотине случајева превара, који нису пријављени или прихваћени од стране Уреда, враћају се на јурисдикцију полицијским јединицама и органима и агенцијама.

Сваке године Уред прихвати 20-30 случајева на којима ради. Тренутно се у надлежности Уреда налази 80 случајева.

Основни критеријум за прихватање истраге од стране Уреда је да се ради о превари која је озбиљна или комплексна, дакле, не узима се у рад било која, обична, превара, већ случајеви код којих:

- вредност преваре прелази милион фунти
- превара има значајну међународну димензију
- постоји вероватноћа да може доћи до узнемирења јавности
- постоји потреба да се у истрази примене високоспецијализована знања и струке

- постоји потреба да се примене овлашћења која овај уред има по [Одељку 2](#). Закона о кривичном правосуђу ([Section 2 of the Criminal Justice Act](#)).

Одељак 2. овог закона овлашћује директора Уреда за велике преваре да захтева од лица да одговоре на питања, дају информације и наведу и учине доступним документацију потребну за истрагу. У тим случајевима сачињава се писмени позив, а у хитним случајевима, као и у случајевима одбијања позива, може издати и наредба. Дакле, Уред је овлашћен да присили одређене субјекте на давање информација и документације.¹²

¹⁰ <http://www.sfo.gov.uk/cases/cases.asp> - доступно на дан 17.05.2008.

¹¹ <http://www.sfo.gov.uk/cases/assessing.asp> - доступно на дан 17.05.2008.

¹² <http://www.sfo.gov.uk/cases/section2.asp> - доступно на дан 17.05.2008.

Из праксе Уреда очигледно је да се већина оваквих позива и наредби упућује банкама, другим финансијским институцијама, књиговођама, адвокатима и другим професионалцима, који, у оквиру својих редовних послова, долазе у посед релевантних информација и документације. У највећем броју случајева ове институције и лица имају дужност да чувају поверљиве информације о својим клијентима, па иако су спремни на сарадњу, позивајући се на поменућу обавезу, покушавају да одбију позив Уреда. Међутим, потребно је разликовати поверљиве, од других релевантних информација и докумената, што омогућава Уреду да ове друге, на основу законског овлашћења, тражи и добије. Адвокат не мора да саопшти поверљиву информацију или садржину приватног документа о свом клијенту, али мора да достави пословну документацију коју поседује. Такође, увек мора саопштити име и адресу свог клијента.

Уколико постоји оправдана бојазан да ће, после позива или наредбе, лице уништити, сакрити или изнети ван земље тражену документацију, Уред може затражити судску наредбу за претресање стана и пословних просторија тог лица. При томе, суд мора бити уверен да су размотрена и примењена сва друга средства којима би се ова документација могла прибавити, а нарочито позив и наредба, од стране Уреда. Наредба о претресању не односи се на одузимање оних докумената, који се, на основу прописа, сматрају привилегованим, дакле, оне које су поверљиве и интимне природе.

Уред не може замрзнути банковни или рачун који се води код друге финансијске институције. За то је овлашћено Министарство унутрашњих послова.

Одбијање давања одговора и обезбеђења информација и документације могуће је, уколико постоје разумна оправдања за то. У осталим случајевима, то представља кривично дело, за које се може изрећи казна затвора до две године.

Једном када је случај прихваћен, формира се стручни тим, на чијем челу је искусни правник, који је “контролор” случаја, и одговоран је за све аспекте истраге, гоњења и опужења, као и за нове случајеве који из тога проистекну.¹³

С обзиром да је превара кривично дело и да полиција има специјалисте који се баве субијањем ове врсте криминалитета, они постају чланови стручног тима, и заједно са осталима, равноправно учествују у истрази. Тиме се постиже комбиновање полицијског искуства и познавања локалних прилика, са правничким и финансијским квалификацијама осталих чланова тима. Оваквом сарадњом не дира се у уставну независност полиције, њену одговорност и командну структуру.

¹³ http://www.sfo.gov.uk/cases/case_team.asp - доступно на дан 17.05.2008.

Овлашћења која се дају Уреду по 2. одељку Закона о кривичном правосуђу, не могу бити употребљена од стране полицијских службеника.

Разјашњавање великих и комплексних превара подразумева увид у огроман број докумената, који се налазе на различитим локацијама, међусобно, на први поглед, немају везе и често су доступни само у фрагментима. Тим документима потребне су различите врсте експертиза, односно преглед од стране полицајаца, правника, књиговођа, банкарских стручњака, берзанских брокера, компјутерских стручњака и сл. као би се утврдило да ли постоји кривично дело и ако постоји, као би та сложена документација била систематизована у једну кохерентну целину, ради презентације суду, као материјалних доказа.

Састанци стручног тима одржавају се у једнаким временским интервалима, током истраге. Они обезбеђују постизање сагласности око основних праваца деловања, и већ у раној фази, поред свих специјалиста, на њима учествује независни саветник за оптужбу.¹⁴

Разјашњавање и доказивање, па самим тим и судски процеси поводом случајева превара, којима се бави Serious fraud office, знатно су дуготрајнији и то из више разлога:

- трансакције које су предмет испитивања су веома комплексне, трају дуже време и генеришу знатну количину документације;
- обично је обухваћен већи број лица, а самим тим и већи број бранилаца;
- постоји већи број сведока, често и оних који морају да допутују из удаљених крајева, па чак и иностранства;
- потребно је обезбедити судију који је квалификован и има искуства у сличним процесима, а то није увек једноставно.

Уред посебну бригу води о сведоцима и обезбеђује високе стандарде за њихово учешће у истрази и током даљег тока поступка. На почетку, сваки сведок добија могућност да, са секретаром стручног тима који је задужен за конкретни случај, контактира и изнесе своје захтеве и потребе. Тако се сведоцима, који су сведочили давно, омогућава да освеже своју меморију стављањем на увид копије записника. Ако се сведок осећа несигурним због сусрета са осумњиченим или оптуженим, односно њиховим саучесницима и сродницима, о томе може обавестити секретара стручног тима.

Уред је израдио и Водич за сведоке¹⁵ који садржи обавештења и инструкције о судској процедури, начину на који треба да се понаша у судници и ван ње, начину на који ће бити испитивани од стране судије и бранилаца, као и осталим детаљима процедуре, и сугерише му се да ће увек моћи да се обрати за помоћ административном руководиоцу Уреда.

¹⁴ www.sfo.gov.uk/cases/investigations.asp - доступно на дан 17.05.2008.

¹⁵ www.sfo.gov.uk/cases/witness_guide.asp - доступно на дан 17.05.2008.

Око 65% случајева које је Уред обрадио има међународне аспекте. Новац се креће преко иностраних банака и оф-шор компанија, оштећених има широм света, а осумњичени и докази крију се под плаштом националних закона и јурисдикција.

Због тога, Уред развија међународну сарадњу са органима откривања и гоњења других држава (кривични судови, тужиоци и други органи који имају овлашћења у преткривичном и кривичном поступку), у оним случајевима када је потребно обезбедити доказе, првенствено материјалне, који се налазе на територији под његовом јурисдикцијом. У том смислу сачињено је детаљно упутство, по коме Уред поступа, а које садржи све детаље, које мора садржати затев за међународно-правну помоћ.¹⁶

Поред информација и доказа, које Уред може прибавити коришћењем овлашћења из 2. одељка Закона о кривичном правосуђу, иностраним органима доставиће се, на њихов захтев, и јавно доступне информације (нпр. о банкама, компанијама и сл.), као и изјаве лица која су испитана, без примене принудних овлашћења, уз своју сагласност.

Делатност Уреда, коју смо овде детаљно анализирали, има мултидисциплинарни карактер. Окупљањем стручњака различитих профила, покушавају се анализирати сви аспекти компликованих пословних трансакција, које обухватају најопаснији облици пословних превара. Међутим, Уред, поред уско специјализованог карактера своје делатности, располаже и значајним принудним овлашћењима, која му дају обележја органа откривања и гоњења. Осим полиције, дакле, класична полицијска овлашћења дата су и другом субјекту, што је једно од могућих решења у сузбијању привредног криминалитета, које се на овом примеру показало као веома успешно.

Из изложеног, јасно произилази закључак да органи откривања и гоњења, у Сједињеним Америчким Државама и Великој Британији, имају велику, првенствено стручну, помоћ у сузбијању, али и спречавању привредног криминалитета, а посебно у фази откривања кривичних дела, проналажења и анализе сумњиве пословне документације и њене селекције, дакле обезбеђења материјалних доказа. Можемо са сигурношћу тврдити да без ових или сличних субјеката, савремени облици привредног криминалитета, који су инфилтрирани у легалне финансијске токове, не би били ни откривани, а камоли процесуирани и доведени до кажњавања њихових носилаца.

Немачка искуства

Као што смо на почетку овог рада нагласили, анализираћемо место и улогу појединих субјеката, који формално нису субјекти преткривичног и

¹⁶<http://www.sfo.gov.uk/international/international.asp> - доступно на дан 19.05.2008.

кривичног поступка, али имају изузетан значај за истраживање и утврђивање комплексних околности које спадају у надлежност мноштва различитих органа и служби.

У ситуацији када се, у преткривичном поступку, против истог лица предузимају мере и радње, које су у надлежности неколико служби, по нашем мишљењу, задатак је тужиоца да, што пре, обезбеди координацију, да би спречио дуплирање и понављање.

“Уколико је извршилац кривичног дела у привреди радио противно прописима Кривичног законика Немачке и, истовремено, извршио порески прекршај, онда поступак спада у надлежност полиције и службе за испитивање постојања услова за кривично гоњење због пореског прекршаја. Готово исто важи и у случајевима бесправног запошљавања радника, где у акцију најпре ступају контролне службе главних царинарница, док у даљој истрази углавном учествују следеће службе и институције: општински и окружни органи управе, завод за странце, заводи за пензионо осигурање, касе здравственог осигурања, удружења послодаваца, службе за инспекцију рада, а нарочито заводи за запошљавање, финансијска управа и полиција.”¹⁷

У оваквим случајевима, у немачкој пракси, а што може бити путоказ и за домаћу, појединачни органи, одмах размењују расположиве информације, и договарају се о расподели задатака у даљој истрази. Међутим, у овакве разговоре у обимнијој мери треба укључити само оне службе и институције, за које се претпоставља да ће стечена сазнања, у прво време, задржати за себе и да их неће искористити у сопствену корист. “Тако је нпр. један завод за здравствено осигурање код којег се водила истрага о висини неплаћених доприноса за социјално осигурање обавестио окривљеног да државно тужилаштво спроводи истрагу против њега због кршења чл. 266 а StGB (Кривичног законика), те да неодложно треба да плати неплаћене доприносе.”¹⁸

У немачкој пракси, истражни поступак, код кривичних дела везаних за инсолвентност, често почиње на основу информација које судови за грађанске спорове прослеђују државном тужилаштву, а на основу прописа о давању обавештења о грађанским споровима. Ту се могу добити прве информације о привредном субјекту или овлашћеном лицу, које је постало платежно неспособно. Судови за грађанске спорове, између осталог, информишу и о одлукама о отварању, односно, одбијању отварања стечајног поступка.

Акта којима располажу судови за грађанске спорове, судски извршитељ и надлежне службе могу пружити додатне драгоцене

¹⁷ Janovsky, T., *Ermittlungen in Wirtschaftsstrafsachen- Teil 1*, Kriminalistik4/98, стр. 270.

¹⁸ Ibid

информације о финансијској ситуацији осумњиченог лица. Ако је то лице пре покретања истраге променило седиште своје фирме, онда треба прибавити и акта која се налазе у службама које су раније биле надлежне.

Према немачком Закону о трговини¹⁹, у трговачком регистру евидентирају се одређени обавезни подаци. Регистарски лист садржи следеће податке: назив фирме, сврха пословања, седиште фирме, директор, чланови управе или лично одговорни ортаци и права заступања

Акта надлежне окружне управе о пријави, промени седишта или одјави лица које обавља самосталну професионалну (индустријску или трговачку) делатност, такође, могу пружити информације о историјату фирме и лицима одговорним за ту фирму.

Централни регистар самосталних професионалних (индустријских или трговачких) делатности води се код генералног савезног државног тужиоца при Врховном савезном суду за грађанско-правне спорове у Берлину. Ту се евидентирају извршиве и неоспорне одлуке неког управног органа, а које се односе на неприхватање или неподобност лица за обављање самосталне професионалне (индустријске или трговачке) делатности. Од посебног су значаја забрана обављања самосталне професионалне (индустријске или трговачке) делатности, као и одбијање давања одобрења. И коначно, у регистар су уписана сва економски релевантна решења о новчаним казнама због кршења прописа, под условом да казна достиже износ од 200 марака.

Овде се могу добити информације о дотадашњем опхођењу окривљеног у односу на пословно законодавство, а које можда нису садржане у полицијској документацији.

Приликом доказивања чињенице платежне неспособности одређеног предузетника или фирме, незаменљива је анализа аката надлежног судског извршитеља.²⁰ У случају промене седишта фирме треба прибавити и акта претходног надлежног судског извршитеља. И промена седишта унутар истог места може проузроковати промену надлежног судског извршитеља за дотичну фирму. Анализа (обрада) аката врши се на основу имена повериоца, датума, износа и резултата извршења. Оваква анализа врши се путем електронске обраде података. На основу установљених података о повериоцима, као и података о обавезама добављача, може се стећи први увид у обим обавеза.

Ако је судски извршитељ прогласио одустајање од пленидбе и ако у наредном периоду нису уследила значајнија плаћања судском извршитељу, може се претпоставити да постоји платежна неспособност, а нарочито у случајевима преваре. За субјективну страну дела неопходан је доказ да је и одговорни директор био обавештен о покушајима извршења

¹⁹ Види више Janovsky, T., *op.cit.* стр 271

²⁰ *op. cit.* стр. 272

од стране судског извршитеља. Ако то не произилази из записника судског извршитеља, у датом случају о питању - које је информације проследио свом шефу - треба саслушати оног сарадника у фирми са којим је разговарао судски извршитељ.

Надлежност за одређени поступак пред судовима за грађанске спорове у већини случајева зависи од адресе становања или седишта фирме окривљеног. Чак и ако се, ради обраде, не узимају сва акта првостепеног одн. покрајинског суда, она, заједно са документацијом која се у њима налази, могу пружити драгоцене информације о токовима пословања. Уколико је у питању истрага због преваре, извршилац кривичног дела, као окривљени у грађанском поступку, често понавља своје неистините тврдње, којима се, у односу на свог уговорног партнера, служио још у време закључивања уговора.

Обрада цивилних аката мора уследити неодложно, с обзиром да се списи које су поднеле стране не чувају у актима, већ се, по закључивању грађанског поступка, враћају странама које су их поднеле. У актима се, поред судских одлука и протокола о усменим расправама, налазе само поднесци (писмени захтеви или писмене изјаве) страна у спору, али не више и документа која су раније поднета уз те поднеске.²¹

Ови списи (документа) се, међутим, заједно са поднесцима прослеђују противнику у спору. Ако је суд већ вратио оригинале, код адвоката или њихових клијената могу се наћи фотокопије за којима у том случају треба посегнути.

Стечајна акта²², поред захтева за покретање стечајног поступка и одлука Стечајног суда, садрже попис имовине заједничког дужника, процену о његовој финансијској ситуацији и напомене управника стечајне масе.

Мишљење које стечајни суд прибавља, пре одлуке о отварању стечајног поступка, може да пружи драгоцене информације о неправилностима у фирми, као и о банци и другим обавезама окривљеног.

У обимним стечајним поступцима практикује се саслушање управника стечајне масе, након што је стекао први утисак о ситуацији заједничког дужника. На овај начин могу се добити информације, које он није споменуо у мишљењу које је дао стечајном суду, будући да оне нису биле од значаја за стечајни поступак.

Управник стечајне масе има обавезу да узме у посед имовину заједничког дужника. У ту сврху он ће преузети и књиговодство и пословну документацију. Он не располаже правом одбијања сведочења у односу на истражне органе у кривичном поступку. При томе, има обавезу да истражним органима уручи документацију заједничког дужника, као и

²¹ Ibid

²² Ibid

да ускрати давање докумената и информација о активностима полиције и државног тужилаштва, заједничком дужнику.

Ако стечајни управник, није спреман на сарадњу, може се захтевати предузимање неодложних мера претреса и заплена. Уколико постоји сумња да ће управник стечајне масе обавестити заједничког дужника, дозвољен је претрес због претње непосредне опасности. Ако се накнадно испостави да је стечајни управник, упркос позиву да учини супротно, обавестио заједничког дужника, против њега се спроводи истрага због покушаја осујећења казне (чл. 258 StGB Кривичног законика).

Овај кратки осврт на Немачка искуства указује на чињеницу да се у процесу утврђивања релевантних чињеница, а посебно, обезбеђења доказа, фактички разјашњавају разноврсни аспекти пословања одређеног привредног субјекта, од његовог оснивања, до, у појединим случајевима, стечајног поступка. Такође, очигледно је да је надлежност, за поједине аспекте привредног пословања, подељена између бројних административних и судских органа, као и појединих привредних институција.

Дакле, релевантне информације не могу се утврдити на једном месту, а посебно не у самом предузећу. Позитивна је пракса сарадње полиције са надлежним органима и институцијама у конкретним случајевима, мада би заједнички рад, уз усмеравање јавног тужиоца осигурао ефикасније резултате. Међутим, и у Немачкој, полиција је основни носилац откривања и доказивања кривичних дела привредног криминалитета, па се други субјекти у тај процес укључују спорадично и само на иницијативу полиције или тужилаштва, што је веома слично стању у нашој земљи.

Сматрамо да би требало идентификовати одређену количину основних информација који се тичу пословања појединог привредног субјекта, а затим остварити виши ниво њихове централизације на једном месту, уз неопходну аутоматску обраду. Тиме би се добило на ефикасности и квалитету рада, а ослободило би се време за оперативно поступање полиције, и обезбеђење оних доказа који се, осим оперативним путем, другачије не могу обезбедити.

Закључак

Субјекти у чију надлежност спадају контрола привредног пословања и различити аспекти сузбијања и спречавања привредног криминалитета имају своју историју, посебну организациону структуру и различите задатке дефинисане у законодавству. Сваки субјекат има своје приоритете, који се разликују од циљева и приоритета других субјеката. Повећање сложености истражне делатности и потреба за разменом информација доводи до промене од хијерархијске организације рада ка међуорганизационој сарадњи сличној мрежи.

У светлу променљивог предмета рада, сузбијање привредног криминалитета постаје делатност која захтева константно разматрање питања шта је криминал а шта не, шта је довољно доказа а шта су неважне информације, шта треба истраживати а шта изоставити. Постоје само врло генерална правила или стандарди истраге, којих се треба држати.

Сложеност привредних кривичних дела довела је истрагу до сарадње између различитих субјеката. Различити надлежни органи и организације имају различите информације и овлашћени су да примене различите врсте активности. Комбиновање снага може бити кључно за истрагу. Њом и даље руководи или координира полиција (тужилаштво), али заједно са интензивнијом хоризонталном и вертикалном сарадњом надлежних, улога полицајца (тужилаштва) се мења од улоге индивидуалног утврђивача чињеница до члана мреже. Интерорганизациона сарадња, такође, нуди нове алате за истрагу.

Овакво стање ствари наводи нас на основни закључак да је за контролу и сузбијање привредног криминалитета сарадња различитог субјеката постала услов без кога се не може. Осим тога, субјекти који су до сада имали, првенствено, регулаторна и контролна овлашћења постепено добијају нека, традиционално, полицијска, па чак и принудна овлашћења. Искуства појединих, најразвијенијих, држава у овој области, представљена у овом раду, показују да је усклађивање рада различитих субјеката, па и њихов заједнички рад у циљу ефикаснијег сузбијања привредног криминалитета, стратегија коју треба даље развијати. Такав метод рада требало би да буде путоказ и за домаћу праксу контроле и сузбијања привредног криминалитета.

*Dr. Bozidar Banovic,
a docent*

SUBJECTS INVOLVED IN COMBATING CORPORATE CRIMES OTHER THAN POLICE – INTERNATIONAL EXPERIENCE

Contemporary corporate crime is more organized than ever, acquiring international dimensions and sophisticated methods, supported by advantages of modern science and information technology, but also by skilful professionals in all fields, headed by economists and lawyers. Today it is difficult to draw a distinct line between legally founded corporations with illegal businesses and the criminal groups organized in business organizations directing their criminal

money into legal economic flows. Contemporary methods of corporate criminals call for new strategy in their combating and prosecuting that will involve a larger number of subjects, starting from the state organs to specialized government and non-government organizations. These subjects, other than police, are specialized for monitoring specific business fields, and are characterized by narrow specializations, but broad authority in collecting evidence, including applying coercive measures. This work describes some international examples in this field underling the role of these new participants in the process of collecting evidence against corporate crimes.

Одељак III

Грађанско право

ОБЈЕКТИВНИ ДОМЕН ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О СТИЦАЊУ СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА

I Права која се могу прибавити применом правила о стицању својине од невластника

1) Увод

Опредељивање објективног домена примене правила о стицању својине од невластника подразумева најпре утврђивање круга субјективних грађанских права која се пуноважно могу прибавити од лица, које није ни њихов титулар ни овлашћено на располагање. Употребили смо термин "нетитулар", јер је он шири од термина "невластник", а у овом контексту означава лице које је неовлашћено, али вољом законодавца ипак *пуноважно* располагало својином или неким другим субјективним грађанским правом које му не припада. *Објективни домен примене правила о којима је реч ће чинити скуп објеката, иј. "онога на шта су уиерена"¹ грађанска права о којима се ради.*

Ако пажљивије размотримо садржину одредби којима се у домаћем и упоредном праву регулише стицање својине од невластника можемо запазити да се оне, иако се неоспорно првенствено односе на право својине (на шта и сам назив института упућује), могу применити и на стицање других грађанских права. У правним системима неких држава законодавац то изричито предвиђа, а у другима се може извести недвосмислен закључак о могућности аналогне примене правила о стицању својине од невластника и на стицање неких других грађанских права у одговарајућим околностима. *Тако је објективни домен примене правила о стицању својине од невластника заправо шири од објекта права својине.*

2) Својински облици на које се могу применити правила о стицању од невластника

1. Право својине се у готово свим правним системима у одређеним ситуацијама може стећи и од невластника. Ово грађанско право представља првенствени домен примене правила института о коме говоримо. Такође је

¹ Појам објекта субјективног грађанског права преузет од: Д.Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1981. г., стр. 301

неспорно да када кажемо "својина", у свим државама мислимо пре свега на *приватну својину*. Питање је, међутим, да ли се правила о стицању приватне својине од невласника могу применити и на друге својинске облике. Ово питање је до скора било нарочито важно у нашој и другим бившим социјалистичким државама.

Оно је, међутим, у домаћој држави и данас задржало нешто од свог значаја. Без обзира на промену карактеристика друштвено-економског и политичког уређења, ми смо сачували плуралитет својинских облика. Ипак, за одговор на питање да ли је могућност стицања од невластника за објекте у приватној својини применљива и на објекте у другим својинским облицима у нашем праву од значаја је чињеница да је *однос* између различитих својинских облика данас промењен. Више нема доминације ни привилеговања друштвене, а маргинализације приватне својине. Сви својински облици у нашем праву данас имају равноправан третман, па се то свакако односи и на њихово стицање, као и на заштиту и друге аспекте. Зато је могућност стицања од невластника објеката у другим својинским облицима (осим приватне својине) у нашој и другим бившим социјалистичким државама зависна од временског периода о коме говоримо.

2.

. 153

3.

² М. Вуковић, Основи стварног права, Загреб, 1950.г., стр.114

³ А. Гамс-М. Петровић, *Стварно право*, Београд, 1980.г., стр.204; Д. Стојановић, *Заштита савесног стицања права од неовлашћеног лица на покретним стварима*, Сепарат Зборника Правно-економског факултета у Нишу, Ниш, 1969.г., стр.9-10

4. Поред индивидуалне својине, од невластника се може, по неким мишљењима, стећи и туђ *сусвојински удео*⁴ на одређеној ствари. Од те треба разликовати ситуацију у којој се као невластник појављује један од сувласника одређене ствари, који располаже њоме као да је њен *једини* власник што је питање којим се овом приликом нећемо бавити.

3) Стицање заложног права од невластника

1. Од нетитулара се, применом правила о стицању својине од невластника, поред својине, по општем мишљењу, може стећи и заложно право.

То је било могуће и у римском праву,⁵ и ако оно није познавало ову могућност за стицање својине.

Закони неких држава данас *изричито предвиђају* аналогну примену правила о стицању својине од невластника на ручну залогу. То је случај у: Аустрији (видети пар. 456 ABGB-а); Швајцарској (видети чл. 933 и др. ZGB-а); Италији (видети чл. 1153, ст. 3 ICC-а); Немачкој (видети пар. 1207 и 1006 BGB-а); Хрватској (за заложно и подзаложно право видети пар. 317 Закона) итд.

У Француској се, по већинском мишљењу у правној теорији и судској пракси ова могућност може извести и за заложно право, као и за својину, из чл. 2279, ст. 1 СС-а и максиме "*En fait de meubles, possession vaut titre*" ("За покретности, државина важи као основ"). Од виндикационе тужбе власника ствари поверилац, који је ручну залогу стекао од невластника, може се одбранити позивањем на горњу максиму, што је приговор привремене природе и важи до доспелости обезбеђен тражбине.

2. И у државама у којима законодавац ово питање *не рећулише* на изричит начин, као што је случај у нашој, по многим мишљењима⁶ могућност стицања ручне залоге од невластника могуће је извести логичким тумачењем кроз *argumentum a maiori ad minus*. Као образложење наводи се да је разлог допуштања стицања ручне залоге од невластника исти као и за својину, тј. потреба заштите сигурности правног промета и посебно заложног повериоца, који циркулацију добара и омогућава.⁷ Поред тога, залогопримац као ни купац нема поузданог начина да провери својину залогодавца. Као контра-аргумент, и то пре свега у нашој судској пракси из ранијих периода, истиче се потреба за уским тумачењем могућности стицања својине од невластника, као одступања од принципа "*Nemo plus iuris...*".

⁴ Р. Bassenge-B.Danckel etc: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, München, 1986.г., стр.1101-1102

⁵ Више: Р. Лоренц, Стицање права ручне залоге од невластника, Наша законитост, бр.7-8, Загреб, 1963.г., стр. 304-305

⁶ Р. Лоренц, нав.дело; Д.Стојановић, Стварно право, Београд, 1981.г, стр. 265-266

⁷ Р. Лоренц, нав.дело, стр. 302-303

Присталице идеје о могућности стицања ручне залоге од невластника сматрају да ово стицање треба допустити под истим условима, као и када се ради о својини, али никако на власнику несталим стварима⁸(без посебне аргументације за свој став). Власник ствар не би могао виндицирати од савесног заложног повериоца до доспелости и намирења обезбеђеног потраживања, а морао би трпети и уновчење своје ствари, уколико су се стекли услови за то (изузев ако сам не намири тражбину о којој се ради). Евентуално обештећење власник би могао тражити само од залогодавца - невластника.

4) Стицање личних службености од невластника

Поред заложног права, по већинском мишљењу правних теоретичара из различитих земаља, и права личне службености *плодоуживања и ујопишребе* је могуће стећи од невластника, под истим условима као и својину.

Италијански законодавац у том смислу изричито наводи *ususfructus* и *usus* (чл. 1153, ст. 3), а швајцарски законодавац (у чл. 933 ZGB-а) предвиђа могућност стицања од невластника не само својине, већ уопште, и других стварних права на покретностима.

У француској правној теорији сматра се да је максима "*En fait...*" из чл. 2279, ст. 1 СС-а примењива и на стицање службености од невластника.⁹

У новом хрватском закону стицање личних службености од невластника, за разлику од заложног права, није регулисано, али се применом аналогije је та могућност може извести, сматра N. Gavella etc.¹⁰

И у домаћем праву, у коме ово питање такође није законски регулисано, има мишљења да је стицање плодуживања од невластника допустиво.¹¹

По садржини и обиму стиче се право "обухваћено" савесношћу прибавиоца, зато што он не стиче право отуђиоца (јер га овај и нема), наглашава швајцарски аутор А. Meir-Hauoz.¹² Ипак, питање о могућности стицања личних службености од невластника је више теоретског него практичног значаја, с обзиром на реткост конституисања личних службености и од стране власника покретне ствари, а посебно невластника.

⁸ Д. Стојановић, нав.дело, стр. 266; Р. Лоренц, нав.дело, стр. 303

⁹ G. Marty - P. Raynaud, *Droit civil - Les biens*, Paris, стр. 488 и 510

¹⁰ Н. Гавелла - Т. Јосиповић - В. Белај - И. Глиха - З. Стипковић, *Стварно право*, Загреб, 1998.г., стр. 332

¹¹ Р. Лоренц, нав.дело, стр. 306; М. Лазић, *Личне службености - ususfructus, usus, habitatio*, Ниш, 2000.г., стр. 53-55

¹² Schweizerisches Privatrecht, Bd.V/I; *Sachenrecht*, Basel - Stuttgart, 1977.г., стр. 327-328

5) Могућност стицања осталих субјективних грађанских права од нетитулара

За горе наведена *стварна* права (својине, ручне залоге и личних службености плодуживања и употребе) може се, на основу изнетог, извести закључак да подлежу примени правила о стицању својине од невласника. Поставља се, међутим, питање да ли је могуће од нетитулара савесно стећи и неко од других субјективних грађанских права: лична права, права ауторства или тражбена права?

За *лична (неимовинска) права*, која за свој објекат имају лична добра, јасно је само по себи да их не може пренети ни титулар, а још мање неовлашћени нетитулар може пренети туђе лично право трећем лицу.

Права ауторства (ауторско, проналазачко и сродна права), која за свој објекат имају производе људског духа се, по општем мишљењу, такође не могу стећи од неовлашћеног нетитулара (како лично, тако ни имовинско - правна компонента). Ипак, у грађанско-правној теорији је спорно да ли у овом контексту треба да се прави разлика између појавног облика једног ауторског дела или проналаска, што је често одређена покретна ствар која се преноси предајом (манускрипт, нотна свеска, снимљена дискета, филмска трака и сл.), и објекта права ауторства (садржина књиге, компонована музика, компјутерски програм, снимљени филм и сл.), као производа људског духа.

Неки аутори¹³ сматрају да се двоумљења око природе оваквих ствари могу разрешити проценом да ли у конкретном случају преовладава телесни карактер ствари (као код рукописа - књиге) или је материјални елемент само помоћни (кинематографски филм). Преовлађује став да је стицање својине од невласника - нетитулара на материјалној покретности, као појавном облику права ауторства могуће, али да то не значи и стицање права на искоришћавање конкретног производа људског духа, било лично, било препуштањем другоме на коришћење.¹⁴ То значи да се на производима људског духа не могу стицати права ауторства од нетитулара, па нема ни места аналогној примени правила о стицању својине од невласника.

Што се тиче *тражбених права* јединствен је став да се она не могу пуноважно стећи од нетитулара и да ни ту не може бити аналогне примене правила о стицању својине од невласника.¹⁵ Разлог је пре свега у специфичном начину њиховог преношења са једног на друго лице, који је везан за одређену форму (цесија), па је стицаоцу релативно лако да провери

¹³ G. Marty - P. Raynaud, нав.дело, стр. 509

¹⁴ L. Josserand, Cours de droit civil positif Français, Paris, 1938.г., стр. 897; A. Weill-F. Terre - Ph. Simler, Droit civil, t.IV, Les biens, t.IV, 1979.г., стр. 364; Ed. Fuzier-Herman, Code civil annoté, t.VII, Paris, 1949.г., стр. 1020

¹⁵ О томе посебно: L.Mengoni, Gli acquisti "a non domino", Milano, 1975.г., стр. 33

да ли је у питању титулар или не; као и у чињеници да тражбена права за свој непосредни објекат немају ствари, већ људске радње, чинидбе.

Ипак, код ове врсте грађанских права има изузетака, на чије се стицање могу применити правила о прибављању својине од невласника. Наиме, постоје тражбена права која се изузетно могу стећи и од нетитулара, а то су она која су *инкорпорисана у хартије од вредности* одређене врсте.

Коначно, неки аутори сматрају да се и *ius retentionis*, као тражбено право слично заложном, чије је вршење везано за државину ствари, може стећи на туђој ствари, тј. оној која не припада дужнику. И ту односе заинтересованих лица треба расправити аналогном применом правила о стицању ручне залоге од невласника.¹⁷

6) Закључна констатација

Можемо закључити да објективни домен примене правила о стицању својине од невласника чини скуп објеката следећих грађанских права: 1) стварних права - својине, ручне залоге и личних службености и 2) изузетно, тражбених права, ако су инкорпорисана у хартије од вредности одређене врсте. Објекат својине и осталих стварних права која се могу стећи од невласника су *ствари*, а објекат тражбених права, која се могу стећи од нетитулара по правилима о стицању својине од невласника, су људске радње (чинидбе). Од невласника (нетитулара) се, укратко, по општем мишљењу могу стећи она права (и њихови објекти) која су везана за државину (телесних) ствари при стицању, вршењу или преносу на друга лица.

Број и врста ствари и хартија од вредности, које могу бити објекат у контексту правила о стицању својине од невласника је, међутим, нешто ужи од оних, на којима се својина или одговарајуће тражбено право (инкорпорисано у хартије од вредности) могу стећи од власника (односно другог титулара).

У даљем тексту покушаћемо да утврдимо листу ствари које не могу бити објекат стицања од невласника, као и разлоге за њихово изузимање. Како S. Ginossar каже, "свака ствар се може прибавити од невласника - али се не може свака и задржати."¹⁸

¹⁷ Угоститељ због неплаћеног рачуна госту задржи, а затим и изложи продаји пртљак у коме се налазе и туђе покретности. О томе више: D.C.Wieland - H. Bovay, *Les droits reels dans le Code civil Suisse*, t.I, Paris, 1913.g., стр. 416; L. Barassi, *Diritti reali e possesso*, t.II, *Il possesso*, Milano, 1952.g., стр. 429

¹⁸ *Droit reel propriete et creance*, Paris, 1960.g., стр. 60

II Ствари као објекат примене правила о стицању својине од невластника

Објекат стицања својине или других стварних права од власника могу бити све ствари, без разлике. Када је у питању стицање од невластника то, као што смо нагласили, није случај. Полазећи од уобичајених критеријума класификовања ствари указаћемо на оне врсте које се, из одређених разлога, не могу стећи од невластника.

1) Покретне и непокретне ствари у контексту стицања својине од невластника

а) Стицање својине од невластника на покретностима је правило

Са аспекта стицања својине од невластника посебно је значајна подела ствари на покретне и непокретне. У готово свим правним системима, укључујући и наш, овај начин стицања својине допуштен је *само на покретним стварима*.

Тако савесни стизалац ужива већу заштиту кад су у питању покретне ствари, а власник кад су у питању непокретности. Пошто се форма и садржина својине на покретностима и непокретностима разликују - мора се разликовати и њихова заштита, примећује у том смислу L. Geller.¹⁹

Разлог због кога само покретности могу бити објекат стицања својине од невластника је у томе што лако и брзо премештају и "циркулишу", многобројне су, својина на њима се (у традиционим системима) преноси предајом државине; акт преноса својине се не региструје, а закључење уговора у писменој форми није уобичајено. Раздвајање својине од државине је код покретности чешће него код непокретности, па је због тога и привид права својине на страни невластника код њих чешћи. Зато се (нарочито у француској правној теорији) инсистира на томе да за стицања својине од невластника долазе у обзир само *"материјалне" покретности*, јер једино оне могу бити у материјалној детенцији.²⁰ Тражбине се називају бестелесним покретностима и (углавном) не могу бити предмет примене ових правила.

¹⁹ Theoretisch - praktischer Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, 1924.g., стр. 171

²⁰ А. Colin-H.Capitant, Cours elementaire de droit civil Francais, t.I, Paris, 1923.g., стр. 914

За непокретности се чак и кад нису уписане у земљишне књиге лакше може проверити својина, захваљујући и чињеници да је код стицања ове врсте ствари и законом прописано и уобичајено закључивање уговора о стицању у писменој форми (о продаји, поклону, размени...). У крајевима, у којима важи тапијски систем, може се од власника затражити презентирање тапије. Пошто је промет непокретности знатно ређи од покретних ствари, такође је уобичајено чување уговора, као и друге документације која може послужити као доказ, тј. индиција о својини власника. Пошто се промет непокретности обавља спорије него код покретних ствари, купац се о својини отуђиоца може распитати код суседа и на друге начине, што су све аргументи против допуштања могућности стицања својине од невластника на непокретним стварима. И евентуално неслагање земљишно-књижног и фактичког стања на овај начин стицалац може разјаснити. Коначно, ни сигурност трговачког промета не оправдава ову могућност, јер како П. М. Јовановић²³ примећује, "непокретности се не купују свакодневно у трговачким радњама". Уговор између отуђиоца и стицаоца о продаји туђе непокретности се власника не тиче, констатовао је још Д. Матић,²⁴ са чим се морамо сложити.

²¹ А. Гамс - М. Петровић, Основи стварног права, Београд, 1980.г., стр. 204

²² Изузетак од правила да нико не може пренети на другог више права него што сам има, Сепарат из Зборника радова Правног факултета у Нишу, бр. XXX, Ниш, 1990.г. ,стр. 299

²³ Прибављање покретних ствари у својину, Архив за правне и друштвене науке, књ. XII, Београд, 1912.г., стр. 471

²⁴ Нав.дело, стр. 345

* * *

Поједини аутори истичу да се неке непокретности ипак могу стећи баш на основу аналогне примене правила о стицању својине покретних ствари од невластника. У том смислу они наводе јавну продају непокретности;²⁵ као и стицање непокретности од привидног наследника, и то због очувања поверења у ауторитет суда, као државног органа који је отуђиоца погрешно огласио наследником (из разних разлога).²⁶

Неки аутори се, међутим, залажу за проширење примене правила о стицању својине од невластника и на *неукњижене непокретности*, сматрајући да их треба изједначити са покретним стварима у том смислу. При том један број њих прецизира да то треба да важи само за подручја у којима нема земљишних књига, па из тог разлога укњижба није извршена,²⁷ док се други не изјашњавају о томе да ли је разлог неукњижености битан за ову могућност или не²⁸ (пошто се уписи у земљишне књиге не врше по службеној дужности, немарност власника је чест разлог неукњижености непокретности).

Други аутори су мишљења,²⁹ коме се придружујемо, да овакво проширење одредби о стицању својине покретних ствари од невластника није прихватљиво, јер ни природа ни промет непокретних ствари нема исте особине као када су у питању покретности. Осим тога, стицање својине од невластника је изузетна могућност, законом допуштена из посебних разлога и под тачно одређеним условима када је у питању објект стицања, па је треба уско тумачити.

У домаћој судској пракси је наведени став у потпуности прихваћен. То илуструје и образложење следеће судске пресуде:³⁰

"Продаја туђе ствари обавезује уговараче (члан 460 Закона о облигационим односима). Међутим, право власништва може се стећи

²⁵ Д. Матић, нав.дело, стр. 345; Ф. Ћосић, Куповина некретнина од невластника, Гласник адвокатске коморе А. П. Војводине, Нови Сад, 1958.г., стр. 2-3

²⁶ А. Гамс-М. Петровић, нав.дело, стр. 204; А. Финжгар, Цивилно право - Стварно право, Љубљана, 1952.г., стр. 110; Б. Визнер, Грађанско право, Ријека, 1969.г., стр.176; И. Мауровић, Нацрт предавања о опћем приватним праву, књ.II, Стварно право, Загреб, 1936.г., стр. 63; Н. Koziol - R. Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, t.II, Wien, 1988.г., стр.79 и др.

²⁷ M.von Staubenrauch etc., Kommentar zum Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1-2, Wien, 1902-1903.г., стр. 459

²⁸ И. Мауровић, нав.дело, стр.61; Н.Кlang, Kommentar zum Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Wien, 1931.г., стр.78; С.Посиловић, Општи аустријски грађански законик, Загреб, стр. 155

²⁹ L.Geller, нав.дело, стр.175, као и Habe и Eigen (цитирано по L.Geller-у) итд.

³⁰ Билтен судске праксе Врховног суда БИХ, бр.2, Сарајево, 1991.г. (Рев.286/90 од 18.04.1991.г.).

теретним послом од невластника само на покретну ствар, под условима прописаним у члану 31 Закона о основним својинско-правним односима. Услов за стицање права власништва на некретности јесте упис у јавне књиге или на други одговарајући начин одређен законом, а то претпоставља уговор о продаји ствари на коју је продавац стекао право власништва прије преноса, јер у погледу непокретности важи без изузетка правило према коме нико не може пренијети на другога више права него што га сам има. Дакле, иако је тужени био савјестан купац, то није довољно да би на темељу уговора могао стећи право власништва”.

б) Изузеци од правила

Изузетак од правила да се својина од невластника може стећи само на покретностима био је предвиђен одредбом пар. 221 Српског грађанског законика до његове реформе из 1864. године; и данас чл. 302 Грађанског законика Руске Федерације из 1994. године.

1. Првобитни текст пар. 221 *СГЗ-а* из 1844. године у погледу могућности стицања својине од невластника није правио разлику између покретности и непокретности, већ је користио израз *”туђа ствар”* (*”Но ако би таковиј обтужениј, код кога се туђа ствар нашла, доказао да је он ту ствар купио”...итд.* - цитирано по: Д. Матић, *Објаснен Грађанског законика за Књажество Србско*, други део, Београд, оригинално издање из 1850. године). Ни из наслова ни из садржине треће главе законика, у којој се овај параграф налазио (*”О својини, тј. праву собственности, нарочито праву баштинском”*) не може се закључити да се он односи само на покретности.

Није сасвим јасно да ли је оваква формулација *СГЗ-а* била резултат намере или превида законодавца. У прилог става да је законодавац хтео управо такву формулацију пар. 221 наводи се то што је он у пар.367 *ABGB-а*, који говори о стицању својине од невластника на *покретним стварима*, имао узор који је могао да следи, али то ипак није учинио.

Правна теорија тог времена је, међутим, овакву формулацију сматрала *неадекватном* и термин *”ствар”* схватала у смислу *”покретна ствар”*, о чему се може закључити и из првог коментара *СГЗ-а* из 1850. године.³¹ Нешто касније, реформом Рајка Лешјанина из 1864. године, пар. 221 *СГЗ-а* је у том смислу и измењен, па је уз реч ствар додата одредница *”покретна”*.

2. Нови *Грађански законик Руске Федерације* из 1994. године, настављајући традицију претходних законика бивше РСФСР из 1922. и 1964. године, је једини закон који не прецизира врсту ствари на којој се може стећи својина од невластника. У чл. 302, ст.1 он користи термин *”имућество”*,³² који домаћи правни писци преводе као *”имовина”*, али се у речницима наводи да

³¹ Д. Матић, нав.дело, стр. 345

³² Видети: Грађански законик РСФСР из 1964. године, Београд, 1965.г., стр. 48

се тај израз користи и у значењу "ствар", које овде више одговара. На другим местима у кодексу законодавац користи изразе "движимое и недвижимое имущество", у смислу покретне и непокретне ствари, али у чл.302, ст.1 он говори само о имуществу, тј. ствари, као могућем објекту стицања својине од невластника, из чега морамо закључити да у руском праву правила о стицању својине од невластника подједнако важе и за покретне и за непокретне ствари. И читава глава XX Законика ("Заштита права својине и других стварних права"), у којој се чл. 302 налази, је тако конципирана да се односи на обе врсте ствари.

в) Регистроване покретности

Са непокретностима се у погледу могућности стицања својине од невластника изједначавају и покретности, чији је упис у одговарајући јавни регистар предвиђен законом. Разлог за то је што за стицање и пренос права на њима није довољна предаја државине, већ је потребан упис, као *modus acquirendi*. Увидом у одговарајуће јавне књиге, као и код непокретности, потенцијални стицалац може утврдити ко је њихов титулар.

Италијански законодавац у чл. 1156 изричито искључује стицање својине од невластника на таквим стварима. Упис ових ствари у одговарајући регистар мора бити извршен у складу са правним актом који га предвиђа, јер стицање својине од невластника није допуштено само на *йуноважно* уписаним стварима ове врсте, сматрају италијански правни писци. Такође се сматра да ће стицање својине од невластника на овим стварима ипак бити могуће, уколико упис буде поништен или ствар још увек није "ефективно" регистрована, што се поткрепљује и одговарајућом судском праксом.³³ Јер, разлог за искључење стицања својине од невластника на овим стварима је у томе што закон за њих установљава публиковани пренос својине и других права као и код непокретности - уписом у јавну књигу, а уписом се врши и њихова "директна и ексклузивна индивидуализација",³⁴ па ту врсту регистрације не треба помешати са другим обичним административним уписима.

У нашој правној теорији се такође сматра да на регистрованим покретностима није допуштено стицање својине од невластника, али је донекле нејасно које покретности ту спадају. Тако се наводе: моторна возила, веће пољопривредне машине, грађевинске машине, оружје, радио-апарати, као и стока, за коју се издаје сточни пасош итд.³⁵ По нашем

³³ G. Cain - A. Trabucchi (Commentario breve al codice civile, Padova, 1984.g., стр. 748), у том смислу наводе одговарајуће пресуде судова у Торину.

³⁴ G. Cain - A. Trabucchi, нав.дело, стр. 749

³⁵ В. Спаић, Грађанско право (општи дио и стварно право), Сарајево, 1971.g., стр. 632; А. Финжгар, нав.дело, стр. 110 и други.

мишљењу сточни пасош је више доказ о здравственом стању животиње, него о својини на њој. За остале набројане ствари се процена може извршити анализом одговарајућих одредби посебних закона који регулишу вођење и уписе у наведене јавне регистре, утврђивањем *карактера и функције тих уписа*: да ли се њима стичу и преносе права на овим стварима или се само административно бележе подаци о ствари и власнику.

Ипак, рекли бисмо да се код регистрације *моторних возила* и сличних ствари, о којима се подаци уносе у саобраћајну дозволу, ипак ради о обичном административном упису, а не о јавном регистру који одговара земљишно-књижном, мада у домаћој правној теорији има и супротних мишљења. Зато стицање својине од невластника на овим стварима не сматрамо искљученим. Јер, како аутори М. Вуковић - М. Ведриш - Ђ. Вуковић³⁶ кажу, ако је возило предато једном лицу и постоји уговор о продаји, саобраћајна дозвола која гласи на друго лице пре доводи у сумњу својину над возилом, него што је доказ да својине нема. И када се лични подаци отуђиоца "слажу" са подацима из саобраћајне дозволе, то такође није доказ о његовој својини, а треба узети у обзир и чињеницу учесталости фалсификовања саобраћајних дозвола, што је данас готово општепозната ствар. Као што се упис у регистар моторних возила не може изједначити са уписом у земљишне књиге, тако ни подаци из саобраћајне дозволе немају исту тежину као они из извода из земљишних књига.

Наведено питање је посебно значајно у домаћој држави, јер се највећи број спорова у вези могућности стицања својине од невластника који данас долазе пред судове, тиче управо моторних возила. Мишљења смо да саобраћајна дозвола знатно отежава стицање својине од невластника на овим стварима, али га не искључује. Она доводи у питање, а рекли бисмо и искључује савесност прибавиоца који купује возило, ако је у саобраћајну дозволу као власник уписано друго лице, а не отуђилац. Пуноважног стицања својине од невластника тада неће бити, али из разлога несавесности стицаоца, а не зато што се на моторном возилу својина стиче и преноси уписом у јавни регистар, о чему се подаци бележе и у саобраћајну дозволу. Својина на моторном возилу се стиче предајом на основу одговарајућег правног посла, а за регистар о моторним возилима чак нисмо ни сигурни да ли свако заинтересовано лице може извршити увид у његову садржину (као када су у питању земљишне књиге), да би искључило могућност фалсификата података из саобраћајне дозволе о власнику и возилу. Јер, регистровање моторних возила је управо

³⁶ М. Вуковић - М. Ведриш - Ђ. Вуковић, Правила грађанских законика, Загреб, 1961.г., стр. 197

административне природе и нема функције које припадају јавним регистрима покретности (и права на њима) о којима је реч.³⁷

Својина од купца - невластника се не може стећи ни на покретним стварима на које се односи *actum reservati dominii* у оним државама у којима постоје *йосебни јавни рејистѝри* за упис продатих ствари, на којима је продавац задржао право својине (нпр. у САД или Швајцарској).⁴¹

* * *

У категорију покретности чије се постојање региструје, а стицање и трансфер права на њима врши уписом у одговарајуће јавне књиге (као и када су у питању непокретности) - и на којима у готово свим државама није могуће стицање својине од невластника спадају *бродови и ваздухојлови*. За стицање и пренос својине на овим стварима неопходна је и писмена форма и упис, као и обављање царинских формалности, ако се увозе, што је чест случај и што заиста отежава њихово стицање од невластника.

Стицање својине од невластника у разним државама, међутим, није искључено за све бродове и ваздухоплове, већ само за одређене. Правни писци у Француској, на пример, наводе да то није могуће на морским и речним бродовима унутрашње пловидбе преко одређене тежине, као и (покретним) морским грађевинама. Око луксузних бродова и јахти има двоумљења,³⁸ а стицање својине од невластника на спортским једрилицама до 20т је у Француској могуће.³⁹

Немачки законодавац у посебном пар. 932а BGB-а регулише могућност стицања својине од невластника на (неукњиженим) поморским бродовима или њиховим деловима, на сличан начин као и за остале покретности (предајом). За регистроване бродове примењују се посебне одредбе одговарајућих Правила (пар.15).⁴⁰

Што се тиче наше државе, податке о бродовима и ваздухопловима на којима се својина стиче и преноси уписом у јавни регистар (и на којима

³⁷ Исто мишљење имају: J. Mazeaud - F. Chabas, *Lecons de droit civil - Biens (droit de propriete et ses demembrements)*, t.II, Paris, 1984.g., стр. 235; G. Marty - P. Raynaud, нав. дело, стр., 508; A. Weill - F. Terre - Ph. Simler, нав. дело, стр. 365; М. Вуковић, нав. дело, стр. 112

⁴¹ K. Zweigert, *Rechtsvergleichend - kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, h.I, 1958., стр. 9

³⁸ A. Weill - F. Terre - Ph. Simler, нав. дело, стр. 365; G. Marty - P. Raynaud, нав. дело, стр. 508

³⁹ Ed. Fuzier - Herman, нав. дело, стр. 1020

⁴⁰ P. Bassenge - B. Danckel etc, нав. дело, стр. 1105

због тога није могуће стицање својине од невластника) могуће је наћи у одговарајућим законима.

г) *Непокретности по намени*

Посебно је питање да ли се својина од невластника може стећи и на тзв. непокретностима по намени. Ради се заправо о покретним стварима које се тако третирају зато што се налазе у уској природној вези са непокретношћу, чинећи са њом економску целину (радна стока, пољопривредни алати и машине, хотелски комби за превоз гостију итд.). Ове ствари су истовремено и припаци непокретности као главне ствари, за њих важи начело "*Accesorium saequitur principale*" и оне следе правну судбину непокретности о којој се ради. Настала је дилема: да ли непокретности по намени у контексту правила о стицању својине од невластника треба сматрати покретностима и допустити њихово стицање од невластника; или непокретним стварима, па искључити ову могућност?

У правној теорији преовлађује став да у ситуацији када савесни прибавилац стекне одређену непокретност од власника, заједно са припацима ове врсте, који су у својини власника *непокретности*, они деле правну судбину непокретности по принципу "*accessorium saequitur principale*". Ако они, међутим, *припадају другом лицу*, различитом од власника непокретности, а на непокретности су се затекли или су под *pactum reservati domini*, савесни стипендиста *не стиже својину и на припацима*. Наводе се разни разлози за овај став, као нпр. да такве ствари *нису предаје као покретности*, па то, што је стипендиста проверио стање у земљишним књигама *за непокретности* и био савестан по том питању нема утицаја.⁴² У француској правној теорији се у овом контексту говори о "*покретностима узредно* стеченим уз непокретност",⁴³ што је израз који још боље одсликава природу ситуације о којој је реч.

Чињеница је да ове ствари нису у својини власника непокретности, па не могу ни делити њену правну судбину, али савесно треће лице би их могло стећи у својину и од власника непокретности, који није власника припадака о којима је реч (заједно са непокретношћу) по правилима о стицању својине од невластника, сматрају други аутори, што је по нашем мишљењу прихватљивији став.

⁴² Ehrenzweig (цитирано по: И. Мауровић, нав.дело, стр. 61); Н. Klang, нав.дело, стр. 78; F. Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht, Wien-New York, 1985.г., стр.112; Ed. Fuzier - Herman, нав.дело, стр. 1020; А. Lucas - P.Catala, Code civil, Paris, 1989.г., стр. 1228. *Суијерно*: Н.Bohm, Bürgerliches Recht - Sachenrecht, Wien, 1996.г., стр. 50

⁴³ А. Colin - Н.Capitant, нав.дело, стр. 914

д) Покретности по намени

Једно од питања везано за контекст стицања својине од невласника јесте да ли је овај начин прибављања својине могућ и на стварима које имају својство покретности по намени (антиципиране покретности), као што су неодвојени природни плодови непокретности, цреп и цигла куће која је намењена за рушење и сличне ствари. Док су у физичкој вези са непокретношћу (дрво, земљиште, зграда), јасно је да ове ствари не могу бити предмет било чијег посебног права, припадају власнику непокретности и деле њену правну судбину. Оне су битни саставни делови непокретности, а тек са одвајањем постају самосталне ствари, и могућ је њихов одвојени промет па и стицање од невласника, под прописаним условима.

Поставља се, међутим, питање шта бива уколико невласник закључи уговор о продаји овакве ствари са савесним лицем пре њеног одвајања од непокретности (продаја унапред), с тим да се предаја и коначно стицање обаве по извршеном одвајању (камење по вађењу из каменолома, воће по сазревању итд.). Неки правни писци сматрају да је то могуће. Други су, пак мишљења⁴⁴ да у таквој ситуацији *није могуће* стицање својине од невласника на овим стварима ни по извршеном одвајању, са образложењем да је стичалац имао времена да провери њихову припадност кроз проверавање својине на непокретности, чији су ове ствари део до одвајања и коначне предаје стичаоцу (у одговарајућем јавном регистру, као и на друге начине). Ипак, рекли бисмо да се овде не ради о немогућности стицања својине од невласника на покретностима по намени зато што су продате пре одвајања, већ зато што, по мишљењу аутора о којима је реч, није испуњен један од услова за стицање својине од невласника, а то је савесност стичаоца - што је посебно питање.

Спорно је такође да ли горе наведен став треба да важи и за унапред (дакле пре одвајања) продате плодове, али као *сјоредне ствари групних покретних ствари*, не непокретности (јаје кокошке, вуна овце, младунци животиња...). С једне стране, стичалац је и у овој ситуацији, без обзира што је главна ствар покретност, имао одређени временски интервал између закључења уговора и одвајања и предаје ствари, у току кога се могао подробније распитати о својини отуђиоца на главној ствари. С друге стране, плодносна ствар није непокретност, већ покретна, и не постоје јавни регистри у којима би било могуће проверити својину отуђиоца, па се стичалац ипак морао поуздати у њену државину. Коначно, треба узети у обзир и постојање посебних правила о прибављању својине одвајањем плодова ствари. У оваквој ситуацији на судској пракси остаје да реши

⁴⁴ А. Weill - F. Terre - Ph. Simler, нав.дело, стр. 364; А. Lucas - P.Catala, нав.дело, стр. 1228. *Суијорно*: Н. Böhm, нав.дело, стр. 50

проблем кроз оцену понашања и савесности стицаоца, али и зависно од савесности отуђиоца - невластника главне, плодноносне ствари.

2) Ствари у промету и ствари које су изузете из промета

Пошто се покретне ствари могу поделити и на оне које могу бити у промету и оне које су ван промета (или подлежу режиму ограниченог промета),⁴⁵ јасно је да само прва категорија покретности може бити предмет грађанско-правних послова и да је само на њима могуће стицање својине и од невластника (као и од власника). Тако законодавство, правна теорија и судска пракса различитих држава наводе сличну листу покретности које нису у промету, већ потпадају под посебан административно-правни режим (за одређено време или трајно), па се стога не могу стећи ни од невластника. Ту спадају разноврсне покретности које се третирају као јавна добра (или ствари у општој употреби) и оне су по правилу у својини државе или других јавно-правних субјеката. У сваком случају оне се сматрају неотуђивим и непреносивим. Већина тих ствари се по својим својствима може налазити у промету, али су због своје *намене* искључене из њега, све док та намена траје. Ту спадају на пример: уметничка и културна дела разних врста из јавног домена, која се обично чувају у музејским збиркама, уметничким галеријама и колекцијама; предмети из архива; књиге и стари рукописи из библиотека; историјски споменици и споменици културе; класирани историјски предмети; уметничке збирке разних врста; аутографи познатих људи итд. Ту свакако спада и покретни инвентар државних и војних установа, војно наоружање, саобраћајни знаци, дрвеће из државних шума (са одговарајућим печатом) итд.⁴⁶

Морамо приметити да се утврђивањем тачне листе покретности на којима се не може стећи својина од невластника, јер спадају у јавна добра и својину државе и налази се ван промета; првенствено бавила француска правна теорија, где се овом питању посвећује доста простора; док је у правној теорији других држава оно маргинално.

Тешко је набројати све покретности које спадају у *res extra commercium* и због тога се не могу стећи ни од невластника, али је у судској пракси то веома важно питање, па увек треба имати у виду прописе који искључују одређену врсту ствари из промета. Поједини аутори истичу да је у случају прибављања

⁴⁵ Да бисмо један објекат уопште могли означити као ствар, јасно је да он мора да буде у промету, јер је то елемент појма ствари. Зато кад говоримо о стварима *ван промета*, ми заправо мислимо на то да се право својине на њима не може преносити за одређено време или трајно; или да појединци на њима из посебних разлога не могу имати субјективна грађанска права.

⁴⁶ Ed. Fuzier - Herman (нав.дело, стр.1020) наводи овакву листу изузетих покретности.

оваквих ствари "свакако неразумно штитити стицаоца",⁴⁷ али с друге стране, примећују да су код оваквих стицања могуће спорне ситуације, јер често ове ствари нису јасно обележене као ствари које су изузете из промета. Одређени аутори чак поричу могућност да покретности уопште могу бити део јавног домена.⁴⁸

У многим државама су и покретности које служе религијском култу (тзв. верске покретности) ван промета и за њих важи посебни режим, па се не могу стећи од невластника.⁴⁹ Код нас се сматра да су ове ствари у својини верских организација и налазе се у промету, сем ако нису под нарочитом заштитом државе као споменици културе.

3) Индивидуално одређене и генеричке ствари

Са аспекта могућности стицања својине од невластника треба размотрити и поделу покретности на индивидуално одређене и ствари одређене по роду. Законодавци не искључују ни једну од ове две врсте покретних ствари од могућности да буду објект стицања својине од невластника, па се може узети да се и на генеричним и на индивидуално одређеним стварима може стећи својина на овај, као и на друге начине.

Има, међутим, аутора који сматрају да стицање својине од невластника не треба допустити на обе ове врсте ствари. По Wieacker-у⁵⁰ за "индивидуално незаменљиве ствари" начелно би требало искључити стицање својине од невластника, а допустити га само за "серијске ствари" и новац, јер су безличне и надокнадиве. По неким другим ауторима, требало би поступити управо супротно: стицање својине од невластника је недопустиво на "неиндивидуализованим врстама ствари".⁵¹

Мишљења смо да је стицање својине од невластника допустиво и на индивидуално одређеним и на генеричним стварима, а да је за ову другу врсту покретних ствари битно да буду одређене у смислу могућности њиховог идентификовања, разликовања, распознавања при стицању (индивидуализоване), што су вероватно горе поменути аутори и имали у виду. Ако бисмо другачије размишљали, онда на генеричним стварима ни на друге начине не би могла да се стекне својина. Јасно је да се својина не може стећи на 100 кг шећера из гомиле од 10 т, као што се може потраживати његова предаја. Али, то не значи да предмет права својине не може бити

⁴⁷ A. Colin - H. Capitant, нав.дело, стр. 914

⁴⁸ Податак преузет од: A. Colin - H. Capitant, нав.дело, стр. 914

⁴⁹ О томе више: Ed. Fuzier - Herman, нав.дело, стр. 1020

⁵⁰ Наведено по: K. Zweigert, нав.дело, стр. 16

⁵¹ L. Josserand, Cours de droit civil positif Francais, Paris, t.I, 1938.g., стр.897; A. Lucas - P. Catala, нав.дело, стр.1228; Ed. Fuzier - Herman, нав.дело, стр. 1020

генерична ствар, већ то значи да генерична ствар мора бити *индивидуализована*. Пошто се генеричне ствари међусобно разликују по врсти, величини, боји, роду (код животиња), а означавају се по броју или некој јединици мере - индивидуализација је извршена када рецимо извесна количина ових ствари буде издвојена из рода и обележена (маркиран и издвојен чак од 100 кг шећера или омот са новцем). Употреба једне генеричне ствари такође на њој може оставити одређене трагове, па ју је на основу тога лако могуће разликовати од других исте врсте (оштећење одређене ствари на одређеном месту). *Индивидуализована генерична ствар се даље у правном животу понаша као индивидуално одређена, па је на њој и стицање својине од невласника, као и од власника могуће* (уз испуњеност потребних услова).

* * *

Прегледом упоредно-правне литературе примећујемо да је ова проблематика, изгледа, посебно актуелна у аустријској правној теорији. Разлог је вероватно у специфичној формулацији пар.371 ABGB-а, који предвиђа искључење виндикације за ствари "које се не могу разликовати", тј. ако власник не може "описати знаке, по којима се ствар разликује од свију сличних ствари исте врсте" (пар. 370). Законодавац као пример наводи "новац, помешан са другим готовим новцем или на доносника гласеће задужнице", а затим већ искључено право на својинску тужбу за повраћај ствари опет "враћа" власнику, ако су околности такве да он ипак успе да докаже своје власништво и несавесност стицаоца.

F. Gschnitzer⁵² с правом примећује да овај параграф изгледа као да не прави јасну разлику између стицања својине од невласника и стицања својине прираштајем покретности (у облику смеше) одређених генеричних ствари различитих власника. Он виндикацију искључује ако је генеричне ствари о којима је реч стицалац помешао са другим, као да је разлог искључења управо чињеница стварања смеше. Смеша, међутим, резултира сусвојином власника о чијим се стварима ради и ту није од важности да ли је стицалац савестан.⁵³ Савесна државина стицаоца је, међутим, по овом параграфу неопходна за искључење виндикације ствари, која се ни по каквим знацима од других не може разликовати. Те ствари не само да се могу стећи од невласника (ако су индивидуализоване), већ је то могуће и под блажим условима него за остале ствари из пар. 367 ABGB-а. Стицање се ипак догађа не зато што ове ствари власник не може виндицирати (не може их виндицирати ни у случају смеше), већ зато што су тражени услови за њихово стицање од невласника

⁵² Нав.дело, стр. 112

⁵³ За разлику од нашег, овакво решење у вези савесности је прихваћено у аустријском и већини страних правних система.

испуњени.⁵⁴ Ако нису испуњени услови за стицање својине од невластника, могу се виндицирати и генеричне ствари овог типа, ако власник успе да докаже њихову припадност (обележене новчанице). Дакле, својина од невластника на овим стварима се стиче јер су испуњени услови из пар. 367 и 371 предвиђени за то, а не зато што се ове ствари не могу разликовати од других, па се не могу адекватно означити у виндикационој тужби или су помешане, исправно примећује И. Мауровић.⁵⁵

Формулација пар. 371 је таква да ствара дилему и у погледу ствари из ове групе за које ће важити блажи услови при стицању од невластника: само новац и хартије од вредности на доносиоца или и остале ствари које се не могу од других разликовати (вино, жито, брашно итд.). Тиме би се значајно проширио круг ствари које се од невластника могу стећи под јединим условом савесности стицаоца коме су предате, независно од тога да ли су поверене или власнику нестале, добротом или теретно стечене. И ако има и другачијих тумачења, новац и хартије од вредности су наведени само као пример за ову категорију ствари, што је у тексту закона јасно истакнуто и што значи да се и друге ствари сличних особина у аустријском праву могу стећи под бенефицираним условима из пар. 371 ABGB-а.⁵⁶

* * *

Законодавци других држава не предвиђају посебне услове за стицање својине од невластника на другим генеричним стварима, изузев новца и неких хартија од вредности.

И у нашој судској пракси има примера за двоумљење у вези питања да ли је стицање својине од невластника могуће и на генеричним и на индивидуално одређеним стварима. Тако П.Трифунковић⁵⁷ наводи неколико случајева где су судови сматрали да се на моторном возилу не може тражити утврђивање својине на основу правила о стицању својине од невластника ако су му бројеви шасије или мотора преправљани (нелегално), са образложењем да то возило више није индивидуално одређена ствар. Стицалац можда из неког другог разлога не би могао да постане власник конкретног возила на основу примене правила о стицању својине од невластника, али разлог за то свакако не би могао да буде тај што је ово возило изгубило својство

⁵⁴ О томе више: Л. Марковић, Грађанско право, књ. I, Општи део и Стварно право, Београд, 1927.г., стр. 129; Ж. Перић, Специјални део грађанског права - Стварно право, Београд, стр. 168; Л. Урошевић, Судски требник, I део, Београд, 1927.г., стр. 268

⁵⁵ Нав.дело, стр. 61

⁵⁶ Слично: Н. Böhm, нав.дело, стр. 57

⁵⁷ Нека спорна питања стицања својине од невластника на моторном возилу, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2-3, Београд, 1997.г., стр. 142

индивидуално одређене ствари и прешло у категорију генеричних. Коначно, савесни стицалац је возило и стекао са новим, преправљеним бројем мотора или шасије уместо фабричког, и то је оно што га разликује од свих других исте врсте.

Закључили бисмо да за стицање својине од невласника у нашем и другим правним системима законодавац не прави разлику између индивидуално одређених и генеричних ствари, па се и ове друге могу стећи у својину како од власника тако и од невласника (ако су индивидуализоване) и ако су испуњени сви прописани услови за то. Коначно, генеричне ствари чине већину ствари у промету, па би искључењем ове врсте ствари од могућности да буду стечене од невласника остало врло мало оних на којима би то било могуће.

4) Збирна ствар, збир ствари и збир ствари и права

За могућност стицања својине од невласника значајна је и подела покретности на збир ствари (*universitas rerum*) и збирне ствари (или комплементарне, како их неки аутори називају). Док се ове друге, као скуп физички одвојених покретности са истим економским циљем које немају самосталну употребну вредност, могу стећи као целина и од невласника,⁵⁸ за збир ствари, који чини скуп самосталних покретности - истоврсних (библиотека књига, нумизматичка збирка...) или разноврсних (складиште робе) - које се због заједничке економске намене у праву третирају као једна целина, али не и као нова ствар⁵⁹ - то се не би могло рећи. Све оне могу бити предмет јединственог уговора о отуђењу, али се на њима својина од невласника, као уосталом ни од власника, не може стећи као на целини. Образложење можемо наћи у начелу специјалитета стварних права, које захтева да свака од ствари које чине збир буде засебно предата. Покретности у збиру могу припадати и различитим власницима, а свака засебно може бити предмет стицања и од власника и од невласника (ако су испуњени услови за то).

Једино италијански законодавац у посебном чл. 1156 регулише могућност стицања својине од невласника на *universalita di mobili* (што се преводи као: покретне универзалије, правне целине, збир ствари) изричито је *искључујући* и *предупређујући* на тај начин евентуалне дилеме у судској пракси.

⁵⁸ Саставни делови збирне ствари се, изузетно, могу стећи и одвојено (нпр. само панталоне или само сако од одела), али то мора бити изричито уговорено.

⁵⁹ Дефиниција преузета од: Д.Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1981.г., стр. 313

* * *

Ни на неким другим правним целинама, збиру ствари и права (*universitas iuris*) - по већинском мишљењу се својина од невласника не може стећи.⁶⁰ Ту се убрајају: трговачки фондови и ефективи, покретности које спадају у заоставштину, предузећа, стечајна маса, мираз итд. Ове правне целине се у правној теорији означавају као бестелесне или апстрактне ствари,⁶¹ а као разлог за немогућност њиховог стицања од невласника наводи се то што се за њихово уступање као целина углавном тражи друга врста публицитета, а не предаја, па се стицалац може поузданије информисати о својини отуђиоца.⁶²

Један *комерцијални фонд* нпр. је правна целина која у себе укључује робу, клијентелу, закупе, трговачко име и сл., па оваква "...знатна концентрација ствари искључује лако циркулисање".⁶³

За *йокрејиносџи из заосџавиџине*, које једно лице држи, такође је искључено позивање на савесну државину и стицање својине од невласника и из разлога што је заоставштина једна посебна правна целина за чије стицање важе и посебна правила,⁶⁵ а и зато што могућност стицања својине од невласника "није установљена са циљем да спречи вођење оставинског поступка".⁶⁶

Неки аустријски, па и италијански правни писци, сматрају да је одредба која регулише стицање својине од невласника применљива и на стицање

⁶⁰ Ове правне целине се од претходних разликују по томе што их не чине само покретне ствари, већ и други објекти, затим како стварна тако и облигациона и друга права.

⁶¹ J. Mazeaud - F. Chabas, нав. дело., стр. 235; G. Ripert - J. Boulanger, *Traite elementaire de droit civil de Planiol*, Paris, 1950.g., стр. 1133; G. Marty - P. Raynaud, нав.дело, стр. 897

⁶² У француској правној теорији наводи се ситуација у којој невласник долази у позицију да располаже једном оваквом правном целином, а то се дешава када власник прода трговачки фонд једном лицу, који га затим препрода савесном стицаоцу непосредно пре него што власник успе да поништи продају због неисплаћене цене. По правној теорији овде нема стицања својине од невласника, јер објекат није ствар на којој је овај начин стицања допуштен, али се наводи како је судска пракса све до посебног закона из 1909. године у Француској погрешно допуштала стицање својине од невласника и у овој ситуацији. По том закону, могућност стицања својине од невласника на оваквим правним целинама је коначно искључена тако, што власник има обавезу јавног публикувања чињенице да му цена није исплаћена, што стицаоца аутоматски чини несавесним. (Пример преузет од: A. Colin - H. Capitant, нав.дело, стр. 914.

⁶³ L. Barassi, *Diritti reali e possesso*, t.II, Il possesso, Milano, 1952.g., стр. 454

⁶⁵ F. Ostertag у M. Gmür, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd.IV/3, Sachenrecht, Bern, 1917.g., стр.72

⁶⁶ A. Colin - H. Capitant, нав.дело, стр. 914

предузећа, чије је вођење власник препустио другом лицу⁶⁷ или чак на спој више предузећа од којих су нека регистрована, а нека не.⁶⁸ По нама, ови објекти спадају управо у збир ствари и права као правну целину коју није могуће стећи од невластника предајом.⁶⁹

Иако се правила о стицању својине од невластника не могу применити на стицање збира ствари или збира ствари и права као целине, свеједно да ли се он састоји само од ствари (истоврсних или разноврсних) - због начела специјалитета стварних права; или од различитих објеката (телесних и бестелесних ствари, тј. права) - због форме преноса која се не састоји у предаји; рекли бисмо да се ствари или права, која чине ове правне и економске целине могу стицати од невластника, али одвојено *свака засебно*.

5) Остале поделе покретности и могућност стицања својине од невластника

Подела покретности на заменљиве и незаменљиве, потрошне и непотрошне, као и дељиве и недељиве није од већег значаја у материји стицања својине од невластника. Наиме, на свима њима је стицање својине од невластника под законом прописаним условима могуће. Стицање својине од невластника је такође могуће и на простим и на сложеним стварима, а од невластника се, рекли бисмо, може стећи и самосталан део сложене ствари (нпр. један бисер у ниски, која је сложена ствар, као самостални саставни део се може стећи и од невластника).⁷⁰

Dr. Nina Planojevic,
a docent

OBJECTIVE SCOPE OF THE APPLICATION OF THE RULES ON ACQUIRING OWNERSHIP FROM A NON-OWNER

The objective scope of the application of the rules on acquiring ownership from a non-owner is wide enough to include a group of subjective rights on whose

⁶⁷ Н. Klang, нав.дело, стр.78

⁶⁸ Valeri, цитирано по: G. Cain - A. Trabucchi, нав.дело, стр. 748

⁶⁹ Слично: L. Mengoni, Montel и др.

⁷⁰ Видети: Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Београд, 1981.г., стр. 311

acquiring we can analogously apply the rules of acquiring ownership from a non-owner. Here we can also include, besides ownership, personal rights and mortgage right over the property, but also the rights of debt collectors incorporated in the securities on the bearer's name or with blank endorsement.

However, the material property is the main domain of the application of these rules, especially movable property. Although some states (Russia) allow that, under certain circumstances, the ownership of immovable property may be acquired from a non-owner, the author thinks that this is the result of some other principles and standards (ex. principle of trust and a presumption of a perfect keeping of land registry), the laws assuring the legal transaction of property do not allow the acquiring of this kind of property from a non-owner.

Acquiring ownership from a non-owner, according to the author, should be extended to almost all types of movable property, which raises another disputable question in the court practice: individually defined and individually generic, consumable and non-consumable, changeable and non-changeable, devisable and non-devisable, simple and complex, collective and complementary – provided they have not been exempt from the legal transactions. Acquiring ownership from a non-owner, however, should not be allowed in the case of the property that is filed in public registries from the same reasons as mentioned in the case of immovable property (the registration is not only an administrative, but also a constitutional process). It also should not include the anticipated movable property, designated immovable property and *universitas rerum* and *universitas iuris*.

Мр Срђан Владеић,
асистент

UDK: 347.133.8(37)

AUCTORITAS И УЗУКАПИЈА

Узукапија је један од малобројних института за који се може рећи да је у великој мери заступљен у закону XII таблица. Укупно седам одредби овог закона бави се узукапијом. То су: одредба којом се утврђују рокови одржаја за покретне и непокретне ствари (tab. VI, 3),¹ заповест "adversus hostem aeterna auctoritas" (tab. III, 7),² забрана одржаја међа у ширини пет стопа (tab. VII, 3),³ одредба која предвиђа да жена може избећи манус мужа тако што сваке године проводи три ноћи ван његове куће, чиме се сваке године прекида одржај и поново почиње да тече нови рок (tab. VI, 4),⁴ забрана одржаја res mancipi које би жена отуђила без дозволе татора (tab. V, 2),⁵ забрана одржаја украдених ствари (VIII, 16)⁶ и забрана одржаја трга или гроба (tab. X, 7).⁷ Две одредбе закона XII таблица које смо горе поменули (tab. VI, 3 и III, 7), садрже реч auctoritas. Ову реч садрже и одредбе lex Atiniaе које се односе на узукапију⁸.

¹ Cicero, Topica 4, 23: Quod in re pari valet, valet in re quod par est quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit, etiam aedium; at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

Gai Inst. II, 42: Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

Gai Inst. II, 54: Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno.

Cicero, Pro Caecina 19, 54: Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium, at utimur oedem iure in aedibus quae in lege non appellantur.

² Cicero, De officiis 1, 12, 37: Hostis enim apud maiores nocturnus is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus. Indicant XII tabulae. Aut status dies cum hoste, itemque adversus hostem aeterna auctoritas.

³ Cicero, De legibus 1, 21, 55: Usus capionem XII tab. intra V pedes esse nolerunt.

⁴ Gai Inst. I, 111: Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo (usu) in manum convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo (usum) cuiusque anni interromperet.

⁵ Gai Inst. II, 47: Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usi capi non poterent, praterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent idque ita lege XII tabularum cautum erat.

⁶ Gai Inst. II, 45: Furtivam rem lex XII tabularum usu capi prohibet.

⁷ Cicero, De legibus 2, 24, 61: Forum bustumve usu capi vetat.

⁸ Gellius Aulus, Noctes atticiae 17, 7: Legis Atiniaе veteris verbasund: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas.

Auctoritas на латинском може да значи препоруку, одобрење, дозволу, гаранцију, достојанство. Поставља се питање, које значење придати речи auctoritas у смислу одредби закона XII таблица које садрже ову реч, а односе се на узупапију. Одређивање смисла ове речи је значајно за утврђивање порекла узупапије. О значењу ове речи постоје различита мишљења.

Леви-Брил (Levy – Bruhl)⁹ посматра auctoritas као право својине које се гаси истеком узупапионог рока. Истеком овог рока престаје право својине (auctoritas).

Магделен (Magdelain)¹⁰, за разлику од Леви-Брила, у auctoritas види правни основ који се стиче протеклом узупапионог рока. Он сматра да из usus-a настаје auctoritas.

Хорват, позивајући се на Цицерона¹¹, сматра да без закона и цивилног права, нико не би био сигуран у своје право својине. Производ тих закона је usucapio (usus auctoritas). За њега је usus auctoritas власт заснована на праву која не може произићи од неког физичког лица, него само из закона и цивилног права¹². Децемвирално правило је напросто хтело рећи да auctoritas треба да припадне оној особи, која има usus у трајању од две године, не водећи даље рачуна о томе, да ли је пре тог рока или за време рока постојала нека ранија auctoritas и не водећи рачуна о томе, коме је она припадала, уколико је раније постојала¹³. Према Хорвату, закон XII таблица је створио генерална правила узупапије. Владајући слој је овим правилима створио моћно средство које му је послужило да у време борбе око земље концентрише земљиште у своје руке. За то им је био довољан usus као спољна чињеница државине. При томе се није тражила ни iusta causa ни bona fides. Оваква правила су створена да се санкционишу и озаконе отимачине владајућег слоја¹⁴. Крајем републике владајући слој је прибавио себи највећи део земљишта. Да би учврстили свој положај некадашњи отимачи, а сада велепоседници, уводе отежане услове да би се

⁹ Levy – Bruhl, H., *Auctoritas et usucapion*, Nouvelles études sur le tres ancien droit romain, Paris, 1947, стр. 19.

¹⁰ Magdelain, A., *Auctoritas rerum*, Mélanges De Vissher IV, RIDA, 1950, стр. 141.

¹¹ Horvat, M., *Uzupapija i auctoritas u starom rimskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1–2, 1956, стр. 61–70. Cicero, *De har. resp.* 7, 14: Multae sunt in hac urbe, patres constripti atque haud scio an paene cunstaе iure optimo, sed tamen iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipii, iure nexi... Pro Caec. 26, 74: Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi... non a patre relinquitur, sed a legibus; aquaeductus, haustus, iter actus a patre sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur.

¹² Horvat, M., нав. дело, стр. 68. Види и Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1946, стр. 35–36.

¹³ Horvat, M., нав. дело, стр. 66.

¹⁴ Исто

ствар стекла одржајем – *iusta causa* и *bona fides*. Трагови старе узупапије остали су сачувани само у неким изузетним случајевима, код *usureceptiones* и *usucapio pro herede*¹⁵.

Без обзира на разлике које постоје између ових аутора (Леви-Брил, Магделен и Хорват), њихова заједничка карактеристика огледа се у томе што они *auctoritas* посматрају као правну власт или правни основ. Укратко, по њима су децемвири створили генерална правила узупапије. То значи да се у време доношења закона XII таблица узупапија схватала као начин стицања својине¹⁶.

Друга група аутора, као што су Жирар (*Girard*)¹⁷, Де Вишер (*De Vissher*)¹⁸, Казер (*Kaser*)¹⁹, Мајер-Мали (*Mayer-Maly*)²⁰ и Диожди (*Diódsdi*)²¹ сматрају да *auctoritas* представља гаранцију продавца у случају евикције. У случају да се појави треће лице које узнемирава купца својинском или другом тужбом, продавац мора пружити купцу помоћ у поступку која је означена као *auctoritas*. Уколико трећем лицу успе да одузме ствар, купац може путем *actio auctoritatis* од продавца захтевати повраћај двоструке цене. Одговорност продавца и правог купца на тужбу престаје истеком једне или две године (у зависности од тога да ли се ради о земљишту или другим стварима) јер је купац у том тренутку постао квинитски власник. Дакле, држалац током једногодишњег или двогодишњег узупапионог рока зависи од помоћи продавца у поступку (*auctoritas*) како би се одбранио од евентуалне тужбе трећег лица. Израз *usus auctoritas* се односи само на положај који постоји током рока, а не на положај који настаје истеком рока²². Двојни израз значи јединствени правни положај који је састављен из оба елемента, *usus* и *auctoritas*. *Usus* представља стварну власт а *auctoritas* одговорност преносиоца у случају евикције²³. Зато Казер одредбу закона XII таблица (*tab. VI, 3*) тумачи: "Правни положај који се ослања на државину и преносиочеву гаранцију траје, код земљишта две године а код свих других ствари годину дана"²⁴. Стицање права путем узупапије је на почетку последица процесуалног правила које држаоца

¹⁵ Исто

¹⁶ Види о овом код *Diódsdi, G., Ownership in Ancient and preclassical Roman law, Budapest, 1970, стр. 88.*

¹⁷ *Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 299 (фус. 2).*

¹⁸ *De Vissher, F., Auctoritas et mancipium II, SDHI 22, 1956, стр. 95.*

¹⁹ *Kaser, M., Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, Köln-Graz, 1956, стр. 86 и 93. и Das römische Privatrecht I, München, 1971, стр. 118.*

²⁰ *Mayer-Maly, Th., Studien zur Frögeschichte der usucapio I, SZ 77, 1960, стр. 37.*

²¹ *Diódsdi, G., нав. дело, 89–90.*

²² *Kaser, M., RPR I, стр. 135.*

²³ Исто.

²⁴ Исто, стр. 136.

истеком узупационог рока ослобађа обавезе доказивања законитог стицања.

Мајер-Мали сматра да правило *usus auctoritas* има функцију одређивања рока у оквиру којег продавац гарантује за случај евикције, док би одредба *aeterna auctoritas* представљала изузетак од овог правила²⁵. Пре доношења закона XII таблица Римљани знају за узупацију, али је не схватају као начин стицања својине²⁶. Према овом аутору, децемвирално правило о *usus auctoritas* има чист процесуални карактер.

Диожди говори о *auctoritas* без намере да га ближе одреди (појам *auctoritas* Диожди назива "вуненим концептом" због његове сложености) јер се једва може дефинисати данашњим језиком²⁷. Он подржава Казера у томе што *usus* означава изразом "стварна власт" који наслеђује каснији појам државине. Међутим, он допуњује Казерову дефиницију опажањем да се *usus* још није разликовао од својине као државина. Зато Диожди предлаже да се израз "стварна власт" замени изразом "стварна употреба" јер је он ближи оригиналном значењу речи а и подударан је са идејама раног права које још не разликује својину и државину²⁸. Овај аутор такође сматра да је правило *usus auctoritas* настало из потребе да се олакша доказивање у *legis actio sacramentum in rem*.²⁹ Континуирана употреба ствари у року једне или две године, ослобађа држаоца обавезе доказивања законитог основа стицања ствари. Истовремено, *usus auctoritas* врши функцију узупације али још није истакнута идеја стицања својине. Диожди оспорава тезу Мајер-Малија по којој *usucapio pro herede* представља праслучај узупације. *Usucapio pro herede* и *usureceptio fiduciae* нису могли чинити језгро узупације јер су ове њене специјалне врсте настале после доношења закона XII таблица.

Жиар, Де Вишер, Казер, Мајер-Мали и Диожди су сложни у ставу да реч *auctoritas* представља временски ограничену одговорност продавца у случају евикције која посредним путем врши улогу узупације (изузев Мајер-Малија). Према њима, у време доношења закона XII таблица узупација још није схватана као начин стицања својине.

Леви-Брил, Магделен и Хорват су остали дужни да одговоре на једно важно питање. Ако су децемвири створили генерална правила узупације која је служила стицању својине, зашто они користе израз *usus auctoritas* а не каснији термин *usucapio*? Ови аутори у крајњем исходу својих теорија

²⁵ Исто.

²⁶ Mayer – Maly, Th., нав. дело, стр. 20 и 37, и *Usureceptio*, Pauly - Wissowa *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* IX – A, 1961, стр. 1111–1112. Овај аутор сматра да је *usucapio pro herede* била праслучај узупације.

²⁷ Diódsi, G., нав. дело, стр. 89.

²⁸ Исто.

²⁹ Исто, стр. 90.

практично изједначавају израз *usus auctoritas* са млађим термином *usucapio*. Таква конструкција је неприродна јер се на тај начин вештачки пресађују институти предкласичног права у рано право. Тешко је претпоставити да су законом XII таблица установљена генерална правила за стицање својине непрекидном државином, а да институт није назван *usucapio*³⁰, као и то да су рани правници достигли такав ниво правне технике. У прилог критичи ове теорије могло би ићи и стање римске привреде у првим вековима републике.

Током VI века п.н.е. Рим се под утицајем јаких етрурских трговачких веза, производне културе и технике развио у значајан трговачки центар. Интензивна земљорадња, занати и трговина били су у рукама плебејаца. Међутим, вишегодишње ратовање са етрурцима и латинима привредно је ослабило Рим и он је временом изгубио статус италског трговачког центра³¹. Из тог разлога, све је мањи број грађана који живе од занатства и трговине. Са друге стране, аристократија која је преузела власт, нити је учествовала у занатству и трговини нити их је подстицала. Зато је римска привреда током V и IV века п.н.е. била заснована на пољопривреди. У таквим околностима, једино је поседовање земље било гаранција егзистенције и друштвеног статуса³². Овакве прилике су утицале да Рим дочека доношење закона XII таблица као неразвијена и сиромашна средина. У оскудним економским условима ретко се дешавало да неко заборави своју ствар код другог или да му је препусти на годину или две³³. Тешко је претпоставити да су ови ретки случајеви били инспирација децемвирима да законом XII таблица установе генерална правила узупапије. Вероватније је да су децемвири правилом *usus auctoritas* желели да олакшају доказивање.

Да би се избегли проблеми "ђаволског доказивања" (*probatio diabolica*), према закону XII таблица тражило се од власника само да докаже да је ствар имао у државини једну до две године. У том смислу, Гај³⁴ у својим Институцијама каже: "Изгледа да је овакво правило усвојено да својина не буде дуго у неизвесности". Према томе, одредба закона XII таблица (VI, 3) је имала за задатак да држаоца ослободи терета доказивања после непрекидне употребе ствари од једне или две године, али је

³⁰ Исто, стр. 86.

³¹ Милошевић, М., Почети аграрних борби у Риму, Анали Правног факултета у Београду, 1985, I, стр. 100.

³² Исто, стр. 101.

³³ Стојчевић, Д., Римско приватно право, Београд, 1979, стр. 143.

³⁴ Gai Inst. II, 44: Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret dominio add inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

истовремено вршила и функцију узупапије јер држалац истеком једногодишњег или двогодишњег рока постаје квинитски власник.

M.Sc. Srdjan Vladetic,
an assistant

AUCTORITAS AND USUCAPIO

Rome was a poor and backwards province when the Law of Twelve Tables was passed. In such social conditions rarely did happen that a person lended a thing to another person for a year or two. Therefore, it is difficult to imagine that Decemviri wanted to establish general rules of *usucapio*. The Law of twelve Tables was rather intended to eliminate the problem of the “devil’s proving” The rule given in VI, 3 of this Law was aimed at releasing the person who was in possession of a thing for a year, or estate for two years from the burden of proof, but it also exercised the function of *usucapio* since after the completion of this period the possessor became the owner of the thing or estate.

Одељак IV

Породично и наследно право

*Др Зоран Поњавић,
редовни професор*

UDK: 34:376.72-053.6

ПРАВО НА ВЕРСКО ОБРАЗОВАЊЕ ДЕЦЕ

Увод

Током 20. века право на образовање је прихваћено као једно од основних људских права. Оно првенствено спада у групу културних права, што значи да је право културног идентитета, али и идентитета уопште, будући да се не може говорити о људском идентитету изван културе.¹ Међутим, ово право се може посматрати и шире; као предуслов за остваривање и коришћење свих других права. Јер, његов циљ није, као што се понекад истиче, само настојање да се искорени неписменост већ и да се појединац оспособи за пуно учешће у друштвеном животу.² Имајући управо ово у виду може се рећи да се под образовањем подразумева не само школско образовање, већ и професионално, верско, морално, грађанско, политичко, да не говорио о оном свакодневном које треба да омогући управо укључивање детета у свакодневни живот. Данас је право на образовање правно уређено сагласно демократским принципа који између осталог гарантују недискриминацију у образовању, односно у једнаком приступу образовању свих људи. Ово, на првом месту, подразумева и то да се готово свим међународним документима гарантује обавезно основно образовање, које је уједно и бесплатно.

Класични концепт права на образовање заснива се првенствено на обавези државе да обезбеди институционалне форме образовања, кроз школовање, пре свега, деце кроз различите нивое школа, које као крајњи прагматични циљ има оспособљавање за одређену професију у друштвеној економији.³ Школа стога добија униформни карактер и држава настоји да писањем детаљних програма васпитања и образовања оствари постављене

¹ У питању је уобичајена подела свих људских права на: грађанска, политичка, економска, социјална и културна права. Раније се право на образовање посматрало, пре свега, као социјално право, у чијем су центру биле обавезе државе у овој области. Више о право на образовање као културном праву видети: подели: Alfred Fernández, *Le droit a l'éducation: le droit à être humain*; Наведено према: <http://www.aidh.org/uni/biblio/pdf/4-2.pdf>

² Вучковић-Шаховић Н., *Права детета и међународно право*, Југословенски центар за права детета, Београд, 2000, стр. 214.

³ М. Јањић-Комар и М. Обретковић, *Права детета – права човека*, Београд, 1996, стр.80.

циљеве. Креативност детета а и наставника (васпитача) тако постаје угрожена.

Последњих година ова слика се полако мења. На нормативном плану формулишу се другачији циљеви, засновани на другачијој филозофији образовања. образовање се све више посматра као право детета, иако је оно намењено и одраслим кроз процес сталног образовања и искорењивања неписмености. Ако се дете посматра као субјект образовања и васпитања онда се и његови циљеви посматрају на другачији начин. Дефинишући их на међународном плану Конвенција о правима детета у чл. 29 (тачка "а") одређује циљ образовања као "развој дететове личности, талента и менталних и физичких способности до њихових крајњих могућности". Овим је предност дата креативном типу образовања у чијем средишту се налази дете са својим потребама.⁴

Право деце на образовање се може посматрати и са становишта њихових родитеља, као њихова дужност и право да образују своју децу. Родитељима се од стране државе намеће обавеза да својој деци обезбеде школско и професионално образовање како би била способна за живот. Ово је истовремено и једно од најделикатнијих права родитеља. Ово право родитеља да своју децу образују, поред осталог, подразумева и њихов избор у погледу верског образовања деце. Вршење овог права од стране родитеља најпре зависи од њихових уверења. Међутим, његово остваривање зависи и од нормативног уређења овог питања на међународном и унутрашњем плану.

Правни извори

Слобода вероисповести је гарантована низом међународних докумената. Већина од њих не апострофира посебно дете, али имајући у виду појмовно одређење детета, које даје Конвенција о правима детета у чл. 1., можемо рећи да се и на њега примењују одредбе ових докумената.

На првом месту треба издвојити Универзалну декларацију о правима човека из 1948. године која у чл. 18. говори о праву сваког човека на слободу мисли, уверења и религије. Готово истоветна одредба се понавља и у чл. 18. Међународног пакта о грађанским и политичким слободама. Под овим се подразумева право да се промени вероисповест или уверење, као и право да се сачува своја религија или уверење, као и слободу испољавања вероисповести или уверења, појединачно или заједно са другим особама.⁵ У

⁴ Д. Палачковић, З. Поњавић, Основе државног уређења и школског законодавства, Ужице, 2007, стр. 87.

⁵ Ово се, између осталог, истиче и у извештају (бр. 22, од 30. 07. 1993.) Комитета за људска права који је разматрао чл. 18. овог Пакта. Видети: http://training.itsilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/French/UN_S_B/

овом документу се иде и даље, па се говори и о заштити овог права, као и о његовом ограничењу. У алинеји 4. овог Пакта говори се и о обавези државе да поштује права родитеља, изузетно и законских заступника, да деци осигурају религиозно и морално образовање у складу са сопственим убеђењима. Слични ставови се понављају и у касније донетим документима: Декларацији о елиминисању свих облика нетолеранције и дискриминације засноване на религији или убеђењу (чл. 5: "родитељи имају право да организују живот у кругу породице сагласно својој религији или уверењу")⁶, Декларација и Бечки програм акције, усвојена од стране Светске конференције о правима човека⁷, Декларација о принципима толеранције, УНЕСКО, (од 16. новембра 1995), Резолуција Генералне скупштине бр. 52/122, од 23. фебруара 1998, која говори о елиминисању свих облика верске нетолеранције.

На нивоу Европе свакако је у овом погледу најзначајнија Конвенција о заштити људских права и основних слобода (1950). У њеном чл. 9, који у основи понавља чл. 18. Универзалне декларације о правима човека, гарантује се слобода мисли, уверења и вероисповести. У чл. 2. додатног протокола уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода,⁸ поред осталог, се каже да држава мора поштовати право родитеља да образују своје дете „сагласно својим религиозним и филозофским уверењима“. Са истим циљем донето је од стране Комитета министара и Парламентарне скупштине Савета Европе неколико препорука.⁹

Конвенција о правима детета (чл. 27), предвиђа право детета на духовни развој, а чл. 30, да дете има право на избор религије без обзира колика је верска група којој оно припада. У чл. 14. се говори о обавези државе да поштује право детета на слободу мисли, савести и вероисповести, а ал. 2. предвиђа да ће држава поштовати право и дужност родитеља да усмеравају своју децу да се користе и врше своја права у складу са њихових развојним способности. Очигледно је да приликом уписа детета у школу оно не може само изабрати религију, зато су по закону одговорни родитељи. Они овај избор чине у складу са дететовим најбољим интересима. Ово право избора религије подразумева и право да се религија промени. Ове одредбе имплицирају да родитељи не могу наметати одређену религију детету под условом да имају одређене године (зрелост). Конвенција им даје право да их верски образују по свом избору и дају родитељима могућност сугестија. Према томе, деца имају религиозну слободу само ону коју им дају родитељи.

[GC human-rights/gc22_1993.pdf](#). У овом смислу је и одлука суда у Стразбуру: Kokkinakis c/Grece,

⁶ Донета 25. новембра 1981, резолуцијом бр.36/55 Генералне скупштине УН.

⁷ Од 25 јуна 1993. године

⁸ Ради се о Првом додатном протоколу усвојеном 20.марта 1952. године.

⁹ Препоруке (87) 8 од 9. априла 1987, 1178 (1992), 1202 (1993), 1396 (1999), 1412 (1999), 1720 (2005)

Конвенција дакле у овој области примењује традиционално вршење родитељског права. Због овога се нико не може пред судом позвати на ову Конвенцију, јер она успоставља само обавезу држава потписница, да поштују право родитеља у погледу избора верског образовања, а мање на поштовање права деце.

Устав РС у чл. 43. ст. 1. јамчи „слободу мисли, савести, уверења и вероисповести, праву да се остане при свом уверењу или вероисповести или да се они промене према сопственом избору“. Према ставу 4, овог члана: “Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима“.

Сличне одредбе садрже и неки други европски устави. Тако ст. 2. чл. 7. немачког устава регулише да особе које врше родитељско право имају право да одлуче о учешћу деце у верској настави. А чл. 24, ст. 3. Устава Белгије гарантује у државним школама, све до краја обавезног школовања, право избора између образовања које пружа нека од "признатих религија" и моралног образовања. Слично нашем Уставу и шпански у чл. 27. ст. 3. предвиђа да држава гарантује право родитеља да омогуће својој деци верско или морално образовање у складу са својим сопственим уверењима. Сличне одредбе садрже и устави Пољске (чл. 53. ст. 3) и Словеније (чл. 41).¹⁰ Устави Француске и Швеске уопште не садрже одредбе које се тичу образовања, према томе и верског.

Према томе, овим правом, слободом, јамчи се свакој индивидуи, да верује или не верује и да своју веру испољава или не испољава, према свом избору. Будући да је Република Србија лаичка држава, односно да је према чл. 44. ст. 1. Устава црква и верске заједнице одвојене од државе, то онда подразумева да Држава не може грађанима наметати ниједну религију. Овим су гарантоване верске слободе, толеранција и једнакост.

Делатност образовања је у Републици Србији регулисана са неколико закона. Један од њих је Закон о основама система образовања и васпитања.¹¹ Према овом Закону делатност образовања и васпитања се обавља кроз предшколско, основно и средње васпитање и образовање. Дефинишући циљеве васпитања и образовања, овај Закон, поред осталог, истиче као један од њих и „развијање код деце и ученика радозналости и отворености за културе традиционалних цркава и верских заједница, као и етничке и верске

¹⁰ Устав Словеније ово питање дефинише мало детаљније у односу на друге уставе. Поред одредбе да родитељи имају право верског образовања своје деце у складу са својим уверењима, стоји и одредба да «оријентација деце у погледу религиозног и моралног образовања мора бити у складу са годинама и зрелошћу детета, као и са слободом уверења, религије...».

¹¹ Закон о основама система образовања и васпитања, "Сл. гласник РС", бр. 62/2003, 64/2003 - испр., 58/2004, 62/2004 - испр., 101/2005 - др. закон, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона и 83/2005 - испр. др. закона)

толеранције,“.¹² Неговање етничке и верске толеранције код деце у овим циљевима има, дакле, посебно место. У овом погледу циљ је постављен крајње активно, пошто се ради о развијању радозналости и отворености за културе традиционалних цркава и верских заједница. Наш Закон избегава помињање поштовање хришћанских вредности, као један од циљева образовања и васпитања, што се иначе помиње у Европској димензији образовања. С обзиром на религијску и националну шароликост у нашој земљи, овакав став законодавца је разумљив. Уосталом, овакав став произлази и из уставне одредбе о равноправности цркава и верских заједница (чл. 44 ст. 1. Устава). С друге стране, истицањем само традиционалних цркава и верских организација жели се сузбити све већи утицај верских секти чије је деловање последњих година у порасту и чији је утицај на младе све већи.

Према Закону о основама система образовања и васпитања обавезни део наставног плана и програма садржи основне предмете и садржаје који су обавезни за све ученике одређеног нивоа и врсте образовања. Изборни део наставног плана и програма обухвата изборне предмете и садржаје програма по нивоима и врстама образовања од којих ученик обавезно бира један или више предмета према својим склоностима. Један од обавезних изборних предмета је верска настава или грађанско васпитање.¹³ Законом је прописано да један од ова два изабрана предмета ученик задржава до краја започетог циклуса, односно до краја стицања средњег образовања. Избор ових предмета за ученике основних школа врше родитељи, а у средњој школи то чине сами ученици.¹⁴

¹² Овим су, у основи, разрађена права из чл.29. поменуте Конвенције о правима детета, као и идеје из Европске димензије образовања, усвојене 1991. године, у којој се, поред осталог, постављају и захтеви да образовање буде за живот, за учешће у демократском друштву, за сарадњу у Европи, за промоцију талената и креативности, итд.

¹³ Увођење верске наставе и наставе алтернативног предмета, као факултативних предмета у систем образовања, није несагласно са начелом из члана 41 Устава о одвојености државе и цркве, нити се тиме ограничава слобода савести, мисли, вере и других уверења, будући да похађање верске наставе не подразумева изјашњавање о верском уверењу, односно опредељењу, већ се верска настава изводи као један од факултативних, односно изборних (по одредбама оба закона) предмета који се у школи изучавају по прописаном програму. Из одлуке Уставног суда Републике Србије, ИУ бр. 177/2001, ИУ бр. 213/2002 и ИУ бр. 214/2002 од 4. новембра 2003. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 119/2003 од 4. децембра 2003. године.

¹⁴ Према мишљењу суда у Стразбуру, изреченом поводом проблема насталих ношењем марама од стране ученица исламске вероисповести, «Поштовање верских убеђења и слобода и њихово испољавање у школи мора се спровести на тај начин да се поштује верски плурализам и слобода других и да се тиме не угрожава образовна активност, садржина програма и обавеза редовног похађања

У нашу школску праксу верско образовање је уведено Уредбом Владе РС о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи.¹⁵ Уредба, као и Закон, помиње организовање ове наставе само за традиционалне цркве и верске заједнице.¹⁶ Према чл. 2, ове Уредбе, родитељ, односно старатељ може одлучити да ученик основне школе похађа верску наставу или наставу алтернативног предмета. Када је у питању организовање ове наставе у средњој школи избор у погледу верске наставе или наставе из алтернативног предмета врши ученик уз обавезно упознавање родитеља, односно старатеља са одлуком.

Породични закон Србије из 2005. године говори о праву детета на образовање (чл. 63). Дете је централни субјект права на образовање. Оно има право на образовање у складу са својим способностима, жељама и склоностима. С друге стране, у делу Закона који регулише садржину родитељског права се каже да родитељима детета припада дужност да обезбеде основно школовање детету, а о даљем образовању детета дужни су да се старају према својим могућностима (чл. 71. ст. 1). Бивши ЗБПО није помињао верско образовање. Породични закон ово, само узгред, помиње у ставу 2. овога члана. У њему се каже да „родитељи имају право да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским и етичким уверењима“. Религиозно образовање детета у нашем праву се тако може сматрати као део образовања уопште за које су родитељи одговорни. Овим се родитељима признаје ово право, које је сагласно са чл.5 (који говори о правима и обавезама родитеља) и чл. 29 Конвенције о правима детета, а у вези са чл.14 (који говори о праву детета на слободу вероисповести), које све државе потписнице, према томе и наша, морају поштовати.

Вршење родитељског права у погледу верског образовања

Родитељима припада родитељско право, као, пре свега једно природно право, које је на крају правно потврђено. Због овог им по природи ствари припада једно природно право да штите своју децу. Родитељско право се врши пре свега у интересу детета, јер им је потребна заштита услед

наставе». Наведено према: Droit de la famille (Sous la direction de la J.Rubellin-Devichi), Dalloz, 2002, Paris, str.689.

¹⁵ Објављена у: «Службени гласник РС», бр. 46/01.

¹⁶ Према чл.1. традиционалне цркве и верске заједнице су: Српска православна црква, Исламска заједница, Католичка црква, Словачка Евангеличка црква а.в., Јеврејска заједница, Реформатска хришћанска црква и Евангеличка хришћанска црква а.в. (чл. 1. ст. 2). Поред овога, верска настава се организује и изводи за традиционалне цркве и верске заједнице у републици Србији, без обзира на број верника у одређеној средини (чл. 4.).

њиховог неискуства и слабости; али и у интересу родитеља, оца и мајке, јер ово није само за њих дужност, већ и једно право да се старају о својој деци.

Родитељи су овлашћени да одлуче у погледу избора верског образовања, да се старају о његовом одвијању. Они могу да одлуче да дете уопште не образују религиозно. Родитељи имају право да донесу споразумно одлуку која је у складу са њиховим верским и етичким уверењима коме и они сами припадају и на основу слободе убеђења.¹⁷ Ово је не само право родитеља већ и једна слобода гарантована од стране државе, која не намеће родитељима један начин образовања који она сматра за бољи од других. То остаје ствар обичаја, уверења, па и карактера родитеља.

Према Породичном закону родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно када воде заједнички живот (чл. 75. ст. 1). Имајући у виду да држава не намеће ниједну религију произлази да родитељи, на исти начин, споразумно и заједнички, одлучују о верском образовању своје деце.

Право детета да се образује у складу са својим способностима и жељама, према томе и у погледу верског образовања, може се остваривати само у контексту вршења родитељских права, што засигурно може довести до сукоба са правом родитеља да деци обезбеде верско образовање у складу са својим уверењем. Када се у чл. 67. Породичног закона говори о смислу родитељског права каже се да је оно "изведено је из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета". Овим су, истовремено, постављене и границе ове слободе родитеља. Уз све ово треба додати да се мора водити рачуна и о мишљењу детета. С тога је код права детета на верско образовање тешко изнаћи равнотежу између одговорности родитеља, контроле коју друштво врши у погледу заштите најбољих интереса детета и мишљења детета.¹⁸

Родитељско право припада родитељима и они га врше заједнички и споразумно у односу на сву децу, без обзира на њихово порекло. Овим је успостављен принцип за вршење родитељског права у свим „нормалним“ ситуацијама. Овакав начин вршења родитељског права, заједнички и споразумно, могућ је према Породичном закону и после престанка заједнице живота родитеља, брачних или ванбрачних (чл. 75. ст. 2), ако су закључили споразум о томе и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета. Уколико је, пак, донета одлука о самосталном вршењу родитељског права од стране само једног родитеља у ситуацији када не воде заједницу живота, други родитељ, који не врши родитељско право, има право и дужност

¹⁷ Овим је традиционални сукоб још од времена после Другог светског рата, између родитеља и државе у погледу надлежности за образовање деце решено у овом случају у корист родитеља. Видети: J.Carbonnier, *Droit civil*, t.2., *La famille*, l'enfant, le couple, Paris, 2002, str.121-122.

¹⁸ *Droit de la famille* (Sous la direction de la J.Rubellin-Devichi), Dalloz, 2002, Paris, str.687.

да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право (ст. 3. чл. 78). И одмах затим у ст. 4, да не би било дилеме, се додаје да је једно од тих важних питања и оно које се тиче образовања детета. Према томе и у овом случају одлука у погледу верског образовања детета доноси се заједнички и споразумно. Чињеница да дете није поверено једном родитељу не умањује његов правни капацитет да одлучује о овом питању.

Један од родитеља врши ово право само изузетно, ако други родитељ није познат, није жив или је лишен тог права или пословне способности (чл. 77. ПЗ). У овим случајевима одлуку у погледу верског образовања доноси само један родитељ.

Избор који су родитељи учинили у погледу верског образовања свог детета обавезује и трећа лица. Наиме, у ситуацији када родитељи престану да врше родитељско право, због правне или фактичке спречености да то чине, већ се о детету старају трећа лица (старатељ, хранитељ), они морају поштовати раније донету одлуку родитеља у погледу верског образовања. Поред овога, право родитеља у погледу избора верског образовања детета које држава мора поштовати, као што проистиче из поменутих међународних докумената, ограничено је могућностима државе да обезбеди институционално верско образовање деце. Разлог за ово може бити врло мали број заинтересоване деце или једноставно чињенице да родитељски избор не мора бити ни једна од традиционалних религија за коју држава обезбеђује образовање. У овом случају родитељи би могли дете верски образовати приватно или у школама при верским организацијама.¹⁹

Сукоби родитеља у погледу верског образовања детета

Ова слобода родитеља се односи на избор одређене конфесије, али такође и на то да не дају детету никакво религијско образовање. Ова слобода је нераздвојива од родитељског права и врши се сагласношћу оба родитеља. Поред овога, вршење родитељског права мора родитеље водити ка томе да испуне основну мисију која им је призната: заштита најбољих

¹⁹ У овом случају се, према некима, можда ради и о дискриминацији у погледу остваривања права на верско образовање. Овакво решење у суштини значи да држава кроз финансирање делатности верског образовања само припадника традиционалних цркава, дискриминише оне који њима не припадају, а који такође учествују у финансирању јавних потреба. У овом смислу се изјаснио и Комитет за људска права УН (30/07/93) у тумачењу одредби Пакта о забрани дискриминације..., сматрајући да у овом случају постоји повреда чланова 18 – 26. Видети: http://training.itsilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/French/UN_S_B/GC_human-rights/gc22_1993.pdf

интереса детета који је основа родитељског права. Ово треба да буде основни принцип за разматрање теме нашег рада у погледу верског образовања детета, нарочито у ситуацијама када између родитеља настане сукоб у вези вршења овог права. До овог најчешће долази у ситуацији када један родитељ промени верско одређење или приступи одређеној секти, што у овом контексту може бити извор тешкоћа у верском образовању детета. Успоставља ли се, дакле, претпоставка да родитељи више нису у могућности да испуњавају своју заштитну улогу према деци чим више немају иста религиозна уверења или једно од њих припада једној секти?

Уколико између родитеља дође до сукоба у погледу верског образовања детета они се морају обратити суду да реши настали конфликт. Иста је ситуација и ако сукоб настане на релацији родитељ – дете. Суд, као лаичка установа, мора у овом случају поступати са становишта потпуне неутралности, посматрајући ово као фактичко питање. Према чл. 12. Закона о судовима²⁰ о овим стварима суде општински судови, а према Породичном закону (Члан 262), поступак у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права покреће се тужбом. Тужбу за вршење права детета могу поднети дете, родитељи, орган старатељства, а тужбу за заштиту права детета још и јавни тужилац. Пре доношења судске одлуке у овим споровима, није, као и неким другим правима, предвиђена могућност медијације.²¹ Међутим, суд у сваком случају мора настојати да о овом питању родитељи ипак постигну споразум. Али, ако до тога не може доћи поставља се питање на основу којих параметара ће суд решити настали проблем. Суд мора ствар пресећи нарочито у ситуацији када је избор верског образовања детета од стране једног родитеља довео у опасност интерес детета. Ово се, по нама, нарочито дешава у ситуацији када један од родитеља приступио секти. Наравно, овим се никако не доводи у питање право тог родитеља да се на тај начин верски опредељује. Један од могућих параметара, који се помиње у упоредном праву,²² је решавање на основу раније породичне праксе или би суд могао да одбије да се изјасни о наведеном проблему. Према изменама француског Грађанског

19 Закон о судовима, "Сл. гласник РС", бр. 46/91, 60/91 - испр., 18/92 - испр., 71/92, 63/2001 - др. закон, 42/2002 - др. закон, 27/2003 - др. закон и 29/2004 - др. закон)

²¹ Као у праву Француске. Видети: З. Поњавић, Посредовање у брачним споровима, Правни живот, 10/2007, т. II, стр. 475.

²² L'exercice de l'autorité parentale à l'épreuve du phénomène sectaire, : <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>
<http://edoctrale74.univ-lille2.fr>

законика од 2002. године, којима је измењен чл. 373-2-11, предвиђа се да ће суд за породичне односе приликом одлучивања о вршењу родитељског права нарочито водити рачуна о „пракси коју су родитељи раније следили или споразуму који су родитељи о том питању раније постигли“.

Овим питањем се бавио и суд за људска права у Стразбуру још 1993. године. У питању је познати случај *Hoffmann c. Autriche*. У тренутку закључења брака аустријски брачни пар припадао је католичкој вероисповести. По рођењу двоје деце, мајка је приступила Јеховином Сведоцима. После тога брак је разведен. Решавајући питање поверавања деце аустријски суд је одлуку донео у корист оца. При томе је истакао да сама по себи припадност мајке секти није битна за ову одлуку већ чињеница да то може имати тешке последице на децу. Наиме, идеологија секте забрањује трансфузију крви, забрањује прославу уобичајених празника Божића, Нове године, што може довести до социјалне изолације деце у средини која све то упражњава.²³ Коначно, ова одлука је готово са истом мотивацијом потврђена и од стране Врховног суда Аустрије. Међутим, мајка се жалила суду у Стразбуру тврдећи да је лишена старања о деци само због својих религиозних убеђења и своје припадности Јеховиним Сведоцима. Суд у Стразбуру је са пет против четири гласа одлучио да је повређен чл. 8. (право на приватни и породични живот) у комбинацији са чл. 14. Конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Према томе, хтео не хтео и наш суд се тако може наћи у позицији да арбитрира у области верских опредељења грађана. Примера ради, ако су родитељи упражњавали заједнички једну религију, дете крстили у тој религији, онда би касније приступање од стране оца секти Јеховини Сведоци значило да би мајка могла тражити да се дете верски образује у складу са њиховим ранијим верским опредељењима. Овакав закључак се намеће и из одредби Закона о основама система образовања и васпитања где се установљава верска настава али само кроз традиционалне цркве. Очигледно да је и закон, као и Устав, нерасположен у погледу секти. У овом погледу се може поставити питање усаглашености ове норме са одговарајућим међународним документима које је ова држава ратификовала, а који не праве разлику између традиционалних и било којих других верских организација.²⁴ Овде би се могло поставити једно

²³ <http://droit.tj.free.fr/annexes/Hoffmann.htm>

²⁴ И Суд за људска права у Стразбуру у својој пракси нагиње ка једном ширем тумачењу појма верског убеђења и не ограничава се само на „велике религије“. Избор родитеља у погледу верског образовања детета намеће држави строгу неутралност. Jean-François RENUCCI, Introduction générale à la Convention européenne des Droits de l'Homme Droits garantis et mécanisme de protection, Видети: <http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES->

друго интересно питање. Каква би била позиција суда у ситуацији када су родитељи имали верску праксу према идеологији Јеховиних Сведока а један од њих жели то да промени и образује дете у складу са учењем неке од традиционалних цркава.

Поред овога суд би могао да одбије да се изјасни о наведеном врло деликатном проблему. Суд не располаже ниједном одредбом закона који би му указао на могуће решење проблема. С тога би он могао одбити да се изјасни о наведеном проблему да ли дете треба образовати у једној или другој вери, јер није способан да се изјасни о овом питању које зависи од уверења једног и другог родитеља. Овакав став се чини прихватљивијим у ситуацији када се ради о детету које није у стању да се изјасни о овом питању. Ако је у питању дете које се способно да формира своје мишљење, односно ако има више од 10 година живота, онда то ипак може олакшати задатак суда. Наравно, ствар се чини сасвим извесном ако је дете стекло верско пунолетство.

Верско пунолетство

Право родитеља да обезбеде верско образовање за дете у складу са својим верским убеђењима на први поглед искључује могућност да и дете буде укључено у доношење одговарајуће одлуке о овоме. Међутим, није тако. Детету се признаје право на мишљење, односно партиципацију, онда када се одлучује о његовим правима (као у овом случају) и о свим питањима која се њега тичу (чл. 65. ПЗ). Поред овога, Породични закон РС признаје детету које је навршило 15 година право да одлучи коју ће средњу школу уписати.²⁵ Према томе, ово је истовремено година са којом се детету код нас признаје верско пунолетство. Ово се потврђује и у чл. 2. ст. 1. и 2, Уредбе којом се ово питање регулише.²⁶ Односно, са 15 година дете може самостално одлучити да ли хоће да се верски образује или не, којој конфесији ће да припадне. При том Закон поставља поред објективног услова (15 година) и један субјективни: да дете буде способно за расуђивање. Ова способност се, према томе, мора увек доказати у

[01\(2005\).pdf](#) . Истовремено, и Комитет за људска права УН, у свом извештају бр. 22, од 30.07.1193, сматра такође да појам „религија“ из чл.18. Пакта треба тумачити широко. Према овом тумачењу чл.18. се не ограничава у својој примени само на традиционалне религије. Видети напомену под бр.7.

²⁵ Чл. 63. ст. 2: „Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити коју ће средњу школу похађати“.

²⁶ Уредба о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи: „ученик средње школе може одлучити да похађа верску наставу или наставу алтернативног предмета, уз обавезно упознавање родитеља, односно старатеља са одлуком“.

поступку и пред органом који одлучује о праву детета на верско образовање, што у суштини значи решавање од случаја до случаја.

У Француској је још 1974. године био припремљен пројект закона по коме је малолетник са 16 година могао слободно изабрати религију. Међутим, овај предлог никада није ушао у законску процедуру. Противници угледања на друге државе у погледу стицања верског пунолетства пре 18. године сматрају да у једном лаичком праву није опортуно да религијска припадност детета буде један од елемената његовог статуса, као што је то, примера ради, држављанство. У суштини, сматрају они, ради се само о једном аспекту општег проблема који се тиче слободе уверења малолетника.²⁷ И као што се примећује у француској правној теорији, лаицитет права не спречава судску праксу да води рачуна о религији као једној чињеници.²⁸ У Аустрији се ово пунолетство стиче са 14 година. Иста је ситуација у Немачкој. У Данској, Норвешкој и Шведској оно се стиче са 15 година. Према Швајцарском Грађанском закону²⁹, верско пунолетство се стиче са 16 година, као и на Кипру (чл. 18. Устава). До те године деца морају респектовати избор својих родитеља. Међутим, уколико је дете веома зрело а нема још 16. година, према швајцарском закону, родитељи и тада морају поштовати уверење свог детета и не би могли да му наметну промену религије. Према томе, „верско пунолетство“, односно слобода и независност од родитељске власти, није обавезно фиксирано на 16 година већ варира од једног до другог детета, зависно од његове зрелости и способности да направи избор у овој области.

Закључак:

Право на верско образовање деце је актуелизовано последњих година и код нас. Оно је признато на међународном плану кроз бројна документа, али и на унутрашњем плану, у Уставу и појединим законима.

Ово право детета се остварује у контексту вршења родитељског права, што може бити извор сукоба. Наиме, и родитељи имају право да децу образују у складу са својим верским убеђењима. Сукоб може настати и између родитеља у ситуацији када њихова верска убеђења нису иста. У решавању ових проблема суд би могао поћи од ранијег договора родитеља (ако постоји) о овом питању. У сваком случају, према нашем праву, дете са 15 година стиче верско пунолетство и могло би, под условом да је способно за расуђивање, самостално одлучивати о овом питању.

²⁷ Droit civil, (direction de Jacqueline Rubellin-Devichi), Dalloz, Paris, 2001, стр. 689.

²⁸ J.Carbonnier, op.cit., стр.122.

²⁹ Чл.301. Швајцарског грађанског закона.

*Prof. Dr. Zoran Ponjavic,
a full-time professor*

THE RIGHT OF CHILDREN TO RELIGIOUS EDUCATION

This work describes one of the aspects of children's right to education, related to their religious education. This is the right of children, but at same time the right of their parents, recognized in both national and international law, to educate their children according to their religious beliefs. This work further explores the possibility of the conflict on the relation child-parents, but also between two parents related to the exercising of this right. It also points out to possible solutions of such disputes found in comparative law. The final part of the work speaks about religious legal age, which is, according to our national law, 15, provided a child has required mental capacity.

ИСЕЉАВАЊЕ НАСИЛНИКА ИЗ ПОРОДИЧНОГ ДОМА КАО ВИД ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Велики део породичних односа се традиционално одвија у приватној сфери појединаца. Простор за деловање државе је овде омеђен недостатком воље или могућности за задирање у нечије приватне односе.¹ Разуме се да улога државе када су у питању породични односи не може бити до краја пасивна. Породични односи данас подлежу правном уређењу превасходно ради признавања и очувања индивидуалних права чланова породице, али и заштите њених чланова. Управо овај последњи разлог је основни покретач државног задирања у интиму једне породице. Стога би се начин државне интервенције у породичне односе у највећем делу могао окарактерисати као модел замене и подршке (*substituting for and supporting families*).² Према овом моделу улога државе „се ограничава на пружање подршке и давање замене за породицу у случају њене пропасти“.³ Када се односи у породици одвијају релативно складно, држава је неми посматрач. Одредбе које се тичу вођења породице више подсећају на моралне препоруке, него на правне норме. Истинско упливање државе у породичне односе дешава се у случајевима кризе или породичног конфликта. Поставља се питање колико далеко тада држава може ићи.

¹ Додуше, постоји схватање које заступа проф. John Eekelaar, да нема потребе подводити друштвене односе под јавну или приватну сферу. Држава има интересе на свим животним пољима, а само је питање на који начин ће их најбоље остварити. Када се ради о односу државе према породици, према проф. Eekelaaru, државни интерес се најчешће најбоље штити немешањем државе у породичне односе. Наведено према: J. Herring, *Family Law*, third edition, Pearson Education Limited, 2007, стр. 18.

² Назив потиче од Foxa Hardinga, који предлаже седам модела на којима почива мешање државе у породичне односе (ауторитативни модел, модел примене одговорности у нарочитим областима, модел подстрекавања, модел поступања у оквиру претпоставки забране, модел замене и подршке, модел одговарања потребама и захтевима и *laissez-faire* модел). Наведено према: J. Herring, *op. cit.*, стр. 20.

³ *Ibidem*.

Заштита слабијих чланова породице, а посебно деце, основни је принцип на коме почива залажење државе у породичну интиму. Стављање државе на страну једних чланова породице, извесно значи удар на одређена индивидуална права других. Растрзан између различитих правнополитичких циљева, законодавац мора одредити приоритете. У старом поморском праву, када се брод нађе у олуји, бацале су се мање вредне ствари да се сачува значајнији товар. Ово древно правило следи једноставну философију. Колико год да вреди поједина ствар, постоји увек друга која вреди више. Највише, међутим, вреди добра која немају цену. Када се породични брод нађе у олуји, предност морају имати лична добра, а пре свих живот, физички и психички интегритет чланова породице. Поменути објекти личних права могу бити угрожени, па чак и доведени у питање насиљем једног члана породице према другоме. „Правди је насиље најгори противник“, каже Валтазар Богишић.⁴ Следећи овај правац породично законодавство се није устручавало да ограничи и нека од основних права и слобода, признатих међународним и највишим националним правним актима. Једно од таквих права, које је уткано у саме основе сваког правног поретка је и право својине.⁵ Починицу насиља у породици се кроз породично право може под одређеним условима ограничити право својине. Правно средство које се користи у ту сврху јесте мера исељавања насилника из сопственог породичног дома. При томе се тежиште ставља на потребе жртве породичног насиља, док су својинска овлашћења починиоца у погледу породичног дома у другом плану. Такво законодавство је најпре заживело у Енглеској, да би потом мере исељавања насилника из породичног дома нашле своје место и у земљама германског правног круга. Од 2005. године и доношења Породичног закона,⁶ насиље у породици је признато као правни феномен и у породичном законодавству Србије. Срж правила Породичног закона Србије о насиљу у породици чине управо мере заштите од ове опасне и за породицу разарајуће појаве. Једна од најупечатљивијих мера из арсенала породичноправне заштите од насиља у породици јесте налог за исељавање из породичног дома⁷, без обзира на право својине, односно закупа непокретности. Око увођења ове мере углавном су се највише ломила копља када је у питању нормирање породичноправне заштите од насиља у породици. У том погледу готово да нема изузетака у

⁴ Члан 1011. Општег Имовинског Законика за Књажевину Црну Гору из 1888. године.

⁵ Видети: члан 1. Протокола 1 уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода од 20. марта 1952. године и члан 58. став 1. Устава Србије.

⁶ Породични закон Републике Србије, „Службени Гласник РС“, број 18/2005.

⁷ Наш законодавац уместо термина „породични дом“, користи израз „породични стан или кућа“. „Породични дом“ је међутим, генусни израз за ова два термина. Вероватно је свесно избегнут у нашем породичном законодавству, из разлога о којима ће бити речи у наредном поглављу.

правима које познају овакав вид заштите од породичног насиља. То је разлог што је мера исељавања насилника из породичног дома схваћена безмало као револуционарно оруђе у борби против насиља у породици. Нажалост, ни ова мера не представља чаробни штапић, јер примена закона захтева много шири фронт борбе против насиља у породици, који превазилази пуке оквире правних норми.

Да би се разумела мера исељавања из породичног дома као вид породичноправне заштите од насиља у породици, потребно је претходно дати одговор на питање шта је уопште породични дом. У одговору на ово питање лежи један део оправдања за овако радикалан захват државе у интиму породичних односа.

I Појам и значај породичног дома

A) Уопште о породичном дому

У Енглеској је позната изрека: „Дом Енглеза је његов замак“.⁸ Пословица је настала као последица романтичне представе о породичном дому као уточишту и оази неприкосновене приватности. Када би породица представљала правно лице, породични дом би се могао схватити као њено седиште. То је простор који чини само средиште или срце односа који се одвијају унутар једне породице. Реч је о месту које чини некакав замишљени пресек животних путања лица која припадају одређеној породици.

Као што се види, породични дом чини бедем приватности породице наспрам мешања државе и трећих лица уопште. Као такав, заштићен је у члану 8. став 1. Европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. године.⁹ У поменутој одредби се каже: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“. На тај начин, овим својеврсним „уставом Европе“, дата је правна димензија простору који се назива породичним домом. На основу праксе Европског суда за људска права, могао би се приближно одредити појам породичног дома. У том смислу, **породични дом је постојећа непокретност у којој континуирано станује одређено лице са трајнијом намером да ту остане, без обзира да ли има својинска или било каква друга права на непокретности и која представља простор у који држава нема приступа, осим у случајевима предвиђеним законом.**¹⁰

⁸ Видети: G. Douglas, *An Introduction to Family Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2004, стр. 97.

⁹ Наша земља је ратификовала ову Конвенцију 2003. године. Видети: „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори, бр. 9/2003.

¹⁰ Видети одлуке Европског суда за људска права у случајевима: *Loizidou v. Turkey* од 18. децембра 1996; *Mentes v. Turkey* од 28. новембра 1997; *Buckley v.*

Као што се често истиче, породични дом има две димензије. Прва је лична, нематеријална, а друга се везује за посебан имовински режим који већина европских држава прописује у погледу породичног дома. Они који су склони идеализовању породичног дома, у први план истичу његову нематеријалну димензију. Тако се у једној одлуци из енглеске судске праксе каже: „Дом једног лица је... место где он и његова породица имају право да буду остављени на миру, слободни од мешања државе или њених заступника. То је важан аспект његовог достојанства као људског бића и штити се као такав, а не као предмет имовине.“¹¹ Ова димензија породичног дома би требала представљати брану од мешања државе и трећих лица у породичне односе. Међутим, породичном дому је временом придодата још једна, имовинска компонента која има другачије дејство према приватности породичног дома.

Правила о посебном имовинском режиму у погледу породичног дома се превасходно везују за нарочит имовинскоправни положај супружника. Наиме, према већини европских породичних законодавстава, супружници имају специфична имовинска права и обавезе поводом породичног дома. Ова правила дерогирају одговарајући законски имовински режим и не могу бити предмет уговарања. Поменуте норме се односе на управљање и располагање породичним домом, као и на деобу имовинске целине која представља породични дом по престанку брака.¹² У овом последњем случају, нека права иду толико далеко да суд може извршити деобу имовине обухваћене породичним домом независно од својинских овлашћења супружника.¹³ Деоба имовинске целине породичног дома се може извршити тако да се чак одређени део додели детету или трећем лицу ако је то у добробити детета.¹⁴

United Kingdom од 25. септембра 1996. Одлуке наведене према: Ж. Дитетр, *Изводи из најзначајнијих одлука европског суда за људска права*, (преводац Н. Крзнарић), Београд, 1996, стр. 264-66.

¹¹ Изјава лорда Milleta из *Narrow LBC v Quazi*. Наведено према: G. Douglas, *op. cit.*, стр. 97.

¹² О постојећим законским решењима у том погледу видети: М. Драшкић, *Породично право и права деце*, Београд, 2007, стр. 352-353.

¹³ Таква могућност се предвиђа у енглеском праву где суд по разводу или поништењу брака може доносити „наредбе о прилагођавању имовине“ (property adjustment orders) на основу којих један супружник може добити део имовине другог супружника. При доношењу овакве одлуке судови узимају у обзир интересе деце, као и друге околности случаја, као што су садашњи и могући приходи и финансијске потребе странака, њихов допринос добробити породице. Видети: W. Pintors, „*Europeanisation of Family law*“, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, K. Boele-Woelki (ed.), Intersentia, 2003, стр. 11.

¹⁴ Ова могућност је такође предвиђена енглеским правом. Видети: *Matrimonial Clauses Act*, 24 (1a) из 1973.

Као што се види, породични дом је нарочита имовинскоправна целина у многим европским законодавствима. Тиме је отворен пут државној интервенцији у самом средишту приватног живота, месту које на неки начин симболише породицу.

А каква је ситуација са породичним правом Србије? Имају ли правила о породичном дому примену и у нашем праву?

Б) „Породични дом“ и породично законодавство Србије

Породични закон Србије не признаје неку посебност породичном дому. Додуше, лични аспект породичног дома, у смислу његове неповредивости, има своје место у нашем правном поретку преко члана 8. става 1. Европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Наше породично право, међутим, не познаје посебан имовинскоправни режим у погледу породичног дома. Примера ради, имовина супружника се може подврћи законском или уговорном режиму (или и једном и другом) у смислу управљања, располагања или деобе. Имовинска права и обавезе на породичном дому немају посебан третман у односу на преосталу имовину супружника.

На први поглед, могло би се помислити да се на једном другом месту у Породичном закону признаје извесна имовинскоправна димензија породичног дома. У питању су одредбе којима се регулише лична службеност права становања у корист детета и родитеља који врши родитељско право. Ова службеност се може засновати на усељивом стану у власништву другог родитеља детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану.¹⁵ Међутим, то не мора бити стан у коме су они живели као породица. Чак штавише, за заснивање ове службености није потребно да су поменута лица икада живела заједно, односно имала заједницу живота.¹⁶ Појам „усељиви стан“ се дакле, не може поистоветити са породичним домом. Правила о службености права становања из нашег породичног права ипак имају нешто заједничко са правилима о посебном имовинском режиму у погледу породичног дома (тамо где оваква правила постоје). И једне и друге одредбе почивају на истом принципу, њима се штите слабији чланови породице.

Са становишта нашег породичног права, породични дом није правна установа, али се овај појам није могао сасвим избећи. У делу Закона који предвиђа мере за заштиту од насиља у породици, о породичном дому се говори у два наврата. Тачније, две мере за заштиту од породичног насиља односе се управо на породични дом. У питању су издавање налога за

¹⁵ Видети: члан 194. став 1. Породичног закона Србије.

¹⁶ Видети: М. Драшкић, *op. cit.*, стр. 376-377.

исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине или закупа, односно издавање налога за усељење у породични стан или кућу, такође без обзира на право својине или закупа непокретности.¹⁷ Примећује се да уместо термина „породични дом“, Закон користи израз „породични стан или кућа“. Чини се да је ово свесно урађено. Наиме, мере за заштиту од насиља у породици преузете су из законодавстава држава које имају дужу традицију када је реч о борби против овог зла. У свим тим правним системима, мера исељавања из породичног дома игра изузетно значајну улогу. Тако се није могла заобићи ни у нашем породичном праву. Међутим, поменута законодавства готово без изузетка имају одредбе о породичном дому као посебној имовинскоправној целини. Таквим одредбама су одшкринута врата радикалним захватима државе у породичну интиму. Тиме је на изванредан начин прокрчен пут предвиђању мере заштите од породичног насиља која се састоји у исељавању насилника из породичног дома без обзира на право својине. Наше право је прескочило тај претходни корак, али није могло побећи од појма породичног дома. „Породични стан или кућа“ је израз којим се компромисно замењује термин „породични дом“, с обзиром да му се одриче карактер правне установе.

В) Оправдање државне интервенције унутар породичног дома

Идеал породичне приватности проистекао је из философије која је представљала основу либералног концепта државе.¹⁸ Државне интервенције у домену приватноправних односа практично није било. Постојала је оштра граница између јавне и приватне сфере у коју држава није залазила. Унутрашње силе обликовале су односе који се државе нису тицали. Породични дом се налазио у самом средишту таквих односа. Представљан је као уточиште или склониште од „захтева које поставља свет јавних послова“.¹⁹ У стварности, ова идилична слика ишла је у прилог само доминантном члану, „глави породице“. Био је то муж мајке и отац деце. Оно што је за њега било „склониште“, за слабије чланове породице је могло бити нешто сасвим друго. „Муж је бранич жене и ђетета“, говорио је велики песник Његош. Нажалост, нису се сви мужеви и очеви овога придржавали. Утапање личности жене и деце у мужевљево или очинску власт и равнодушност државе навела је поједине писце да

¹⁷ Видети: члан 198. став 2. тач. 1. и 2. Породичног закона Србије.

¹⁸ Видети: Diduck A. And F. Kaganas, *Family Law, Gender and the State: Text, Cases, Materials*, Second Edition, Hart Publishing, 2006, стр. 379.

¹⁹ G. Douglas, *op. cit.*, стр. 97.

породицу упореде са приватним поседом.²⁰ Ово је породични дом могло учинити опасним местом, својеврсним полигоном за насиље које је долазило од оног који је требао да штити уместо повређује. Требало је времена да се промене друштвене околности тако да држава реагује, вођена жељом да заштити слабије чланове породице.²¹ Да би држава имала основ да реагује, претходно су се морала темељно изменити дотадашња законодавства која су била на штету жена и деце.

Насиље у породици данас свакако није једини покретач државне интервенције унутар породичног дома, али је вероватно разлог најенергичнијег државног мешања у породичне односе. Суштина је да су данас у првом плану индивидуална права чланова породице. Као што је напред речено, иза сваке државне интервенције унутар породичног дома, по правилу стоји заштита таквих права.

Државно задирање у простор приватног дома може имати различите правне аспекте: кривичноправни, прекршајноправни, породичноправни. Када је у питању овај последњи вид, вероватно најрадикалнији државни захват представља исељавање починиоца насиља у породици из породичног дома.

II Исељавање насилника из породичног дома као породичноправна мера за заштиту од насиља у породици

A) Основне карактеристике породичноправних мера за заштиту од насиља у породици

Да би се што потпуније разумела мера исељавања починиоца насиља у породици из породичног дома, неопходно је укратко рећи шта су уопште породичноправне мере заштите од насиља у породици. Какав је њихов смисао?

Кад се спомене правни одговор државе на насиље у породици обично се најпре помисли на репресију који нуди кривично право. Међутим, ова пошаст је исувише сложена и укорењена да би се против ње борило само једним оруђем. Мач кривичног права се обично спушта прекасно, када се највеће зло већ догодило. Кривично право има пионирску улогу у борби против насиља у породици, али се увидело да генерална и индивидуална

²⁰ Такво схватање износе Dobash and Dobash. Наведено према: Ibidem.

²¹ Када је у питању подизање свести о насиљу у породици, од посебног значаја су били радови појединих прегалаца попут Erin Pizzey, ауторке чувеног дела „Вриши тихо или ће суседи чути“ (*Scream Quietly or the Neighbours Will Hear*) из 1974. године и оснивача прве „женске сигурне куће“ у Европи.

превенција кривичне осуде не може у потпуности одговорити на изазове када се злочини чине из страсти или као последица разорених најинтимнијих односа. Тако су се на фронту борбе против породичног насиља нашле и мере породичног (грађанског) законодавства.²²

Породично насиље није обично насилничко понашање. Особе које су на удару оваквог вида насиља обично трпе зло у дужем временском периоду. Такође, насиље у породици, „по правилу, има узлазну линију у погледу облика испољавања и последица које изазива“.²³ Из тог разлога је потребно деловати у зачетку породичног насиља да би се спречило да поприми теже облике. Мере породичноправне заштите имају управо ту сврху. Такође, мерама за заштиту од насиља у породици настоје се отклонити услови који погодују насиљу у породици,²⁴ као и „осигурати безбедност жртвама“.²⁵ То се начешће чини тако што се привремено онемогућава или ограничава контакт насилника са жртвом.

У циљу лакшег разумевања породичноправних мера за заштиту од насиља у породици, могуће је извршити њихову поделу по неколико основа. Са становишта да ли се мером породичноправне заштите починиоцу налаже чињење или нечињење (уздржавање), поменуте мере могу бити позитивне или негативне. У нашем породичном праву предвиђена је само једна позитивна мера заштите од насиља у породици. У питању је, већ спомињани, налог за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине или закупа непокретности.²⁶ Даље, мере

²² Разуме се, не треба стећи поједностављену слику да су кривичноправне и породичноправне мере једина средства борбе против насиља у породици. Државе које су раније препознале потребу да се ухвати у коштац са породичним насиљем имају читаве стратегије за сузбијање ове појаве. Акција се у том смислу одвија и на пољима изван права. Нажалост, наша држава још увек нема целовиту стратегију за сламање породичног насиља.

²³ Н. Петрушић, „Породичноправна заштитица од насиља у породици у праву Републике Србије“, Ново породично законодавство, Зборник са саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006, Крагујевац, 2006, стр. 30.

²⁴ Видети: Ibidem.

²⁵ Lowe N. and G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Tenth edition, Oxford University Press, стр. 260.

²⁶ У „Моделу правне заштите од насиља у породици Виктимолошког друштва Србије“, биле су предвиђене још две позитивне мере породичноправне заштите. Предлог је био да се новим Породичним законом предвиди и мера обавезног лечења од алкохолизма и других болести зависности, као и мера обавезног психолошког саветовања или третмана. Нажалост, за ове мере у Закону није било места. Наведено према: Н. Петрушић, *op. cit.*, стр. 30. У нашем окружењу, поменуте мере познаје законодавство о насиљу у породици Републике Српске, као и Закон о заштити од насиља у обитељи Хрватске из 2003. године, где су додуше прекршајноправног карактера. Скица за Закон о заштити од насиља у породици Ц.

породичноправне заштите се могу поделити на оне које подразумевају претходно постојање заједнице живота између насилника и жртве и оне код којих то не мора бити случај. У прву групу се могу сврстати мере које се односе на породични дом. По сличном критеријуму Енглеско право прави поделу на наредбе становања (occupation orders) и наредбе забране злостављања (non-molestation orders).²⁷ Коначно, могу се разликовати блаже и оштрије мере породичноправне заштите, у зависности од последица које изазивају и степена задирања у приватну сферу починиоца. У нашем праву, најблажа мера заштите је забрана даљег узнемиравања члана породице.²⁸ Ова мера се „редовно комбинује са другим заштитним мерама, као пратећа мера“.²⁹ У мери забране даљег узнемиравања члана породице оличена је најмања осетљивост државе на појаву породичног насиља. Ова мера је, међутим, и најсвеобухватнија од свих мера породичноправне заштите од насиља у породици. Са друге стране, исељавање насилника из породичног дома представља вероватно најоштрију меру заштите. Карактеристике ове мере чине је по много чему особеном у односу на остале мере породичноправне заштите од насиља у породици.

Б) Одлике мере исељавања насилника из породичног дома

а) Исељавање насилника из породичног дома наспрам других мера породичноправне заштите од насиља у породици

Мера исељавања починиоца насиља у породици из породичног дома представља меру која најнепосредније погађа насилника и његова права и интересе. Друге мере углавном делују на починиоца тако што му ограничавају слободу кретања или забрањују приступ у одређени простор. Упркос томе, ма колико се поменуте мере чиниле спутавајуће по насилника, оне га не „померају“ из центра његовог приватног живота. То средиште, или боље речено полазиште његових животних активности је породични дом. Може се рећи да не постоји мера породичноправне заштите која снажније делује на насилника шаљући му јасну поруку. Ко излаже ризику другог члана породице и сам рескира. На тај начин ова мера, поред превентивне сврхе, има и репресивни призвук.

Горе такође предвиђа ове мере. Видети: Р. Кораћ, „Модел Закона за заштиту од насиља у породици“, Зборник Правног факултета у Подгорици, бр. 36/ 2008, стр. 47.

²⁷ Видети: Family Law Act Part IV из 1996. године.

²⁸ Видети: члан 198. став 2. тач. 5. Породичног закона Србије.

²⁹ Н. Петрушић, *op. cit.*, стр. 33.

Мера исељавања починиоца насиља у породици из породичног дома подразумева претходно постојање породице, у правом смислу те речи. Тешко је замислити да би се ова мера могла изрећи као последица насиља у квази-породичним односима.³⁰ Као што јој и назив говори, везује се за породични дом. Породични дом је, опет, простор који симболише заједницу живота. Из тог разлога, мера исељавања насилника из породичног дома се доноси ако је између насилника и жртве постојала заједница живота.

Мера исељавања из породичног дома није једина која, по природи, подразумева да је претходно постојала заједница живота између насилника и жртве. Наше законодавство, као што је речено, познаје и меру усељавања у породични дом, без обзира на право својине, односно закупа непокретности. Природа ове мере је, међутим, другачија. Обавеза која се намеће насилнику је негативна, пасивна и састоји се у уздржавању. Починилац насиља мора да дозволи да се члан породице према којем је насиље извршено врати у породични дом. Тиме се „позиција моћи“ са које насилник наступа, много мање окрњује, него када му се налаже да напусти породични дом. Поређење ове две мере које наше законодавство о насиљу у породици везује за претходну заједницу живота насилника и жртве могло би довести до следећег закључка. Мера исељавања из породичног дома има бескомпромисан карактер. На насиље у породици се гледа више из перспективе жртве. Насупрот томе, мера усељавања у породични дом, чини се, представља покушај компромиса између права и интереса насилника и потреба жртве. Репресивни карактер државне интервенције овде је неупоредиво слабији. Штавише, стиче се утисак као да држава „умољава“ починиоца насиља да жртви, ипак, дозволи повратак. У таквој ситуацији, онај против кога је насиље уперено, може бити изложен додатној опасности. Такође, код ове мере је суженији маневарски простор за удруживање са другим мерама заштите, него што је случај са мером исељавања из породичног дома. Другим речима, како донети мере које се односе на забрану приступа или контакта ако се жртва поново враћа насилнику „на ноге“?

Породичноправне мере заштите од насиља у породици неминовно задиру у права починиоца насиља. Ове мерама могу се ограничити чак и поједина уставна права и слободе. Исељавање из породичног дома понекад значи и ограничавање уставног права на мирно уживање својине,³¹ о чему ће касније бити више говора. Постоје, међутим, мере чије изрицање увек значи

³⁰ Квази-породични односи су они односи које законодавац третира „породичним“ само у ограниченом домену, као што је случај са насиљем у породици. Субјекти ових псеудо-породичних односа нису везани сродством или заједницом живота. Видети: З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2007, стр. 387. Тако се „члановима“ породице сматрају и лица између којих иначе не би могао постојати породични однос, попут лица у емотивној или сексуалној вези.

³¹ Видети: члан 58. став 1. Устава Републике Србије

ограничење уставних права и слобода. Мерама које се односе на забрану приступа, ограничава се право на слободу кретања, гарантовано Уставом.³² Без обзира на то, мера исељавања из породичног дома је јача од поменутих мера. Своју снагу поменута мера црпи из чињеница да је најнепосредније везана за породични дом, да једина намеће насилнику обавезу чињења, да подразумева истинске „чланове породице“ као активно легитимисана лица и да, по правилу, захтева озбиљније видове насиља. У даљем излагању, најпре ће бити речи о ситуацији када се мером исељавања из породичног дома ограничава право својине, а затим и о условима и критеријумима за доношење поменуте мере.

б) Исељавање из породичног дома као ограничење права својине

„Казати о каквој ствари „моја је“, то је највише што казати можеш“³³, сликовито описује Валтазар Богишић право својине као најсвеобухватније право на ствари. Упркос томе, право својине има своје границе. Оне се не претпостављају, већ морају почивати на позитивним прописима, уставним начелима и моралу.³⁴ Ограничења права својине најчешће имају своје оправдање у заштити општих друштвених интереса или очувању добросуседских односа.³⁵ Постоје, по правилу, три „концентрична круга“³⁶ ограничавања права својине. Својина се може ограничити због нарочитих својстава ствари која је објекат права својине, због посебно корисних делатности (законске службености у општем интересу) и у корист суседне непокретности (суседска права).³⁷ Поставља се питање, може ли се ограничење права својине које је последица издавања мере за исељење из породичног дома, подвести под неки од поменутих видова ограничења својине.

У државама које признају правну особеност породичног дома и третирају ову непокретност као посебну имовинскоправну целину, било је лакше наложити насилном члану породици да се исели из сопственог дома.³⁸

³² Видети: члан 39. став 1. Устава Републике Србије.

³³ Видети члан 1015. Општег Имовинског Законика за Књажевину Ц. Гору.

³⁴ Видети: Станковић, О. и М. Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, стр. 58.

³⁵ Очување добросуседских односа посредно представља такође заштиту општих друштвених интереса.

³⁶ Станковић О. и М. Орлић, *op. cit.*, стр. 63.

³⁷ Видети: Станковић О. и Орлић М, *op. cit.*, стр. 61-63.

³⁸ Ако се у енглеском праву, на пример, деоба имовине обухваћене породичним домом може спровести независно од својинских овлашћења супружника, утолико пре се оставља простор да се насилник привремено исели из сопственог породичног дома.

Породични дом би се могао у таквим правним порецима посматрати као непокретност са нарочитим својствима. Тиме је пут државној интервенцији у форми мере за исељавање из породичног дома био отворенији. Наше породично право, као што је речено, не признаје породични дом као имовинскоправну целину. На тај начин је непокретност која представља породични дом затворенија за уплив државе и њених органа. Упркос томе, Породични закон Србије предвиђа да се починилац насиља у породици може иселити из породичног дома, све и да је власник непокретности. Ова мера заправо и добија свој пуни смисао када се изриче члану породице који има својину на непокретности. Лична добра угрожених чланова породице добила су тако предност над правом које представља темељ имовинскоправних односа.

Упориште за прописивање поменуте мере може се наћи, пре свега, у одговарајућим међународним актима. Тако, у члану 1. Протокола уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода стоји:

„Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

Претходне одредбе, међутим, **ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима** или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина и казни.“

Коришћење имовине у општем интересу, представља и исељење насилника из породичног дома без обзира на право својине на непокретности. Тај „општи интерес“ лежи у, већ толико спомињаној заштити слабијих чланова породице.

Следећи норме међународног права, Устав Србије је такође предвидео општи принцип ограничења права својине.³⁹

Мером исељавања из породичног дома, право својине се ограничава на одређено време. Према породичном законодавству Србије, тај временски период може износити највише годину дана.⁴⁰ Теоретски, међутим, мера исељења може трајати неограничено, односно све док не престану разлози због којих је одређена.⁴¹ Оваква могућност може у доброј мери обесмислити право својине члана породице који је починио насиље. Наиме, када се насилнику изрекне поменута мера, њему остаје само „гола својина“ (*nuda proprietas*). На члана породице у чију је корист мера изречена, привремено прелазе овлашћења држања и коришћења непокретности. Лица зарад којих је

³⁹ Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне (члан 58. став 2. Устава Србије)

⁴⁰ Видети: члан 198. став 3. Породичног закона Србије.

⁴¹ Видети: члан 199. Породичног закона Србије.

мера донета и која остају у породичном дому, немају овлашћење само на фактичко и правно располагање непокретности. Са друге стране, исељени члан породице задржава овлашћење фактичког и правног располагања, али нема могућности да их примењује. Овлашћење фактичког располагања подразумева његово присуство, односно ангажовање у породичном дому, што не долази у обзир. Искључен је било какав утицај титулара права својине на породични дом у периоду док траје мера исељења. Меру исељења најчешће прате и мере забране приступа, јер само тако може бити делотворна. На тај начин се другом мером заштите од породичног насиља још више појачава немогућност да титулар права својине врши овлашћење фактичког располагања. Што се тиче овлашћења правног располагања, титулар права својине га теоретски може вршити. Сваки правни посао који би се тичао промета непокретности (породичног дома) морао би бити закључен под одложним условом. Остварење услова би се везивало за престанак мере исељења, која се може продужавати практично неограничено. Из тог разлога је тешко замислити да би неко желео прибавити право својине од исељеног власника породичног дома.

Претходно речено намеће закључак да је ограничење права својине које проистиче из мере исељења вероватно најснажније имајући у виду ограничења својине у другим случајевима. По правилу, када год се својина ограничава у јавном интересу, титулару остаје одређени спектар овлашћења или добија одређену накнаду. У случајевима када се против насилног члана породице доноси мера исељења, од његовог права својине не остаје практично ништа. Провизорност ове мере има за циљ да ублажи удар на право својине. Циљ је да се жртви насиља омогући предах и пружи маневарски простор да одлучније реагује. Тако, на пример, у Аустрији, породичноправна мера исељења може трајати најдуже три месеца, с тим што се може још једном продужавати, у Немачкој се максимално досуђује на шест месеци, док се у Енглеској доноси до наступања одређеног догађаја или друге наредбе⁴²

Дејство мере исељења на право својине намеће и одређене услове и критеријуме који се требају испоштовати када се оваква мера доноси.

в) Услови и критеријуми за доношење мере исељења из породичног дома

Свака породичноправна мера за заштиту од насиља у породици односи се на одређен круг лица. Наше породично законодавство поменуто лица назива „члановим породице“. Реч је кругу лица која су обухваћена мерама

⁴² Видети: К. Lünemann, „The legal arrangement of eviction“, Violence in the domestic sphere (I. Westendorp and R. Wolleswinkel, editors), Intersentia, 2005, стр. 149; као и одсек 33 (10) Family Law Act Part IV из 1996. године.

породичноправне заштите од насиља у породици. Круг поменутих субјеката је знатно шири од оквира породице. Реч је о лицима између којих владају сродничке, партнерске и друге блиске и интимне везе.⁴³

Када је у питању мера исељавања из породичне куће или стана, она по природи не може обухватити све „чланове породице“. Право да захтевају издавање налога за исељење из породичног дома имају само она лица која су делила исти породични дом. Тешко би се могло оправдати досуђивање ове мере лицима која никада нису живела у истом породичном домаћинству. У ситуацијама када се насиље одиграва, на пример, између лица која су у емотивној или сексуалној вези, поменута мера би могла одвести у тешке злоупотребе. Мера исељавања, стога има свој смисао само тамо где постоји породични дом.

У земљама које имају знатно дужу правну традицију борбе против породичног насиља, право да захтевају меру исељења је најпре признато супружницима, а затим и ванбрачним партнерима.⁴⁴ То не треба да чуди јер породични дом подразумева заједнички живот, а ту карактеристику имају управо брак и ванбрачна заједница. Данас, право да траже меру исељења имају сва она лица која живе унутар истог породичног домаћинства, без обзира на природу породичноправног односа који их везује. Поменути круг лица најчешће обухвата само партнере (брачне или ванбрачне), односно родитеље и децу, али може обухватати и друге сроднике или блиска лица.

Поставља се питање могу ли хомосексуални партнери тражити меру исељења из породичног дома. Наиме, у нашој правној теорији постоји спор око тога могу ли се хомосексуални партнери обухватити мерама за заштиту од насиља у породици. Овакво питање је за сада беспредметно када је реч о мери исељења из породичног дома. Хомосексуални партнери не могу имати право да траже доношење мере исељења из породичне куће или стана. Разлог је једноставан и не може бити дилеме као код осталих мера. Подношење захтева за издавање налога за исељење условљено је претходним постојањем правно признате заједнице живота. Заједнички живот двају лица истог пола у нашем праву нема никакву правну форму.⁴⁵

⁴³ Енглеско право, на пример, уместо израза „чланови породице“ користи термин „лица која су повезана (associated persons)“. Видети: одсек 62 (3) Family Law Part IV 2004.

⁴⁴ У Енглеској је право да траже меру исељења из породичног дома, ванбрачним партнерима признато још 1976. године на основу The Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act. Видети: S. Cretney, *Family Law in The Twentieth Century- A History*“, Oxford University Press, 2005, стр. 754.

⁴⁵ Тамо где се дозвољавају хомосексуални бракови, односно партнерства двају лица истог пола, мера исељења најчешће обухвата и хомосексуалне партнере. У Енглеској, на пример, од 2004.године, хомосексуални партнери имају право да траже меру исељења из породичног дома. Видети: Civil Partnership Act 2004.

Као што је речено, мера исељења из породичног дома је најјаче средство породичноправне заштите од насиља у породици. Из тог разлога, судови не посежу олако за њом. За пробијање баријере коју поставља туђе право својине потребно је установити одређене критеријуме. Таква мерила се могу изградити једино кроз судску праксу.

Мера исељења се доноси обично онда када је насиље у породици видљивије. Такав је случај са физичким и сексуалним видовима породичног насиља. Психичко насиље може такође бити веома озбиљно, поготово ако је члан породице дуготрајно изложен психичкој тортури. Ипак, постоји проблем доказивања ове врсте насиља, те би олако посезање за мером исељавања у случајевима психичког насиља могло бити предмет злоупотребе. Поступак за заштиту од насиља у породици се одвија према начелу нарочите хитности, што може бити незгодно када је у питању извођење доказа који се односе на психичко злостављање. „...Хитност поступања у оваквим случајевима, не даје овлашћења суду да због тога пропусти извођење свих релевантних доказа за одлуке у овој правној ствари...“⁴⁶ Са друге стране, породично насиље обично исплива на површину тек када траје дуже времена. Тада се насилник тешко може зауставити само на психичком насиљу. Дуготрајно насиље, по правилу, може само временом постајати окрутније и безобзирније. На суду је тежак задатак да делује брзо и „хируршки“ прецизно. Мора се сагледати оно што се у енглеском праву зове „равнотежа штете (balance of harm)“. Одговор се тражи између „коректног поступања према туженима на једној страни и обезбеђивању заштите жртава на другој“.⁴⁷ За предрасуде било које врсте, овде нема места.

III Закључак

Мера исељења "члана породице" из породичног дома без обзира на право својине на непокретности представља најснажнију меру породичног законодавства о насиљу у породици. Поменутом мером се насилном члану породице налаже позитивна обавеза и насилник се измешта из самог средишта свог приватног живота - породичног дома. Из тог разлога члан породице највише осећа присуство управо ове мере. Наше право не садржи правила о породичном дому као посебној имовинскоправној целини, па је утолико овакво задирање државе у приватну сферу појединца осетљивије.

Мера исељења из породичног дома може представљати и ограничење права својине. Лична добра угрожених чланова породице тако су добила предност над имовинским правом починиоца породичног насиља, а све у циљу заштите општих интереса. Упориште за ограничење права својине у

⁴⁶ Решење Окружног суда у Новом Саду, Гж. Бр. 4375/ 06 од 02.08.2006. године, Актуелна судска пракса, бр. 1/ 2007.

⁴⁷ Видети: Lowe N. and G. Douglas, op. cit., стр. 232.

овом смислу дају одговарајући међународни акти и Устав Републике Србије. Мера исељења представља најчешће привремен, али снажан удар на својинска овлашћења насилника. Исељеном члану породице остаје само тзв. голо право својине, пошто се практично не може служити ни оним овлашћењима која су му преостала (фактичко и правно располагање).

Озбиљност и природа мере исељења из породичног дома сужавају и круг лица која имају право на овај вид породичноправне заштите од насиља у породици. Право да захтевају меру исељења имају само они чланови породице који су имали заједничко домаћинство. У супротном, мера исељења не би имала свој смисао и била би предмет злоупотребе. Такође, с обзиром да се поменутом мером озбиљно ограничавају права једног лица, обично се доноси у случајевима физичког и сексуалног насиља. Тешкоћа доказивања психичких видова породичног насиља и могућност злоупотребе вероватно спутавају судове у оваквим ситуацијама. Са друге стране, дуготрајна изложеност чланова породице психичком насиљу се не сме потценити. Тешко је замислити да тада пратилац психичког злостављања неће бити и употреба физичке силе. У таквим случајевима намеће се мера исељења насилника из породичног дома.

Држава се преко својих органа не треба устручавати "прелажења кућног прага" и залажења у интиму породичног дома када је рече о насиљу у породици. Породични дом као оаза приватног живота и среће коју носи грађење заједничког живота тада више не постоји. Постоји само тамница и затвореници који чекају да буду ослобођени. Та мисија није само на плећима државе, већ свих нас као чланова једног друштва.

*Veljko Vlaskovic,
an assistant*

EXCLUDING A PERPETRATOR FROM THE FAMILY HOME AS A FAMILY LAW REMEDY AGAINST DOMESTIC VIOLENCE

Excluding a "family member" from the family home, regardless on his/her property rights, is probably the strongest Family Law remedy against domestic violence. This injunction is used to move out a perpetrator from the very center of his private life, such as family home. That is why the violent family member feels the strong presence of such order. Serbian Family Law does not predict special property regime on family home, so it is more difficult to justify this

order in our law system. However, certain international documents and our Constitution enable the restriction of property rights in public interests.

Injunction that imposes the obligation of moving out from the family home to the perpetrator is a temporary, but massive strike to the violent family member property rights. That is why the right to demand issuing of such order belongs only to the people who shared the same dwelling place.

The courts and other authorities have been showing resistance to allow this order in cases of just psychical violence. That can be understood having in mind the consequences of issuing such injunction to the owner of family home. However, persistent and long-term psychical abuse can be equally dangerous as other forms of family violence because it is often the first step towards physical violence. So, the state authorities should not hesitate to intervene when family home starts to break from the inside.

СТИЦАЊЕ НАСЛЕЂА У ЕВРОПСКО- КОНТИНЕНТАЛНИМ ПРАВИМА

Увод

У савременом европско-континенталном праву постоје два система стицања наслеђа. Један, који познаје Аустријски грађански законик, према коме се постојање субјективног наследног права утврђује у оставинском поступку, а заснивање својинског односа на наслеђеним добрима успоставља након правоснажности решења о наслеђивању и уручења заоставштине од стране суда. Други систем познаје већина европских права, међу којима и наследно право Србије, према коме заоставштина прелази на наследнике *ipso iure*, у моменту смрти оставиоца, и без давања изјаве о прихватању наслеђа, па чак и без знања наследника о постојању наследничког својства. Оба система, иако почивају на потпуно различитим концепцијама, имају идентичан циљ: обезбеђење што ефикаснијег модела преласка заоставштине на наследнике. Кома је то у већој мери пошло за руком, покушаће да одговори овај чланак.

Историјски посматрано, још један систем стицања заоставштине по свом значају и утицају на савремена законодавства не може бити заобиђен. То је систем стицања заоставштине који је примењиван у римском праву.

Стицање наслеђа у римском праву

Стицање заоставштине у римском праву одвијало се према два модела, у зависности од тога на које наследнике заоставштине прелази, на нужне или остале наследнике.

Нужни наследници (*necessarii heredes*) су били врста наследника која се налазила под непосредном влашћу породичног старешине (лица која су *in sua potestate*) и припадала категорији тзв. сопствених наследника (*sui heredes*). Они су имали обавезу да прихвате наследство јер им је то налагао императив породице и култ предака.¹ *Sui heredes* су стицали наследство самим позивом, на основу закона, без обзира на своју вољу и без знања за своје наследно право, у моменту смрти оставиоца.² За њих *aditio hereditatis*

¹ Станојевић Обрад, Римско право, Београд 1994, стр. 233.

² Егерсдорф Александар, О пандектима, књига трећа, Загреб, 1917, стр. 198.

није постојао као релевантан тренутак у процесу прелазка заоставштине на наследника, већ су се моменат делације и моменат стицања наследства стапали у једном временском тренутку.³ Било је потпуно ирелевантно да ли су позивани на наслеђе тестаментом или на основу закона. Заоставштина ни тренутка није била без господара, па није било места постојању тзв. лежеће заоставштине. Касније су и нужни наследници путем преторовог едикта добили могућност одрицања од наслеђа. Ипак, то право је припадало само оном нужном наследнику који се није мешао у наследство, односно оном који се уздржао од било ког акта располагања или управљања заоставштином (*beneficium abstinentiae*). На овај начин су избегаване лоше последице пријема презадуженог наследства.

Остали наследници који нису били подчињени влашћу породичног старешине (*extranei heredes*) имали су право да прихвате или одбију наследство. Смрћу оставиоца се за ову врсту наследника отварао могућност његовог наслеђивања, па је делација за њих имала значај понуде наслеђа, *hereditas delata*, *hereditas defertur*.⁴ Ова категорија наследника стицала је наследство прихватањем, давањем позитивне наследничке изјаве која је имала конститутивно дејство. За стицање заоставштине адицијом, морали су бити испуњени извесни услови: да је наследник поседовао способност за наслеђивање (*testamenti factio pasiva*), да постоји правно релевантна воља (*animus*), да изјава о пријему наслеђа није дата у заблуди или под претњом, принудом или преваром, и да је испуњена форма у којој се та воља морала изразити. Изјава о пријему наслеђа давала се у облику свечаног акта (*cretio*) или конклюдентним радама, односно понашањем као наследник (*pro hedere gestio*). Кад се наследник једном прихвати наслеђа, није га се могао касније одрећи (*Semel heres, semper heres*).

Између отварања наслеђа које наступа смрћу оставиоца (*delatio hereditatis*) и пријема наслеђа (*aditio hereditatis*), постојао је дужи или краћи временски период у коме је заоставштина била без господара. Док наследство не прихвати један или више наследника, заоставштина је лежећа (*hereditas jacens*).⁵ За то време повериоци нису могли наплатити

³ За такве наследнике у текстовима се каже:... quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.... itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur: sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur (11.Dig., XXVIII, 2).

⁴ Милосављевић Живко, Римско приватно право, Београд, 1900, стр. 79.

⁵ У римском праву постојале су различите теоријске конструкције за лежећу заоставштину. Једни су је сматрали за *res nullius*, други су у њој видели посебно правно лице *hereditas dominam esse*, *hereditas personae vice fingitur*, трећи су о њој говорили као о комплексу права и обавеза, сматрали је за висеће стање – *hereditas defuncti personam sustinet*.

своја потраживања нити дужници испунити своје обавезе. У почетку није било законског рока у којем су наследници били дужни да изразе своју вољу за прихватањем наследства, па су тешкоће које су биле скопчане са лежећом заоставштином могле трајати и дуже време. Такав рок су могли одредити тестатор, тако што би у наредби последње воље именовао наследника под условом да наследство прихвати у одређеном року, или судија на предлог поверилаца, легатара, санаследника или супститута. Уколико би у овом року изостала изричита изјава наследника о прихватању наследства, наслеђивања у његовом случају не би било.⁶

Активношћу претора и римских императора „време за размишљање“ потенцијалним наследницима је скраћено на сто дана.

Лежећа заоставштине битисала је све до изјаве наследника да прихвата наслеђе. Изричита изјава о прихватању наслеђа представљала је акт стицања заоставштине, и од тада се према римском праву наследник сматрао субјектом права и обавеза наслеђених од оставиоца.

Стицање наслеђа у аустријском праву

Прелазак заоставштине на наследнике у аустријском праву уподобљен је правилима које постоје за стицање права својине. *Iustus titulus* и *modus acquirendi* су неопходне претпоставке за прелаз права из заоставштине у имовину наследника, па је с обзиром на стварноправни третман целокупног процеса наслеђивања, наследно право, параграфом 307 АГЗ, сврстано међу стварна права.

Правни основ за стицање заоставштине је постојање субјективног наследног права. Наследно право са тим садржајем припада оном лицу које се у моменту смрти оставиоца (делације) позива на наслеђе било по основу уговора о наслеђивању, завештања или закона. Да би ово право било реализовано потенцијали наследник као титулар субјективног наследног права у оставинском поступку даје изричиту изјаву о прихватању наслеђа, суд утврђује постојање тог права и решењем о наслеђивању проглашава, између осталог, која лица са којим наследничким уделима су стекла својство наследника. До коначног стицања наслеђа долази актом суда о уручењу, предаји заоставштине. Овим је испуњен и други услов за прелазак заоставштине на наследника – начин стицања, *modus acquirendi*. Судском одлуком о предаји заоставштине наследницима стиче се тзв. идеални посед који има функцију модуса за стицање наследства као целине. Ова одлука има двоструки карактер – у

⁶ Егерсдорф Александар, нав. дело, стр. 206.

погледу постојања субјективног наследног права декларативни, а у погледу стицања наслеђа конститутивни.⁷

Иако у тамошњој правној теорији преовладава став да се заоставштина стиче уручењем, предајом од стране суда, истицано је да ово питање у самом закону није на јединствен и недвосмислен начин уређено, већ да се у њему налазе различита правна правила која се међусобно сукобљавају. Тако се, тврде једни, тумачењем § 536,⁸ §357⁹ и § 1278 АГЗ¹⁰ може извући закључак да је наследство од момента смрти оставиоца наследиво и отуђиво, па да се сходно томе, заоставштина стиче у моменту делације (Erbfall).¹¹ Са друге стране, истиче се да §547 АГЗ („Чим је наследник прихватио наследство, он заступа оставиоца. У односу на трећа лица обојица се сматрају за једну особу. Пре него што је наследник прихватио заоставштину, сматра се да је покојник још поседује“), наводи на закључак да се наслеђе стиче давањем позитивне наследничке изјаве.¹²

Бројни су аргументи који указују да ниједно од изнетих становишта према којима заоставштина прелази на наследнике у неком другом моменту, различитом од момента уручења наслеђа од стране суда нема потврду у тамошњем закону. Сходно АГЗ, заоставштина се не стиче по самом закону, у моменту смрти оставиоца. У моменту делације потенцијални наследник стиче субјективно наследно право, односно овлашћење да наследство прибави, а његова реализација уследиће након давања позитивне наследничке изјаве на законом прописан начин, спроведеног оставинског поступка и уручења заоставштине од стране суда. Од часа делације субјективно наследно право се сматра саставним делом имовине потенцијалног наследника, па оно заједно са његовом имовином, за случај наследникове смрти пре уручења заоставштине, са истим садржајем прелази на његове наследнике (наследноправна трансмисија). Субјективним наследним правом стеченим у часу делације, сходно поменутом §1278 АГЗ, потенцијални наследник може располагати

⁷ Више о овоме видети, Гавела Никола, Правни положај наследника, Чаковец, 1983, стр.20.

⁸ „Право наследства настаје у моменту смрт оставиоца...“, каже се у овом параграфу.

⁹ „Ако наследник преживи оставиоца, право наследства, ма наследство још не било примљено, прелази на наследнике...“.

¹⁰ „Ко купује наследство што га је продавац примио, или које му је барем припало...“

¹¹ Еиснер - Привелић, Мишљења о предоснови грађанског законика за Краљевину Југославију, Загреб, 1937, стр, 308.

¹² Ову доктрину је својевремено нарочито заступао Унгер Ј. Видети, Das österreichische Erbrecht, Leipzig, 1864, стр, 147.

правним пословима *inter vivos*. Стицалац субјективног наследног права у улози купца улази у сва права потенцијалног наследника као продавца али задобија и све његове обавезе осим чисто личних. Лица која су у процесу наследноправне трансмисије наследила субјективно наследно право, купац наслеђа и остали потенцијални наследници, стичу својину на стварима и правима из заоставштине, уз испуњење законских услова тек уручењем исте од стране суда.

Сходно овом закону заоставштина се не стиче ни давањем позитивне наследничке изјаве. Мишљење да потенцијални наследник чим да изјаву о прихватању наслеђа заступа оставиоца, представља теоријску конструкцију која треба да подкрепи начело да је наследник непосредни правни следбеник оставиоца. Да наследници тек уручењем заоставштине постају носиоци права и обавеза из којих се она састоји, такође произилази из одредби параграфа 797-824 АГЗ које су посвећене узимању наследства у посед.

Према систему стицања наслеђа уручењем, у случају оставиочеве смрти или правоснажног проглашења несталога лица за умрло, води се посебан судски поступак коме је крајњи циљ доношење одлуке о уручењу заоставштине оном, односно оним наследницима за које се утврди да поседују субјективно наследно право. Тај поступак се зове оставински поступак, а судска одлука о уручењу заоставштине - уручбеница. Оставински поступак представља скуп радњи суда и странака који има за сврху утврђивање састава заоставштине, њено осигуравање и уручење онима који су поднели своје позитивне наследничке изјаве и доказали да имају право на заоставштину. Поступак за расправљање заоставштиен покреће се и води по службеној дужности. По пријему смртнице оставински суд позива потенцијалне наследнике да у одређеном року поднесу писмене наследничке изјаве, као и исправе које могу послужити као доказ постојања њиховог субјективног наследног права.

Сходно § 797 АГЗ нико не може наследство својевољно узети у посед. Наследно право се мора доказати пред судом и од њега тражити предаја заоставштине.

Позитивна наследничка изјава може бити дата условно или безусловно. Од избора начина прихватања наследства зависи начин одговорности наследника за дугове оставиоца. Резултат безусловног прихватања наследства је неограничена одговорност наследника за дугове оставиоца и исплату легата. Његова одговорност се не протеже само на наслеђену имовину него и на његову сопствену – *cum viribus hereditatis*. Безусловно прихватање наследства има за последицу спајање заоставштине са имовином наследника (*confusio bonorum*), услед чега она, као једна целина служи намирењу како оставиочевих тако и наследникових дугова.

Наследник који прихвати наследство под условом пописа (инвентара) одговара за дугове оставиоца и испуњење легата само до висине вредности наслеђене имовине (*pro viribus hereditatis*).

Између отварања наслеђа до уручења заоставштине наследницима, оставина мирује, лежи, па се назива лежећом заоставштином (*hereditas jacens*).

У правној теорији на различите начине је тумачено питање правног стања у коме се заоставштина у том периоду налази.

Према једном ставу, оставиочева власт се протеже на заоставштину све док она не буде предата наследнику. Оно се наслања на § 547 АГЗ према коме, пре него што наследник прихвати заоставштину она се сматра као да је покојник још поседује. Дакле, ствара се фикција да је оставилац још жив и да је титулар своје имовине (*hereditas defuncti personam sustinent*). Овом конструкцијом омогућено је одржање заоставштине као привредне и правне целине и њено очување за будуће наследнике. Ипак ова теоријска конструкција је неодржива будући да се смрћу оставиоца мења правно стање имовине. Престају сва његова лично-имовинска права тј. права која су по својој природи и садржини имовинског карактера али су тесно везана за личност титулара, па су у погледу свог опстанка и престанка зависна од опстанка и престанка правног субјекта коме припадају.¹³ Са друге стране, на наследнике понекад прелазе и нека оставиочева неимовинска права (пасивна легитимација у патернитетским споровима, морална ауторска права) која нису била саставни део оставиочеве имовине али ипак су подобна за наслеђивање.

По другом мишљењу,¹⁴ наследникова власт се протеже ретроактивно до момента оставиочеве смрти. Ова конструкција је такође неприхватљива јер не подржава систем стицања заоставштине уручењем.

И по трећем,¹⁵ за међувреме од делације до предаје наслеђа, треба фангирати постојање посебног субјекта, различитог и од оставиоца и од наследника (персонификације оставине). До давања позитивне наследничке изјаве заоставштина живи својим сопственим животом. Пошто нема свог титулара заоставштина се, као објект наследноправних овлашћења трансформише у свој сопствени субјект (*hereditas personae vice fingatur*).

¹³ Рецимо, право плодуюживања, право становања, законска обавеза издржавања, право на опозив поклона итд.

¹⁴ Ђорђевић Андра, Наследно право, Београд, 1910, стр. 43-44.

¹⁵ Јовановић Михаило, Посмртнио имање и наследник, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1913, стр. 164; Матић Богдан, Да ли је заоставштина правно лице, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 5, Нови Сад, 1955, стр. 7.

Стицање наслеђа по овом систему се одвија посредним путем.¹⁶ Како заоставшина не прелази на наследнике у моменту смрти оставиоца него је за то потребна позитивна наследничка изјава и одлука суда о уручењу заоставштине, она се до изјаве о прихватању наслеђа налази у стању ишчекивања свог новог титулара. У овом временском периоду обим заоставштине се може смањити или повећати, све у зависности од природе и карактера правних односа у којима се налазио оставилац у моменту смрти. Повериоци оставиоца могу подићи тужбу за исплату својих потраживања не чекајући да заоставшина буде коначно расправљена, нити да потенцијални наследници дају своје наследничке изјаве. У овом смислу ишчекивање новог титулара заоставштине не значи и њено апсолутно мировање.

Потенцијални наследник, као будући титулар заоставштине, од ње је тотално дистанциран. Зато је позитивна наследничка изјава нужна претпоставка за превазилажење одвојености која наступа моментом смрти оставиоца.¹⁷ У овом систему позитивна наследничка изјава представља конститутивни елеменат у реализацији наследног права универзалног сукцесора.¹⁸ С обзиром на овакво дејство и значај позитивне наследничке изјаве, негативна наследничка изјава има за последицу негирање самог наследноправног субјективитета потенцијалног наследника. Ако потенцијални наследник било лично или преко свог пуномоћника не дође на рочиште одређено за примање наследничких изјава, нити поднесе писмену наследничку изјаву, заоставшина ће се расправити без обзира на постојање пуноважног правног основа настанка његовог субјективног наследног права. Заоставшина ће бити раздељена међу осталим наследницима, наравно уколико се у поступку утврди да на њу имају право.

Ипак, и након предаје заоставштине наследницима, лица која тврде да имају јаче или једнако право наследства могу подношењем наследничке тужбе захтевати уступање истог или деобу наследства.¹⁹ Пропуштање подношења наследничке изјаве не повлачи за собом и губитак наследног права према конкретној заоставштини.

¹⁶ Ђорђевић Владислав, О стицању наслеђа, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр.12, Нови Сад, 1987, стр.14.

¹⁷ Тек након прихватања наслеђа и изношења довољно доказа које поткрепљују постојање субјективног наследног права у конкретном случају, наследнику се и пре уручења заоставштине може поверити њено управљање и уживање. Видети § 810 АГЗ

¹⁸ Давање конститутивног карактера позитивној наследничкој изјави је кључна тачка повезивања и надовезивања овог система на систем стицања наслеђа које је римско право признавало категорији *extranei heredes*.

¹⁹ Видети § 823 АГЗ

Систем стицања наслеђа уручењем и поред извесних предности које собом носи предаја чисте заоставштине наследницима почива на низу спорних теоријских конструкција, а доводе се у питање и ефекти чијем се остварењу тежило. У правној теорији доста је критикована исправност учења о постојању таквих правних објеката какав је *univresitatis iuris*, а управо уређење овог система преласка заоставштине на наследника почива на ставу да је заоставштина *univresitatis iuris*. Судско расправљање заоставштине има за циљ дефинитивно утврђивање постојања и обима наследних права, док се у пракси не ретко постижу половични резултати. Без обзира колико се приликом расправљања заоставштине води рачуна, након предаје заоставштине наследницима може се појавити тестамент којим се неко други позива на наслеђе или се одлука о уручењу заоставштине може из других разлога ставити ван снаге успешно подигнутом наследничком тужбом. Чему онда гломазна процедура када је резултат тако непоуздан? Недостаци овог система везују се и за тешкоће везане за управљање лежећом заоставштином до њене предаје наследницима.

Ово и низ других проблема утицало је на малу распрострањеност овог система.

Стицање наслеђа *ipso iure*

У земљама континенталне Европе, изузев Аустрије, важи систем стицања заоставштине *ipso iure*, у моменту оставиоачеве смрти. Овај модел познају права Немачке, Швајцарске, Француске, и друга, а тако је и у Закону о наслеђивању Србије из 1996. године.²⁰ По овом систему заоставштина снагом самог закона, у моменту оставиоачеве смрти прелази на његове наследнике. Моменат делације и прелазак заоставштине на наследнике се одвијају у истом временском тренутку, па овај систем не зна за постојање лежеће заоставштине. Заоставштина ни једног тренутка није без свог титулара, а све промене на њој одвијају се у име наследника. На овај начин се ефикасно штите интереси наследника, али и оставиоачевих поверилаца, испорукопримаца и корисника налога.

Наследник дакле, стиче наслеђе као једну целину, услед јединственог акта универзалне сукцесије, по сили закона, у моменту оставиоачеве смрти, и без свог знања, али под условом да се доцније не одрекне наслеђа. Наследство стечено *ipso iure* не значи одсуство принципа добровољности у наслеђивању. Истовремено са стицањем субјективног наследног права, права да се стекне заоставштина, наследник стиче и право на одрицање од наслеђа. Одрицање од наслеђа има ретроактивно дејство, па се сматра да наследник који се одрекао наслеђа никад није ни био наследник.

²⁰ Службени гласник Р.Србије, бр. 46/95.

Овај систем којим се уређује моменат преласка заоставштине на наследнике иде у прилог правној сигурности јер заоставштина непрекидно има свог правног носиоца.²¹ Нити је обавезно изјашњавање наследника о прихватању наслеђа, нити службено уручивање наследства, као претпоставке за његово стицање. Ипак и овде постоји неизвесност у погледу тога ко ће стечено наследство коначно и задржати. Одрицање од наследства снабдевано је супротним дејством. Делујући ретроактивно оно анулира примену претпоставке о стицању наслеђа у моменту смрти оставиоца. Ово дејство је различито од дејства негативне наследничке изјаве у систему стицања наслеђа уручењем у коме ова изјава онемогућава будуће стицање својства наследника.

Стицање заоставштине *ipso iure* важи за све универзалне сукцесоре без обзира на правни основ позивања на наслеђе. Ова одредба је императивног карактера, па завешталац не може завештањем одредити да заоставштина остане без субјекта до коначног расправљања заоставштине. Не може се завештањем одредити дужи или краћи рок за одрицање од наслеђа од оног законом одређеног, нити изјавама наследника о прихватању или одрицању од наслеђа дати други садржај од оног одређеног у закону.²² Сходно српском праву, завештајне одредбе овакве врсте су ништаве због противности принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.²³ Овде се углавном ради о разлозима делимичне ништавости завештања, под условом да завештање може опстати без ништаве одредбе, односно да она није била одлучујућа побуда због које је завештање сачињено.

Прелазак заоставштине на наследнике *ipso iure* у моменту смрти оставиоца има за последицу настанак овлашћења наследника да од тада заједнички управљају и располажу заоставштином.²⁴

Код овог система прелазка заоставштине на наследнике позитивна наследничка изјава добија супсидијарни значај.²⁵ Њена супсидијарност почива на околности што наследник стиче заоставштину у целини или њен аликвотни део, по самом закону, без изјаве да наследство прима, у моменту оставиоцеве смрти. Позитивна наследничка изјава, уколико је дата, само потврђује стање које је настало по сили самог закона. Она стога носи у себи обележја једног декларативног акта. У складу са њеном правном природом је и одредба чл. 115 ст. 3 Закона о ванпарничном поступку Србије²⁶ којом се

²¹ Bartolomey zick Horst, *Erbrecht*, Auflage 8, München, 1965, стр. 172.

²² Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, *Erbrecht*, München, 1982, стр. 224.

²³ Видети чл. 115 ЗОН Србије

²⁴ Видети чл. 229 ст.1 ЗОН СРбије

²⁵ Митић Михаило, *Наследничка изјава*, Правна мисао, Београд, 1969, бр. 9-10, стр.41.

²⁶ Службени гласник Р. Србије, бр. 25/82.

предвиђа да ће суд о наследним правима заинтересованих лица одлучивати према подацима којима располаже ако не дођу на рочиште за расправљање заоставштине, нити до завршетка оставинског поступка дају изјаву да наследство примају или га се одричу. То практично значи, да ће суд потенцијалног наследника решењем о наслеђивању прогласити за наследника, уколико његово наследничко својство произилази из смртвнице или других података којима суд располаже, иако се то лице током целог поступка држало потпуно пасивно.

Презумпција де се наследник прима наслеђа је централна компонента овог система. Претпоставља се да је лице које је позвано на наслеђе, а које је постало наследник у моменту смрти оставиоца, то својство задржало уколико у одређеном року није дало изјаву о одрицању од наслеђа.

Изјава о прихватању наслеђа у овом систему је лишена конститутивног значаја који јој се придаје у систему стицања наслеђа уручењем. Њена сувишност јасно је манифестована у оним законодавствима која се залажу за „чисту“ примену овог система, законодавствима у којима се након смрти оставиоца не узимају наследничке изјаве нити се покреће посебан поступак чији би циљ био потврђивање оног стања које се одиграло у моменту смрти оставиоца снагом самог закона. Ипак, у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије давање наследничких изјава је једна од радњи странака којој суд обично посвећује посебно рочиште у поступку расправљања заоставштине.²⁷ Српско право, као и аустријско, иако почивају на потпуно различитим концептима преласка заоставштине на наследнике, познаје установу расправљања заоставштине, а свако расправљање било оно парнично или ванпарнично, обавезује суд да заинтересованим лицима пружи могућност да се о својим правима изјасне. У немачком и швајцарском праву суд потенцијалне наследнике не позива да дају изјаву о прихватању или одрицању од наслеђа. У овим правима постоји рок у коме се они могу одрећи наслеђа. У немачком праву тај рок је шест недеља, а у швајцарском, три месеца. По истеку законских рокова потенцијални наследник који се није одрекао наслеђа, сматра се коначаним наследником. У праву Србије давање негативне наследничке изјаве везује се за једно фактичко питање – завршетак првостепеног поступка за расправљање заоставштине.²⁸

²⁷ Постојање поступка за расправљање заоставштине, узимање наследничких изјава, доношење решења о наслеђивању, немогућност располагања одређеном врстом наслеђених добара од стране наследника пре правоснажности решења о наслеђивању и слично, говори о две ствари: прво, да у нашем праву овај систем није заступљен у изворном облику и друго, о великом утицају аустријског права на српско у погледу преузимања појединих правних решења.

²⁸ Поред резерве у погледу потребе постојања поступка за расправљање заоставштине у нашем праву а с обзиром на јасне последице примене законске претпоставке о стицању наслеђа *ipso iure*, свакако треба размотрити и питање оправданости опстанка овако дуго постављеног рока за одрицање од наслеђа.

Dr. Dragica Zivojinovic,
a docent

RIGHT TO INHERITANCE IN THE LAWS OF CONTINENTAL EUROPE

The right to inheritance in the contemporary laws of continental Europe is realized through two models. The first is to secure the right to inheritance by court decision, and the second is to obtain it by *ipso iure*, in the moment of the testator's death. The first can be considered to be an indirect, and the second, to be direct way of securing the right to inheritance. Also, in the first case, there is a time lapse between the testator's death and the moment his assets have been descended to his relatives who inherit the entire, or part of the estate by court decision. The second does not have a time lapse, but the right to inheritance has been secured at the moment of the testator's death, by an immediate force of law.

When comparing these two systems, it can be concluded that the second model has more advantages over the first one: the assets remain at the position of their owner all the time, the force of law leaves no room for theoretical disputes on legal nature of the estate left to be inherited, it ensures efficacy in executing the inheritance rights, such an execution of inheritance rights contributes to ensuring legal safety, there is no need (problem) with the consolidation and managing of the testator's estate, etc. Of course, both models recognize the possibility of submitting an inheritance appeal. This remedy in the *ipso iure* model is envisaged to eliminate the consequences of the absence of a court proceeding at which division of the estate could have been discussed. In the model involving a court decision, this appeal contests such a decision. Then, the question is raised why there is a need for such a comprehensive proceeding for determining which persons are entitled to inherit the estate, if its outcomes are burdened by uncertainty.

Сврха овог рока је отклањање неизвесности по питању ко од наследника жели да задржи наследничко својство, а везивање овог рока за једну фактичку чињеницу, за један тренутак у поступку расправљања заоставштине који у пракси може наступити и након протекла неколико година од смрти оставиоца, свакако не иде у правцу скраћивања стања неизвесности, већ насупрот, подржава правну несигурност.

Одељак V

Привредно и облигационо право

*Др Миодраг Мићовић,
редовни професор*

UDK: 347.451.031:338.46

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ОБЛАСТИ УСЛУГА ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА

1. Појам услуга од општег интереса

Субјекти који пружају услуге од општег интереса подводе се делимично под посебан правни режим, различит од онога који се примењује на друге привредне субјекте. Заштита општих интереса, али и интереса корисника услуга, налаже да се њихово пословање подвргне контроли надлежних органа. Такође, општи интерес може да буде разлог за искључење правила конкуренције на обављање одређених делатности.¹ Осим тога, таква лица имају и посебне обавезе које морају да испуне према корисницима (потрошачима) њихових услуга, а које проистичу из ЗЗП (чл. 38. и 39). Зато је неопходно да се одреди шта се подразумева под појмом услуга од општег интереса.²

За разлику од босанско-херцеговачког ЗЗП и хрватског ЗЗП, који под услугама од општег интереса подразумевају испоруку енергената (струја, гас, топлотна енергија, нафта), воде, телекомуникационих услуга, поштанских услуга, услуга јавног превоза, наш ЗЗП такву одредницу не садржи. На начин како је формулисан чл. 38. ЗЗП могао би се извући закључак да се под овај појам могу подвести све услуге које су наведене у Закону о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса

¹ О овоме: Payet, M-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris, 2001, str. 435.

² Босанско-херцеговачки ЗЗП говори о економским услугама од општег интереса (чл. 33), а хрватски ЗЗП о јавним услугама (чл. 22) и црногорски ЗЗП (чл. 28) о јавним услугама.

("Сл. гласник РС", бр. 25/00, 107/05)³ и Закону о комуналним делатностима ("Сл. гласник РС", бр. 16/97, 42/98).⁴

На основу изведене претпоставке о кругу услуга које се подводе под појам услуга од општег интереса може се уочити да неке јавне услуге (на пример, услуге кабловске телевизије или јавних паркиралишта) не спадају у оне које су од општег интереса. То значи да даваоци таквих услуга немају обавезе које проистичу из ЗЗП; да нису изједначени у обавезама са даваоцима услуга од општег интереса; да су у односу на њих права потрошача слабије заштићена. Да би се избегле недоумице и спорови да ли само за неке или за све даваоце јавних услуга важе правила ЗЗП, неопходно је одговарајућим правилом дефинисати шта се подразумева под услугама од општег интереса.

Бројни су закони којима се регулише вршење услуга од општег интереса. Поред наведених закона та питања уређују Закон о поштанским услугама ("Сл. гласник РС", бр. 18/05), Закон о енергетици ("Сл. гласник РС", бр. 84/04), Закон о телекомуникацијама ("Сл. гласник РС", бр. 44/03), Закон о железници ("Сл. гласник РС", бр. 18/05), Закон о превозу у друмском саобраћају ("Сл. гласник РС", бр. 46/95, 66/01, 61/05, 91/05, 62/06).

2. Обавезе даваоца услуге

ЗЗП разликује опште и посебне обавезе даваоца услуге. У категорију општих обавеза, оних које имају сви даваоци услуга, спадају (чл. 36. и 37. ЗЗП):

1. Обавеза даваоца услуге да своју услугу понуди на начин којим потрошача јасно и недвосмислено обавештава о врсти и квалитету услуге

³ Делатности од општег интереса јесу: производња, пренос и дистрибуција електричне енергије; производња и прерада угља; истраживање, производња, прерада, транспорт и дистрибуција нафте и природног и течног гаса; промет нафте и нафтних деривата; железнички, поштански и ваздушни саобраћај; телекомуникације; издавање службеног гласила РС; информисање; издавање уџбеника; коришћење, управљање, заштита и унапређење добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач), као и комуналне делатности (чл. 2).

⁴ Под комуналне делатности се подводи: пречишћавање и дистрибуција воде; пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода; производња и снабдевање паром и топлом водом; превоз путника у градском саобраћају; одржавање чистоће у градовима и насељима у општини; уређење и одржавање паркова, зелених и рекреационих површина; одржавање улица, путева и других јавних површина у градовима и другим насељима и јавна расвета; одржавање депонија; уређење и одржавање гробља и сахрањивање (чл. 4).

према утврђеној спецификацији. Овим се остварује основно право потрошача на информисаност у домену услуга.⁵

2. Ако је поред основне услуге потребно извршити и додатну услугу, она се може извршити само уз претходну сагласност потрошача. На основу добијене сагласности, давалац услуге и потрошач закључују анекс услуга о пружање услуга. Изузетно, додатне услуге се могу извршити и без сагласности потрошача када се ради, на пример, о хитним непредвиђеним радовима, чије се предузимање не би могло одложити без ризика од настанка штете за потрошача.

У случају извршења додатних услуга, давалац услуга подноси потрошачу измењену спецификацију којом су обухваћене све извршене услуге.

3. Давалац услуге је дужан да унапред утврди цену услуге на начин који потрошача не доводи у заблуду. У том циљу, давалац услуге мора да поседује јасан и прегледан ценовник услуга које врши и да га учини доступним потрошачу (то може учинити јавним истицањем или предајом потрошачу).

Обавештње о цени не сме да буде формулисано тако да изазива утисак код потришача: да је цена нижа него што јесте; да су у цену укључене посебне услуге за које се плаћа посебна цена; да је цена била или да ће бити повећана или снижена (чл. 18. ЗЗП).

Уопштено, могло би се рећи да су даваоци услуга дужни да их пруже свим корисницима, исте категорије, под једнаким и унапред утврђеним условима у погледу квалитета и цене.⁶

У категорију посебних обавеза, оних које имају даваоци услуга од општег интереса, спадају (чл. 38. ЗЗП):

1. Обавеза да своје производе и услуге пружају континуирано. Даваоци услуга ослобађају се ове обавезе ако су спречени у пружању услуга услед наступања околности које се нису могле спречити или избећи (у том случају морају без одлагања предузети мере за отклањање узрока поремећаја), као и у случају када потрошачи не извршавају своје обавезе (неплаћање електричне енергије, грејања и других комуналних услуга).⁷

У случају техничких и других сметњи у испоруци енергије или у случају када купац не извршава уговорне обавезе, оператор може обуставити испоруку енергије потрошачу, под условом да му претходно достави писмену опомену у којој је одређен рок (не може бити краћи од три дана) за отклањање недостатака или неправилности (чл. 63. Закона о енергетици). Према Општим условима за испоруку и снабдевање

⁵ Симоновић, Д., Коментар ЗЗП, Београд, 2006, стр. 278.

⁶ Рауе, М-С., нав. дело, стр. 442.

⁷ Симоновић, Д., Коментар..., стр. 287.

електричном енергијом⁸ оператор не може вршити искључење када потрошач користи електромедицинску опрему неопходну за одржавање здравља, у времену од 8 до 15 часова, када услужни центар оператора није отворен за рад са јавношћу (петак, викенд, државни празник или дан који претходи наведеним данима), односно дужан је да избегава искључење у време екстремно хладног времена. Када потрошач отклони разлоге за искључење, оператор је дужан да га поново прикључи првог радног дана, а најкасније у року од три дана рачунајући од када је купац отклонио разлоге за искључење.⁹

У случају штрајка, када се не обезбеди минимум процеса рада у обављању комуналних делатности, услед чега би могла да наступи непосредна опасност за живот, здравље, безбедност људи и имовине, могу се на основу закона предузети следеће мере:

- привремено обављање појединих комуналних делатности преко другог предузетника, привредног субјекта или физичког лица;
- организовање снабдевања становништва неопходним комуналним производима (водом за пиће) (чл. 19. Закона о комуналним делатностима).

Ове мере предузима надлежни орган општине или надлежни министар, ако то не учини општински орган.

2. Обавеза да услуге пружају на начин којим се обезбеђује прописани квалитет. То значи да производи морају бити здравствено и хигијенски исправни, да се услуге морају пружати, у складу са прописаним стандардима и нормативима, поуздано, уз задовољавање услова у погледу сигурности корисника и заштите животне средине (чл. 14. ст. 2. тач. 3. Закона о комуналним делатностима). Ипак, у пракси се често одступа од прописаног квалитета (на пример, испорука електрична енергија нижег напона, због чега се кваре уређаји потрошача), а да не постоје ефикасна средства за заштиту потрошача (неодговарајући квалитет је последица стања електричне мреже за чију реконструкцију често нема финансијских средстава).¹⁰

3. Обавеза да редовно обавештавају потрошаче о условима испоруке и коришћења производа и услуга. Ова обавеза долази до изражаја нарочито када дође до одређених поремећаја. Тако, када је угрожено функционисање енергетског система, Влада РС прописује мере ограничења испоруке, увоза или извоза енергената (чл. 76. Закона о енергетици).

⁸ Сл. гласник РС, бр. 66/06.

⁹ О овоме: Рачић, Р., Заштита продавца електричне енергије, Право и привреда, бр. 5 - 8/07, стр. 290.

¹⁰ Долић, О., Правна природа односа између електропривреде и потрошача поводом електричне енергије, Право и привреда, бр. 5 - 8/98, стр. 855.

4. Обавеза да производ, односно услугу обрачунавају потрошачу на основу стварно извршене испоруке производа или извршене услуге и да упознају потрошача са методологијом обрачунавања цене. Даваоци услуга ову обавезу испуњавају публикавањем тарифних аката и ценовника, као и достављањем обрачуна којим се на јасан и разумљив начин, за просечног потрошача, исказује цена извршене испоруке, односно услуге.

Прописи који регулишу одређивање цене у делатностима од општег интереса (цена електричне енергије, нафте, комуналних услуга, превоза) су императивног карактера. Ако се одступи од прописане цене, може се поставити питање одговорности даваоца услуге, с тим што потрошач дугује само износ прописане цене (чл. 463. ЗОО).

У циљу стварања услова за ефикасну заштиту права потрошача, хрватски ЗЗП прописује обавезу за даваоца услуге да формира орган за рекламације потрошача у коме су заступљни и представници удружења за заштиту потрошача (чл. 22. ст. 5), а црногорски ЗЗП одређује да се цене јавних услуга утврђују уз претходно прибављено мишљење организације потрошача (чл. 29. ст. 3).

3. Заштита интереса корисника услуга

Према ЗЗП, заштита интереса потрошача производа и услуга у погледу цена, тарифа и општих услова за испоруку тих производа и услуга обезбеђује се у складу са законом (чл. 39). Формулацију "у складу са законом" треба разумети тако да се заштита остварује у складу са законима којима су регулисане делатности од општег интереса.

У циљу заштите општег интереса, а тиме и интереса потрошача, Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса прописује да надлежни органи дају сагласност, између осталог, на одлуку о ценама, тарифни систем, акт о општим условима за испоруку производа и услуга (чл. 27). Ово правило је разрађено у различитим прописима којима се уређује обављање делатности од општег интереса.

Када се ради о ценама, Закон о енергетици одређује да се енергија испоручује тарифним купцима (они који купују енергију за сопствене потребе) по регулисаним ценама. Њих утврђује енергетски субјект, по претходно прибављеном мишљењу Агенције за енергетику РС. На акт о ценама републичка влада даје сагласност (чл. 66. ст. 5. и 6). Или, јавно комунално предузеће одлучује о цени комуналних услуга уз сагласност скупштине општине (чл. 23. Закона о комуналним делатностима).

Што се тиче тарифног система, он служи као инструмент помоћу кога се гради систем цена поводом производње електричне енергије, транспорта нафте, производње природног гаса, дистрибуције топлотне енергије (чл. 68. Закона о енергетици), или у вези са вршењем поштанских

услуга (чл. 21. Закона о поштанским услугама). И тарифни систем утврђује надлежна агенција уз сагласност републичке владе.

Условe за испоруку производа и вршење услуга утврђује, на основу закона, надлежни орган. Када се ради о енергији, то чини републичка влада (чл. 71), када се ради о комуналним услугама, то чини скупштина општине (чл. 13), а када се ради о превозу путника, то чини привредна комора (чл. 11).

4. Одговорност даваоца услуге и права потрошача

Питање одговорности даваоца услуге може се поставити у случају невршења, односно нередовног вршења услуге, као и у случају извршења услуге са недостатком (неквалитетно извршење).

У првом случају одговорност се регулише у складу са чл. 184. ЗОО према коме субјекти који врше послове од општег интереса одговарају за штету ако без оправданог разлога обуставе или нередовно врше своју услугу. Они одговарају по основу објективне одговорности, без обзира на кривицу.¹¹ Могу се ослободити одговорности за штету само ако докажу да нису могли да несметано пружају услуге, односно да су обустава или нередовно вршење услуга последица догађаја који се није могао предвидети или спречити.¹² С обзиром да су дужни да континуирано пружају услуге, они се не могу ослободити одговорности за прекид у вршењу услуга ни кад је до тога дошло услед кривице трећег лица.¹³

Према Закону о енергетици потрошач има право да захтева у случају сметњи у испоруци енергије, чији узрок није на објекту потрошача, да се сметње отклоне у примереном року који траје 24 часа, а изузетно и два дан рачунато од дана пријема обавештења о сметњи (чл. 60).

У случају неквалитетног извршења услуге према ЗЗП (чл. 35. ст. 2 - 5) потрошач, који је изјавио приговор, има право на отклањање недостатака, враћање плаћеног износа или на смањење цене сразмерно недостатку извршене услуге. Поред наведених права, потрошач има право и на накнаду штете коју је претрпео неизвршењем услуге. Потрошач ће имати право на накнаду штете ако су испуњени услови за остварење неког од

¹¹ Када је тужилац возилом прошао коловозом који је био покривен водом, па није запазио отворену шахту на коловозу, тада је за насталу штету на возилу одговорна комунална организација на основу чл. 184. ЗОО, а такође и по основу чл. 173 - 174. ЗОО с обзиром да отворена шахта представља опасну ствар (Пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж. 802/03 од 12. 5. 2003, Избор судске праксе, бр. 1/08, стр. 50).

¹² Коментар ЗОО, редактори Перовић, С. и Стојановић, Д., књига I, Крагујевац - Горњи Милановац, 1980, стр. 545.

¹³ Исто, стр. 545.

основних права. Неко од основних права, као и право на накнаду штете, потрошач може да оствари под условом да недостатак није настао његовом кривицом.

У вези са вршењем појединих услуга постоје и посебна правила о одговорности. Тако, Закон о поштанским услугама одређује да поштански оператер одговара увек за губитак и оштећење пошиљке, као и за прекорачење рока за пренос, осим ако је до тога дошло услед узрока који се нису могли предвидети, избећи или отклонити, због природе садржине регистроване пошиљке или кривице пошиљаоца (чл. 45. ст. 2). Оператор је дужан да овлашћеном лицу накнади штету и то: у случају губитка или потпуног оштећења - десетоструки износ плаћене поштарине; у случају прекорачења рока за пренос - петоструки износ плаћене поштарине; у случају оштећења пошиљке - износ у висини утврђеног или процењеног дела оштећења, али не већи од износа који би се исплатио у случају губитка или потпуног оштећења пошиљке (чл. 46).

*Prof. Dr. Miodrag Micovic,
a full-time professor*

CONSUMERS' PROTECTION IN THE FIELD OF SERVICES OF GENERAL INTEREST

The Law on consumers' protection, besides the services in the field of tourism and, so called, "other services", points out to the services of general interest and puts them into a special category. Art. 38 and 39 of this Law are related to the services of general interest.

However, the law does not define what these services comprise. This is necessary in order to determine which service providers are obliged to fulfil special consumers' requirements under this law. If such persons or bodies do not (or inadequately) provide these services, they are liable for damages incurred to consumers according to the principle of objective liability. In the case of an inadequate provision of services, the consumer is entitled to a compensation, either through the reimbursement of the amount paid for the services or price reduction.

*Зоран Вуковић,
асистент-пrijоравник*

UDK: 347.518:658.62(4-672EU)

УСКЛАЂЕНОСТ ЗАКОНА О ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ СА ДИРЕКТИВОМ 85/ 374/ ЕЕЗ О ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРОИЗВОДЕ

I. Уводне напомене

Право одговорности за штете од производа са недостатком, као део ширег контекста заштите потрошача, се током последњих неколико деценија веома интензивно развијало, како у Европи, тако и у Сједињеним Америчким Државама. Развој овог специфичног облика грађанскоправне одговорности текао је паралелно са развитком техничких и технолошких решења и њиховом применом у процесу производње робе широке потрошње. Наиме, масовна индустријска производња и аутоматизација процеса производње човеку није донела само користи, већ и многе нежељене и неочекиване опасности за њега, његову имовину и животну средину. Сигурно је да све већа разноврсност и технолошка сложеност производа превасходно имају за циљ да што више и боље задовоље интересе савременог човека. Сходно томе, разумно је очекивање потрошача да су ти производи безбедни за употребу.¹ Међутим, искуство показује да на тржиште долазе и производи са недостацима, који могу нанети огромну штету, како кориснику и његовим добрима, тако и трећим лицима која су у додиру са тим производима.²

За регулисање ове врсте одговорности дуго су се примењивала општа правила облигационог права о уговорној и вануговорној одговорности. Како се временом показало да одговорност произвођача има посебан карактер, постепено су кроз судску праксу стварана правила о одговорности *sui generis*. Увид у праксу америчких судова најбоље показује правац развоја ове врсте одговорности од субјективне ка објективној, у неким случајевима готово апсолутној.³

¹ Guide to the Consumer Protection Act 1987, Department of Trade and Industry, London, 2001, стр. 3.

² Биљана Петровић, Одговорност за штету од ствари са недостатком, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, 2004, стр. 3.

³ Јасна Пак, Производ са недостатком и накнада штете, Правни живот, Бр. 11-12/1992, стр. 2314-2315.

Компаративном анализом правних решења у материји заштите потрошача код одговорности за производе, уочавају се четири типа одговорности. Први је уговорноправне природе и почива не неиспуњењу обавезе продавца из уговора о продаји да испоручи ствар саобразну одредбама уговора или, с друге стране, на теоријској конструкцији о заштитном дејству уговора на трећа лица.⁴

Остала три типа одговорности су деликтноправне природе. При томе, један се темељи на кривици произвођача, док преостала два повлаче објективну одговорност произвођача. Објективна одговорност произвођача може да се темељи на испуњењу субјективних критеријума, као што су оправдана очекивања потрошача у правном промету, или може да буде готово апсолутна, односно да почива на схватању да производ са недостатком има својства опасне ствари.⁵

Предмет овог рада ограничен је на приказ система објективне одговорности који је установљен Директивом о одговорности производе⁶, као и на разматрање правних правила нашег Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.⁷ При томе, настојаћемо да у основном, укажемо на разлике између ова два прописа и евентуалне последице које из њих произилазе.

II. Хармонизација правила о одговорности за штете од производа са недостатком у праву Европске уније

Постојање различитих основа одговорности за штете од производа са недостатком у државама чланицама Европске Економске Заједнице (данас Европска Унија), битно утиче на положај штетника и оштећеног и има за последицу различит степен заштите субјективних права појединаца.⁸ Овакво незадовољавајуће стање наметнуло је потребу доношења уједначаних

⁴ Видети: Александар Јакшић, Одговорност за штету од производа са недостатком – правна природа, Право и привреда, Бр. 9-12/2003, стр. 69-70.

⁵ Ibid.

⁶ Директива ЕЕЗ-е о уједначавању законских и административних прописа држава чланица који регулишу одговорност за штету од производа са недостатком, усвојена 25. јула 1985. године (Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ No L 210/29, of 7. 8. 1985; amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and the Council of 10 May 1999).

⁷ Видети: Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком („Службени гласник РС“, Бр.101/05).

⁸ Видети: Радован Вукадиновић, Одговорност за штету од производа са недостатком у оквиру ЕЕЗ-а, Правни живот, Бр. 9-10/1992, стр. 2173.

правила о одговорности. Процес хармонизације⁹ правних решења држава чланица у овој материји убрзало је неколико сензационалних случајева повреде здравља и смрти већег броја лица од производа са недостатком, који су скренули пажњу јавности развијених земаља на проблем опасности од дефектних производа.¹⁰ Познат је случај тровања Thalidomidom (Contergan), леком за смирење који је произвела једна фармацеутска фирма у Немачкој. Употреба овог лека је, од 1957. па до 1961. године, када је повучен са тржишта, проузроковала вишеструке хендикепе (тзв. fokomelia) код новорођенчади чије мајке су га користиле у прва три месеца трудноће. У многим земљама Европе, у САД-а, па чак и у Јапану, рођено је више хиљада деце без удова или са закржљалим удовима и деформисаним костима. Овај лек је и код великог броја трудница које су га употребљавале изазвао трајне нервне поремећаје (тзв. polineuritis). Још један случај који нам може послужити као добра илустрација масовних штета од дефектних производа десио се у Шпанији. Током 1981. године, у ову земљу увезено је 3 милиона литара неисправног јестивог уља што је имало за последицу смрт преко 600 и обољење преко 25000 особа.¹¹

Овакво стање ствари резултирало је 1985. године усвајањем Директиве о одговорности за производе.¹² Директива садржи правила која су се искристалисала у дугогодишњој судској пракси европских земаља, а њено усвајање представља један од најзначајнијих подухвата европског законодавца у области грађанског права. Њена решења представљају компромис који доприноси правичној расподели ризика између интереса потрошача¹³ и интереса произвођача.¹⁴ Основни циљеви Директиве су хармонизација правила држава чланица ЕУ у области одговорности за штете

⁹ О појму и карактеристикама хармонизације у праву ЕУ и у домаћем праву, видети: Радован Вукадиновић, Како усклађивати домаће прописе са правом Европске Уније, Крагујевац, 2004, стр. 55-80. О разликама између хармонизације и унификације, као два метода у функцији стварања јединственог комунитарног права, видети: Вукадиновић, Одговорност за штету..., *op. cit.*, стр. 2174-2176.

¹⁰ Пак, *op. cit.*, стр. 2314.

¹¹ Видети: Петровић, *op. cit.*, стр. 16.

¹² Усвајању Директиве претходили су дуготрајни преговори. Наиме, први нацрт Директиве донесен је још 1974. године, предлог Директиве 1976. године, док је последња измена предлога била 1979. године.

¹³ Очување здравља, телесног и материјалног благостања у модерном, високо технократизованом друштву. Видети: Видети: Green Paper Liability for defective products, presented by Commission of the European Communities, Brussels, 28.07.1999, стр. 6, COM (1999.) 396 final (04. 9.2007).

¹⁴ Спречавање нелојалне конкуренције услед постојања различитих правила о одговорности у појединим националним правима и неутралисање утицаја тих разлика на иновације, истраживања и отварање нових радних места. Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op. cit.*

од производа са недостатком, спречавање нелојалне конкуренције и очување принципа једнаке заштите потрошача и слободног промета робе на заједничком тржишту.¹⁵ Директива регулише штете које производи са недостатком произведени у ЕУ или увезени у Унију узрокују потрошачима, односно другим особама услед смрти, телесних повреда или оштећења њихове приватне имовине.¹⁶

Потребно је нагласити да Директива представља само заједнички минимум комунитарних правила о одговорности за штету од производа са недостатком, остављајући могућност да се права оштећене особе просуђују не само према одредбама које она садржи, већ и према националном законодавству дотичне државе чланице ЕУ, уколико та правила дају већа права оштећеној особи. Тиме је у знатној мери жртвован један од циљева доношења Директиве, потпуна унификација правила о одговорности произвођача, и усвојен став да на националном нивоу паралелно могу важити два режима ове одговорности. То значи да се тужилац може одредити за један или други режим у зависности од тога који је од њих за њега повољнији (члан 13. Директиве). При томе, треба напоменути и то да веома значајну улогу у процесу хармонизације националних законодавастава са решењима садржаним у Директиви имају и тумачења европског Суда правде, која имају обавезну снагу за националне судове.¹⁷

Од момента усвајања Директиве до данас, све земље ЕУ донеле су или законе о заштити потрошача, који садрже одредбе о одговорности за штету од производа са недостатком, или посебне законе о одговорности за штету коју узрокује производ са недостатком. Директива је снажно утицала и на земље нечланице тако да се у прописима који су донети после њеног усвајања примећује значајна сличност у решавању основних питања везаних за ову врсту одговорности.¹⁸ Република Србија је ову материју регулисала посебним законом, Законом о одговорности произвођача ствари са недостатком.

III. Одговорност за штету од производа са недостатком у праву Републике Србије

Наш Закон о облигационим односима био је први правни пропис у Европи који је одговорност за штету од ствари са недостатком засебно

¹⁵ Helen Delaney - Rene van de Zande, A Guide to the EU Directive Concerning Liability for Defective Products, <http://ts.nist.gov/ts/htdocs/210/gsig/eu-guides/gcr-824/product-liability-guide-824.pdf> (10.10.2007).

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Марко Беванда, Грађанскоправна одговорност произвођача за штету изазвану недостатком на производу у праву БиХ и ЕУ, Мостар, 2004, стр.5, www.pravna.datoteka.hr/hrv/aktualno.asp (02.10.2007).

¹⁸ Пак, оп. cit., стр. 2316.

регулисао.¹⁹ Правна правила о тој одговорности садржана су у члану 179. Закона, у делу који је посвећен одговорности за штету од опасне ствари и опасне делатности.²⁰ Овај Закон не даје дефиницију одговорног лица, али из наслова за посебне одредбе садржане у члану 179. произилази да за штете од ствари са недостатком одговара њихов произвођач. Он је створио опасност штете, па треба да сноси и ризик њеног реализовања.²¹ Мерадаван тренутак за оцену да ли ствар има недостатак је тренутак њеног стављања у промет, а не тренутак настанка штете. Када се ради о основу одговорности, према јединственом ставу наше судске праксе и владајућем становишту наших теоретичара,²² за штете које су последица конструкционих²³ или фабричких недостатака²⁴ произвођач одговара по правилима објективне одговорности, без обзира на кривицу.²⁵ С друге стране, за штете које су последица инструкционих недостатака,²⁶ одговорност произвођача се темељи на кривици,²⁷ односно на пропуштању произвођача да предузме одговарајуће мере којима је могао спречити штету коју је могао предвидети.²⁸ Одговорност је, дакле, у овом случају ограничена само на предвидљиве штете. Према другим одредбама ЗОО, солидарно са произвођачем одговара и продавац ствари са недостатком, али само по основу кривице, ако је знао или је могао знати за недостатак ствари (члан 488 (3) ЗОО).

¹⁹ Јаков Радишић, Одговорност за штету коју узрокује ствар са недостатком, Правни живот, Бр. 1/1989, стр. 13.

²⁰ Чврсте темеље за законско регулисање овог института поставила је судска пракса бивше СФРЈ и пре доношења ЗОО-а, тиме што је у неким пресудама утврдила објективну одговорност произвођача, одговорност без обзира на кривицу. Видети, нпр.: Пресуду Врховног суда Хрватске, ж. 370/72 од 6. 11. 1973.

²¹ Видети: Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1660/00 од 10. 4. 2000. године.

²² Супротно, видети: Јакшић, ор. cit., стр. 64-69.

²³ Конструкциони недостатак постоји када је производ погрешног нацрта, производне формуле или карактеристика дизајна.

²⁴ Фабрички недостатак постоји када је производ направљен са недостатком. Недостаци обично настају због лошег избора сировина, лошег функционисања машина или разних пропуста радника.

²⁵ Ствар са недостатком има карактер опасне ствари па се и одговорност произвођача заснива на правилима одговорности без обзира на кривицу. Јаков Радишић, у Коментару Закона о облигационим односима, редактори: Слободан Перовић – Драгољуб Стојановић, књига прва, Г. Милановац - Крагујевац, 1980, стр. 412. Исто: Драгољуб Јанковић, Одговорност произвођача ствари са недостатком, Правни живот, Бр. 9-10/1992, стр. 1304.

²⁶ Инструкциони недостатак постоји када производ не садржи (или садржи, али неадекватно) упутство за употребу, упозорење на опасна својства или није упакован на безбедан начин.

²⁷ Видети: Радишић, ор. cit., стр. 412. Исто: Јакшић, ор. cit., стр. 64.

²⁸ Видети: Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3973/9 од 30. 9. 1997.

Закон о облигационим односима је, дакле, читаву ову област уредио само једним чланом, сажето и уопштено. Правила која су дата у свега једном члану закона су недовољно јасна, непрецизна, сиромашна и не одговарају савременом начину регулисања овог вида одговорности.²⁹ У циљу прилагођавања нашег законодавства савременим међународним стандардима и прописима Европске уније, 2005. године усвојен је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком. У образложењу Закона, као основни разлог његовог доношења наведена је потреба за усклађивањем домаћег законодавства са Директивом 85/374 ЕЕС о одговорности за производе, у циљу заштите потрошача установљавањем објективне одговорности произвођача за штету насталу од производа са недостатком. Законом се дефинишу појмови произвођача, производа, недостатка и штете и успоставља објективна одговорност произвођача,³⁰ а под одређеним условима и продавца производа са недостатком. Поред тога, предвиђа се и одговорност увозника производа са недостатком чиме се његов положај изједначава са положајем произвођача. Такође, прописују се и разлози искључења и ограничења одговорности произвођача. Прописани су и услови под којима оштећени има право на накнаду штете настале од производа са недостатком. Предвиђено је и да одговорност произвођача не може бити ограничена или искључена прописом или уговором као и да се одредбе овог Закона не примењују на одговорност за штету проузроковану нуклеарним удесима и обухваћену ратификованим међународним уговорима.

Имајући у виду да Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком не предвиђа престанак дејства члана 179. Закона о облигационим односима, у пракси се поставља питање односа овог Закона према одредбама ЗОО. По нашем мишљењу, тај однос треба посматрати као однос општег и посебног, и то на тај начин што је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком посебан закон (*lex specialis*), док је Закон о облигационим односима општи закон (*lex generalis*) који се примењује на она питања која нису другачије регулисана наведеним посебним законом.

У даљем излагању појединачно ћемо разматрати најважније елементе одговорности за штету од производа са недостатком, у покушају да утврдимо степен усаглашености Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком са решењима комунитарног права у овој материји.

²⁹ О непрецизности решења ЗОО из члана 179, видети: Јаков Радишић, Облигационо право, шесто, прерађено и допуњено издање, Београд, 2000, стр. 254.

³⁰ Треба напоменути да се образложењу Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком на неким местима истиче да је у питању објективна одговорност, а на другим да је реч о „некој врсти објективне одговорности“. Разлог за такву неодређеност вероватно можемо наћи у многобројним, Законом предвиђеним, разлозима искључења и ограничења одговорности.

IV. Појам одговорног лица

Према одредбама Директиве, за штету узроковану производом са недостатком одговоран је произвођач таквог производа (члан 1. Директиве). Произвођачем се сматра сваки учесник у процесу производње: произвођач готовог производа (финални произвођач), произвођач сировине и произвођач саставног дела, као и свако лице које себе означи као произвођача стављањем свог имена, заштитног знака или друге карактеристичне ознаке на производ (члан 3 (1) Директиве).³¹ Дакле, поред стварног произвођача одговара и квази-произвођач, тј. лице које себе представља као произвођача тиме што на производ ставља своје име, заштитни знак или друго дистинктивно обележје. Наиме, у савременој трговини уобичајена је појава да велика трговинска предузећа и робне куће продају робу под својим именом и без ознаке стварног порекла и тада одговарају као произвођачи.³²

У ситуацијама када штета потиче од производа са недостатком који је у Европску Унију увезен ради продаје или неког другог облика дистрибуције (нпр. изнајмљивања, давања у лизинг) одговорност, поред произвођача, сноси увозник (члан 3 (2) Директиве). Према члану 2 (2) енглеског Consumer Protection Act-а, под послом увоза у Унију подразумева се увоз из држава нечланица. Према правилима Consumer Protection Act-а, у ситуацијама када штета потиче од производа са недостатком који је произведен у држави нечланици Европске Уније и који је у Унију увезен ради продаје или неког другог облика дистрибуције одговорност, уместо произвођача, сноси увозник. С друге стране, за штету неће одговарати увозник производа са недостатком који је произведен у другој држави чланици Уније, већ ће одговарати произвођач таквог производа.³³

У случају да се произвођач не може идентификовати (ако производ не садржи податке о произвођачу), свако лице које врши снабдевање производом (supplier) има положај произвођача, осим ако у разумном року не обавести оштећеног о идентитету произвођача или лица које му је

³¹ Видети: Green Paper Liability for defective products..., op.cit., стр. 40.

³² Видети: Michael A. Jones, Textbook on TORTS, fourth edition, London, 1993, стр. 316. Исто: Радишић, Одговорност за штету..., op. cit., стр.18.

³³ Ради појашњења можемо се послужити следећим примером: увозник аутомобила са недостатком произведеног у Јапану одговараће за штету која потиче од таквог аутомобила. Али, за штету од аутомобила са недостатком произведеног у Француској неће бити одговоран увозник у другу државу чланицу Уније, већ само француски произвођач аутомобила. А ако је аутомобил са недостатком произведен у Јапану увезен у Француску, а потом из Француске у Енглеску, одговоран ће бити само увозник у Француску, али не и увозник у Енглеску. Видети: Jones, op. cit., стр. 316.

испоручило производ.³⁴ Исто правило важи и у случају кад увозни производ не садржи податке о увознику, иако производ садржи податке о произвођачу (члан 3 (3) Директиве).³⁵

Проширење круга лица која одговарају за штете од производа са недостатком (чији статус је практично изједначен са положајем произвођача јер одговарају заједнички и солидарно)³⁶, у великој мери побољшава положај потрошача имајући у виду да не постоји увек континуитет правне везе између произвођача и крајњег потрошача, као и да просторна и временска дистанца често онемогућавају потрошача да брзо и ефикасно оствари право на накнаду штете непосредно од произвођача.³⁷

Према правилима Директиве појам произвођача не укључује дизајнере и остала лица укључена у процесе који претходе производњи. Такође, према правилима Директиве не могу одговарати сервисери и складиштари.³⁸

Према одредбама Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком произвођач је свако лице које производи готове производе, сировине и саставне делове. Произвођачем се сматра и лице које се представља као произвођач стављањем свог имена, заштитног знака или другог обележавајућег знака на производ, као и лице које увози производ намењен продаји. Ако производ не садржи податке о произвођачу, продавац има положај произвођача, осим ако у разумном року не обавести оштећеног о идентитету произвођача, односно лица од кога је набавио производ. Ако увозни производ не садржи податке о увознику, продавац има положај произвођача, иако производ садржи податке о произвођачу (члан 2. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). Дакле, у погледу утврђивања појма одговорног лица Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком је у потпуности усаглашен са решењима Директиве.

V. Појам производа

Да би се применила правила о одговорности предвиђена Директивом, штета мора да потиче од ствари која се у смислу тих правила сматра производом. Под појмом производа, према Директиви, подразумевају се све индустријски направљене покретне ствари, чак и оне уграђене у другу

³⁴ Сваки комерцијални снабдевач се, дакле, може бранити идентификовањем лица које се у ланцу дистрибуције налази изнад њега. Yvan Markovits, *Le Directive C. C. E. Du juillet 1985 sur la responsabilite du fait des produits defectueux*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1990, стр. 143. Наведено према: Марија Караникић, Одговорност за штету од производа, *Правни живот*, 19/2003, стр. 720.

³⁵ Видети: *Green Paper Liability for defective products...*, *op.cit.*, стр. 40.

³⁶ Караникић, *op. cit.*, стр. 721.

³⁷ Пак, *op. cit.*, стр. 2320.

³⁸ Караникић, *op. cit.*

покретну ствар или непокретност (члан 2. Директиве). Непокретности, као што су земљиште, зграде и комплетна фабричка постројења, нису обухваћене овом одговорношћу. Тако, на пример, не одговарају по овом основу произвођачи кућа, мостова или фабричких постројења, али одговарају произвођачи цигала, цемента, челичних делова, шrafoва и сл.³⁹ Производом, у смислу Директиве, сматра се електрична енергија (као и вода, гас и топлотна енергија). Међутим, услуге не потпадају под појам ствари,⁴⁰ чак и када су отеловљене у неком производу, јер за њих одговара произвођач.⁴¹

Изворна верзија Директиве под појмом производа није подразумевала примарне пољопривредне производе, дивљач и нуклеарну енергију, с тим што је државама чланицама била остављена могућност да својим законодавством прошире појам производа у том смислу. Након кризе коју је у другој половини деведесетих година прошлог века изазвала епидемија тзв. „болести лудих крава“⁴² Директива је измењена 1999. године, управо у циљу проширења правила о одговорности садржаних у Директиви и на примарне пољопривредне производе и дивљач, као и на производе биотехнолошке индустрије (генетски модификовано семе и остали генетски модификовани организми – ГМО).⁴³ Иначе, под појмом примарних пољопривредних производа подразумевају се производи из земљишта, рибарски, сточарски и пчеларски производи, изузев пољопривредних производа који су прошли почетну обраду. Тај појам углавном се односи на робе и сировине пољопривредног порекла у свом природном, непрерађеном или незнатно прерађеном стању (нпр. житарице, млеко, јаја)⁴⁴, док се под појмом пољопривредних производа подразумевају углавном производи настали прерадом примарних пољопривредних производа и сировина (нпр. готова јела, конзервирано и смрзнуто воће и поврће и сл.).

Директива искључује из појма производа ствари које произвођач није наменио продаји или другом виду комерцијалног искоришћавања, нити их је произвео или дистрибуирао у оквиру своје редовне професионалне делатности. Производ нису ни пробни примерак, прототип или ствар

³⁹ Радишић, *op.cit.*, стр. 15.

⁴⁰ Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op.cit.*, стр. 42.

⁴¹ Радишић, *op.cit.*

⁴² Стручни назив ове болести је Bovine Spongiform Encephalopathy, а медицински назив њеног облика од кога обољевају људи је Creutzfeldt-Jakob Disease.

⁴³ Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999.

⁴⁴ Значајно је напоменути да се у неким ситуацијама јављају извесне дилеме по питању тумачења појма „почетне обраде“ пољопривредног производа. Тако се, на пример, поставља питање да ли је прскање житарица одговарајућим пестицидима (у складу са правилима пољопривредне струке) обухваћено тим појмом, или, да ли додавање хормона у сточну храну утиче да млеко, јаја итд. изгубе својство примарног пољопривредног производа? Видети: Jones, *op. cit.*, стр. 317.

намењена личној употреби. Произвођачи ових ствари могу бити позвани на одговорност према правилима националног одштетног права.

С друге стране, производ представља и ствар произведена у оквиру редовне професионалне делатности, чак и у ситуацијама када је та ствар уступљена без накнаде.⁴⁵

Наш Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком даје ужу дефиницију производа. У смислу овог Закона, производ је покретна ствар, одвојена или уграђена у другу покретну или непокретну ствар. Производом се сматра и свака произведена или сакупљена енергија за давање светлости, топлоте и кретања. Према правилима Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком основни (примарни) пољопривредни производи (производи из земљишта, сточарства и рибарства) не представљају производ (члан 3. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). Овакво решење несумњиво представља веома значајно одступање од правила садржаних у Директиви, нарочито ако се има у виду значај пољопривредне производње у привреди Републике Србије. С тим у вези мора се истаћи и један од основних циљева наше извозне политике, према коме наша земља претендује да у блиској будућности постане значајан извозник пољопривредних производа, између осталих, и на тржиште земаља чланица Европске Уније.

На крају, потребно је напоменути да се, и поред тога што је према досадашњим ставовима судске праксе појам производа врло широко тумачен, у савременим условима јављају дилеме и нејасноће у вези неких специфичних производа као што су: софтвер, отпад, употребљивани или прерађени производи, људска крв и деривати крви, човекови органи одвојени од тела итд.⁴⁶

VI. Недостатак производа

Дефинисање недостатка производа сматра се фундаменталним проблемом у области одговорности за производе.⁴⁷ На основу саме чињенице да је одређени производ узроковао штету не може се извући закључак да он има недостатак, већ то у сваком конкретном случају треба доказати.⁴⁸ Појам недостатка је, дакле, релативан. Наиме, може се десити да штету изазове и ствар која је без мане, којој ништа не недостаје. Међутим, опасност штете од таквих ствари креће се у границама друштвене толеранције, односно, примерена је људском очекивању. На

⁴⁵ Караникић, *op. cit.*, стр. 720.

⁴⁶ Немачки Закон о лековима из 1978. године људску крв и деривате крви дефинише као лекове, тј. производе.

⁴⁷ Пак, *op. cit.*, стр. 2317.

⁴⁸ Jones, *op. cit.*, стр. 317.

пример, отрови и алкохолна пића такође су потенцијално опасни јер прете штетом, али ипак не спадају у ствари са недостатком, јер је њихова опасност очекивана. Без недостатка је, дакле, ствар при чијој прописној и наменској употреби потрошач не може претрпети штету на својим осталим добрима.⁴⁹

Са друге стране, ствар са недостатком изазива опасност штете са којом се људи не мире, која је за њих неуобичајена. На пример, када одређено лице приликом куповине у продавници задобије тешку телесну повреду јер му је у руци експлодирала боца фабрички напуњена пивом.⁵⁰

Према Директиви, за процену да ли одређени производ има недостатак примењује се стандард „потрошачевих очекивања“ (Consumer expectation standard). Према овом стандарду, производ има недостатак ако не пружа сигурност у мери коју потрошач, с обзиром на све околности конкретног случаја, оправдано може да очекује (члан 6 (1) Директиве).⁵¹ При томе, релевантне околности су:

а) начин на који је производ презентован потрошачу, односно начин на који је производ рекламиран;

б) употреба производа која се разумно могла очекивати, с обзиром на његову намену. Није од значаја да ли је потрошач користио производ на разуман начин, већ да ли је разуман произвођач могао да предвиди да ће производ бити употребљен на начин на који је то учинио потрошач. На пример, произвођачи децјих играчки морају очекивати не само да ће се деца играти играчкама, већ и да ће их стављати у уста.⁵² У том смислу, на нивоу ЕУ, 2001. године прописан је стандард према коме сваки произвођач пластичних играчки и предмета за децу од истог материјала, мора на свој производ ставити упозорење да је он забрањен за децу млађу од 3 године;

в) време када је производ стављен у промет, што укључује два елемента. Прво, подразумева се да производ мора имати недостатак у тренутку у коме је стављен у промет. Производ се неће сматрати дефектним због тога што је похабан употребном, пошто потрошач који користи употребљивану ствар мора рачунати са њеном мањом сигурношћу него онај ко користи нов производ.⁵³ Друго, неће се сматрати да производ

⁴⁹ Петровић, *op.cit.*, стр. 38.

⁵⁰ Видети: Пресуду Врховног суда Србије, рев. 945/90, од 15.5.1991.

⁵¹ Сигурност се процењује објективно, према околностима конкретног случаја, а не само са становишта оштећеног лица. Не ради се, дакле, о томе шта потрошач генерално очекује, већ шта су потрошачи овлашћени да очекују. Хајрија Мујовић-Зорнић, Лекови с недостатком и одговорност за штету, Правни живот, Београд, 10/2003, стр. 112.

⁵² Радишић, *op.cit.*

⁵³ Jones, *op. cit.*, стр. 317.

има недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ (члан 6 (2) Директиве).⁵⁴ Нпр. чињеница да данас готово сви произвођачи аутомобила постављају безбедоносне појасеве и на задњим седиштима, не значи да је раније произведен аутомобил истог произвођача дефектан због тога што има појасеве само на предњим седиштима.⁵⁵

Еластично одређивање појма недостатка у Директиви, у теорији је изложено озбиљним критикама. Критике су нарочито изражене према стандардима „разумно очекивана употреба“ и „разумно очекивана сигурност“ производа, као недовољно прецизним за практичну примену, пошто суду остављају широка дискрециона овлашћења.⁵⁶

На скоро истоветан начин, недостатак производа, дефинише и Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, према коме недостатак постоји ако производ не обезбеђује сигурност која се с правом очекује с обзиром на све околности, укључујући и рекламу, сврху којој је намењен и време када је стављен у промет. Закон прописује и да се производ неће сматрати дефектним само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ (члан 4. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). У овом погледу Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком је, дакле, у потпуности усклађен са правилима Директиве.

VII. Основ одговорности

Директивом је предвиђена објективна одговорност произвођача за штету коју узрокује његов производ, тј. одговорност без обзира на кривицу. Оштећени као тужилац дужан је да докаже да је претрпео штету, недостатак производа и узрочну везу између недостатка и штете (члан 4. Директиве).⁵⁷ Када је више лица одговорно за исту штету, Директива прописује њихову солидарну одговорност према оштећеном. Солидарно одговорна лица се касније могу међу собом регресирати, уколико је то могуће по правилима националног права. Директива не уређује расподелу одговорности међу солидарно одговорним учесницима у ланцу производње и дистрибуције.⁵⁸

Међутим, Директивом су предвиђени многобројни разлози искључења и ограничења одговорности који доводе у питање строгост одговорности

⁵⁴ Видети: A Guide to the EU Directive Concerning Liability for Defective Products, 2001, http://ts.nist.gov/ts/ht_docs/210/gsig/eu-guides/gcr-824/product-liability-guide-824.pdf (18.2.2008).

⁵⁵ Видети: Jones, op. cit., стр. 318.

⁵⁶ Вукадиновић, op. cit., стр. 2182.

⁵⁷ Helen Delaney-Rene van de Zande, op.cit.

⁵⁸ Караникић, op. cit.

произвођача.⁵⁹ Наиме, поред класичних разлога искључења или ограничења одговорности произвођача (виша сила – након стављања производа у промет, радња оштећене особе или особе за коју она одговара која је изазвала или допринела настанку штете, радња треће особе која је искључиво узроковала штету), Директива предвиђа да произвођач неће одговорати ако успе да докаже да:

- 1) није ставио производ у промет;
- 2) с обзиром на околности случаја, недостатак вероватно није постојао у тренутку стављања производа у промет или да је недостатак настао касније;
- 3) производ није био намењен продаји, неком другом облику дистрибуције, нити је произведен у оквиру професионалне делатности;
- 4) је недостатак последица поштовања принудних прописа о начину израде производа;
- 5) степен научно-техничког развоја у тренутку стављања производа у промет није био такав да је омогућавао откривање постојања недостатка, тзв. одбрана развојним ризиком; или
- 6) је произвођач саставног дела, а да је недостатак на том делу производа последица његовог уклапања у производ или инструкција добијених од финалног произвођача (члан 7. Директиве).⁶⁰

Под истим условима као и Директива, Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком установљава објективну одговорност произвођача за штету од производа са недостатком (члан 7. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). По правилима објективне одговорности штету ће надокнадити и продавац, односно увозник производа са недостатком, у ситуацијама када је њихов статус у практичним последицама изједначен са положајем произвођача. Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком је у потпуности усаглашен са Директивом и у погледу утврђивања разлога који омогућавају искључење или ограничење одговорности произвођача (члан 8. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). Такође, када је више лица одговорно за исту штету, Закон, као и Директива, прописује њихову солидарну одговорност према оштећеном (члан 9. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком).

VIII. Појам штете

Директива о одговорности за производе под појмом штете подразумева:

⁵⁹ Беванда, *op.cit.*, стр.5.

⁶⁰ Green Paper Liability for defective products..., *op. cit.*, стр. 41.

а) штете узроковане смрћу или телесном повредом (члан 9. Директиве). Иако производи са недостатком могу бити узрок разних штета, чињеница је да су од највећег социјалног значаја материјалне штете због смрти, телесне повреде или оштећења здравља неког лица;⁶¹

б) штете због уништења или оштећења других ствари, намењених и углавном коришћених за приватне потребе или потрошњу, а чији износ није мањи од 500 ECU-а (сада 500 евра) (члан 9. Директиве).

Накнадом није обухваћена штета на самом производу (надокнађује се само на основу уговорне одговорности), као ни штета на тзв. комерцијалној имовини (имовина намењена обављању професионалне делатности). То практично значи да се као оштећени не могу јавити правна лица, већ само физичка лица, као потрошачи који су претрпели штету.⁶² Правила садржана у Директиви ограничена су само на накнаду материјалне штете, док су за питање накнаде нематеријалне штете меродавни општи прописи о одговорности за штету сваке државе чланице Уније.⁶³ Чак и када је производ са недостатком изазвао телесну повреду, оштећени по основу одговорности за штету од производа са недостатком може захтевати само накнаду оних издатака које је имао у вези са лечењем и опоравком, али нема право на накнаду штете због претрпљеног физичког или психичког бола и страха.⁶⁴

Према Директиви, надокнађује се само стварна штета (*damnum emergens*), не и измакла добит (*lucrum cessans*).⁶⁵ Захтеви за накнаду измакле добити решаваће се према националним правима.

Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком појам штете дефинише као и Директива (члан 8. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком), с тим што од ње одступа у том смислу што не предвиђа доњу границу финансијске одговорности произвођача. Иначе, доња граница одговорности произвођача (за штете узроковане на личној имовини изнад 500 евра) предвиђена је Директивом у циљу избегавања парницења за релативно безначајне износе (тзв. багателне штете), јер би трошкови парницења у таквим случајевима и за произвођаче и за потрошаче били несразмерно високи у односу на штету.⁶⁶

Директива оставља могућност државама чланицама да својим унутрашњим прописима предвиде и горњу границу финансијске

⁶¹ Пак, *op. cit.*, стр. 2321.

⁶² Пак, *op. cit.*, стр. 2322.

⁶³ Вукадиновић, *op. cit.*, стр. 2179. Исто: Пак, *op. cit.*, стр. 2321.

⁶⁴ Вукадиновић, *op. cit.*, стр. 2182.

⁶⁵ Вукадиновић, *op. cit.*

⁶⁶ Видети: Helen Delaney-Rene van de Zande, *op.cit.*

одговорности произвођача. За њу је релевантан члан 16. Директиве,⁶⁷ у којем је прописано да свака држава чланица може одговорност произвођача за штете због смрти или телесне повреде, које су узроковане идентичним производима са истим недостатком, ограничити до износа који не може бити мањи од 70 милиона ECU-а (сада 70 милиона евра).⁶⁸ Ова могућност до сада је искоришћена само у три државе чланице Уније (Немачка, Португал и Шпанија).⁶⁹

Аргумент који је истицан приликом усвајања Директиве био је да је горња граница одговорности произвођача у овом износу довољна за покриће штета, чак и у најкатастрофалнијим случајевима који су се тада могли замислити. Међутим, треба имати у виду да у једном несрећном случају може бити повређен велики број људи и да њихови захтеви за накнаду штете пређу ограничење од 70 милиона евра. Уколико су захтеви постављени у исто време, могућа је пропорционална накнада. Међутим, уколико се захтеви постављају сукцесивно током дужег временског периода, може се десити да поједини оштећени добију само део накнаде или да је уопште не добију.⁷⁰ Наиме, оштећени који је захтев поставио након осталих може остати без накнаде. Неправично би било дозволити да оштећени који није крив за штету од производа са недостатком добије неодговарајућу накнаду или да остане без ње због квантитативног ограничења одговорности произвођача. За овакве ситуације предлаже се стварање посебних компензационих фондова (нарочито за фармацеутске производе),⁷¹ који би представљали осигурање за оштећене особе да ће им штета бити надокнађена.⁷² Компензациона средства била би осигурана јавним финансирањем или финансирањем од стране произвођача истог производног сектора (нпр. средства за фонд фармацеутске индустрије осигурали би произвођачи фармацеутских производа).⁷³

Логично је да произвођач треба да сноси одговорност за накнаду штете од производа са недостатком јер он има и највише користи од

⁶⁷ Овом одредбом се штите интереси произвођача који би суочени са великим бројем одштетних захтева код тзв. масовних штета вероватно доживели економску пропаст. Одредба несумњиво представља победу прагматизма над традиционалним принципом европских правних система, према коме је штетник дужан да накнади укупну штету. Караникић, *op. cit.*, стр. 720.

⁶⁸ Helen Delaney-Rene van de Zande, *op.cit.*

⁶⁹ Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op.cit.*

⁷⁰ Беванда, *op.cit.*, стр. 9.

⁷¹ Овакви компензациони фондови установљени су у Финској и Шведској. Видети: Malcolm Brahams, No fault in Finland: paying patients and drug victims, *New law journal*, 1988, стр. 678.

⁷² Петровић, *op.cit.*, стр. 79.

⁷³ Беванда, *op.cit.*, стр. 9.

производње и стављања производа у промет. Међутим, у одређеним ситуацијама неопходна је и интервенција државе. Наиме, код штета великих размера, произвођачи често нису у стању да поднесу ризик таквих штета, нити је осигурање у стању да те штете покрије. Због тога се у таквим ситуацијама оснивају јавни фондови у циљу помоћи оштећеним особама. То се догодило у неким државама ЕУ (Француска, Шпанија, Данска итд.) у случају заразе вирусом ХИВ-а, али и у другим случајевима.⁷⁴

Из наведеног произилази да је питање квантитативних ограничења одговорности произвођача још једно у погледу кога Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком одступа од решења усвојених у Директиви, јер он не предвиђа ни горњу, ни доњу границу одговорности произвођача. С обзиром да ни Закон о облигационим односима не предвиђа таква ограничења, може се закључити да се у нашем праву одговорност произвођача односи на насталу материјалну штету у њеном укупном износу.

IX. Проблем доказивања узрочне везе између производа са недостатком и претрпљене штете

Као што је већ напоменуто, да би оштећени остварио право на накнаду, треба да докаже:

1. да је претрпео штету,
2. да производ има одређени недостатак који се приписује произвођачу, и
3. да је тај недостатак узрок штете (члан 4. Директиве).⁷⁵

У области одговорности произвођача за штету од ствари са недостатком, доказивање узрочне везе између производа са недостатком и претрпљене штете је нужан услов (*conditio sine qua non*) одговорности произвођача и несумњиво је једно од најосетљивијих питања. У одређеним случајевима узрочну везу је веома тешко доказати. Разлог за то може бити техничка сложеност производа, високи трошкови вештачења, физички нестанак производа са недостатком (нпр. хране) итд.⁷⁶

Начело правичности, тежина и специфичност доказивања узрочности између недостатка производа и претрпљене штете захтевају да се испита могућност олакшања доказивања узрочне везе. У том смислу, предлаже се неколико могућности:

Произвођач би могао одговарати за штету не само онда када је доказано да штета потиче од његовог производа, већ и онда када постоји

⁷⁴ Видети: Green Paper Liability for defective products..., op.cit.

⁷⁵ Helen Delaney-Rene van de Zande, op.cit.

⁷⁶ Беванда, op.cit., стр. 8.

велики степен вероватноће да је штету узроковао управо његов производ. Оваква доказна олакшица у корист оштећене особе могла би се применити онда када је узрокована штета типична и вероватно настала од производа са недостатком, узимајући у обзир редован ток ствари и постојеће животно искуство.⁷⁷

Да се установи обавеза произвођача да предочи сва документа и информације које се односе на конкретан случај.⁷⁸

Да се пружи могућност суду да обавезе произвођача да предујми трошкове вештачења у доказном поступку, под условом да оштећени надокнади те трошкове, заједно са каматом у случају неуспеха.⁷⁹

Специфичан проблем у погледу доказивања узрочне везе постоји и приликом утврђивања стварног произвођача у случају када се на једном одређеном тржишту појави више произвођача са једним истим производом. На пример, лек који по лиценци производи неколико фармацеутских компанија. Тако, могућа је ситуација да оштећени докаже штету, недостатак производа и узрочну везу, али не може са сигурношћу да идентификује стварног произвођача. За решење оваквих ситуација у америчком праву је, у циљу заштите потрошача, у судској пракси створена тзв. теорија тржишног удела (*market share liability*). Према тој теорији, произвођачи одређеног производа би били одговорни за део штете нанете потрошачу тим производом сразмерно величини удела коју поједини произвођач има на релевантном тржишту.⁸⁰

Потрошачи ретко имају знање, искуство, финансијска и техничка средства потребна за доказивање недостатка производа, посебно у случају технички веома сложених производа. Са друге стране, произвођачи имају далеко већа средства помоћу којих могу доказати непостојање грешке на производу. Управо због тих разлога, у литератури се предлаже да би терет доказивања постојања недостатка и узрочне везе између тог недостатка и претрпљене штете требало пребацити на произвођача. Међутим, овакви предлози (обртање терета доказивања) наишли су на опште критике произвођача, који тврде да би то изазвало поплаву тужби, јер би сама тврдња оштећеног да је претрпео штету повлачила за собом одговорност, и могла би охрабрити неутемељене и лажне захтеве.

Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком такође нормира да оштећени има право на накнаду штете ако докаже да је претрпео штету, да производ има недостатак и да постоји узрочна веза између производа са недостатком и претрпљене штете (члан 6. Закона о

⁷⁷ Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op.cit.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Тибор Таити, Безбедност производа и одговорност за производ, Избор судске праксе, бр. 6/2004, стр. 24.

одговорности произвођача ствари са недостатком). Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, дакле, и ово питање регулише на истоветан начин као и Директива.

Директивом су предвиђени и рокови у којима оштећени може остварити право на накнаду. Захтев за накнаду штете застарева за 3 године од дана кад је оштећени сазнао или могао сазнати за штету, недостатак производа и идентитет произвођача - субјективни рок (statut of limitation). У сваком случају, потраживање застарева у року од 10 година од стављања у промет производа који је узроковао штету - објективни рок од 10 (statut of respose),⁸¹ осим ако је оштећени у међувремену покренуо судски поступак против произвођача. У погледу прекида и застоја застарелости примењују се одредбе националног права државе чланице (члан 10. Директиве).⁸²

С обзиром на овакво решење Директиве, у пракси се може десити да један оштећени оствари право на накнаду услед чињенице што је штету од производа са недостатком претрпео у року од 10 година од тренутка стављања производа у промет, а други оштећени не може остварити то право само зато што је штету претрпео након 10 година.

Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком предвиђа исте рокове застарелости као и Директива (члан 10. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). Питање временског ограничења одговорности произвођача за штету од производа са недостатком је још једно, у погледу кога је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком у потпуности усаглашен са решењем Директиве.

X. Опасности развоја (Development risk)

У савременом свету кога карактерише изузетно висок ниво технолошке развијености, посебан проблем представљају недостаци обухваћени појмом тзв. опасности развоја. Наиме, савремени технички развој омогућује производњу изузетно сложених производа, чији се ефекти дугорочно не могу предвидети са стопроцентном сигурношћу. Може се догодити да добро конструисан, без грешке направљен и са подробним инструкцијама снабдевен производ ипак изазове штету код потрошача. Такав производ садржи потенцијални ризик штете који се назива опасност развоја или ризик развоја (development risk). На пример, лек који је уредно тестиран тек након неколико година од момента његовог стављања у промет, испољи своје канцерогено дејство и доведе до оштећења здравља потрошача иако са тим, према сазнању медицинске

⁸¹ Дакле, у оквиру објективног рока на снази је претпоставка одговорности на терет произвођача.

⁸² Видети: Green Paper Liability for defective products..., op.cit, стр. 41.

науке и фармакологије, у тренутку стављања у промет нико није рачунао, нити је могао рачунати.

Директива предвиђа могућност да се произвођач ослободи одговорности, и поред тога што је оштећени доказао постојање недостатка, штете и узрочне везе, на тај начин што ће доказати да је степен научно-техничког, односно технолошког развоја, у моменту стављања производа у промет био такав да се постојања недостатка није могло открити (члан 7 (е) Директиве).⁸³ Дозвољена је одбрана позивањем на ризике развоја (тзв. одбрана развојним ризиком - *development risk defense*). При томе, не узима се у обзир степен научно-техничког развоја о којем је произвођач субјективно био или могао бити информисан, већ објективни степен технолошког развоја, укључујући највећи степен развоја, за који се претпоставља да је произвођач о њему био информисан у тренутку стављања конкретног производа у промет. За искључење одговорности је потребно да постоји апсолутна објективна немогућност откривања недостатка на производу, тј. произвођач се не може ослободити одговорности доказујући да из неког оправданог или неоправданог разлога није био упознат са степеном научног и техничког развоја у свету, и да због тога није био у стању да открије недостатак у моменту стављања производа у промет.⁸⁴

Одредбом члана 7 (е) Директиве сви ризици везани за развој и увођење нових производа пребачени су на потрошаче. Управо због тога она представља једну од најконтраверзнијих одредаба Директиве. У време када је Директива припремана, главно питање око кога се расправљало и око кога су постојала потпуно супротстављена гледишта, било је питање ризика развоја.

С обзиром на то да је основни циљ Директиве заштита потрошача од производа са недостатком, потрошачи оправдано истичу да би произвођачи новоразвијених производа који уживају конкурентну предност употребе нових технологија и који могу извући огроман профит након њиховог стављања у промет, требало да преузму и одговорност у случају да се ти производи покажу неисправним. Са друге стране, произвођачи истичу да је пребацивање опасности развоја на њих исувише тежак терет и да би се оно лоше одразило на иновације и стављање у промет нових производа (посебно фармацеутских) и сигурно би успорило технички напредак, нарочито због тога што непредвидљива штета може бити огромна (нпр. дејства лека могу бити повреде тела, смрт). Да би се помирили супротстављени интереси произвођача и потрошача, могућност одбране позивањем на ризике развоја унета је у Директиву, али је чланом 15 (1) изричито предвиђено да свака држава чланица може дерогирати

⁸³ Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op.cit.*, стр. 41.

⁸⁴ Беванда, *op.cit.*, 11.

одредбу члана 7 (е), односно искључити могућност ослобађања од одговорности.⁸⁵ Како сада стоје ствари, већина држава чланица ЕУ прихватила је политику фаворизовања индустрије, односно прихватила је могућност одбране позивањем на ризике развоја. Одговорност за ризике развоја прихваћена је генерално само у Луксембургу и Финској, у Немачкој само за лекове, у Шпанији за лекове и прехранбене производе, а у Француској за производе који потичу од људског тела.⁸⁶

Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, као и већина законодавних решења земаља Европе предвиђа на страни туженог произвођача могућност одбране позивањем на ризике развоја (члан 8. Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком). Ово је још једно од питања у погледу кога је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком у потпуности усаглашен са Директивом.

XI. Закључак

Постојање различитих основа одговорности за штету од производа са недостатком у државама чланицама Европске Економске Заједнице (данас Европска Унија) наметнуло је потребу доношења уједначаних правила о одговорности. Неколико сензационалних случајева повреде здравља и смрти већег броја лица од производа са недостатком, који су скренули пажњу јавности развијених земаља на проблем опасности од дефектних производа, само су убрзали процес хармонизације правних решења држава чланица у овој материји. Овакво стање ствари резултирало је 1985. године доношењем Директиве 85/ 374/ ЕЕС о одговорности за производе. Директива садржи правила која су се искристалисала у дугогодишњој судској пракси европских земаља, а њено усвајање представља један од најзначајнијих подухвата европског законодавца у области грађанског права. У циљу усклађивања нашег законодавства са Директивом о одговорности за производе, 2005. године усвојен је Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком. Упореди ли се та два прописа, може се закључити да су решења Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком у високом степену усаглашена и базирана на решењима Директиве. Чињеница је, ипак, да постоје и веома битна одступања. Прво, правила о одговорности садржана у овом Закону не односе на примарне пољопривредне производе, што несумњиво представља веома значајно одступање од правила садржаних у Директиви, нарочито ако се има у виду значај пољопривредне производње у привреди Републике Србије. Друго одступање је по питању квантитативних ограничења одговорности произвођача јер Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком

⁸⁵ Helen Delaney - Rene van de Zande, *op.cit.*

⁸⁶ Видети: Green Paper Liability for defective products..., *op.cit.*, стр. 25.

не предвиђа ни горњу, ни доњу границу одговорности произвођача. С обзиром да ни Закон о облигационим односима не предвиђа таква ограничења, може се закључити да се у нашем праву одговорност произвођача односи на насталу материјалну штету у њеном укупном износу.

*Zoran Vukovic,
an assistant*

HARMONISATION OF THE LAW ON LIABILITY OF THE PRODUCERS OF THINGS WITH DEFECT IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH EU DIRECTIVE 85/ 374/ EEC ON LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS

Considering the level of our society's development, some of the regulations of the Law of Obligation, that regulates liability of the producer of defected goods, doesn't satisfy not quantitative or qualitative standards. For the purpose of the harmonizing our jurisdiction with modern international standards, and EU regulations as well, in the year of 2005. the Law on liability of the producers of the things with defect was adopted.

One of the main goals of this Law was synchronizing our jurisdiction with EU Directive 85/ 374/ EEC on liability for defective products. If we compare those two legal documents, we can conclude that there is a great level of harmonisation between them. However, there is the fact that there is very significant exceptions, because rules about liability of our Law doesn't refer to the primary agricultural products and they doesn't predict quantitative limitations on producers liability.

Одељак VI

Међународно право

*Др Радован Д. Вукадиновић,
редовни професор*

**UDK: 342.4(4-672EU)
341.176(4-672EU)
339.923:061.1EC**

СТАРО ВИНО У МЕШИНЕ НОВЕ - УСТАВ ЕВРОПЕ И ЛИСАБОНСКИ УГОВОР

Уводне напомене

Када је 2005. године, после француског и холандског одбијања ратификације предлога Уговора о уставу за Европу и Велика Британија најавила негативни исход изјашњавања, поступак ратификације је обустављен јер је постало јасно да устав никада неће ступити на снагу. Ради узимања предаха од, и поред неких ранијих најава, ипак, неочекиваног неуспеха и превазилажења настале ситуације, Европски савет је одобрио тзв. време за размишљање (*Reflection period*), у трајању не мањем од две године. При крају овог рока, као што је неочекивано дошло до кризе у ратификацији предлога Устава за Европу, тако је неочекивано брзо, средином 2007. године понуђен и излаз из ње у форми новог Реформског уговора који је касније преименован у Лисабонски уговор. Томе је претходила активност Немачке која је као председавајући Европским саветом у првој половини 2007. године искористила прилику да већ у Берлинској декларацији¹ наговести Унију на новим заједничким основама, чија је основна решења изнела после прославе 50. годишњице постојања Европске заједнице² и 15 година од оснивања Европске уније³, у јуну исте године, у извештају поднетом Европском савету⁴ о даљем развоју Европске уније.⁵ На основу овог извештаја Савет је дао мандат и оквир Португалији, као новом председавајућем Европског савета, да

¹ Берлинска декларација о Унији на новим заједничким основама. Вид http://www.eu2007.de/de/News/download_docs/Maerz/0324-RAA/English.pdf.

² Европска економска заједница је основана Уговором о оснивању потписаним у Риму 1957. године.

³ Европска унија је основана Уговором о оснивању који је потписан 1992. године у Мастрихту.

⁴ Европски савет чине шефови влада или држава чланица и председник Европске Комисије. Вид. закључке ЕС, под насловом "Процес реформи уговора", на: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf

⁵ [http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20\(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Pursuing%20the%20treaty%20reform%20process.pdf](http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Pursuing%20the%20treaty%20reform%20process.pdf)

сазове нову Међувладине конференције (у даљем тексту "МК") у чијим оквирима је настављен рад на формулисању новог реформског уговора који је након усвајања означен као Лисабонски уговор.

1. Рад на усвајању Лисабонског уговора

Након сазивања у складу са одредбама члана 48. Уговора о Европској унији, Међувладине конференција је радила на два нивоа: министарском нивоу и на нивоу правних експерата и већ у другој половини јуна је сачинила почетни предлог који је Европски савет, усвојио на састанку одржаном од 21. до 22. јуна 2007. године. Текст реформског уговора је након серије преговора и техничке и језичке редакције поново разматран у другој половини октобра и у том облику је упућен новој Међувладиној конференцији на коначно усвајање. Текст је усвојен на Међувладиној конференцији одржаној од 13. до 14. децембра 2007. године у Лисабону,⁶ у доста мирној атмосфери која је одударала од неких ранијих "ноћи дугих ножева,"⁷ па је у складу са ранијом праксом овај споразум назван Лисабонским споразумом. Интересантно је да се рад на реформском уговору одвијао не на основу широких консултације већ, пре свега, на основу билатералних и углавном тајних разговора са државама чланицама и њиховим службеницима (тзв. *'sherpas'* или *'focal points'* метод)⁸ и на основу мишљења која су доставили органи Заједнице и државе чланице.

1.1. Став Комисије

У свом мишљењу о реформисаној Европи у 21. веку,⁹ Комисија је пошла од тога да су у 21. веку и Европа и свет промењени и да Европска унија мора пратити и одговорити на такве промене. Суштина ових промена се може сажети у настојању Комисије за "више демократском и транспарентнијом Европом," за "ефективнијом Европом," "Европом права и вредности, солидарности и сигурности" и "Европом као учесником на глобалној сцени."

⁶ На Конференцији се практично расправљало само о оним питањима о којима претходно није већ била постигнута сагласност: о дефиницији нове квалификоване већине (јер Пољска није била задовољна ранијим и понуђеним решењем) и о opt-outs/opt-ins клаузули (на којима су инсистирале Велика Британија и Ирска).

⁷ М. Hoereth and J. Sonnicksen, Making and Breaking Promises, Discussion Paper, C 181, 2008, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, стр. 3.

⁸ Шерпасима су сматрани представници Европског парламента.

⁹ Communication from the Commission to the Council, Reforming Europe for the 21 st Century, COM (2007) 412 final

У односу на ранији предлог Устава, Комисија није била спремна да се одрекне његових основних решења. Црвену линију, преко које, није хтела да пређе су оличавали комунитарни метод одлучивања на нивоу ЕУ, веће коришћење квалификованог начина одлучивања, одрицање од права на национални вето и очување јединственог тржишта.

1.2. Став Европског парламента

У свом извештају ка уставним променама,¹⁰ Европски парламент (у даљем тексту ЕП) је инсистирао да се задрже сви основни принципи садржани у првом делу Устава за Европу што обухвата задржавање свих достигнутих вредности и признавање обавезујуће снаге Повеље о људским правима. То практично значи признавање оних достигнућа у обиму и на нивоу на коме су била призната на МК из 2004. године. Осим, тога, Парламент се заложио и да се на МК у 2007. години размотре нека од кључних питања о којима је расправљано у "периоду размишљања", као што су: одрживи развој, климатске промене, солидарност у снабдевању енергијом, развој миграционе политике или промовисање европског социјалног модела у контексту глобализације и борбе против тероризма. У погледу временске динамике, Парламент је сматрао да би договорене промене требало комплетирати до краја 2008. године тако да би након парламентарних избора у 2009. години нови сазив ЕП требало да ради према новом измењеном уговору.

Поред мишљења која су дали Европска комисија и Европски парламент, своје виђење су изнеле и друге организације и истакнути појединци,¹¹ "пријатељи устава"¹² као и поједине државе чланице.

1.3. Ставови држава чланица

Око обима и карактера реформи које би требало да обухвати реформски уговор, мишљења држава чланица су се, као и много пута пре

¹⁰ У питању је Crespo/Brok-ов извештај, усвојен 21. маја 2007. Вид. <http://www.europarl.europa.eu/oel/file.jsp?id=5478952>

¹¹ Вид. на пример извештај тзв. групе мудрих људи (ACED), коју је организовао бивши италијански потпредседник Конвенције Guilano Amato. Предлог новог Уговора и пратећих протокола ове групе вид. на ACED *A New Treaty and Supplementary Protocols* Explanatory Memorandum, 4 June 2007, http://www.eui.eu/RSCAS/e-texts/ACED2007_NewTreatyMemorandum-04_06.pdf

¹² У питању је група формирана одлуком између шпанске и луксембуршке владе на министарском нивоу, [http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Constitution/spanish %20ministry%20FA_Amigos_TC_Puntos_EN_DEFINITIVO.doc](http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Constitution/spanish%20ministry%20FA_Amigos_TC_Puntos_EN_DEFINITIVO.doc)

тога, знатно разликовала. Једна група држава чланица је сматрала да је понуђени текст прихватљив за ратификацију са мањим¹³ или већим изменама.¹⁴ Друге чланице су се залагале за радикалне измене и инсистирале су да се из постојећег текста изоставе поједини суштински делови који су подсећали на устав, као што су они о правном статусу Повеље о људским правима, јединственом правном субјективитету ЕУ, примату комунитарног права, квалификованом одлучивање у питањима полицијске и судске сарадње, док је Велика Британија посебно инсистирала да се брише његово означавање као "устава."

2. Остварени резултати

2.1. Задаци и очекивања од Лисабонског уговора.

Према мандату који је Европски савет дао Међувладиној конференцији постојеће оснивачке уговоре о Европској заједници и Европској унији је требало изменити тако да не добију конституционални карактер, а да омогуће остваривање два задатка:

- а) бољу ефикасност и демократски легитимитет Уније, и
- б) већу кохерентност Уније у спољним активностима.

а) Унија одговорнија својим грађанима

Без обзира што су променама извршеним у Уговору из Нице створени институционални услови за даље ширење Уније, истовремени пријем десет држава је показао да извршене промене нису довољне да обезбеде потпуну ефикасност Заједнице/Уније, посебно у условима када процес ширења није окончан. Стога је искоришћена и ова прилика да се са једне стране, створи институционални оквири за пријем нових држава, али и, са друге стране, да се учини лакшим функционисање проширене Уније. Док је први задатак углавном остварен изменама одредби о саставу основних органа Уније, дотле је за други задатак требало променити начин одлучивања тако да се повећа број питања о којима ће се одлучивати или обичном или квалификованом већином на рачун једногласног одлучивања. Поред тога, Уговором је уведено нови систем већинског гласања у Савету министара, тако да ће се у будуће поред постојећег система гласања који био познат као "систем квалификоване већине" користити и нови систем "дупле већине". Према новом систему ће се за одлуке тражити да гласа најмање 55% од укупног броја држава чланица (тренутно их има 27), али које представљају најмање 65% становника од укупног броја становника у

¹³ Немачка, Белгија, Италија, Шпанија.

¹⁴ На пример Пољска и Чешка.

свим државама чланицама. Овакав систем ће се примењивати од 2014. године, са прелазним периодом до 2017. године.

Што се тиче захтева да се обезбеди већи демократски легитимитет Уније, о њему се може говорити у формалном и у суштинском смислу. У формалном смислу се одговорност политичке заједнице према грађанима као *demosu*, обично везује за постојање устава. У том смислу је учињен покушај да Унија добије свој устав, макар он био назван и "Уговором о Уставу за Европу." Неуспех са његовим усвајањем, међутим, у садржинском смислу не би требало схватити нити да је пре тога Европска заједница функционисала без поштовања принципа комунитарне уставности и законитости, нити да би само усвајање Устава Заједницу учинило друштвом заснованом на владавини права и демократски одговорним друштвом. Без обзира што нови Лисабонски уговор није означен ни уставним ни револуционарним, он ипак ствара институционалне претпоставке да нова Унија буде одговорнија и државама чланицама и грађанима тиме што је предвидео већу улогу грађана у процесу одлучивања и контроли активности Уније, посебно код усвајања легислативних аката, који ће бити предмет појачаног и дуплог парламентарног надзора (националних и Европског парламента).¹⁵ Националним парламентима су дата већа овлашћења у процесу усвајања комунитарних прописа, па су органи Уније обавезани да их обавештавају о нацртима прописа, а они ће процењивати да ли су у складу са принципом супсидијарности и пропорционалности, који су доста растегљиви. Ако једна трећина националних парламената буде сматрала да предложени нацрт није у складу са овим принципима то ће практично значити "жути картон" Комисији којој ће текст бити враћен на поновно разматрање. Комисија ће добити оранж картон у случају када већина националних парламената стави примедбе на предложени нацрт легислативног акта, а те примедбе прихвате националне владе или то прихвати Европски парламент.

У циљу остваривања веће ефикасности, предвиђено је смањење броја комесара у Комисији тако да ће од 2014. године само две трећине држава чланица имати своје представнике у овом телу. Преостала трећина ће чекати на ред да буду представљене својим комесаром у овом врло значајном органу Уније.

Осим тога, повећан је број области и политика Уније у којима ће се за доношење законодавних аката захтевати сагласност Европског парламента, поред сагласности Савета, што је према садашњој терминологији било познато као процес "коодлучивања."

¹⁵ Опширније вид. Report on the Treaty of Lisbon, Committee on Constitutional Affairs Rapporteurs: Richard Corbett and Inigo Mendez de Vigo, A6-0013/2008, од 29. 01. 2008, стр. 8. и даље.

б) Веће јединство Уније у спољним активностима

Замишљено је да веће јединство Уније буде остварено профилисањем јаснијег статуса Уније и заузимањем боље позиције у међународним односима. С обзиром да се Унија сваком изменом оснивачких уговора све више трансформисала и обликовала у политичку организацију, било је потребно омогућити неопходне услове и инструменте за њено "доказивање на међународној сцени". У том смислу се као основно, поставило питање јасног дефинисања њеног правног субјективитета и односа према постојећим заједницама, посебно према Европској заједници, а затим и начина наступања у међународним односима. У погледу правног субјективитета, досадашња недефинисана позиција Уније која је изазивала бројне дилеме и различита тумачења,¹⁶ је дефинитивно прекинута уношењем одредбе којом је на недвосмислени начин Унији признато својство правног лица чиме су створене неопходне правне претпоставке за легално наступање и у међународним односима и у односима према државама чланицама. Поред тога, постојећи Уговор о Европској заједници ће бити преименован у "Уговор о функционисању Европске уније" (*Treaty on the Functioning of the EU*), док је Уговор о Европској унији задржао свој назив. Оба уговора ће чинити Уговоре на којима је Унија заснована, али ће Унија заменити и наследити Европску заједницу са јединственим правним субјективитетом. Међутим, ни нова Европска унија неће, као ни остале међународне организације, бити члан УН нити ће у њима имати посебно место, укључујући и место у Савету безбедности.

У погледу начина наступања у међународним односима, Уговором је уведен стални Председник Европског савета кога ће постављати националне владе на период од две и по године, а који ће заменити постојећи систем у коме се председник ротирао сваких шест месеци. Увешће се и Високи представник Уније за спољне послове и безбедносну политику кога ће постављати Европски савет споразумно са Председником Комисије, али ће садржину ових политика и даље одређивати државе чланице. Нови Високи представник ће, заправо, спојити надлежности постојећег Високог представника за спољне послове и безбедност и комесара за спољне односе како би се остварила већа кохерентност у спољном наступању Европске уније. Поред тога, извршене су и одређене промене у начину одлучивања у области заједничке спољне и безбедносне политике и политике одбране. Иако су, када је реч о високом представнику Уније за спољне послове и безбедносну политику Уније, очекивања заснована на решењу из неуспелог Устава била већа, јер је у Уставу био предвиђено постојање министра за спољне послове Уније,

¹⁶ В. Р: Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 2006, стр. 60.

решење из Лисабонског уговора не би требало сматрати неуспехом јер, осим назива, који додуше, симболизује постојање Уније као државе, овлашћења Високог представника (који је и потпредседник Комисије) се у основи подударају са овлашћењима министра спољних послова. Отуда више смета рогобатни, и на домаћим просторима не баш омиљени назив "Високи представник", него његове функције и овлашћења. Са друге стране, увођење двоипогодишњег мандата за председника Савета ће новом председнику сигурно омогућити да води стабилнију политику и да, макар и у психолошком смислу, навикне међународну заједницу на једну личност која персонификује Унију.¹⁷ Досадашњи систем шестомесечног председавања се показао неоперативним јер су се у тако кратком времену мање државе просто напрезале како да се изборе са огромним дневним редовима и пратећим пословима, док су велике мешале сопствене приоритете са интересима Уније.¹⁸

Од ових, на први поглед, упадљивих промена, као значајније се могу сматрати оне које су на први поглед мање и филигранске, а односе се на креирање и вођење сопствене заједничке спољне политике и непрестани напори Уније да установи сопствену заједничку одбрамбену политику. У Уговору је, у складу са укидањем тзв. тростубачне структуре Уније, њихово креирање и вођење пребачено са међувладиног нивоа одлучивања на одлучивање у складу са принципима поштовања демократије, владавине права и повеље УН. У погледу начина одлучивања, о питањима из заједничке спољне и безбедносне политике ће и даље једногласно одлучивати државе чланице, али су предвиђена два изузетка. Уговором је предвиђена могућност одлучивања квалификованом већином по оним питањима о којима је претходно одлучивано на нивоу самита, као и у вези начина њиховог спровођења. Међутим, и у овим случајевима државе чланице су задржале право вета у случајевима који се односе на заштиту сопствених виталних интереса. У другом случају, предвиђена је општа клаузула према којој Европски савет може једногласном одлуком изменити начин одлучивања и уместо једногласности предвидети квалификовано одлучивање, осим по војним и одбрамбеним питањима. Предвиђен је и нови начин сарадње у међународним мисијама између држава које располажу већим војним капацитетима, који је назван

¹⁷ У ранијим новинарским написима је навођена изјава бившег америчког државног секретара Хенрија Кисинџера који је у оно време наводно изјавио да има проблема кад хоће да разговара са Европском економском заједницом, јер не зна како се зове њен министар, ни број његовог телефона или канцеларију.

¹⁸ Н. Brady and K. Barysch, The CER Guide to the Reform Treaty, Centre for European Reform, briefing note, http://www.cer.org.uk/pdf/briefing_reform_treaty_17oct07.pdf, приступ од 08. 01. 2008.

"структурном сарадњом."¹⁹ Осим овог начина војне сарадње између држава чланица, задржана је и могућност "ближе сарадње" којом се државе обавезују на узајамну одбрану и помоћ у случају спољне агресије иако национална безбедност и даље остаје у "искључивој надлежности сваке државе чланице." Нови Уговор уводи и нове области солидарности у којима ће на основу клаузуле о солидарности ЕУ и државе чланице заједнички наступати у духу солидарности, у случају да држава чланица постане жртва терористичког напада, природне или вештачки изазване катастрофе.

в) Промене у области људских права.

Текст Повеље о основним људским правима, који је 2000. године једногласно одобрен од стране Европског савета, а касније и од Европског парламента и Комисије, је на децембарском самиту незнатно ревидиран. У односу на Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода из 1950. године, ревидована Повеља је нешто шира и ослања се на не претходну Европску социјалну повељу, док је Европска конвенција ограничена само на грађанска и политичка права. Повеља се примењује на све органе Европске уније у складу са начелом супсидијарности тако да се њеном применом не могу ни у ком случају проширити овлашћења која су овим органима додељена самим Уговором. Принципи из Повеље се примењују и на државе чланице у поступку спровођења комунитарног права. Предвиђено је и да Европска унија приступи Европској конвенцији о људским правима након ратификације Уговора и након што то једногласном одлуком одобри Савет. Тако ревидирани текст ће ступити на снагу истог дана када и нови Уговор. Међутим, и поред очекивања, интегрални текст Повеље није унет у Уговор, као што је био случај са предлогом Устава, већ са на његову примену само упућује и у том смислу је усвојен посебан Протокол.

г) Промене у економској сфери.

У економској области деловања Уније предвиђена је појачана улога Комисије у погледу права да Савету поднесе предлог решења буџетског дефицита ако се појави код неке државе чланице од кога Савет може да одступи само једногласном одлуком, уместо раније препоруке коју је могла да упуту министрима финансија, који министри финансија нису морали да усвоје. Уговор садржи и нове одредбе посвећене државама

¹⁹ Уговор, међутим, не утиче на тзв. Севиљску декларацију о Ирској неутралности коју је усвојио Европски савет 2002. године.

чланицама Евроzone и одговарајуће протоколе. Додат је и нови протокол посвећен "услугама од општег интереса."²⁰

д) Нови поступак за будуће измене Уговора.

Уговором из Лисабона су предвиђена два поступка за измене ЕУ уговора: "редовни поступак ревизије" и "упрошћени поступак."

Према *редовном* поступку, одлуку о томе да ли да се приступи разматрању предложених измена доноси Европски савет простом већином, након консултовања Европског парламента. Ако Европски савет негативно одговори на такав предлог, поступак се завршава. Ако позитивно одговори, председник мора да сазове конвенцију. Усвојене измене ступају на снагу након што буду ратификоване у свим државама чланицама. Међутим, ако након две године од измена, најмање четири петине ратификује измене Уговора, али једна или више држава то не учине, предмет ће бити упућен Европском савету да размотри даљи поступак. Код *упрошћеног* поступка потребна је једногласна одлука Европског савета.

3. Карактер промена.

Иако је већ констатовано да је од краја деведесетих година Европска заједница ушла у процес убрзаних реформи, последње промене Оснивачких уговора се не могу означити само као редовне или уобичајене реформе или усклађивање међусобних односа, већ као ревизионе; не толико по садржини или обиму, већ по ономе што им је претходило и по времену у коме су усвојене. Посматран у контексту догађаја и околности које су му претходиле, Лисабонски споразум представља наставак врло амбициозних промена које су биле назначене релативно брзим и успешним усвајањем Уговора о уставу за Европу,²¹ популарно названим Уставом Европе, али и, за многе, а посебно евроентузијасте, неочекиваним неповерењем које су према тексту Устава изразили француски и холандски грађани на спроведеним референдумима.

Сагласност постигнута приликом усвајања Лисабонског уговора је у политичком смислу повратила самопоуздање које је било озбиљно

²⁰ Осим ових, Уговору су додати и протоколи који су договорени на Међувладиној конференцији 2004. године: Протокол о улози националних парламената у Европској унији, Протокол о примени принципа супсидијарности и пропорционалности, Протокол о еуро групи, Протокол о сталној структурисаној сарадњи у области одбране и Протокол о приступању Уније Европској конвенцији за људска права.

²¹ Предлог Устава за Европу је пре обустављања поступка ратификације усвојило преко две трећине држава и Европски парламент.

доведено у питање, бар од стране мањег броја држава чланица, а свакако оних који су гласали против Устава, у односу на то да је у оквиру Европске уније и даље могуће и са повећаним бројем чланица наћи консензус. Тиме је избегнута опасност од могуће летаргије која се назирала након готово двогодишњег одсуства идеја и конкретних мера да се након француског и холандског "не" определи правац даљих реформи. Око овог питања се слажу сви учесници усвојеног Споразума. Међутим, када је реч о значају и природи усвојених промена постоје одређене разлике у мишљењима. Њихови заступници се могу сврстати у две групе: на оне који су промене схватили само као козметичке и на оне који су у Лисабонском уговору видели ранији устав под другим именом, односно као старо вино у новим мешинама.

Ако се пође од формалних критеријума одмах се може уочити да су из Лисабонског споразума протерана три "с": *constitution* (устав), *consensus* (једногласност) и *community* (заједница). Међутим, иако је и из наслова и из текста Лисабонског уговора протеран израз "устав" (*constitution*), то не значи и да су се његови састављачи потпуно одрекли идеја и решења из ранијег Уговора о Уставу за Европу, нити уставотворних амбиција. О односу Лисабонског уговора и Устава за Европу најбоље говори чињеница да је више од 90% текста из Устава прихваћено и у Лисабонском уговору.²² Додуше, из предлога Устава нису преузете ни одредбе о формалним обележјима Уније као државе, као што су застава, мото и химна, али ће се они и даље користити на исти начин као и до сада. Са друге стране, у Уговору су задржана сва достигнућа остварена у ранијем педесетогодишњем периоду Европске заједнице, која су у неким елементима и проширена и обogaћена новим. У том погледу Уговор не представља револуционарну промену, већ наставак раније започетих еволутивних промена које су исказиване као измене или ревизије већ постојећих Оснивачких уговора. Претходни покушај револуционарних реформи са усвајањем новог Устава је отрезнио еврооптимисте да се врате традиционалном методу измене уговора, али их није обесхрабрио. Стога се у историјском и развојном контексту ове промене могу сматрати уобичајеним и редовним наставком трансформације Европске заједнице у Европску унију, али не и као њено револуционарно трансформисање у

²² Bonde, New Name – Some content, The Lisbon Treaty – is it also an EU Constitution?, www.bonde.com, стр. 9, наводи да према мишљењу А. Stubb-a, координатора одбора за уставна питања у Европском парламенту, да је чак 99% од Устава унето у текст Лисабонског уговора. Како је истом аутору и Валери Жискард д Естен, бивши председвајући Конвенцијом, дао исти одговор, П. Бонде нуди награду ономе ко у Уговору нађе пример да се нешто од прописа не може усвојити према Лисабонском споразуму, а да је то било могуће према Предлогу устава.

наддржаву, без обзира како ће бити оквалификована: као класична федерација или нови облик конфедерације. Са друге стране, иако Лисабонским уговором није створена Европска унија као супердржава, коначно је решен однос између Европске заједнице и Европске уније тако што ће ступањем на снагу Европска заједница престати да постоји јер ће бити утопљена у Европску унију.²³ Наиме, судбину сличну протераном уставу и првој ознаци "с" је доживело и друго "с" садржано у речи "заједница" (*community* при чему се мисли на Европску заједницу) која је, бар у социолошком смислу, одређивала до сада постојећу Европску заједницу пре свега као друштвени, а не као правни или политички ентитет. Прихватањем Европске уније уместо ранијих "заједница" представници држава чланица су управо нагостили да ће прихватити оно што су француски и холандски грађани одбили на референдуму: чвршћи облик сарадње више држава оличен у "унији", а не у "заједници." То што такав нови облик заједништва неће бити регулисан формалним уставом, не значи да се у њему неће поштовати класична уставна начела, посебно она о вертикалном и хоризонталном преносу и прерасподели овлашћења. Ако се томе дода богата пракса ауторитативног Суда правде и све већи број оних који сматрају да је могуће успоставити уставно уређено друштво/заједницу и без устава у формалном смислу, онда се може отворити право питање: да ли би нова Уније са својим уставом (да је усвојен) битно другачије изгледала од ове без устава, а са Лисабонским уговором. Најкраћи одговор је, не. Не улазећи у детаљније образложење овако децидног одговора, у његов прилог истичемо чињеницу да се у досадашњем периоду Европска заједница развијала и као друштвена и као политичка заједница по особеним принципима. Отуда у њеном квалификовању као *sui generis* организације и друштвене заједнице није исказана немоћ правне науке да нађе право решење за њену природу, већ поменута одредница управо одражава њене специфичности које је тешко објаснити позивањем на класичне уставне институте у националним правима. Када је реч о уставном положају такве заједнице, Суд правде је почев од случаја *Les Verts*, Европској заједници признао карактер заједнице засноване на владавини права, а Уговору о оснивању признао карактер уставне повеље, чиме је обавезао органе Заједнице да у доношењу комунитарних прописа, а државе чланице у њиховом спровођењу, поштују принцип комунитарне уставности и законитости. Стога се чини да новообликована Европска унија неће битно изгубити од своје уставности због тога што ће њен положај уместо неуспелим уставом бити регулисан Лисабонским уговором. Ако се томе дода да су Лисабонским уговором основна људска права и формално призната као

²³ Европска заједница за атомску енергију ће и даље остати, али је најављено да ће и њен статус бити преиспитан.

део комунитарног правног поретка, као и да је њихова заштита обезбеђена прихватањем Повеље о основним људским правима, онда се институционални оквир Европске заједнице, који је већ квалификован као мозаик састављен од "уставних комадића и папирића"²⁴ може сматрати готово потпуним и заокруженим. У тако посматраном мозаику који чини оно што се назива *acquis communautaire* недостаје само оквир који би формално био означен као устав. Међутим, то и не мора бити недостатак за чланице такве заједнице, јер се на тај начин оставља слобода државама чланицама, чију ће вољу у спорним ситуацијама, као и до сада обликовати Суд правде, стварајући простор да се у мозаик додају нови "комадићи и папирићи" из Лисабонског и наредних уговора. Исто тако, може се очекивати да ће се наставити процес прилагођавања и прекомпоновања односа између постојећих чланица, ако ни због чега, оно због пријема нових држава. То практично значи да се питање евентуалног доношења новог устава може очекивати тек након што се заврши процес ширења Европске уније, чији се крај, међутим, у овом моменту не назире. Ово због тога што је могуће да се процес ширења Уније заврши на државама Западног Балкана, али и да се настави према бившим републикама Совјетског савеза. Отуда се, у динамичком смислу питање доношења новог устава мора повезати са питањем где је и када је крај ширењу Европске уније и које су њене границе. Тек се после тог одговора може тражити и одговор о фиксном уређењу Уније. Ако се има у виду да се и од Лисабонског споразума очекује да ЕУ припреми за даље ширење, онда је јасно да ће се процес посредне конституционализације Уније наставити и у наредном периоду.

4. Ново или старо комунитарно право.

У погледу назива извора комунитарног права (право ЕЗ/ЕУ), у Лисабонском уговору су задржани ранији називи из Уговора о оснивању Европске заједнице: уредбе, упутства и одлуке, а не изрази из Устава за Европу: европски закони и оквирни закони. Што се тиче њиховог односа према националним прописима, МК је усвојила посебну декларацију у којој се поново позива на пуно поштовање постојеће судске праксе Суда правде којој се на посредан начин даје значај извора права Уније. Поред тога, у декларацији се подсећају државе чланице да, у складу са већ установљеном праксом Суда правде, Уговорима и праву Уније које је донето на основу Уговора, дају примат над правом држава чланица, према условима који су утврђени у судској пракси. Да би се ојачао овај принцип

²⁴ Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, *Common Market Law Rev.*, 30(1993), 17.

Завршном акту Конференције је као анекс додато мишљење правне службе Савета у коме се наводи да: "примат права Европске заједнице произилази из судске праксе Суда правде и представља темељни принцип комунитарног права. Према схватању Суда, овај принцип је својствен посебној природи Европске заједнице. У време прве пресуде којом је то установљено (*Costa v ENEL*, 15. 07. 1964, предмет 6/64) у Уговору о томе није било речи. Такав је случај и данас. Чињеница да принцип примата неће бити укључен у будући Уговор не сме ни у ком смислу променити постојећи принцип и постојећу судску праксу Суда правде."²⁵

Што се тиче типологије, у Уговору је направљена јасна разлика између легислативних и извршних инструмената, а уведен је и нови појам "делегираних аката".

*Prof. Dr. Radovan D. Vukadinovic,
a full-time professor*

"OLD VINE IN NEW BARRELS" – EUROPE'S CONSTITUTION AND LISBON AGREEMENT

The analysis of adopted regulations shows that, even after Lisbon changes, the dream of Euro-optimists of the creation of a European supra-state will not become true, neither will the hopes of Euro-skeptics of the termination of European Union's development. So, it seems that both sides can claim that they are winners - the first because, even with a big delay, the member states agreed on certain changes, no matter how big or small, cosmetic or material they may be, and the second because they succeeded in preventing the adoption, even the mentioning of constitution as a symbol of the federative state. However, it remains to be seen how long both sides will gloat over their alleged successes. This is certainly the internal problem of the member states that they will attempt to solve in the future period, but it will also affect the position of third countries, not only of the candidates for accession, but also of those who have no aspirations to become EU member states. The accession candidates will have to wait for this dilemma to be solved and for the beginning of the implementation of the Lisbon Agreement. This practically means that it is not realistic to expect that new countries will be accepted (maybe with the exception of those completing the negotiations) before the elections for

²⁵ Doc 11197/07 22 June 2007. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11197.en07.pdf>

European Parliament in 2014. Meanwhile, EU will have to deal, besides the old ones, with new challenges, one of them being making a decision about the final status of Kosovo and Metohija, the issue which is of a vital importance for the citizens of the Republic of Serbia. This will be an opportunity for EU to test its internal cohesion, not only in relation to their common, but also individual foreign policy, as well as to prove if it is strong enough to practically implement this policy as one of significant actors on the international political scene. Just for the sake of reminiscence, in the period that preceded the adoption of Maastricht Agreement, EU had attempted to create and promote a common foreign policy, whose adverse consequences the citizens of this region are still experiencing

*Др Ненад Ђурђевић,
редовни професор*

UDK: 343.85:[343.343.3:796.093(4-672EU)

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О НАСИЉУ И НЕДОЛИЧНОМ ПОНАШАЊУ ГЛЕДАЛАЦА НА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА, ПОСЕБНО НА ФУДБАЛСКИМ УТАКМИЦАМА

Насиље, туче навијача, ломљење столица, бацање разних предмета на терен или противничке навијаче постали су скоро уобичајена појава на спортским борилиштима широм Европе. Сукоби навијача постали су негативна пропратна појава модерног спорта. На маргини спортских такмичења, посебно фудбалских утакмица, никла је особена структура тзв. навијачке сцене, која је у тесној вези са насиљем. Од седамдесетих година прошлог века развила се нова фаза понашања гледалаца, коју карактерише организована примена насиља од стране већином младих навијача. Такве активности више нису само спонтана реакција на дешавања на терену, већ су унапред планиране и организоване. Спортско такмичење (утакмица) и стадион користи се само као временски и просторни услов да би се реализовало властито агресивно понашање. Циљ властитог агресивног понашања нису само противнички навијачи него и други гледаоци, клуб и полиција. Место дешавања није само стадион него и прилазни путеви. Са појачавањем мера безбедности на самим стадионима, околина стадиона постаје, шта више, главно поприште сукоба.

Као последица трагичног догађаја са Хејсела убрзан је процес доношења међународне конвенције из ове области у оквиру Савета Европе. Доношењу саме конвенције претходило је неколико значајних текстова и докумената Савета Европе, а посебно, најважнији, Препорука Парламентарне скупштине СЕ из 1983. У овој препоруци, превенција насиља у спорту смештена је у шири оквир образовних и културних мера са циљем да се смањи насиље у друштву. Након ове препоруке, уследила је 1984. препорука Савета министара о смањењу насиља на спортским приредбама која поставља основне принципе који су примењени у изради конвенције.

Европска конвенција о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно на фудбалским утакмицама, усвојена 19. августа 1985. године у Стразбуру, као одговор на Хејселску трагедију. Циљ доношења Конвенције био је прописивање стандарда и мера за спречавање и контролу насиља на спортским приредбама. Конвенција је и

до данас остала најважнији европски документ који регулише област спречавања насиља на спортским приредбама.

До септембра 2007. године укупно је 41 држава, укључујући Србију, ратификовала Конвенцију. Од држава чланица Савета Европе само Андора, Малта, Молдавија и Сан Марино нису ратификовали Конвенцију.

Република Србија се сматра државом потписницом ове Конвенције на основу Закона о ратификовању Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно на фудбалским утакмицама, објављеном у „Сл. листу СФРЈ - Међународни уговори“, бр. 9/1990.

Према члану 1. Конвенције, држава чланице се обавезује да, у оквиру својих уставних одредби о томе, предузму потребне мере за спровођење одредби ове конвенције, ради спречавања и сузбијања насиља и недоличног понашања гледалаца на спортским приредбама. Мере за смањење и сузбијање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама утврђене су нарочито у чл. 2 - 6. Конвенције. Према тим одредбама, држава потписница је дужна да:

- координира политику и акције својих министарстава и других јавних служби против насиља и недоличног понашања гледалаца образовањем координационих тела, тамо где је то могуће;
- утврди и спроведе мера за спречавање и сузбијање насиља и недоличног понашања гледалаца;
- обезбеди употребу адекватних средстава јавног реда против избијања нереда и недоличног понашања, како у непосредној близини и унутар стадиона, тако и на прилазним путевима које користе гледаоци;
- олакша тесну сарадњу и размену одговарајућих информација између полицијских снага различитих места о којима је реч или о којима може бити речи;
- примени или, ако је то потребно, усвоји законе којима се предвиђа да они за које се утврди да су криви за преступе у вези са насиљем или недоличним понашањем гледалаца буду адекватно кажњени или, зависно од случаја, дођу под удар одговарајућих административних мера;
- подстиче одговорност за организовање и добро понашање клубова навијача, као и именовање редара из њихових редова, ради пружања помоћи у одржавању реда на утакмицама и обавештавању гледалаца, и путовања у пратњи група навијача који одлазе на утакмице у другим местима;
- у мери у којој то закон допушта, подстиче координацију у организовању путних аранжмана из места боравка, уз

сарадњу клубова, организација навијача и путних агенција, како би се потенцијални изгредници спречили да присуствују утакмицама;

- обезбеди, где је то потребно, и доношењем одговарајућих закона који би садржали санкције за непридржавање или на било који други погодан начин, да, када постоји бојазан од насиља и недоличног понашања гледалаца, спортске организације и клубови, у заједници, где је то изводљиво, са власницима стадиона и јавним органима, а у складу са надлежностима предвиђеним унутрашњим законима, предузму практичне мере у околини и унутар стадиона ради спречавања, односно сузбијања таквог насиља и недоличног понашања;
- предузима одговарајуће социјалне и васпитне мере, имајући у виду потенцијални значај средстава информисања за спречавање насиља и, у вези са спортом, посебно популарисањем спортских идеала кроз образовне и друге кампање, заступањем идеје фер плеја, посебно међу младима, ради већег узајамног поштовања и гледалаца и спортиста, али и подстицањем већег активног учешћа у спорту;
- тесно сарађује на питањима која су предмет ове конвенције и подстиче, по потреби, сличну сарадњу међу заинтересованим националним спортским органима;
- тесно сарађује са својим надлежним националним спортским организацијама и, где је то могуће, власницима стадиона, у вези с аранжманима за планирање и извођење преправки на конструкцији стадиона или других преправки, укључујући улазе и излазе стадиона, које су неопходне за већу безбедност и спречавање насиља;
- усавршава, где је то потребно и у одговарајућим случајевима, систем којим се утврђују услови избора стадиона на коме се води рачуна о безбедности гледалаца и спречавању насиља међу њима, посебно оних стадиона који се користе за утакмице за које се претпоставља да ће привући велику, односно недисциплиновану масу гледалаца;
- подстиче своје националне спортске организације на стално разматрање властитих прописа како би се контролисали фактори који могу довести до испољавања насиља од стране играча, односно гледалаца.

Наведене мере могу се класификовати у следеће групе:

- координација националних политика и мера које предузимају јавне власти држава потписница;
- оснивање националних координационих тела;
- ангажовање полиције на стадионима, и околини стадиона и на путевима ка стадионима;
- полицијска кооперација и размена информација између држава потписница;
- доношење и примена прописа који омогућавају гоњење и кажњавање починиоца насиља на стадионима;
- организовање одговарајуће редарске службе;
- организовање кадрова навијача и сарадње са навијачима;
- мере везане за стадионе оградe, раздвајање навијача, продаја карата и др.).
- социјално-образовне мере.

Чланом 8. Конвенције образован је Стални комитет за праћење примене Конвенције. Свака страна уговорница конвенције може имати једног или више представника у Сталном комитету, с тим да свака страна има један глас. Већина страна уговорница представља кворум потребан за одржавање састанка Сталног комитета.

Стални комитет је према члану 9. ст. 1. тач. ц) овлашћен да даје препоруке државама уговорницама у вези мера које треба предузимати у сврху примене Конвенције. Иако многе препоручене мере показују своју ефикасност, у пракси се јављају нови проблеми. Хулигани стално проналазе нове начина сукоба. Употреба дрога и алкохола је све чешћа. Повећана је способност планирања група хулигана путем мобилних телефона и интернета. Сукоби се премештају ван стадиона.

Стални комитет је до данас донео низ препорука које прецизирају и детаљно регулишу поједине одредбе Конвенције. Најзначајније су: Recommendation on the promotion of safety at stadia (91/1); Recommendation on guidelines for ticket sales (89/1); Recommendation on measures to be taken by organisers and public authorities concerning high-risk indoor sports events (94/1); Recommendation to Parties on Measures to be taken by the Organisers of Football Matches and Public Authorities (1/93); Recommendation on the use of standard forms for the exchange of police intelligence concerning high risk sports events (T-RV/97/1); Recommendation on guidelines to the Parties for the implementation to Article 5 of the Convention; identification and treatment of offenders (90/1). Документа Сталног комитета су објављена у: The Council of Europe and Sport, 1966–1998, Volume IV – Texts of the European Convention on Spectator Violence, CDDS (98) 90 Part. IV.

Препоруке је могуће по предмету регулисања груписати на следећи начин:

1) Сигурност на стадионима и око њега

- Сигурносно и безбедносно руковођење и планирање координација;
- Конструкционе и структуралне карактеристике (стадиона);
- Ограде;
- Редарске службе – обезбеђење;
- Карте дистрибуција и продаја;
- Продаја алкохола.

2) *Превентивне и едукативне мере*

- Промоцију FAIR PLAY-а;
- Промоција едукативне улоге играча, клубова нпр. у школама;
- Установљавање навијачких амбасада, пријем и водичи за „стране навијаче“;
- Детаљна Упутства о мерама које треба да предузимају организатори јавних власти (чек листа, извештај);
- Улога клубова у друштву и окружењу;
- Улога локалне самоуправе;
- Рад са навијачима – медији, клубови;
- Локални изгредници, не увек навијачи;
- Превентивне мере које онемогућавају познате изгреднике да изађу из земље или уђу у земљу где се организује такмичење.

3) *Идентификација и поњење преситиуника*

- Искључење са стадиона и забрана приступа;
- Обавеза јављања полицији у време утакмица;
- Доношење прописа који омогућавају привремени притвор;
- Примена одговарајуће казнене политике за лица која су осуђена за насиље на стадионима, посебно забрана приступа на одређено време, забрана изласка из земље и сл;
- Признавање и примена одлука о забранама донетим у другим земљама.

4) *Полицијска сарадња и размена обавештајних података (посебно за међународне мечеве)*

- Централно контакт место у полицији сваке земље;
- Базе података;
- Спотери уз гостујуће навијаче као помоћ локалној полицији;
- Семинари за контролу маса полицијских функционера и размена искустава.

5) *Превенција расизма и нетолеранције*

- Улога државе и невладиног сектора посебно, ФИФА и УЕФА;
- Обавеза законског регулисања кривичних дела која се односе на истицање банера и натписа или вређања на националној, расној, религиозној основи;

- Казне и за појединце и за клубове;
- Коришћење свих средстава, камере и објављивање казни.

Већина земаља примењује мере које предлаже Стални комитет. Као најефикасније показале су се мере препоручене у вези:

- Контроле продаје карата;
- Одвајање навијача;
- Седећа места;
- Тајне операције – убацивање полицајаца у навијачке групе;
- Спотери-полицајци путују са навијачима;
- Камере (затворени системи за снимање који покривају цео стадион);
- Забрана приступа стадиону;
- Забрана изласка/уласка из/у земљу;
- Строге казне;
- Објављивање казни;
- Размена података и кооперација заинтересованих страна.

Европска искуства су показала да репресивне мере дају само ограничене резултате и да тежиште мора да буде на превенцији, васпитном раду са навијачима и на повећању стандарда, односно услова који се пружају гледаоцима. Искуства Енглеске и Немачке које су највише постигле у борби против насиља на спортским теренима показују да резултате може дати само адекватан превентивни рад полиције и других државних органа, локалне заједнице и учесника у спортским приредбама, пре свега кроз комбинацију обавештајних активности¹, сарадње са навијачима и повећања стандарда услуга на спортским објектима.

Са становишта појединих области у којима се предузимају мере на спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама овде бисмо указали на неколико препорука Сталног комитета за праћење примене Конвенције.

1. Редарска служба

Значај постојања одговарајуће редарске службе за безбедност гледалаца и стварање амбијента који обесхрабрује насиље и недолично понашање гледалаца на спортским приредбама посебно је истакнут у Препоруци о редарској служби бр. 99/1 из 1999. године Сталне групе

¹ Као једна од ефикасних мера показало се коришћење тзв. «спотера», полицијског службеника који је везан за један клуб и прати сва дешавања у вези са навијачима, идентификујући, при том, навијаче који су склони хулиганству или на други начин представљају претњу по безбедност одвијања спорске приредбе.

(комитета) за праћење примене Конвенције.² Основне поставке које би требале да важи за организовање и рад редарске службе су: 1) редаре обезбеђује онај ко је одговоран за безбедност гледалаца на утакмици, што може бити управа стадиона или организатор приредбе; 2) редари треба да обаве следеће функције: претресање стадиона пре, током и након утакмице, уколико за тим постоји потреба; дочекивање, усмеравање и вођење бриге о свим гледаоцима, без обзира на њихов узраст, расу, пол, хендикепираност или тим који подржавају; поступање по свим приговорима гледалаца; обавештавање гледалаца о плану стадиона и локацијама услужних просторија на њему, као и о свим безбедносним мерама које су прописали организатори или хитне службе; помагање у обезбеђивању безбедног функционисања стадиона, посебно надзирање и гарантовање безбедног уласка и изласка гледалаца; спровођење прописа који важе на стадиону; онемогућавање гледаоцима да се крећу деловима стадиона у којима њихово присуство није дозвољено; надгледање свих потенцијално опасних подручја и спречавање нагомилавања великог броја гледалаца; реаговање на инциденте и хитне случајеве и предузимање потребних радњи; помагање полицији или хитним службама у случају потребе; 3) начин регрутовања треба да обезбеди да сви редари буду одговарајуће спремни и радно способни, да могу испољити потребан добар карактер, темперамент и способност обављања својих задатака; 4) свих редарима мора бити пружена одговарајућа детаљна обука; 5) мора постојати систем за редовно праћење рада редара, укључујући вођење персоналног досијеа; 6) редари морају бити одговарајуће одевени, без ознака иједног тима, и лако препознатљиви како би их гледаоци, управа стадиона, полиција и друга овлашћена лица брзо и лако препознала; непрестано бити усредсређени на своје дужности и уздржавати се од посматрања утакмице или прослављања постигнутог гола; не смеју радити под утицајем алкохола, дроге или лекова који могу утицати на њихово понашање; морају бити љубазни, пријатни и спремни да помогну сваком гледаоцу; 7) морају постојати јасна правила за рад редара, која посебно обухватају: установљавање јасне хијерархијске командне линије (укључујући редаре-надзорнике који се старају о правилном раду редара) и безбедоносне структуре са одговарајућим средствима комуникације; детаљну информативну припрему пред сваку утакмицу и подношење извештаја након ње; опремање сваког редара са приручником и/или тзв. чек – листом (подсетником) са сажетим дужностима; редовно обнављање знања кроз понављање курса; 8) мора бити ангажован одговарајући број редара, распоређен на одговарајуће локације.

² Према тој препоруци, полицијске снаге, за разлику од редарске службе, треба да буду ангажоване што корисније, у циљу одржавања јавног реда и мира, превенције и откривања злочина и хапшења криваца.

2. Сарадња организатора са јавним властима

Према Препоруци о мерама које треба да предузимају организатори и јавне власти поводом високо-ризичних спортских приредби у затвореном простору (94/1) Сталног комитета Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно на фудбалским утакмицама, организатор је обавезан да јавним властима пружи, што је раније могуће, све релевантне информације о планираном такмичењу (утакмици), а посебне називе тимова и организатора, податке о датуму, часу и месту утакмице, као и све друге информације које властима могу помоћи да процене степен ризика који она носи. Јавне власти нарочито морају бити упозорена на могућу потребу ангажовања људи и средстава за обезбеђење јавног реда ради спречавања избијања насиља и недоличног понашања, како у непосредној близини тако и у самом спортском објекту, као и дуж прилазних путева које користе гледаоци.

На потребу сарадње спортских организација и јавних власти указано је и у Препоруци бр. 2/87 - „О претресу маса“. У тој Препоруци Стални комитет прихватајући значај претреса маса за спровођење Члана 3.4.г препоручује да Стране уговорнице обезбеде заједнички рад јавних, фудбалских, клупских и полицијских органа у циљу изналажења одговарајућег и делотворног начина претреса маса.

3. Обезбеђење одговарајућег спортског објекта

Према Закону о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама Републике Србије, организатор спортске приредбе је посебно дужан да обезбеди да се приредба повећаног ризика одржи у спортском објекту који има: одговарајуће ограде испред спортског објекта за усмеравање и раздвајање противничких група навијача; одговарајуће ограде за спречавање уласка гледалаца на спортски терен³; одговарајуће ограде за раздвајање противничких група навијача. Одредба да спортски објекат на ризичним спортским приредбама обавезно мора да има ограде супротно је Препоруци о уклањању ограда са стадиона (99/2) усвојене на 19. састанку Сталног комитета Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, 9–10. јуна 1999. године: «Стални комитет препоручује Државама уговорницама Конвенције уклањање ограда са спортских терена. Уклањање ограда, што је првенствено одговорност власника стадиона и-или организатора утакмица, може бити изведено добровољно и постепено. У принципу, потребно је уклонити све ограде; али, где је то неопходно, друге, мање

³ По правилу су у питању непробојни зидови од плексигласа или ограде које није могуће прескочити..

иритирајуће методе или средства могу бити коришћене, као што је монтирање ниских, уклоњивих препрека и подешавање висине тераса или првог реда седишта.» У својој Изјави о оградама и препрекама из 1997. године Стални комитет је навео који су основни услови за уклањање ограда и препрека: увођење стадиона са искључиво седећим и нумерисаним местима и опремљених са интерном телевизијом и командним и контролним местима; одговарајући начин продаје улазница; побољшање техника управљање масама, са растућом улогом редара што илуструје помак ка саморуковођењу и само-одговорности; постојање делотворних санкција за осуђиване преступнике; боља национална и европска полицијска сарадња у циљу идентификације потенцијалних изгредника и боље безбедности.

Према Препоруци о мерама које треба да предузимају организатори и јавне власти поводом високо-ризичних спортских приредби у затвореном простору Сталног комитета Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама, спортски објект мора да има адекватне одвојене улазе и излазе (са вратима која се отварају ка спољној страни) и мора бити обезбеђен довољан број особља на тим улазима како би се обезбедио лак прилаз и евакуација публике. Када у спортском објекту има гледалаца сва излазна врата морају бити откључана и чувана како би се спречила злоупотреба. Потребно је да постоје и адекватне слободне површине у близини објекта које могу служити као место окупљања за случај евакуације. Излази посебно треба да буду такви да олакшавају евакуацију хендикепираних људи без ометања евакуације осталих гледалаца.

Према претходно наведеној Препоруци, организатор мора да обезбеди: стављање озвучења и семафора у функцију безбедности маса и да омогући директору за безбедност, полицији и хитним службама да информишу или дају упутство гледаоцима; давање упутства спикерима (ако има страних навијача он мора да познаје њихов језик) да избегну непожељне коментаре који могу узбунити публику против супротног тима и његових навијача, судија, делегата и полицијских снага; лоцирање комуникационих центара на месту на којима ће бити заштићени од заузимања од стране неовлашћених особа; обезбеђење алтернативног извора електричне енергије за хитне случајеве ради осигурања визуелне и звучне комуникације, као и осветљења.

4. Продаја карата

Пракса и спроведена истраживања у земљама које имају изражене проблеме са насиљем на спортским приредбама показала су да је неадекватна организација продаје карата (улазница), а пре свега слободна продаја карата, један од најчешћих и најопаснијих ризика за избијање

нереди на стадионима. Детаљнији преглед мера које би организатори требали да предузму у погледу продаје улазница када се поводом такмичења (утакмице) страхује од насиља гледалаца, садржан је у Препоруци о смерницама за продају улазница Сталног комитета Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским догађајима, посебно фудбалским утакмицама. Према наведеним Смерницама, организатор би у зависности од околности конкретног случаја требало да нарочито предузме једну или више следећих мера у циљу смањивања могућности избијања насиља гледалаца: 1) ограничи број улазница које појединац може купити; ограничи број улазница доступан навијачима који не долазе из места одржавања утакмице; одреди укупан број улазница за утакмицу који не мора бити увек једнак теоретском капацитету гледалишта, и где је то препоручљиво, смањи у одређеном проценту капацитет и број улазница за сваки одељак имајући на уму факторе безбедности, контроле и јавног реда и мира; ограничи број улазница за куповину на велико тур-оператерима и другим лиценцираним изворима и клубовима навијача (у зависности од њихових стварних капацитета), као и предузећима и фирмама које улазнице купују за комерцијалне сврхе или спонзорима клуба (од предузећа треба захтевати на наведу како ће дистрибуирати свој део улазница и унапред их упозорити на подручја на којима је дистрибуција непожељна); забранити продају улазница у периоду пре утакмице (12 часова, 24 часа, итд.), а обавезно непосредно пре почетка меча (нпр. 4 часа); када се очекује посебно велики број гостујућих навијача из више земаља, увести систем ваучера; обезбеди на начин производње улазница олакшава надгледање и контролу гледалаца и накнадно установљивање могућих извора невоља (нумерисање улазница, израда улазница у бојама које одговарају деловима гледалишта и улазима, штампање плана стадиона и непосредне околине са његовим деловима у одговарајућим бојама на позадини улазнице, бележење расподеле сваке улазнице или блока улазница, коришћење машински читљивих улазница, строгом контролом имаоца улазница на улазима у стадион).

5. Ограничење продаје алкохола

На потребу ограничења продаје алкохола на спортских приредбама Стални комитет је указао у Препоруци бр. 1/87 - „О продаји и конзумацији алкохола“. Препоруке и предлози су утврђени на основу члана 9 Конвенције. У Препоруци Стални комитет наглашава значај примене одредаба члана 3.4.ф, за које се сматра да су значајно допринеле смањењу насиља гледалаца и препоручује Странама уговорницама да спроведу, у мери у којој им то дозвољава правни систем, две додатне мере, у случајевима када се очекују утакмице високог ризика: 1) да прошире

примену одредаба члана 3.4.ф на путне аранжмане гостујућих група навијача; 2) да подстакну коришћење овлашћења која су потенцијално пренета на локалне власти, да ограниче или забране продају алкохолних пића у близини стадиона, током одређеног периода – пре, у току и након таквих утакмица.

6. Активности полиције

У Европској конвенцији о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама државе потписнице изразиле своју одлучност да контролишу насиље и недолично понашање гледалаца на спортским приредбама већ у првом члану: «Стране ће, у смислу превенције и контроле насиља и недоличног понашања гледалаца на фудбалским мечевима, у границама својих уставних одредби, предузети потребне мере у циљу спровођења одредби ове конвенције». С тим у вези, члан 3.1.б прописује да: «{Стране ће}... олакшати блиску сарадњу и размену одговарајућих информација између полицијских снага са различитих локација које су обухваћене активношћу, или се очекује да ће то бити". Ова одредба допуњена је чланом 4. Конвенције, који омогућава међународну сарадњу у одговарајућој области.

Пошто насиље и недолично понашање на спортским приредбама значајно угрожавају јавни ред и мир сасвим је разумљива велика улога полиције у борби против таквих појава. Стални комитет се посебно бавио питањем полицијске сарадње више земаља у поводу ризичних међународних спортских приредби. Сагласно члану 9 конвенције, Стални комитет је Странама уговорницама дао више препоруке и предлоге о мерама које треба предузети у циљу спровођења одредби Конвенције.

У **Препоруци о полицијској сарадњи из 1998.** године, Стални комитет је заговарао коришћење полицијских «осматрача» са саветодавном функцијом, у циљу идентификације изазивача нереда или обавештавања полиције о знацима који указују на зачетке инцидената на великим међународним спортским приредбама:

а. О коришћењу саветодавних полицијских «осматрача»

Да, у случајевима великих међународних спортских приредби код којих се страхује од насиља гледалаца, полицијске власти у земљама тимова учесника размотре могућност употребе саветодавних полицајаца у цивилу из гостујуће земље (земаља) који ће помагати полицији (полицијама) одговорној за утакмицу (утакмице) при могућим проблемима са гостујућим навијачима (нпр. помоћ у идентификацији познатих изазивача нереда, обавештавање о зачетку инцидента).

б. О припремама за велике приредбе

Да релевантне полицијске власти пре великих међународних такмичења размотре могућност организовања курсева и семинара за полицијске старешине о организацији мера за контролу маса (пре, током и након утакмица).

На пољу међународне полицијске сарадње у складу са чланом 4 Конвенције, Стални савет је у својој Препоруци из 1991. године усвојио детаљна упутства. Та упутства садрже бројне сугестије о сарадњи у циљу одржавања реда на међународним фудбалским утакмицама. Две теме концентрисале су се посебно на размену информација:

1. Улога гостујуће полиције у земљи домаћину

Сугерисано је да иностране полицијске власти могу снабдети домаћу полицију са три врсте информација, не губећи из вида да су те информације предмет свих међународних и националних норми о заштити права на приватност и заштити података: 1) саобраћајне информације о броју посматрача, датумима, правцима кретања, начину путовања и смештају; 2) тактичке обавештајне податке са идентификацијом познатих изазивача нереда који путују на приредбу и – што је од још већег значаја – стварним намерама за учествовањем у насиљу и нeredу на одређеном месту и у одређено време као и предвиђањем на основу расположења групе да ће доћи до насиља.

2. Управљање саобраћајем

Сугерише се да, непосредно пре приредбе, свака земља телексом обавести своју сопствену полицију о детаљима везаним за средства превоза, пролазак и порекло гостујућих навијача чији се планови знају.

Попут навођења појединачних група, тур-оператера, правца путовања, смештаја и датума, корисно је на почетку сваког саобраћајног телекса дати кратак преглед свих наведених информација који садржи укупан број навијача као и подзбирове према врсти превоза (ваздушни, трајектни, железнички, друмски итд). Када је могуће, преглед и детаљне информације треба да буду категорисане на следећи начин:

А – Не очекују се проблеми;

Б – Мала могућност за проблеме;

В – Упозорење: могући ризик од невоље

У Препоруци бр. 1/88 - „О саветодавним полицијским **„маркирантима“**, Стални комитет предлаже Странама уговорницама да у вези полицијске сарадње у случајевима великих међународних спортских догађаја, где се страхује од насиља гледалаца, полицијске власти из земаља учесница размотре могућност коришћења саветодавних, цивилно обучених полицајаца из гостујуће(их) земље(земаља), који би помагали полицијским снагама одговорним за безбедност на утакмицама у решавању потенцијалних проблема везаних за гостујуће навијаче (нпр.

помоћ у идентификацији познатих изгредника, договор о сигнализирању почетка невоља).

Полицијска сарадња и размена информација саставни су део безбедносних мера уведених и Препорукама бр. 1/93 и 1/94: "Олакшавање рада пратећих полицијских снага (пратњи) кроз размену информација о кретању навијача".

Свесни потребе појачаних мера за борбу против хулиганизма и за побољшање међународне сарадње између полицијских снага и вези са великим међународним спортским догађајима, нарочито на међународним фудбалским утакмицама и шампионатима и признајући да су полицијска сарадња и размена информација између полицијских снага које се брину о различитим местима кључни елеменат за превентивне мере усмерене на борбу против насиља гледалаца и недоличног понашања, Стални комитет је утврдио **Препоруку "О коришћењу стандардних образаца за размену полицијских обавештења поводом високо ризичних спортских догађаја "** (Т-РВ/97/1). Препорука је донета на основу члана 9.1.ц Конвенције и имајући у виду чланове 1, и 3.1.б и 4 Конвенције. У уводу Препоруке Стални комитет се позвао на: своју Препоруку из 1988. о полицијској сарадњи (коришћење саветодавних полицијских „маркираната“ у припреми за велике догађаје); своју Препоруку из 1991. која се тиче чл. 4. Конвенције: међународна сарадња; своју Препоруку о мерама које треба да предузимају организатори фудбалских утакмица и јавне власти (Препорука бр. 1/93) и мерама које треба да предузимају организатори и јавне власти у односу на високо ризичне спортске догађаје на отвореном (Препорука бр. 1/94); Конвенцију о заштити појединаца у односу на аутоматску обраду података (ЕТС 108); Препоруку бр. Р(87)15 Комитета министара земљама чланицама о регулисању коришћења личних података од стране полиције.

Потреба за усвајањем ове Препоруке посебно је проистицала из околности да је Савет Европске уније усвоји Препоруку од 22. априла 1996. године о упутствима за превенцију и спречавање нереда повезаних са фудбалским утакмицама и потребе избегавања усвајање два различита текста у овој области.

Стални комитет је препоручио Странама уговорницама да: користе исте стандардне обрасце, дате у Апендиксу 1 уз ову Препоруку; обрађују личне податке прибављене на бази ових образаца искључиво за сврхе због којих су ти обрасци и намењени; и униште податке када они више нису потребни за сврхе због којих су и прибављени, а у сваком случају унутар 5 година.

Ради олакшавања примене Препоруке Т-РВ/97/1 Стални комитет је утврдио и **Упућујући меморандум** уз ову Препоруку. У Упућујућем меморандуму Стални комитет истиче да су Детаљније иницијативе Савета Европске Уније на пољу размене информација, између осталог усмерене

на усвајање стандардних образаца за једнообразан изглед полицијских обавештајних извештаја, пожељне и представљају допуну напора Савета Европе. Обрасци које је утврдио Савет ЕУ су у Препоруци незнатно промењени, у складу са сугестијама које је дала Група за пројекат о заштити података, у контексту Конвенције за заштиту појединаца у односу на аутоматску обраду личних података (ЕТС Н^о 108).

Полазећи од члана 3.1.6 Конвенције у коме се говори о размени обавештајних података, Препоруке бр. 1/97 о коришћењу стандаризованих образаца за размену полицијских обавештајних података у вези спортских приредби високог ризика; искустава стечених током Светског купа (Француска 1998), а посебно припреме за Европско фудбалско првенство у Белгији и Холандији (Еуро 2000), као и водећи рачуна о прекограничним активностима и/или покушајима хулигана да се организују на међународном нивоу, Стални комитет (Т-РВ) је сагласно члановима 1 и 9.1.ц Конвенције утврдио 1999. године **Препоруку "О идентификацији и поступању са преступницима и размени обавештајних података на европским фудбалским шампионатима (ЕУРО 2000)" (Т-РВ/99/3)**. Иако се ова Препорука директно односи на Европско фудбалско првенство одржано 2000. године она је од значаја и за сва друга велика међународна такмичења. У Препоруци се Странама уговорницама препоручује да:

I. У циљу идентификације и поступања са преступницима

1. уведу, у оквиру њихових уставних могућности, превентивне мере у циљу спречавања познатих навијача-насилника да напусте матичну државу и/или уђу на територију земаља организатора;
2. предузму законске или друге нормативне мере, где је то потребно, како би омогућили превентивно или привремено хапшење осумњичених особа у циљу њихове правовремене изолације;
3. уведу, где је то потребно, привремене граничне контроле, како то омогућава део 2, одељак 2 Конвенције од 19. јуна 1990. године о примени Шенгенског споразума;
4. уведу одговарајуће казне за особе осуђене за преступе повезане са фудбалом, попут забране приступа стадионима током одређеног времена, забране уласка на територију државе организатора спортске приредбе или протеривање по хитном поступку;
5. признају и узму у обзир, у највећем могућем степену, националне забране приступа стадионима или друге заштитне мере, као и све друге осуде повезане са преступима у вези фудбала, донете од стране судова других држава.

II. У циљу размене обавештајних података и информација

1. поставе делотворне системе за размену обавештајних података и информација у циљу превенције кретања познатих преступника током такмичења:

2. донесу одговарајуће мере у циљу стварања датотека са подацима о изреченим управним и/или судским санкцијама, попут националних забрана приступа стадионима или других забрана, и осмисле начин размене тих података међу заинтересованим органима (полиција, судске власти, организатори утакмица итд.) у државама Странама уговорницама Конвенције;
3. користе одговарајуће доступне канале за размену обавештајних података и информација из области хулиганизма, као што су специјализовани национални органи, Шенгенски информациони систем, Еуропол, Интерпол и/или закључе, у случају потребе, билатералне споразуме у циљу омогућавања размене квалитетних информација и обавештајних података;
4. обезбеде да информације и обавештајни подаци који се размењују буду детаљни до мере која омогућава њихову практичну употребу;
5. обезбеде да заинтересоване службе проследе информације и обавештајне податке на време, како би оне могле бити узете у обзир при планирању и током оперативних фаза такмичења;
6. обезбеде начине за идентификацију гледалаца који, иако се не налазе на полицијским списковима, могу постати насилни током најзначајнијих утакмица;
7. користе, у циљу билатералне размене информација о питањима везаним за фудбалски хулиганизам, националне „официре за везу“ са листе коју је сачинио Стални комитет.
8. Размена информација мора се обављати уз поштовање одредаба Конвенције о заштити појединаца, у смислу аутоматске обраде личних података и других стандарда Савета Европе.

7. Превентивно-едукативне активности

Међународна искуства су показала да и када су предузете све претходно наведене мере, оне неће бити довољне ако их нису пратиле обухватне превентивно-едукативне активности. Проблемом превенције насиља и недоличног понашања на спортским приредбама бавио се и Стални Комитет за примену Европске конвенције за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама у више својих препорука.

У Препоруци "О мерама које треба да предузимају организатори и јавне власти поводом високо-ризичних спортских приредби у затвореном простору (94/1)", Стални комитет (Т-РВ) Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама је пошао од става да је препоручљиво сачињавање упутстава у облику стандардне чек-листе (подсетника) о

мерама које треба предузети у поведи спортских приредби високог ризика на европском нивоу и прихватање чињенице да неке спортске приредбе и спортске приредбе високог ризика могу захтевати додатне или различите мере. У Препоруци се препоручује Владама Уговорних страна :

- Да користе **Стандардну чек-листу** мера које треба да предузимају организатори и јавне власти поводом спортских приредби високог ризика у затвореном простору, како је наведена у Додатку ове Препоруке, у циљу идентификације одговарајућих улога и одговорности оних који су укључени у организацију приредби, посебно оних са високим ризиком;
- Да стандардна чек-листа, која је опште природе, буде: прилагођена, где је то потребно, локалним условима, односно националном законодавству или локалним правилима; коришћена као основа за споразуме између организатора и јавних власти о њиховим улогама и одговорностима поводом мера које су обухваћене чек-листом (а који не замењују или дерогирају, већ допуњују остале релевантне законске одредбе и правила), при чему споразуми треба да се закључују што је могуће раније, пре почетка сваке приредбе.
- Да, где год то већ није учињено, јавне власти донесу детаљан списак практичних мера које треба да предузму власници и управе спортских објеката и организатори приредби, а који посебно обухвата детаљне техничке прописе о грађевинским питањима, редовним инспекцијама и контролама крова и стубова (посебно када се ради о покретним површинама), посебне провере у случајевима отежаних временских прилика (нпр. дебео снежни покривач), екстремних варијација температуре, коришћења хемијских супстанци или других спољних фактора који могу угрозити грађевинску безбедност, степеништа и рампе, неометан прилазни простор око спортске хале, ватрогасне и медицинске капацитете, комуникације, осветљење (алтернативни извор енергије за комуникације и осветљење у случају нужде), редарске службе итд. Такви национални приручници о безбедности и контроли маса представљали би изворе јасних упутстава за власнике и управе спортских хала, и подстакли организаторе да их се придржавају, при чему би постојала могућност праћења примене жељених стандарда.
- Да јавне власти позову организаторе или надлежне националне спортске асоцијације или друга одговорна тела да предузму све едукативне и друге друштвене превентивне мере које могу допринети успеху спортског догађаја.

На значај превентивних мера Стални комитет је указао и у својој Препоруци бр. 1/2003: „О улози социјалних и образовних мера у

превенцији насиља у спорту“. Саставни део те препоруке је и Приручник за превенцију насиља у спорту (дат у прилогу). Неке од кључних препорука из тог приручника су:

- Превенција насиља гледалаца на многим спортским приредбама је неопходна у свим земљама Европе. Концепти превенције могу да буду различити у складу са ситуацијом у пракси. Превентивне активности се веома разликују, од вечерњих предавања за децу навијаче које организују фудбалски клубови, авантуристичких спортских активности које се организују за хулигане викендом до чувених амбасада љубитеља спорта на главним турнирима и фер – плеј кампања. Активности могу да буду организоване од стране приватних асоцијација на њихову иницијативу и/или од стране владе у оквиру владиних програма за чију имплементацију су одговорне јавне или друштвене институције.
- Многи инциденти на спортским такмичењима настају управо услед лоше инфраструктуре или неадекватне организације (продаја превише карата, недовољан простор да се сместе сви гледаоце) или услед лоше организације односно безбедносних активности. Сада је сасвим јасно да је могуће уколико се усагласе национални закони и мере безбедности са предлозима Европске конвенције о насиљу навијача и недоличном понашању на спортским утакмицама, под условом да се адекватно руководи масама, избећи ону врсту катастрофалних последица из 1980. и 1990. (иако је још увек тешко контролисати циркулацију навијача и карата, посебно на међународним турнирима, услед постојања црног тржишта)
- Велики број практичних мера је уведен још од периода Хејселске трагедије на спречавању насиља како од стране држава тако и кроз међународну сарадњу везано за различите политике које су дефинисане и усвојене за превенцију насиља, побољшање инфраструктуре, менаџмента маса, видео мониторинг и бољу организацију. У ове мере су ушле и различите одредбе кривичног закона. Неопходно је посветити већу пажњу дефинисању ових проактивних, превентивних мера на овом нивоу. Те мере могу да буду комплементарне са конвенционалним мерама безбедности. Све различите мере морају да буду тако дефинисане да међу њима постоји одређена равнотежа. Иако се Устави земаља разликују у свим земљама кључну улогу у спровођењу и дефинисању мера за превенцију насиља у спорту имају локалне власти. Јавне институције, градске скупштине су посебно важне и треба да имају посебну функцију катализатора у спречавању насиља и дефинисању политике коју ће стимулисати уз помоћ спортских организација и асоцијација.

- Основу за оквир превентивних мера чине односи између клубова и навијача. Клубови треба да преузму одговорност за иницирање таквих мера. Природно је да спортски клубови и федерације усвоје боље политике према навијачима и тако успоставе нове социјалне везе и отпочну процес у оквиру кога ће имати ближу сарадњу са својим навијачима. Заједничку Навијачку повељу треба да потпишу клубови и представници асоцијације навијача у оквиру које треба да буду јасно дефинисане обавезе и права клубова и навијача. Овакве Повеље би омогућиле формализовање односа између клубова и навијача. У оквиру Повеље треба јасно дефинисати чланство, консултације и информације, доступност, политику продаје карата, трговину, активности заједнице и награде за лојалност. Повеља треба да се базира на комуникацији са Владом и подразумева партнерство са локалним властима и медијима, и принципе фер плеја у спорту.
- Имајући у виду саму променљиву природу хулиганизма и повезаност са посебним приликама у локалној заједници, неколико земаља чланица је закључило да је потребно затражити од социјалних радника да спроводе различите образовне активности чија су циљна категорија навијачи и предузму потребне мере ка постизању крајњих циљева. Руковођење навијачима је део оперативне политике превенције која заједно са пасивним мерама безбедности, уз адекватну инфраструктуру и полицијски надзор, могу да буду планиране средњорочно и дугорочно, а ове активности треба да воде корен из рада са навијачима.
- Основни принцип је активна социјална и едукативна активност коју спроводе вешти професионалци који раде са циљним категоријама младих фудбалских навијача. Суштински је важно обезбедити континуирани развој ових пројеката и њихову еволуцију у оквиру које би се стално ангажовало ново особље, уз обуку на раду, тако да ове активности не робују традицији. Свет навијача се мења и у складу са том чињеницом треба развијати пројекте руковођења навијачима. Шеме руковођења навијачима могу да буду корисне само уколико су део локалног окружења и ако се изводе у оквиру клуба или града
- Руковођење навијачима се одвија у контексту интегрисане превенције и показало се као ефикасно. Некоординисан приступ може да буде контра продуктиван. Позитивна сарадња полиције и лидера навијача је веома важна за дугорочну политику превенције. Иако се методе разликују, циљеви су идентични: смањење насиља у спорту. Оба партнера треба да разумеју своје улоге и перспективе и вреднују доприносе на смањењу тензије за време утакмице. Вође навијача су веома важне за одржавање комуникације између

полиције или клубова и група навијача. У успешним пројектима полиција и вође навијача су успоставили формалне механизме за консултације, размену информација, које су координиране од стране локалне управе. Истовремено, иако се формални допринос полиције позитивно показао у многим пројектима, неке земље сматрају да је неумесно интегрисати полицију у структуру руковођења навијачима.

- Обзиром да фудбал и хулиганство данас попримају међународну димензију и остале земље имају интерес да усвоје приступ руковођења навијачима у складу са локалним потребама. Свака земља, регион и град имају своје особености и због тога активности морају да буду тако планиране да задовоље специфичне локалне потребе посебно степен институционализације и дијалог између вође навијача клуба, локалне власти и полиције. Постоје оправдани разлози због чега активности руковођења навијачима треба да буду међусобно повезане у оквиру националне платформе. Тако свака земља може да именује националног вођу навијача у циљу централизације и ширења информација на локалном и међународном нивоу. Оваква политика је посебно важна приликом међународних такмичења.
- Локалне власти имају највише услова да координирају и подрже активности којима се спорт користи као механизам за превенцију или реинтеграцију посебно оних активности које се изводе у школама или су намењене за децу школског узраста. У урбаном контексту, једно од жаришта јесу сиромашни делови града, а то су места где највише треба примењивати политику превенције кроз спорт. Веома је важно обезбедити на таквим местима спортске капацитете и ангажовати младе у спортским активностима, на такав начин да финансијска ситуација не буде препрека за бављење спортом. Аматерски спорт је основа за све спортске активности и има кључну улогу. Иако медији акценат стављају на професионални спорт, проблеми насиља су везани за свакодневна дешавања у спорту укључујући аматерски фудбал. Кампање подизања свести су потребне за све, укључујући аматерске клубове и све оне који узимају учешће у спорту на овом нивоу.
- Локалне власти треба да оснују адекватне структуре које ће се борити против насиља у спорту и координирати активности. То могу бити комитети састављени од чланова који раде активно у организацијама навијача, полиције, фудбалских клубова и судија, младих и спортских асоцијација и институција високих школа. Комитет може да буде одговоран и за давање предлога локалним властима о адекватним политикама превенције и програма које треба имплементирати. Могу да делују као директни посредници између спорта и власти. Ти комитети могу да предлажу специфичне

пројекте, ангажовање партнера, руковођења кампања, подизања свести или активности које задовољавају специфичне потребе. На крају, комитети могу да идентификују нове трендове и обезбеде адекватну брзу и ефикасну реакцију. У неким земљама такви комитети већ постоје на националном нивоу.

8. Извештавање Сталног комитета о предузетим активностима

Током свог 13. Неформалног састанка (Атина, 1. и 2. јун 1988.) министри спорта европских земаља затражили су од Сталног комитета да «сачини практичан извештај о детаљном пакету контролних мера». (МСЛ-ГТ 13 (88) 14 рев., параграф 30). Први нацрт таквог извештаја, заснован на искуствима/мерама на које је указано Сталном комитету, разматран је на 4. састанку одржаном 19. и 20. јула 1988. године. Прерађени нацрт је поднет на даље коментаре, а у коначни нацрт увршћене су и сазнања стечена након Европског фудбалског првенства (Савезна Република Немачка, јун 1988.) Стални комитет је на свом 5. састанку 1989. године усвоји **Препоруку "О детаљном извештају о мерама за борбу против хулиганизма (2/89)"**. У препоруци Стални комитет је посебно нагласио да предвиђени извештај наводи све мере које су коришћене у свим земљама и организацијама које учествују у раду Сталног комитета. Свака од њих, међутим, није применљива у свакој држави: прихватање мера зависиће од фудбалске историје државе у питању, законске и управне традиције и структуре, као и од нивоа насиља гледалаца са којом се држава у питању суочава. Одабир метода и тактике политике сузбијања потенцијалног хулиганизма такође лежи на свакој конкретној земљи и њима се овај извештај неће бавити. Списак мера, дакле, треба посматрати као «јеловник», из кога треба начинити избор. Из истог разлога извештај набраја мере али не наводи увек и власт која конкретну меру треба да спроведе. Даље, неке мере могу се применити само у оквиру граница постојећег домаћег законодавства и овлашћења поверених релевантним органима.

Извештај је подељен на:

- А. Сталне мере за превенцију насиља гледалаца
- Б. Мере које се предузимају пре високо-ризичне утакмице
- Ц. Мере које се предузимају након високо-ризичне утакмице
- Д. Дугорочне мере

Како неке од предвиђених мера могу одавати утисак врло општих, важно је нагласити да су припрема, планирање и размена погледа и информација – укратко: координација и сарадња – вероватно најважнији чиниоци успеха. Главни закључак који је Стални комитет извукао из свог искуства је чињеница да без потпуне и вољне размене мишљења, сарадње

и координације између спортских органа и јавних агенција на клупском и националном нивоу, мере за контролисање насиља гледалаца неће бити успешне. Тај чинилац је подједнако важан у приликама када се организују међународне утакмице или турнири, те је потребно да заинтересоване стране пре таквих догађаја обезбеде правовремену сарадњу одговарајућих органа на билатералном или мултилатералном основу.

9. Доношење одговарајућих прописа

Из међународних обавеза које су преузете ратификацијом Европске конвенције о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама проистиче потреба за посебним законским регулисањем проблема насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама Републике Србије донет је 2003. године и објављен је у „Службеном гласнику РС“, бр. 67/2003. Њиме су утврђене мере за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, као и обавезе организатора и овлашћења надлежних органа у спровођењу тих мера. У образложењу Предлога закона, као разлози за доношење наведено је:

„У правном систему Републике су обавезе и одговорности организатора спортских приредби само делимично уређене Законом о окупљању грађана. Поред тога, уређивање мера безбедности на спортским приредбама, тј. мера за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама препуштено је надлежним спортским савезима.

Имајући у виду да је последњих година у Републици Србији све присутније испољавање насилничког и недоличног понашања гледалаца на спортским приредбама, а посебно на фудбалским и кошаркашким утакмицама, друштвена опасност оваквих облика понашања везана за његове размере, ствара потребу да се ова материја уреди посебним законом. То представља основни предуслов да се спречи даља ескалација насилничког и недоличног понашања на спортским приредбама, као и да се овакви облици понашања онемогуће.“

10. Национални комитети

Законом о ратификацији Конвенције, прописано је да су републике чланице надлежне за њено спровођење. Једна од обавеза за Републику Србију из Конвенције јесте формирање Националног комитета за спречавање насиља и недоличног понашања на спортским приредбама и регулисање његових надлежности и активности. И са становишта праксе и са начелног становишта, потпуно је нерационално да се у закону који носи назив Закон о спречавању насиља и недоличног понашања гледалаца нису

нашле одредбе о Републичком (националном) комитету, који би сходно међународним обавезама требало да буде главни орган за координирање активности разних субјеката у Републици Србији на спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама и тело које би остваривало обавезе према Сталној групи за праћење наведене Конвенције Савета Европе. На овом и другим наведеним примерима, јасно се показује да се проблем насиља и недоличног понашања на спортским приредбама мора свеобухватно регулисати једним законским текстом, уколико се у опште жели постизање циља.

11. Препорука "Фудбалски хулиганизам" Парламентарна скупштина Савета Европе

На значај поштовања Европске конвенције о спречавању насиља и недоличног понашања гледалаца на спортским приредбама, посебно фудбалским утакмицама и након 15 година од њеног доношења указано је и у Препоруци бр. 1434 "Фудбалски хулиганизам" коју је 1999. године усвојила Парламентарна скупштина Савета Европе. Скупштина је пошла од тога да је фудбалски хулиганизам претња спорту и да је потребно уложити више напора како би се хулиганизам смањио а инциденти попут догађаја на Светском купу 1998. у Француској спречили. Скупштина посебно сматра да је Европска конвенција о спречавању насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама а посебно фудбалским утакмицама из 1985. године одговарајући оквир за сарадњу на том пољу. У складу са чланом 1. Конвенције, Стране уговорнице су обавезне да предузму потребне кораке како би спречиле и контролисале насиље и недолично понашање од стране гледалаца на фудбалским утакмицама и другим спортским приредбама на којима се страхује од избијања насиља или недоличног понашања гледалаца.

Парламентарна скупштина Савета Европе је сматрала за потребним да усвоји наведену Препоруку јер је од усвајања Конвенције појава хулиганизма је доживела измене. Измене се огледају у следећем: хулигани одлучније траже конфронтацију а коришћење оружја и дроге илустрација је њихове одлучности; постојање већег степена планирања, мобилизације, координације и организације хулигана, при чему искуснији хулигани играју све важнију улогу, као што то чине и савремена средства комуникације (мобилни телефони, Интернет), укључујући и појаву да групе навијача стварају коалиције и представници ривалских група могу контактирати једни друге ради договора; помак у месту и времену насиља јер се сукоби се све чешће дешавају ван фудбалских стадијума и не увек током самог меча.

Основни елементи Препоруке су:

- Скупштина сматра да, у циљу успешности, безбедносне мере треба да буду праћене превентивним социјалним мерама и повећаним напорима на пољу едукације.
- Дугорочни, интегрални приступ, у коме све заинтересоване стране закључују обавезујуће споразуме, од суштинског је значаја за сузбијање хулиганизма. Како клубови, тако и националне и међународне фудбалске власти морају преузети свој део одговорности.
- Фудбалери и клубови одговорни су за спречавање сваког понашања на игралишту које би могло изазвати насиље међу навијачима.
- У циљу стварања атмосфере која води толеранцији и фер плеју, мора се наћи равнотежа између безбедности и сигурности с једне, и пријатељства и гостољубивости с друге стране.
- Сарадња и координација током међународних спортских приредби још увек је далеко од оптималне с обзиром да мноштво земаља није у могућности да обезбеди потребне информације, док земље са великим искуством са хулиганима често осећају да њихово знање остаје неискоришћено у целисти.
- Сензационалистички или претеривачки новинарски извештаји, који понекада садрже и потпиривање националистичких тенденција, доприносе клими погодној за хулиганизам, посебно у периодима пред такмичења.
- Комуникација је основни чинилац у превенцији и сузбијању интензитета инцидената и то се не односи само на комуникацију између оних који су задужени за безбедност. Комуникација међу навијачима и полицајцима, представницима и вођама навијача доприноси превенцији инцидената, посебно ако се навијачима обрате познати људи на матерњем језику.
- Значајан допринос превенцији хулиганизма је спречавање познатим хулиганима да присуствују утакмицама. Алкохолна пића треба да буду забрањена на стадионима.
- Могућности за безбедно организовање појединачних догађаја, као што су првенства, ограничене су дугорочним политикама (или недостатком истих) у земљама учесницама.
- Скупштина препоручује да Комитет министара настави и интензивира свој рад усмерен против хулиганизма у спорту на основу Европске конвенције, у сарадњи са владама и релевантним спортским телима, клубовима, асоцијацијама и власницима стадиона.

Активности посебно треба да се састоје:

- *У односу на хулиганизам уопште*: јачањем образовних, друштвених и културних мера и стратегија ради спречавања хулиганизма; захтевањем од клубова, националних и међународних фудбалских власти да преузму одговорност, обавезујући их на доношење интегралних безбедносних планова, укључујући мере за превенцију хулиганизма, именовање вођа навијача и медијску стратегију; стимулисањем стадиона прилагођених корисницима, у којима се лакше врши социјална контрола (нпр. подстицањем породичног присуства), с акцентом на комфор гледалаца (нпр. – облик столица, постојање заклона, санитарија, могућност да се купе храна и безалкохолна пића); стимулисањем активнијег учешћа навијача и њихових клубова (нпр. у продаји карата); развојем европског приступа руковођењу навијачима; прописивањем да се све фудбалске утакмице у националним такмичењима, у земљама где је то потребно, морају играти у исто време; стимулисањем међународне сарадње и координације на принципима Приручника Европске уније о међународној полицијској сарадњи и мерама за спречавање и контролу насиља и нереда у вези са фудбалским утакмицама; установљавањем сталних јединица за размену обавештајних података у вези са фудбалом у свим земљама и стварањем услова за редовне консултације међу тим јединицама; изналагањем начина за примену забрана приступа стадионима на међународном нивоу.
- *У односу на организацију међународних спортистских догађаја*: стимулисањем међународне сарадње и координације пре и у току догађаја допуњавањем припрема извршених у земљама организаторима, обезбеђивањем повратних информација и усаглашавањем стратегије комуникације; подстицањем свих земаља учесница да пошаљу што већи број лидера и вођа навијача; стимулисањем активног и отвореног приступа од стране медија, како би се спречило претеривачко и нереално извештавање; настављањем истраживања о «најбољој пракси» и делотворности мера преузетих у циљу превенције хулиганизма и вредновањем међународне сарадње и координације пре и током догађаја; оснивањем међународних центара за гостујуће навијаче («навијачких кућа») у местима одигравања утакмица како би навијачи били информисани и помоћ им се пружала на њиховом матерњем језику; организовањем медијских кампања у свакој од земаља учесница, уз учешће популарних спортиста, ради подстицања свечане и толерантне атмосфере.

Prof. Dr. Nenad Djurdjevic,

a full-time professor

EUROPEAN CONVENTION ON VIOLENCE AND INAPPROPRIATE CONDUCT OF FANS AT SPORTS GAMES, ESPECIALLY AT FOOTBALL MATCHES

All sports activities more or less involve certain risks. The standard risks have been recently enhanced by those which have nothing to do with sports. Violence, fights, demolishing of sports facilities and property, throwing of various objects at the opposing fans or on the field have become daily incidents at sport grounds throughout Europe.

European Convention on violence and inappropriate conduct of fans at sports games, especially at football matches, was adopted on August 19, 1985 in Strasbourg, as a response to Helsinki's tragedy. The goal of this Convention was to set up standards that will prevent and control violence at sports events.

According to the Convention's regulations, the Member States have to, within their national laws, undertake certain measures for the fulfilment of the Convention's requirements in order to prevent and control violence and inappropriate conduct of fans at sports events. In meeting these requirements, the member States have to take into consideration the recommendations established by the permanent group that monitors the application of this Convention.

*Др Душица Палачковић,
редовни професор*

UDK: 347.91/.95

СУД ПРВЕ ИНСТАНЦЕ (THE COURT OF FIRST INSTANCE) - НАДЛЕЖНОСТ И ОПШТА ПРАВИЛА ПОСТУПКА У ПРВОМ СТЕПЕНУ

Суд прве инстанце (The Court of First Instance), као посебан суд, односно посебна инстанца у Суду правде Европских заједница (The Court of Justice of the Communities)¹ у ширем смислу² нормативно је установљен одлуком Савета Европе 1989.,³ а конституисан одлуком председника Суда правде исте године.⁴ Нормативну основу за његово етаблирање у правосудни систем Европске уније дају, међутим, амандмани које садржи Јединствен европски акт из 1986.⁵ Изричито је поменут у Уговору после амандмана извршених Уговором из Нице у 2001. години⁶ и то не само по

¹ За ову комунитарну институцију у литератури је коришћен и користи се низ различитих назива. Уобичајено је да се користи назив "Европски суд правде", нпр., Ракић-Водинелић, Кнежевић, Грађанско процесно право ЕУ, Београд, 1998.; Ђерић, Европски суд правде и људска права, ПЖ, 12/1996; Кнежевић-Предић, Европски суд правде и обликовање правног система ЕУ, ПЖ, 12/1996.; док, нпр., Рачић, О надзору над применом права ЕУ, ПЖ, 12/1996., користи назив "Суд Европске Уније", а Мисита, Основи права Европске Уније, Сарајево, 2007., користи назив "Европски суд", али упућује и на назив који је у употреби после Амстердамског уговора, а то је "Суд институција Европске заједнице", а не више Европске уније (види код Мисита, *op.cit.*, стр. 643. У овом раду биће коришћен термин "Суд правде".

² Назив "Суд правде Европских заједница у ширем смислу" овде користимо у значењу правосудне институције у целини, односно обухватајући сва три нивоа суђења, односно одлучивања - на нивоу Суда правде Европских заједница у ужем смислу, затим пред Судом прве инстанце и пред Судом за службеничке спорове (European Union Civil Service Tribunal), који, сваки појединачно имају одређену првостепену надлежност, а прва два су и жалбени, односно и апелациони судови.

³ Одлука СЕ 88/591/ECSC, ЕЕС, Euroatom, OJ L 319/1/88, промењена путем OJ L 215/1/89, допуњена Одлуком 1/95/EC OJ L 1/1/95.

⁴ Одлука је донесена 11. октобра 1989., OJ L 317/48/89, а Суд прве инстанце отпочео је са радом у новембру 1989. О настанку овог Суда види више код Вукадиновић, Европска економска заједница, Београд, 1991., стр. 137-138.

⁵ Раније Art. 168/1, а сада Art.225, при чему су и Уговор о европској заједници за угаљ и челик (чл.32д) и Euroatom уговор (чл.140а) претрпели измене.

⁶ OJ C 80/1/01

називу, већ и кроз правила о његовој унутрашњој организацији, надлежностима и начину рада, односно поступања.⁷

Претежни разлози, које помиње теорија, а који су водили оснивању Суда прве инстанце,⁸ свде се на преоптерећеност Суда правде, односно изузетно велики број случајева у којима је требало поступати, као и "све сложенију чињеничну позадину спорова, односно потребу за минуциозном економско-правном анализом случајева, посебно оних у области тржишне конкуренције и државних субвенција".⁹

1. Надлежност Суда прве инстанце

Првобитно, односно на основу поменутог Јединственог европског акта којим су измењене и допуњене одређене одредбе Уговора о оснивању ЕЕЗ (поменути чл. 168/1), утврђено је да Суд прве инстанце поступа у случајевима "одређених" врста тужби и у одређеним поступцима, односно у случајевима "одређених врста тужби правних или физичких лица доносећи одлуке у првом степену, против којих је допуштена жалба Суду правде (у ужем смислу), али је сама жалба ограничена на отварање правних питања у складу са условима из Статута Суда правде. При томе, Суд прве инстанце у овом периоду није ни у ком случају био надлежан за поступањем поводом захтева националних судова за тумачење комунитарног права (чл. 225/1 Уговора), односно решавање претходног питања из чл. 177. Уговора, као ни у случајевима када спорове покрећу државе-чланице или органи заједнице. Стога је у овом периоду искључиво Савет ЕУ одређивао његову надлежност, на захтев Суда правде, а уз претходне консултације Парламента и Комисије (чл. 225/2 Уговора).

Првобитно су у његовој надлежности били тзв. службенички, односно радноправни спорови,¹⁰ као и спорови поводом захтева приватноправних субјеката за оцену законитости, односно поништење комунитарних аката у области тржишне конкуренције, укључујући и захтеве за накнаду штете.¹¹ Потом је његова надлежност, посебним одлукама проширена на спорове везане уз антидампинг мере и један број спорова који се односе на права у

⁷ Види Art. 220/1., 224. и 225. Уговора.

⁸ За овај Суд се у теорији најчешће користи термин Трибунал, према француском називу (Le Tribunal de premiere instance), види код Мисита, op.cit., стр. 666-667.

⁹ Види код Мисита, op.cit., стр. 666.

¹⁰ Према Одлуци 88/591, Art.2/3.

¹¹ Тадашњи Art.85. и 86., а сада Art.81. и 82., Одлука 93/350, OJ L 144/21/93, као и доцније донесена Одлука 94/149, OJ L 66/29/94, којима је допуњена Одлука 88/591.

области индустријске својине.¹² Оваква надлежност претрпела је значајне измене оснивањем посебног, тзв. Суда за службеничке спорове¹³ који је преузео у суштини првостепену надлежност у споровима комунитарних институција и њихових службеника (особља), односно поменуте радноправне спорове (плаћања, напредовање у каријери, одабир или регрутовање кадрова, односно избор, дисциплинске мере и др.) али је надлежан и за спорове поводом примене правила везаних уз социјалну заштиту (болест, старост, инвалидитет, несреће на послу, породични додаци и др.) У време оснивања Суда прве инстанце његова је надлежност била стриктно набројана, али је Одлуком о оснивању остављена и могућност накнадног преиспитивања и проширења његове надлежности.¹⁴

У овом тренутку, међутим, надлежност Суда прве инстанце је одређена Уговором и то тако да је "генерално" надлежан за поступање у случајевима који су покренути у складу са одредбама чланова 230, 232, 235, 236 и 238, односно да неће поступати у овим споровима само уколико су неки до њих у надлежности Суда за службеничке спорове или Суда правде (у ужем смислу, свакако). С обзиром на овакав приступ његову надлежност могуће је, наводити двојачко - поред набрајања (позитивна енумерација), и уз коришћење методе тзв. негативне енумерације или дефинисања.¹⁵

У складу са позитивним одређењем, у надлежности Суда прве инстанце били би:

- спорови по директним тужбама приватноправних субјеката (и физичких и правних лица) против аката институција заједница (комунитарних институција), односно захтеви (рекурси)¹⁶ за поништење оваквих аката,¹⁷

¹² То су спорови о тзв. комунитарном жигу и комунитарним правила у вези нових биљних сорти на основу Уредбе No 40/94, OJ L 11/1/94, и доцнијих допуна Уредбом No 3288/94, OJ L 349/83/94 и Уредбом No 2100/94, OJ L 227/94 која је допуњена Уредбом No 2506/95, OJ L 258/3/95.

¹³ Правни основ успостављања овог Суда је Уговор из Нице који је омогућио Савету да формира тзв. "судске панеле" (judicial panel), а 2004. је и успостављен први такав посебан суд - Суд за службеничке спорове (European Union Civil Service Tribunal), OJ L 33/7/04

¹⁴ Art.3/3. Одлуке

¹⁵ Овако о надлежности, уз коришћење оба метода, говори Мисита, *op.cit.*, стр. 668-670., док се Вукадиновић, *op.cit.*, стр. 138., задржава на позитивном одређењу.

¹⁶ Овај израз користе, нпр., Ракић-Водинелић, Кнежевић, *op.cit.*, стр. 198. и след., за тужбу за поништај аката

¹⁷ Ова надлежност проистиче из генералног одређења у Art.230. Уговора

- спорови по директним тужбама приватноправних субјеката против институција заједница због њиховог пасивног става, односно непредузимања потребних радњи,¹⁸

- спорови по тужбама држава-чланица против Комисије,¹⁹

- спорови по тужби држава-чланица против Савета, а у вези мера (одлука) у областима:

а) забране државне помоћи и дампиншких мера,²⁰

б) овлашћења Савета за спровођење мера у области спољне трговине,²¹ и

в) тзв. "придржаних" овлашћења Савета за спровођење мера,²²

- спорови по тужбама приватноправних лица за накнаду штете проузроковане радњама или пропуштањем предузимања радње од стране институција заједница или њиховог особља,²³

- спорови који су Суду прве инстанце поверени на основу важећих "арбитражних" клаузула из приватноправних или јавноправних уговора које закључују заједнице,²⁴

- спорови по тужбама чији се захтеви тичу комунитарног жига, дизајна и нових биљних сорти (Community trade marks), односно спорови по тужбама против одговарајућих агенција заједнице какви су Уред за хармонизацију унутрашњег тржишта и Уред за биљне сорте, у складу са одговарајућом регулативом заједнице,²⁵

- поступање по жалбама (апелацијама), уз ограничење на правна питања (питања примене права), које су поднесене против одлука Суда за службеничке спорове, и

¹⁸ Ова надлежност проистиче из генералног одређења у Art.232. Уговора

¹⁹ Изузетак су спорови по тужбама које се односе на механизам појачане сарадње, које се подносе у складу са Art.11/1, преузето од, Мисита, op.cit.,стр. 668., фус-нота бр. 485.

²⁰ Art. 88/2. Уговора

²¹ Art.133. Уговора

²² У смислу Art.202/2. Уговора

²³ У складу са генералним одређењем из Art. 235. и 238. Уговора

²⁴ У складу са генералним одређењем из Art.238. Уговора. У теорији се користи израз "арбитражна" клаузула, који није сасвим тачан, с обзиром да се одређује надлежност суда који је установљен комунитарним прописима, а не "арбитраже" у њеном изворном значењу, па би адекватнији израз био "на основу клаузуле о уговарању надлежности суда".

²⁵ Такве су Уредбе 40/94 (комунитарни жиг), 6/02 (комунитарни дизајн) и 2100/94 (права поводом биљних сорти)

- поступање по захтевима националних судова држава-чланица за тумачење оснивачких уговора и комунитарних прописа, укључујући и статуте тела која су основана одлукама Савета.²⁶

Посебан коментар заслужује последња од претходно побројаних надлежности Суда прве инстанце. Она упућује на његову надлежност и за тумачење комунитарних прописа, односно на изузетну, посебно ограничену надлежност за његово поступање по тзв. прејудисијелним захтевима. Наиме, Уговором из Нице омогућено је да Суд прве инстанце "замени" Суд правде (у ужем смислу) у поступку претходног одлучивања у смислу чл. 234., односно надлежност у овим поступцима му је поверена "у принципу", односно тако да су успостављена ограничења овој врсти надлежности преко искључиве надлежности Суда правде (у ужем смислу) у случају:

- када Суд прве инстанце оцени да је реч о питању које може утицати на јединство и конзистентност комунитарног права, и

- када, под условима које утврђује Статут Суда правде, разматра став Суда прве инстанце о тумачењу којим је доведено у питање јединство и конзистентност комунитарног права.²⁷

У теорији налазимо и тзв. негативно одређење надлежности Суда прве инстанце,²⁸ које полази од факта да је Уговор из Нице, како је већ поменуто и у овом раду, овом Суду поверио надлежност у свим споровима који се покрећу на основу чл. 230, 232, 235, 236 и 238, уз изричито предвиђена ограничења. Тако, у надлежности Суда прве инстанце нису:

- спорови који су поверени (или ће тро бити учињено) специјализованим судовима, какви су тзв. службенички спорови, који су поверени Суду за службеничке спорове, како је већ поменуто,²⁹

- спорови по тужби држава-чланица против Европског парламента и Савета, који се односе на законитост њихових правних аката,³⁰ њихово нечињење³¹ и спорови против Комисије, а у вези механизма појачане сарадње,³² а све на основу чл. 51. Статута Суда правде,³³ и

²⁶ У складу са генералним одређењем из Art.243. Уговора

²⁷ У складу са Art.225/3. Уговора. О томе се на наведени начин изјашњава Мисита, *op.cit.*, стр. 670-671.

²⁸ Види код Мисита, *op.cit.*, стр. 669-670.

²⁹ У складу са генералним одређењем из Art.225/1. Уговора

³⁰ Уз изузетке поменуте у тзв. позитивном одређењу надлежности Суда прве инстанце, а који се односе на Art. 88/2., 133. и 202/2.

³¹ У складу са Art. 230. и 232. Уговора

³² У складу са Art.11a Уговора, према коме је надлежан Суд правде у ужем смислу

³³ Одлука 04/407, OJ L 132/5/04

- спорови између комунитарних институција, укључујући и Европску централну банку.³⁴

Из оваког, негативног дефинисања надлежности Суда прве инстанце следио би закључак да је он заправо и "првостепени суд опште надлежности" и апелациони суд, суд више инстанце у односу на одлуке "специјализованих судова" какав је за сада Суд за службеничке спорове.³⁵

2. Судије, "правозаступници" и састав Суда

Организација, састав и поступак пред Судом прве инстанце регулисани су, поред одредби Статута Суда правде и посебним Правилима поступка пре Судом прве инстанце (Rules of Procedure of the Court of First Instance of the European Communities).³⁶

У Првом делу Правила³⁷ првим ставовима чл. 2., помињу се "чланови" (Members), који врше функцију судија (Judges).

Такође, већ првим ставовима Правила³⁸ одређено је и да у Суду прве инстанце нема сталних правозаступника (Advocate General), као што је то случај у Суду правде (у ужем смислу), али да сваки судија, уз изузетак Председника, може, у случајевима одређеним чл. 17-19. Правила, вршити функцију правозаступника у појединачном случају.

Суд прве инстанце чини двадесетседам судија ("најмање" по један из сваке државе-чланице)³⁹ који се именују уз сагласност држава-чланица, а оне их бирају према националним прописима из реда лица чија је непристрасност и стручност неспорна и одговара оним критеријумима који су националним прописима предвиђени за избор судија "високе" судске инстанце, односно који су признати правници.⁴⁰

³⁴ Такође на основу Art.51. Статута Суда правде. Према Мисити, *op.cit.*, стр. 670., фус-нота 491. и спорови држава-чланица против Европске централне банке и Европске комисије, уз изузетак оних који се тичу оцено законитости њихових аката, у надлежности су Суда прве инстанце.

³⁵ Тако, Мисиста, *op. cit.*, стр. 670.

³⁶ Ова Правила донесена су 2. маја 1991., OJ L 136 of 30. May, коригована су публикована у OJ L 317., 19.11.1991. Више пута мењана су, односно допуњавана, а последња је публикована у OJ L 386, од 29.12.2006.

³⁷ Види Title I, Organization of the Court of First Instance, Chapter 1, President and Members of the Court of First Instance

³⁸ Види Art.2/2. Правила

³⁹ Види Art.224/1. Уговора

⁴⁰ Види Art.224/2. Уговора, који овде, за разлику од судија Суда правде у ужем смислу користи израз "high judicial office"

Као и уопште у Суду правде, тако и у Суду прве инстанце судије имају мандат од шест година и могу бити поново бирани. Сваке треће године обнавља се половина судија у саставу Суда.

Судије уживају имунитет према Статуту Суда правде⁴¹ који може бити и одузет, а тада се поступак против судије може водити искључиво пред националним судом који је надлежан да води такве поступке против судија највиших судских инстанци. Дужност судије може престати и уколико више не испуњава услове за избор или више не испуњава своје дужности.⁴² У таквом случају одлуку доноси тајним гласањем већина судија Суда прве инстанце, после затворене седнице на којој се о разлогу изјашњава судија уз право оних који су остали у мањини да о томе обавесте Суд правде у ужем смислу.

Пре ступања на дужност судије полажу заклетву којом се обавезују да ће непристрасно и савесно обављати поверене дужности и потписују изјаву (declaration) о томе.⁴³

Улогу генералних правозаступника, односно правобранилаца⁴⁴ у Суду прве инстанце врше судије. Наиме, када Суд заседа у пленуму обавезно је његово асистирање,⁴⁵ а судију који ће вршити ову дужност одредиће Председник Суда прве инстанце.⁴⁶ Иначе, оваква дужност судије поклапа се са улогом генералног правозаступника као "члана сталног особља" Суда правде чији је основни задатак да "незвисно и непристрасно презентира образложене завршне предлоге о спору",⁴⁷ односно чија је дужност да "заступа (комунитарно) право у свјетлу предметног случаја", односно да даје правну анализу случаја и формулише предлог.⁴⁸ Његова мишљења нису обавезујућа за суд, али су корисна и у теорији се препознају као:

- формулисање предлога решења конкретног спора (случаја),

⁴¹ Види Art. 3. Статута

⁴² Види Art. 5. Правила

⁴³ Види Art. 4. Правила

⁴⁴ У теорији се налазе и један и други термин, али с обзиром на нашу правну терминологију и традицију која познаје јавног правобраниоца чија је процесна улога потпуно другачија, више одговара назив "правозаступник", или "општи правозаступник (Вукадиновић, *op.cit.*, стр. 84. и след., користи изразе "општи правобранилац" и "општи адвокат", док Мисита, *op.cit.*, користи израз "генерални правозаступник"), управо с обзиром на процесну улогу.

⁴⁵ Види Art. 17. Правила

⁴⁶ Који се, иначе бира од стране самих судија на период од три године

⁴⁷ Art. 166/2. Уговора о оснивању ЕЕЗ

⁴⁸ Мисита, *op. cit.*, стр. 659.

- правно аргументовање случаја према постојећем комунитарном праву, односно ситуирање предложеног решења у општи модел прихваћене судске праксе, и

- сугерисање дање разраде, а тиме и развоја комунитарног права, односно његове измене (или допуне).⁴⁹

Суд прве инстанце, према одредбама Статута Суда правде и Правила процедуре Суда прве инстанце, може радити, односно расправљати и одлучивати, у већу или од стране судије појединца.⁵⁰

Већа Суда прве инстанце (Chambers) чини три или пет судија, а Велико веће (Grand Chamber) чини тринаест судија. Суд може заседати и у пленуму, с обзиром на важност случаја или посебне околности.⁵¹

Поступање судије појединца, с обзиром да је поступање у већу, пленуму, па чак и пуном сазиву Суда правило, омогућено је, у једноставнијим случајевима, односно правним стварима мањег значаја накнадно, односно тек 1999.⁵² С обзиром на регулативу, а посебно на изричите забране да се одређени случајеви делегирају на решавање судији појединцу,⁵³ могло би се закључити да су у његовој надлежности:

- другостепени (апелациони) поступак у радноправним спорови службеника комунитарних институција,

- спорови по тужбама физичких и правних лица поводом одлука комунитарних институција које се односе директно на ове субјекте,

- спорови по тужбама за накнаду штете (вануговорна штета), и

- спорови за које је уговорена надлежност Суда прве инстанце.

У Суду прве инстанце одређену улогу има и судија-известилац кога, на основу предлога председник већа одређује председник Суда прве инстанце, водећи рачуна о сваком поједином случају изнесеном пред веће, а судија известилац може имати и улогу судије појединца.⁵⁴

⁴⁹ Види више, Вукадиновић, *op.cit.*, стр. 84-85., као и Мисиста, *op. cit.*, стр. 660.

⁵⁰ Art.50/2. Статута и Art. 10. и 11. Правила процедуре

⁵¹ Art. 14. Правила процедуре, који помиње законске тешкоће или значај случаја или специјалне околности

⁵² OJ L 114/52/99 и OJ L 135/92/99

⁵³ Види Art.14/2. Правила процедуре. Следи да је реч о споровима у вези (оцене) законитости општих аката комунитарних институција, спорове у вези имплементације прописа који се тичу надлежности (овлашћења) и контроле концентрације, државне помоћи, заштите трговине (монополско понашање, антидампинг мере), заједничке пољопривредне политике ако у једном од низа сличних случајева није већ донесена одлука (нема судске праксе о томе), као и спорови који се воде против Уреда за трговачке жигове и дизајн и случајеви у којима се делегирању надлежности судије појединцаprotиве државе-чланице или комунитарне институције које су странка у спору.

⁵⁴ Види Art. 13/2. и 14/2. Правила процедуре

3. Општа правила поступка пред Судом

Како би у потпуности обавио послове из своје надлежности Суд прве инстанце има Секретара (Registrar) као и службеничко особље који асистирају, односно помажу председнику Суда и судијама. Службеници асистирају и секретару и њему одговарају за свој рад, под контролом председника Суда, а бирају се у складу са Правилима о особљу. Секретар Суда, под контролом председника, одговоран је за пријем и потврду пријема, достављање и заштиту свих докумената, односно аката који се предају суду или који су му неопходни за расправљање и одлучивање. У свим званичним функцијама председнику, и судијама асистира (помаже) секретар.⁵⁵

Поступак пред Судом има две посебне фазе, односно дела - писани писмени, (written procedure), односно део у коме се поступак води искључиво преко поднесака,⁵⁶ без расправе и усмени део (oral procedure), односно део који представља усмену расправу.⁵⁷ Посебна правила односе се на мере у вези организације поступка, односно процедуре пред Судом и мере које се тичу усмених изјава, односно саслушања учесника.⁵⁸

Поступак почиње подношењем тужбе, у писаном облику и чији је оригинал, као и оригинални примерак свих поднесака потписан од стране агента или адвоката странке. Оригинал се, заједно са пет примерака копија за Суд и копијама у довољном броју за све странке које учествују у поступку, предаје Суду. Уз тужбу се прилажу сва документа, односно прилози који су од значаја за спор. Тужба и остала документа се региструју, после контроле коју врши секретар, према датуму пријема, што се констатује белешком на оригиналу, а по захтеву странака и на копијама, од стране секретара. Датум предаје једини је релевантан у односу на рачунање (истек) рокова у процедури.⁵⁹

Језик поступка јесте онај који се користи у састављању поднесака и којим се води усмена расправа. То су језици свих држава-чланица, а избор у конкретном случају врши апликант, односно подносилац, уз одређене изузетке.⁶⁰ Пратећа документа се обавезно преводе на изабрани језик.

⁵⁵ Види Title 1, Chapter 3, Registry, Art.20-30., Правила процедуре.

⁵⁶ Види Title 2, Chapter 1, Art.43/54. Правила процедуре

⁵⁷ Види Title 2, Chapter 2, Art.55/65. Правила процедуре

⁵⁸ Види Title 2, Chapter 3 Правила процедуре.

⁵⁹ Види Art. 43/3. Правила процедуре

⁶⁰ Види Art. 35. Правила процедуре, који, нпр., предвиђа да се, уколико је тужена држава-чланица или физичко или правно лице које има држављанство или националну припадност државе-чланице, језик на коме се води поступак биће службени језик те државе-чланице, а ако она има више службених језика у употреби, подносилац бира један од њих, или, у случају заједничких поднесака

Тужба мора да садржи: име, презиме или назив и адресу тужиоца (подносиоца), опис потписника, означање странке против које се поступак покреће, предмет спора и сумарни опис правног основа на коме је тужба базирана, предлог одлуке коју захтева тужилац, а када је то прикладно и доказе који су наведени у тужби (документа, односно одлуке чије се укидање тражи, списе из којих се види када је надлежни орган требало да одлучи и др.).

Подносилац мора одредити адресу за сервисирање, односно достављање које ће вршити суд, а у месту заседања суда,⁶¹ као и име лица које је овлашћено да пуноважно прима доставе.⁶² Адвокат странке мора предати Регистру Суда сертификат на основу кога је овлашћен на заступање пред судом државе-чланице или друге државе потписнице Споразума о европском економском простору.⁶³ Неопходне документе које треба приложити тужби одређује Статут Суда правде.⁶⁴

Уколико тужба није потпуна, односно нема садржину везану уз овлашћење адвоката, документе спецификоване у пар. 21. Статута Суда правде или оне који су спецификовани за случај да је подноси приватно-правно лице,⁶⁵ Секретар Суда ће одредити разуман рок да се изврше допуне тужбе. Уколико тужба не буде уређена, односно не буду јој придодата неопходна документа у овом року, Суд ће констатовати да ли је тужба због ових недостатака недопуштена.

Тужба се, затим, доставља туженом, а он мора одговорити у писаној форми у року од два месеца од момента достављања тужбе. Одговор мора да садржи: име, презиме или назив и адресу туженог, чињеничне и правне аргументе који су у вези спора, предлог одлуке коју он сматра одговарајућом и доказе којима поткрепљује тврдње из одговора. Рок може продужити председник на основу образложеног, односно оправданог предлога туженог.⁶⁶

И тужилац и тужени могу по одлуци Суда, а после саслушања генералног правозаступника, поновити поднеске, односно "реплицирати" противнику у писаној форми, изузев ако Суд не оцени да то није неопходно стога што су претходни поднесци и документа која су уз њих предата свеобухватни, односно омогућавају странкама да на усменој расправи елаборирају своје приговоре и аргументе. Такође, Суд може

странака, употребу било ког од језика држава-чланица у целом или делу поступак могућа је уз претходно одобрење итд.

⁶¹ О месту видети више Art. 31 Правила процедуре

⁶² Види Art.44/2 Правила процедуре

⁶³ Види Art.44/3. Правила поступка

⁶⁴ Види Art. 21 Статута Суда правде

⁶⁵ Види Art. 44/5 Правила поступка

⁶⁶ Види Art. 46 Правила поступка

овластити странке да понове поднеске ако тужилац презентира оправдане разлоге за то, а у року од две седмице од објављивања овакве одлуке. Председник ће одредити рок за предају ових поднесака. У поновљеним поднесцима странке могу понудити нове доказе, али само ако поднесу доказе зашто то нису могле учинити у тужби, односно одговору, али нова правна питања не могу отворити после покретања тока поступка, изузев ако су она базирана на правном или чињеничном основу који је осветљен тек у току поступка. Одлука о овом питању садржана је у коначној одлуци о спору.⁶⁷

У свакој фази поступка Суд може, пошто о томе саслуша генералног правозаступника, одредити примену мера из чланова 64 и 65 Правила поступка или наредити да се претходно испитивање понови или прошири. Такође, председник може, у току трајања целог поступка, после саслушања странака и генералног заступника, наредити спајање поступака у две или више ствари у којима су вођени посебни поступци. Разлог спајања је веза између њих, а спајати се могу у сврху вођења заједничке писане, усмене фазе или заједничке коначне одлуке. У случају спајања агенти, саветници или адвокати могу разгледати у Регистру све поднеске које су странке предале суду у осталим поступцима. Тајна или поверљива документа изузимају се од примене овог правила.⁶⁸

Прелиминарни извештај саставља судија известилац, а он садржи препоруке о мерама за организацију поступка или мере о испитивању, односно истраживању, а обавезан је ако је случај поверен пленуму суда, Великом већу или већу у посебном саставу. На основу извештаја суд одлучује о томе које радње даље треба да предузима у односу на препоруке судије известиоца, а пошто саслуша генералног правозаступника. Заказивање усмене расправе од стране председника Суда зависно је од одлуке, односно да ли ће се препоруке судије известиоца прихватити и спровести, или неће. У другом случају се одмах после достављања извештаја одређује дан отварања усмене расправе.⁶⁹

Усмену расправу отвара и њоме руководи председник који је одговоран за примену прописа према којима се расправа одвија. Услед посебних околности председник, после саслушања странака и генералног правозаступника, на сопствену иницијативу или по предлогу једне од странака, одложити расправу. Одлагање може одредити и на основу заједничког предлога странака. У току усмене расправе председник, остале судије и генерални правозаступник могу постављати питања агентима, саветницима или адвокатима странака. саме странке, међутим, могу комуницирати са судским већем само преко својих агената, саветника или

⁶⁷ Види Art. 47 и 48. Правила поступка

⁶⁸ Види Art. 49 и 50 Правила поступка, у вези Art. 67/3

⁶⁹ Види Art. 52-54 Правила поступка

адвоката. Уколико за поједине случајеве није одређен генерални заступник, председник ће затворити усмену расправу после саслушања. Уколико је, међутим, одређен генерални заступник и он је саставио свој извештај, односно у писаној форми састављено мишљење предао секретару Суда који саопштава странкама. После изношења, усменог или у писаној форми, мишљења генералног правозаступника, председник закључује усмену расправу. Ипак, и после саслушања генералног правозаступника Суд прве инстанце може наложити поновно отварање усмене расправе. О сваком саслушању секретар суда саставља записник, који потписују председник и секретар чиме се потврђује његова веродостојност. Странке могу прегледати записнике у секретаријату и копирати их али о личном трошку.⁷⁰

После саслушања генералног правозаступника, иначе, Суд може прописати одређене мере које се тичу организације, односно начина вођења поступка,⁷¹ а Правила процедуре садрже и низ посебних одредби о начину позивања и саслушавања сведока и вештака, хитном поступку, обустављању поступка, доношењу одлуке, трошковима и др, као и посебним врстама поступака пред Судом прве инстанце, о чему неком другом приликом, односно у другом делу овог рада.

*Prof. Dr. Dusica Palackovic,
a full-time professor*

COURT OF FIRST INSTANCE – JURISDICTION AND GENERAL PROCEDURAL RULES

The Court of first instance is a special court within EU Court of Justice in the broader sense of this term. Established back in 1990's with the purpose to disburden the Court of Justice, this Court, meanwhile, has also lost part of its jurisdiction due to the establishment of a specialized Court for clerical disputes. This is, in short, the internal structure of the Court of Justice in a broader sense, while the jurisdiction of the Court of first instance has generally remained for the disputes related to Art. 230, 232, 235, 236 and 237 of the Agreement, with the exception of the cases that have been under the jurisdiction of the Court specialized for clerical disputes, or the jurisdiction of the Court of Justice in its narrow sense.

⁷⁰ Види Art. 56-63. Правила процедуре

⁷¹ Види Art. 64. Правила процедуре

This Court has particular procedural rules, but it also applies the Court of Justice Statute. These rules thoroughly regulate jurisdiction, the steps for starting a proceeding, the phase of submitting written documents and the phase of discussing the case, etc. These issues, in short, form the contents of this work, but it also includes a series of other specific proceeding institutes, whose significance calls for their detailed elaboration in some future works.

*Др Милена Пејровић,
ванредни професор*

UDK: 341.645.2"2005"

ДЕЈСТВА ПРОРОГАЦИОНОГ СПОРАЗУМА ПРЕМА ХАШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О СПОРАЗУМУ О ИСКЉУЧИВОЈ НАДЛЕЖНОСТИ СУДА ИЗ 2005

Увод

Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности изабраног суда (*The Hague Convention on Choice of Court Agreement*) (у даљем тексту 'Конвенција') донета је 30. јуна 2005. године, на 20. заседању Хашке конференције за међународно приватно право. Свесни да се међународна трговина и инвестиције могу унапредити само кроз међународну сарадњу судова, а да се она може поспешити и појачати усаглашавањем процесних правила нарочито у области међународне надлежности и признања и извршења страних судских одлука, аутори ове конвенције су креирали униформни сет правила за један сегмент овог, и по садржини и по обиму, комплексног питања, а то је успостављање надлежности суда споразумом странака о његовом искључивом избору и признање и извршење судских одлука донетих на основе тако успостављене надлежности. Циљ конвенције је дакле, да у међународним трговинским споровима осигура пуно дејство споразума странака о искључиво надлежном суду, као и да осигура признање и извршење судских одлука донетих на основу такве надлежности.

Конвенција садржи пет глава. Прва глава (чл. 1-4), као општа и уводна, уређује поље примене конвенције и дефинише појам споразума о искључивој надлежности суда. Друга глава (чл. 5-8) уређује директну судску надлежност, док трећа (чл. 9-16) регулише питање признања и извршења судских одлука. Глава четврта (чл. 17-23) садржи опште одредбе укључујући извесна ограничења у примени конвенције, док се глава пета (чл. 24-31) односи на формалности везане за потписивање, ратификацију и прихватање конвенције.

По својој структури и садржини Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности суда у многоме подсећа на Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. г. Наиме, обе конвенције регулишу питање заснивања надлежности путем споразума странака и питање признања и извршења одлука донетих на основу таквог споразума. У том смислу се могу назвати и паралелним конвенцијама будући да регулишу иста питања само пред различитим форумима. Уколико би Хашка конвенција била једнако широко прихваћена као и Њујоршка, онда би било оправдано очекивати да пословни људи закључују пророгационе

споразуме бар у мери у којој закључују арбитражне. Нада за то постоји,¹ а да ли ће се то и десити, остаје да се види.

Хашка конвенција има дугу историју која почиње са 1992. годином када је Хашка конференција за међународно приватно право поново актуализовала идеју хармонизације у области међународног процесног права и на иницијативу америчких представника организовала преговоре о доношењу једне свеобухватне конвенције о судској надлежности и признању и извршењу судских одлука.² Дакле, то је била првобитна идеја и пројекат који је без сумње био изузетно амбициозан и огроман корак ка успостављању међународног режима директне судске надлежности и признања и извршења судских одлука.³

¹ Види: М. Dogauchi / Т.С. Hartley, Preliminary draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements – Draft Report, Preliminary Document No. 26 of December 2004., (у даљем тексту: Hartley / Dogauchi Report 2004.), <http://www.hcch.net>, стр. 6.; Види такође резултате истраживања Међународне трговинске коморе у Паризу, <http://www.iccwbo.org/law/jurisdiction/>

² Потребу за усаглашавањем процесних правила, нарочито у области међународне надлежности и признања и извршења страних судских одлука међународна заједница је препознала пре много времена. На европском нивоу она је реализована кроз Бриселску и Лугано конвенцију, али је недостајала слична конвенција која би важила на много ширем простору, односно већем броју земаља. Упркос дугогодишњим напорима Хашке конференције за међународно приватно право да се донесе једна таква конвенција биланс је мало успешан: о Конвенцији о признању и извршењу страних судских одлука која је предложена 1925. године сагласност није постигнута; Конвенција о надлежности споразумно одређених судова код међународне продаје од 15. 05. 1958. г. била је додуше усвојена, али није ступила на снагу; Конвенција о признању и извршењу страних судских одлука у грађанским и трговачким стварима од 1. 02. 1971. г. била је једино прихваћена у Холандији, Португалу и Кипру.

³ Доношење конвенције је био покушај да се велике разлике између националних процесних права у одређеној мери приближе, али то очигледно није било лако постићи. Код питања директне судске надлежности основни проблем су представљали различити основи надлежности који су предвиђени у америчком праву, с једне стране, и европском праву с друге стране. У том смислу, америчка страна није била спремна да прихвати одређене основе надлежности који се примењују у Европи (нпр. надлежност за деликте само на основу места где је штета настала или надлежност за спорове настале из уговора која се заснива само на месту извршења уговора). С друге стране, ни европска страна није била спремна да надлежност својих судова заснива на "пословању" (doing business) или минималним контактима, карактеристичним за америчко право, јер сматра да ови основи надлежности производе непредвидивост и неизвесност. У том смислу европска страна је сматрала да би конвенција требало да ограничи многе аспекте америчке судске праксе. Одвојено од питања директне судске надлежности, овом конвенцијом је требало да се постигне сагласност и око многих других питања као што је питање привремених мера и мера обезбеђења, наредби и налога суда као и

Годину дана након иницирања овог пројекта, у мају 1993. г., на 17. састанку Хашке конференције одлучено је да се даљи рад на доношењу конвенције обавља преко специјалне комисије којој је америчка делегација (пред први састанак) поднела извештај предлажући једну "мешовиту" (*mixed*) конвенцију. За разлику од Хашке конвенције о признању и извршењу судских одлука из 1971. године, која се у литератури често означава као *a convention simple (single)* јер регулише само питање признања и извршења одлука, као и за разлику од Бриселске и Лугано конвенције које се називају *a convention double*, јер регулишу не само признање и извршење судских одлука, већ и питање основа директне надлежности, "мешовита" конвенција је требало да буде једна нова општа конвенција о надлежности и признању и извршењу судских одлука којом би се приближили амерички и европски приступи у решавању ових питања. У овој конвенцији, по предлогу америчке стране, сви основи надлежности би били подељени у три категорије. Једна група основа би чинила "белу листу", други основи би чинили "црну листу", док би сви остали основи надлежности садржани у националним правима држава чланица, али не и у конвенцији, чинили тзв. "сиву листу". Идеја је у томе да ако се надлежност суда заснива на "белом" основу, онда суд може да спроведе поступак, а одлука која из њега резултира ће се признати и извршити у другој држави уговорници и то по конвенцијском режиму. Основи надлежности који спадају у "црну листу" су забрањени те се на њима не може засновати надлежност суда. Судовима је допуштено да заснују надлежност на основама који припадају тзв. "сивој листи" јер их конвенција толерише (то су дакле, допуштени основи), али одлуке суда које би биле донете на бази ових основа надлежности се не би признавале према конвенцијском режиму, већ би их државе, осим да конвенција не предвиђа другачије, признавале уколико испуњавају услове према њиховим националним правима.⁴

У складу са наведеним предлозима формални преговори су отпочели јуна 1997. г., а настављени марта 1998. г. Исте године, у новембру месецу, понуђен је делимични текст као први документ у форми нацрта конвенције који је садржао одредбе о пољу примене конвенције, дозвољене основе надлежности суда, привремене мере и мере обезбеђења, одредбе о

и других неновчаних одлука суда, затим питање *punitive damages* итд. Такође је истакнуто да су од посебног значаја интернет трансакције, ауторска права и права индустријске својине те да би и ова питања требало да буду обухваћена конвенцијом. Очито да је у питању једна изузетно амбициозна идеја која захтева дуге и тешке преговоре и то је сигурно разлог зашто конвенција још није донета. Подаци о ставовима, извештајима, дискусијама и сл., као и документи, се могу наћи на website Хашке конференције. <http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/hague.html>

⁴ Von Mehren, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference?, 57 (1994) Law and Contemporary Problems, str. 272, 283.; M. Dogauchi / T.C. Hartley, op.cit. стр.6.

литиспенденцији, *forum non conveniens*, одредбе о признању и правној помоћи. Овај документ је даље разматран у јуну и октобру 1999. г. када је начињен и презентован Прелиминарни Нацрт конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима. Дипломатска конференција је поводом овога Нацрта требало да се одржи у јесен 2000. године, али је одложена будући да је америчка страна указала на неке суштинске проблеме овог текста. Нова конференција је одржана у јуну 2001. г. а резултат је био нови, ревидирани текст нацрта у коме је било много више алтернатива, варијанти, објашњења и фуснота него у претходном тексту нацрта. Све је указивало на чињеницу да се сагласност о многим питањима тешко постиже. Било је очигледно да се до задовољавајућег текста "мешовите" конвенције не може доћи у разумном року. Разлог су биле велике разлике у правним, економским и политичким системима, а посебно разлике у постојећим националним процесним правилима о основама надлежности суда, као и непредвиђено дејство технолошког развоја, укључујући интернет, на процесна правила која би се могла установити конвенцијом.⁵

Да учињени напори за доношење свеобухватне конвенције на линији Нацрта било из 1999. г или 2001. г. не би пропали, 2002. године, на 19. заседању Хашке конференције је одлучено да се формира једна неформална радна група која би са Сталним бироом припремила текст конвенције базиран на оним процесним правилима о којима је постигнута чврста сагласност. У току 2002. и 2003. г. из читавог опуса издвојени су и разматрани само неки чврсто утемељени основи надлежности, као што су пророгациони споразум или суд туженог као општи форум. Коначно је одлучено да се преговори ограниче на израду конвенције о споразуму странака о надлежности суда па је у децембру 2004. донет прелиминарни документ о коме је дискутовано током 2005. да би коначан текст био потписан 30. јуна 2005. г. као Конвенција о споразуму о искључивој надлежности суда.

Нема сумње да је у поређењу са првобитно планираним пројектом ова конвенција многоструко мање амбициозна. Уместо да успостави униформни сет правила којима се одређује директна и индиректна међународна надлежност судова, што је била првобитна идеја, она се бави само једним основом заснивања надлежности, а то је споразум странака. Остали основи међународне надлежности судова нису узети у обзир нити у позитивном, нити у негативном смислу. Такође, претпоставке за признање и извршење страних судских одлука овом конвенцијом нису свеобухватно регулисане. Можда зато неки сматрају да је ова конвенција компромис пропалих преговора.⁶ Но, чак и таква она је добродошла јер ће с њом, у то нема сумње,

⁵ R. Brand, The Hague Conference Working group – Draft Text on Choice of Court Agreements, Yearbook of private International Law, Vol.5 (2003) стр. 38-39.

⁶ G. Ruhl, Das Haager Ubereinkommen uber die Vereinbarung gerichtlicher Zustandigkeiten: Ruckschritt oder Fortschritt? IPRax, 5/2005. стр. 410.

бити много већа правна сигурност у *business- to- business* трансакцијама, него без ње. Уосталом, упорност Хашке конференције да постигне макар и најмању меру хармонизације у области међународног процесног права је награђена успехом.

1. Појам и пуноважност споразума о искључивој надлежности избраног суда

1.1. Појам

Према одредби чл. 3(а) конвенције, споразум о искључивој надлежности избраног суда представља писмени споразум две или више уговорних страна којим се одређује да ће спор, који је настао или који може настати из одређеног правног односа, решавати судови државе уговорнице или један или више одређених судова државе уговорнице, искључујући надлежност сваког другог суда. Ово све под претпоставком да државе уговорнице нису другачије одредиле изјавом у смислу чл. 22. конвенције. Као што се може видети у питању је један јурисдикциони (пророгациони) споразум. Уколико се он односи на будући спор који би могао да проистекне из одређеног правног посла уговорних страна, он се закључује у форми јурисдикционе клаузуле која је саставни део уговора о основном послу. Ако се пак, овај споразум односи на спор који је већ настао, онда се за искључиву надлежност одређеног суда закључује јурисдикциони уговор као посебно писмено.

Из цитиране конвенцијске дефиниције овог споразума јасно произилази неколико захтева који одређују суштину и пуноважност његову.

Прво, у смислу општих правила о елементима уговора, овај споразум мора да представља *сајласносћ воља* уговорних страна да одређени спор буде пресуђен од стране избраног суда. Своју вољу странке морају изразити јасно и недвосмислено.

Друго, у погледу форме неопходно је да споразум буде сачињен у писменом облику што треба да представља гаранцију да се ради о слободној и стварној вољи странака да спор реши избрани суд (о форми споразума ће бити више речи у редовима који следе).

Треће, странке бирају суд чија је надлежност *искључива*. Овим споразумом странке морају одредити судове једне државе или један или више посебних судова у једној држави који ће бити искључиво надлежни за решавање датог спора чиме се дерогира надлежност сваког другог суда који би иначе, да нема овог споразума, био надлежан за његово решавање.

Четврто, избрани суд мора бити у држави уговорници па се и конвенција примењује само ако је споразумом одређен суд државе уговорнице. Споразуми којима се одређују судови држава-неуговорница нису покривени конвенцијом. Такође, нису покривени конвенцијом ни споразуми којима се одређују као надлежни судови у две или више држава уговорница.

Пето, споразум о избору искључиво надлежног суда мора да се односи на спор који је проистекао из *одређеног правног* односа међу странака. Он је ограничен, односно укључује спорове који су већ настали, али и спорове који могу настати. У оба случаја, битно је да је спор везан за одређен правни однос који постоји међу странкама. Општи споразум којим би се уговорила надлежност суда за спорове који би могли настати из неких будућих, још увек недефинисаних међусобних правних односа странака, није допуштен овом конвенцијом.

1.2. Формална пуноважност

Формалну пуноважност споразума о искључиво надлежном суду регулише члан 3 ц) конвенције који предвиђа да споразум мора бити закључен или документован или „писмено„ или сваким другим средством комуникације које информацију чини доступном тако да се она може употребити и да се на њу може позвати.⁷

Захтев за писмену форму у смислу чл. 3 ц) конвенције треба схватити еластично: она постоји не само када су обе странке своју вољу писмено изразиле (посебним уговором о надлежности или клаузулом садржаном у уговору о основном послу), већ и онда када је она садржана у размењеним писмима, факс-порукама и другим видовима савремене електронске комуникације (е-маил). Захтеву писмене форме (аналогно Брисел I Регулативи) требало би сматрати да је удовољено и онда када је споразум унет у опште услове пословања на које се обе стране изричито позивају.⁸ Уговорна страна која прихвата опште услове пословања мора бити упозната са споразумом о искључивој надлежности суда који је у општим условима садржан и ту надлежност мора изричито прихватити. Ово због тога што је споразум сагласност воља обе уговорне стране да се спор реши пред изабраним судом и што се он никако не може установити унилатерално.

Споразум о искључивој надлежности суда мора бити закључен у једном од наведених облика или, једним од њих мора бити документован. Интересантно је да је у тексту ове конвенције одбачен израз *evidenced in writing* (потврђен у писменом облику) који је егзистирао у Нацрту конвенције, и да је употребљен израз *documented in writing* који би требало да има нешто "мекше" значење. Према коментару званичног извештаја конвенције ово је

⁷ Ова одредба је инспирисана чл. 6(1) UNICITRAL Модел закона о електронској трговини из 1996.г. и практично је резултат развоја и напретка информационих технологија.

⁸ Став Европског суда правде у једној од првих одлука које се тичу тумачења чл.17 Бриселске конвенције, у спору *Estasio Salotti di Colzani v. RUWA*, бр.24/76 од 14. децембра 1976.г. према коме услов форме није задовољен ако се уговор који су странке потписале не позива изричито на опште услове пословања.

учињено због тога што се на основу првог израза може стећи утисак да чл. 3 ц) представља правило о доказу.⁹ Лично сматрамо да је циљ и једног и другог израза исти, а он је у потреби постојања трајног, постојаног записа о вољи странака да спор пресуди изабрани суд, односно о постојању самог споразума. На ово указује чињеница да усмено закључен споразум о надлежности суда мора бити документован некаквим писменим којим би се обе уговорне стране сагласиле о свом изворном усменом споразуму.¹⁰ Утисак да се ипак ради о мање строгој форми овог споразума стиче се и ако се упореде захтеви за писменом формом који су предвиђени Њујоршком конвенцијом о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. Наиме, за разлику од чл. II (2) Њујоршке конвенције, Хашка конвенција не поставља захтев да споразум о искључиво надлежном суду мора бити потписан од стране обе уговорне стране. Исто тако, нема потребе за "разменом" докумената, већ је и прећутно прихватање овог споразума довољно ако је он у писменом облику.

Основи за формалну пуноважност споразума о искључивој надлежности суда су постављени и одређени конвенцијом па се њихова оцена може чинити само према конвенцијском режиму, а не и према режиму националних права држава уговорница.

И када постоји формално пуноважан споразум странака о искључиво надлежном суду, могуће је да једна странка, упркос тој чињеници, а из себи знаних разлога, тужбу поднесе неком другом суду који би иначе био надлежан да споразума нема. У том случају суд коме је поднета тужба и који је према споразуму ненадлежан, могао би да спроведе поступак и донесе одлуку о спору, али само ако се друга страна томе не противи, што значи да се упусти у расправљање пред тим судом без истицања приговора његове ненадлежности. У оваквом случају се сматра да је изричито пророгирани суд дерогиран каснијом прећутном пророгацијом.¹¹ На одлуку коју би овај суд донео не би се примењивала Хашка конвенција па би се касније признање и извршење те одлуке вршило на основу националног права земље признања или на основу билатералног споразума између земље порекла и земље признања, уколико он постоји.¹²

⁹ Hartley / Dogauchi Report 2007. стр. 41.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Више: Варади/Бордаш/Кнежевић/Павић, Међународно приватно право, Београд, 2007. стр. 509.

¹² P.McEleavy, The 20th Session of the Hague Conference: A New Choice of Court Convention and the Issue of EC Membership, ICLQ, Vol.55. 2006. стр.450.

1.3. Самосталност споразума

Споразум о искључивој надлежности избраног суда је самосталан, аутономан правни посао који не дели судбину уговора о основном послу чији је део. Ништавост главног уговора не утиче на пуноважност споразума о надлежности избраног суда и обрнуто, ништавост потоњег не утиче на пуноважност првог. Ово је добро познато, опште правило арбитражног права које је преузела и Хашка конвенција. Одредбом чл. 3 д) конвенције се изричито одређује да се споразум о искључивој надлежности избраног суда мора третирати као споразум независан од других одредаба главног уговора. Пуноважност овог споразума се према наведеној одредби не може оспоравати само на основу тога што је главни уговор непуноважан.

2. Дејства споразума

Дејства споразума о искључивој надлежности суда одређују три кључна правила конвенције:

- 1) Суд који је споразумом странака одређен као надлежан мора да спроведе поступак, осим ако је споразум ништав и непуноважан према праву те државе (чл. 5.1);
- 2) Ако постоји споразум о искључивој надлежности суда, суд који странке нису изабрале није надлежан и мора да одбије спровођење поступка (чл. 6);
- 3) Судска одлука која је резултат поступка спроведеног у складу са споразумом о искључиво надлежном суду биће призната и извршена од стране судова других држава уговорница (чл. 8).

Интеракција ова три правила разјашњава суштину функционисања конвенције.

2.1. Правило број 1: Изабрани суд мора да прихвати надлежност

Прва обавеза према конвенцији је на избраном суду: ако споразум испуњава захтеве постављене у чл. 1 и 3 конвенције, изабрани суд мора прихватити надлежност и спровести поступак (чл. 5.(1)). Изабрани суд не може дакле, да одбије решавање спора који су му странке повериле.

Ова обавеза међутим, неће постојати у случају да је споразум ништав и непуноважан по праву државе узабраног суда. Према коментаторима конвенције, израз по *праву државе* укључује не само материјалне прописе државе суда, већ и њене колизионе норме.¹³ Употребљени израз не поставља

¹³ Да ово није била намера аутора конвенције био би употребљен израз унутрашње (internal) право државе суда. Hartley / Dogauchi Report 2007. стр.43.

захтев да се нужно примене колизионе норме. То значи да поред права државе поступајућег суда, за пуноважност споразума може бити меродавно и право неке друге државе уколико на њега упуте колизионе норме. Право те друге државе може бити право које је меродавно за уговор о основном послу, или на пример, право коме су странке подвргле свој споразум, наравно ако је такав избор учињен.

Конвенција изричито предвиђа да изабрани суд не може да се огласи ненадлежним због тога што би о спору требало да одлучује суд друге државе (чл. 5(2)). Ова одредба појачава обавезу изабраног суда установљену чл. 5(1) конвенције и изричито искључује могућност позивања на теорију *forum non conveniens* која је раширена у земљама *comon law* система, као што искључује и могућност примене правила о литиспенденцији које је владајуће у земљама *civil law* традиције. У питању су правила која на различите начине допуштају одбијање одлучивања о спору упркос постојању пуноважног споразума о судској надлежности. Обавеза суда да одбије примену ових правила је на линији презумпције о искључивој надлежности изабраног суда.

Обавеза изабраног суда предвиђена чл. 5(1) и (2) конвенције не утиче на унутрашња правила о стварној надлежности судова или о вредности спора, као и на унутрашња правила о уређењу судова у држави уговорници (чл. 5(3)(а)(б)). То би значило да изабрани суд може да одбије да одлучује о спору ако према унутрашњим правилима о стварној надлежности није надлежан или када је због вредности спора надлежан неки други суд, а не онај чија је надлежност уговорена. Да ово правило међутим, не треба схватити превише строго указује и сама конвенција последњом реченицом подтачке б) наведеног члана у којој се истиче да ако изабрани суд има дискреционо право да изврши трансфер надлежности, онда дужну пажњу треба дати избору странака.¹⁴

Конвенција даје могућност за још једно одступање од обавезе изабраног суда да пресуди поверен му спор. Према чл. 19 за сваку државу уговорницу постоји могућност да се стави резерва према којој се судови ове државе могу огласити ненадлежним упркос споразуму о искључивој надлежности њеног суда, ако осим локације изабраног суда, не постоји веза између ове државе и странака у спору. Ако се нека држава послужи овом резервом, избор њених судова, као неутралних форума, био би искључен. Практично, наведеним правилом конвенција не намеће искључиву надлежност изабраног суда у оним државама у којима национална правила о пророгираној судској надлежности захтевају постојање конекситета између спора и изабраног суда. Ове државе дакле, могу ставити резерву, а њени судови одбити надлежност уколико тај конекситет не постоји. Заобилазним путем, преко резерве, чини се да конвенција заправо отвара врата за широко оцењивање које је карактеристично и за теорију *forum non conveniens*.

¹⁴ Ibid., стр.46.

Када нема основа за било који од наведених изузетака, важи кључно правило број један ове конвенције, а то је да пророгацијом међународне надлежности правосуђе пророгиране земље постаје искључиво надлежно за решавање повереног му спора. С друге стране, ово значи да се дерогира надлежност сваког другог суда који би био међународно надлежан да споразума нема. Правне последице пророгиране искључиве надлежности међутим, не треба изједначавати са правним последицама законске искључиве надлежности. Као што је већ речено, пророгирана надлежност се прећутно или изричито може променити вољом странака, док на законску искључиву надлежност воља странака нема никаквог утицаја. Даље, повреда правила о искључивој пророгираној надлежности не утиче на признање судских одлука и на питање литиспенденције, за разлику од повреде ових правила код законске искључиве надлежности. Коначно, о постојању пророгационог споразума суд води рачуна само по приговору странака, док о постојању законске искључиве надлежности, води рачуна *ex offio*.

2.2. Правило бр. 2: Суд који споразумом није изабран мора да одбије надлежност

Судови у другим државама уговорницама, који нису споразумом изабрани, обавезни су да признају међународну надлежност изабраног суда и да одбију решавање спора, чак и ако су међународно надлежни према одредбама сопственог права. Ово је друго кључно правило конвенције садржано у члану 6. Оваква обавеза других судова постоји само ако је споразумом извршен избор искључиво надлежног суда и ако је изабрани суд у држави уговорници.¹⁵

Суд коме је поднета тужба, а који није изабран, може међутим, да одступи од наведеног правила и прихвати надлежност, али само у изузетним случајевима који су таксативно наведени у конвенцији. Према чл. 6 а) ово је могуће ако је споразум ништав или непуноважан по праву државе изабраног суда. Исто важи ако једна страна, према праву суда коме је поднета тужба, нема потребну пословну способност за закључење споразума о судској надлежности (чл. 6 б). Одступање од правила могуће је и у случају када би признавање дејства споразума о судској надлежности водило ка очигледној неправичности или би очигледно била супротна јавном поретку државе поступајућег суда (чл. 6 ц), као и у случају да се споразум о судској надлежности не може извршити на разуман начин због изузетних разлога који су ван контроле странака (чл. 6 д). Коначно, суд коме је поднета тужба, а који није изабран, може да прихвати надлежност уколико изабрани суд одлучи да не спроведе поступак (чл. 6 е).

¹⁵ Hartley / Dogauchi Report 2007. стр. 46.

Изузеци предвиђени тачкама а), б), д) и е) члана 6 конвенције у потпуности су сагласни са решењима која су усвојена у Њујоршкој конвенцији о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. г.¹⁶ Међутим, за разлику од Њујоршке конвенције, која не одређује по ком праву се има ценити пуноважност арбитражног споразума, Хашка конвенција то чини и то на један конзистентан начин који треба да осигура хармонију одлучивања. Наиме, и изабрани суд (чл. 5 1) и неки други међународно надлежан суд који није изабран, али коме је поднета тужба (чл. 6 а), на ово питање ће применити исто право, и то право државе изабраног суда.

Изузетке предвиђене тачкама ц) и д), а које се односе на очигледну неправичност, јавни поредак и изузетне околности због којих се споразум не би могао извршити, требало би применити рестриктивно, дакле, само у најизузетнијим околностима. Уколико би се чињенице и околности које чине ове појмове тумачиле и примењивале прешироко, онда би, како истичу коментатори, сврха и циљ конвенције били потпуно уздрмани.¹⁷

2.3. Правило број 3: Одлука суда чија је надлежност одређена споразумом странака мора се признати и извршити у другим државама уговорницама

Треће кључно правило постављено је чл. 8(1) конвенције и оно гласи да одлука коју је донео суд државе уговорнице на основу споразума странака о искључивој надлежности, мора бити признат и извршен у другим државама уговорницама под условима и на начин који су прописани главом III (чл. 8 – 15) конвенције. Садржинско преиспитивање одлуке је према чл. 8(2) искључено. Свакако, да би била призната и извршена, одлука мора бити коначна према праву земље порекла, што значи да су исцрпљени сви правни лекови за њено побијање. Ово је предвиђено чл. 8(4) конвенције и у складу је са опште прихваћеним правилом о признању и извршењу страних судских одлука.

Изузеци од начелне обавезе признања и извршења одговарајућих одлука предвиђени су чл. 9(а) до (г) конвенције. Прва два изузетка, садржана у чл. 9 (а) и (б) одговарају изузецима утврђеним у чл. 6(а) и (б), према којима се допушта одбијање признања и извршења ако је споразум о судској надлежности непуноважан према праву пророгираног суда, или ако једна од уговорних страна нема пословну способност према праву државе уговорнице у којој одлука треба да буде призната и извршена. Према чл. 9 (ц) признање и извршење се може одбити ако туженом, поднесак којим се покреће поступак или документ који има исто значење, није достављен правовремено или на

¹⁶ Види чл. II(3) Њујоршке конвенције

¹⁷ Hartley / Dogauchi Report 2007. стр. 47.

начин који у земљи признања важи за достављање поднесака. Исто тако, признање и извршење се могу ускратити ако је одлука донета фразулозно у погледу процедуралних ствари, или уколико би признање и извршење очигледно били инкопатибилни са јавним поретком земље признања, укључујући и оне ситуације у којима би били повређени основни принципи процесне правичности земље признања (тачке (д) и (е) чл. 9). Према чл. 9 (ф) и (г) признање и извршење се може одбити и ако одлука није у сагласности са одлуком која је изречена у истој ствари међу истим странкама у држави признања, или уколико је, такође у истој правној ствари и међу истим странкама, раније донета у некој другој држави (уговорници или неугговорници).¹⁸

Поред наведених изузетака, начело признања и извршења одлука донетих на основу споразума странака трпи још једно ограничење постављено чл. 11 конвенције, а односи се на могућност да се судска одлука само делимично призна и изврши. Према наведеној одредби, признање и извршење одлуке којом се тужиоцу додељује накнада штете, нарочито *punitive damage*, може се одбити у обиму у којем она не представља накнаду стварно претрпљене штете. Некомпензаторна накнаде штете, посебно *punitive damage*, је карактеристична за америчко право и будући да у већини европских држава она није допуштена, то су европски судови, баш из овог разлога веома често одбијали да признају и извршавају америчке судске одлуке позивајући се на повреду јавног поретка.

Независно од изузетака из чл. 9 и ограничења из чл. 11, конвенција садржи посебно правило за признање и извршење одлука о претходном питању. Када се ствари, које су према чл. 2 (2) или чл. 21 искључене из поља примене конвенције, појаве као претходно питање, одлуке о њима се неће признати нити извршити према правилима ове конвенције.¹⁹

Закључак

У поређењу са првобитно планираном конвенцијом о судској надлежности и признању и извршењу судских одлука, Хашка конвенција о споразуму о искључивој надлежности изабраног суда без сумње представља један корак назад. Уместо да регулише све основе међународне надлежности, конвенција се бави једино заснивањем надлежности путем споразума странака. Такође, уместо да утврди опште претпоставке за признање и извршење страних судских одлука, што је била првобитна идеја, она се ограничава само на одлуке које су засноване на искључивом споразуму о судској надлежности. Упркос овоме, међутим,

¹⁸ Наведена одредба чл. 9 (ф) и (г) има *res iudicata* ефекат и потпуно је сагласна са чл. 34. т.3 и т.4 Брисел I Регулative.

¹⁹ Чл. 10 (1) конвенције

може се сматрати да је конвенција направила и корак напред и то из два разлога. Прво, преговори Хашке конференције, који су након пропасти стварања свеобухватне конвенције о надлежности и извршењу изостали, опет су покренути. Друго, конвенција има добре шансе да се имплементира што би уједначило судску праксу, а тиме и став о искључивом дејству пророгационог споразума.

Конвенција се такође, може и садржински поздравити. Упркос веома ограниченом пољу примене, њоме је ојачана аутономија воље странака у међународном грађанском и трговачком праву и релевантним обавезујућим правилима обезбеђена је правна сигурност. Посматрано из европског угла, нарочито се позитивно вреднује то што конвенција у начелу искључује примену теорије *forum non conveniens* која се према многим критикама сматра извором велике правне несигурности и неизвесности. Такође, њеном применом је повећана извесност да пророгирани суд стварно одлучује о спору који му је поверен што је иначе велики проблем са америчким судовима који пророгацију сматрају *non exclusive*, те споразум странака и не извршавају. Из перспективе пословних људи ова конвенција би требало да смањи трошкове признања и извршења судских одлука, што такође представља посебан квалитет. Коначно, опет из европског угла, треба поздравити и одредбу која омогућава ограничено признање судских одлука којима се додељују некомпензаторне накнаде штете, нарочито *punitive damage*.

Prof. Dr. Milena Petrovic,
an associate professor

THE EFFECTS OF THE CHOICE OF COURT AGREEMENT UNDER THE HAGUE CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENT 2005

On 30 June 2005 the Hague Convention on Choice of Court Agreement was born. This convention has a long history, dating back to 1992, when the idea was to draft a broad instrument establishing jurisdiction rules in almost all fields of civil and commercial law and guaranteeing the recognition and enforcement of resulting judgments. The plan proved to be too ambitious and the negotiators decided to focus on one core element therefore.

The Convention applies to exclusive choice of forum clauses and to the recognition or enforcement of judgments rendered on the basis of such clauses. It applies only in civil and commercial matters and only in international cases.

The Convention creates three basic rules upon which the operation of the Convention turns. First, the court chosen by the parties in an exclusive choice of court agreement has jurisdiction. Second, if an exclusive choice of court agreement exists, a court not chosen by the parties does not have jurisdiction, and shall decline to hear the case. Third, a judgment resulting from jurisdiction exercised in accordance with a choice of court agreement shall be recognized and enforced in the courts of other Contracting States.

Одељак VII

Различити правни проблеми

*Др Марко Павловић,
редовни професор*

UDK: 342.4(497.11)"2006"

ПРИКРИВЕНА ДЕНАЦИФИКАЦИЈА У УСТАВУ СРБИЈЕ ОД 2006.

Уставноправна историја XX века запамтила је један посебан тип устава: устав са денацификационим одредбама, или једноставно речено денацификациони устав. Као репрезентативни модел те врсте устава узима се Основни закон Савезне Републике Немачке, од 23. маја 1949.¹ Шест деценија касније, у Србији, земљи српског народа који је био једна од највећих жртава нацизма, донет је Устав истог типа.

Немачки прототип

Устав Савезне Републике Немачке, *Grundgesetz*, израђен је под јаким утицајем пројекта денацификације поражене Немачке, који су лансирали велики савезници на крају Другог светског рата. Једним закључком Потсдамског споразума (1945), они су предвидели да се оперативци нацистичке партије, али и сва лица која су непријатељски расположена према циљевима Савезника, уклоне „из јавних или полујавних служби и са одговорних функција у важним приватним предузећима“ и замене лицима која „по својим политичким и моралним особинама уливају поверење да ће пружити допринос развоју стварног демократског уређења у Немачкој“. Циљ денацификације био је да се из свих сфера живота Немачке - од економије, преко судства, до политике - искорене носиоци, оперативци и установе нацистичког режима. Као окупаторске силе, Велики савезници су у првом реду настојали да се Немачка политички и економски децентрализује, разоружа, да се похапсе ратни злочинци и да се размонтира њена војна индустрија, односно разори њена војна моћ. У америчкој, британској и француској окупационој зони, денацификација је спровођена на различите начине, али свој јединствени израз нашла је у

¹ Истом моделу устава припада и Устав Јапана од 3. маја 1947, тзв. Пацифистички устав. Њега су углавном писала два америчка официра правника, М. Ровел (Milo Rowell) и К. Витни (Courtney Whitney). Неке од кључних одредаба Устава биле су пројектоване Постдамском декларацијом од 26. јула 1945, у којој је стајало: „Јапанска влада ће уклонити све препреке за оживљавање и јачање демократских тенденција у јапанском народу. Слобода говора, вере и мишљења, као и поштовање основних људских права биће установљени“ (Constitution of Japan, Wikipedia).

Уставу израђеном за све три окупационе зоне које су преображене у Западнонемачку државу.²

Устав Савезне Републике Немачке - поред одредби индиректне денацификације - има два члана директне денацификације, чланове 131. и 132. Чланом 131. прописано је да ће статус јавних службеника који су изгубили посао после 8. маја 1945. бити решен савезним законом. Накнадно је (1954) Уставни суд дао тумачење по коме је чланом 131. установљена обавеза Савезне Републике да укаже неку врсту бриге, али без аутоматског права отпуштених на запослење. Уз уклањање нациста, велики западни савезници су тражили да се немачка јавна управа демократизује, и то тако што би се направио раскид са њеном „кастинском“ структуром, уз прихватање „аутсајдера“, који су имали другачије квалификације од традиционалне правне обуке или дуге службе у нижим степенима у администрацији.³ Затим, према члану 132, о „привременом опозиву права особља у јавној служби“, „јавни службеници и судије“ у складу са законодавством о „ослобађању од национал-социјализма и милитаризма“ могли су бити, у одређеном року (од шест месеци од прве седнице парламента), стално или привремено пензионисани или постављени на нижи положај („ако им недостаје лична или стручна способност за положај на ком се налазе“).⁴

У Србији, убрзо после преврата од 5. октобра 2000, разрешен је велики број председника судова, као и судија за прекршаје (што је унеколико слично ситуацији у Немачкој после 8. маја 1945).⁵ Истовремено истакнути су захтеви за доношење закона о лустрацији, којом би се из државних органа и јавног живота одстранила лица која су била носиоци и поборници бившег режима. Лустрација је иначе била мера која се примењивала, у ужем или ширем обиму, у готово свим посткомунистичким државама, а односила се у првом реду на оперативце и сараднике службе безбедности, који су били одговорни за разне облике репресије. У Србији је закон о лустрацији, односно Закон о одговорности за кршење људских права усвојен 30. марта 2003, с тим што су њиме

² Germany, History of - *The New Encyclopaedia Britannica* (1977), p.121,122; <http://en.wikipedia.org/wiki/denazification>

³ A. J. Heidenheimer, *The Governments of Germany*, London, 1965, p. 53,54,135; Documents on Democracy in the Federal Republic of Germany, Press and Information Office of the Federal Government Foreign Affairs Division D-53113 Bonn.

⁴ Међу индиректним денацификационим одредбама биле су одредбе о посредном избору председника, о приговору савести, о немачким покрајинама.

⁵ В. Батић, у емисији телевизије БК, од 9. фебруара 2006, изјавио је да је као министар правде смењивао судије који су поменути у извештајима Гонзалеса о лажирању локалних избора, као и судије који су судили Блеру и Клинторну, или у афери „Оса“.

обухваћени сви случајеви кршења људских права после 23. марта 1976. као дана ступања на снагу Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Датум ретроактивног важења закона утврђен је компромисно, између носиоца идеје лустрације (који су тражили да се лустрацијом обухвати време „Милошевићевог режима“ 1987-2000) и њихових противника - „легалиста“ (који су указивали на време комунистичке диктатуре од 1944, као време најгорег кршења људских права).⁶ У ствари, Закон о одговорности за кршење људских права био је усмерен на одстрањење људи режима који је претходио петооктобарском преврату од 2000. Изворно прозападни аутор Закона био је намеран да „лустрира“ један режим који је на Западу био окарактерисан као ултранационалистички, односно нацистички. Закон о лустрацији није заснован на идеји одстрањивања комунистичких елемената, него на идеји денацификације посткомунистичког режима у Србији. Та идеја је индиректно, и у потпунијем облику ушла у Устав Србије од 2006.

Идеја слабог председника

Индиректне денацификационе одредбе у Уставу Савезне Републике Немачке биле су одредбе о посредном избору шефа државе, о приговору савести и о децентрализацији. Западнонемачки уставотворац од 1949. је установу савезног Председника обликовао дистанцирајући се од Председника по Вајмарском уставу, под којим је уведен нацистички режим. Председник по Вајмарском уставу је, с обзиром на значај овлашћења (за распуштање Доњег дома, привремено обустављање права грађана и доношење уредби из нужде), називан „заменом за цара“. Уставотворац од 1949. лишио је Председника „вајмарских“ надлежности, доделивши му овлашћења која су „углавном рутинска за једног шефа државе“. У унутрашњим стварима, Председник је добио улогу сличну улози британског монарха.⁷ У складу са смањеним овлашћењима, установљен је и нов начин избора. Уместо „вајмарског“ непосредног избора (од стране народа), немачки уставотворац од 1949. установио је посредан начин избора (од стране изборне колегије коју су чинили Савезна скупштина и изборници покрајинских парламената). Другим речима, уместо јаког „вајмарског“ Председника, уставотворац од 1949. установио је слабог Председника. Слично је прошао и јапански шеф државе, са Пацифистичким уставом (од 1947). Од моћног суверена према Уставу Мејџи (од 1889) чија се улога поредила са улогом „мозга у

⁶ Видети: V. Rakić-Vodinelić, Neuspešan pokušaj lustracije u Srbiji, *Hereticus*, 2/2003, стр. 71,72; S. Beljanski, Paradoks lustracije, *Hereticus*, 2/2003, 48-50.

⁷ A. J. Heidenheimer, *The Governments of Germany*, 92,93; М. Павловић, *Правна историја свејша*, Крагујевац, 2005, стр. 408.

људском телу“, јапански цар је сведен на поглавара са чисто церемонијалном улогом.⁸

По Уставу Србије од 2006. задржан је непосредан начин избора Председника (као што је то било по Уставу од 1990), али тиме Председник није остављен ван денацификационог контекста. На почетку уставотворног процеса, доминирао је став да Председник Републике Србије треба да се бира посредно. Тај став је изразила група експерата Београдског центра за људска права, која је написала иницијални предлог за Устав Србије. На ову групу експерата „хипотека аутократског шефа државе“ (коју је на месту Председника по Уставу од 1990. оставио Слободан Милошевић) пресудно је утицала да дају „предност слабом Председнику Републике, кога бира Народна Скупштина“. С друге стране, експерти Београдског центра били су свесни разлога да се, упркос дотадашњем искуству, уставни положај Председника Републике „нешто ојача“. Јер у великом броју земаља транзиције, међу којима се нашла и Србија, шеф државе је имао улогу „гаранта континуитета демократског преображаја“ и „модератора између осталих органа власти“.⁹

Творац Устава Србије од 2006. одустао је од модела слабљења Председника увођењем посредног избора. Иако су се две најјаче политичке странке (СРС и ДС) програмски залагале за посредан избор председника, пресудило је залагање странке треће по снази, али са највећим коалиционим потенцијалом (ДСС).¹⁰ Ипак, у погледу једног важног елемента надлежности, Председник Србије је уподобљен Председнику Савезне Републике Немачке: у односу на претходно уставно решење, и он је лишен овлашћења у тзв. стањима нужде, односно овлашћења да издаје уредбе из нужде.¹¹

За модел Председника по Уставу од 2006, по свој прилици, морао се имати благонаклон став, или барем прећутни пристанак, западног

⁸ М. Павловић, *Правна историја света*, стр. 386,387; Constitution of Japan, Wikipedia.

⁹ L. Basta - Flajner ... /et al./, *Ustavna rešenja za Srbiju i Jugoslaviju*: predlozi nezavisne grupe eksperata, Beograd, 2001, стр. 17.

¹⁰ У *Основним начелима за нови Устав Републике Србије*, Демократске странке Србије, стајало је: „Председник Републике свој легитимитет изводи из непосредног избора од стране свих грађана. Отуда је правнополитичка улога председника Републике да, прожимајући се са све три врсте власти, омогући равнотежу међу њима и спречи преоћ извршне власти над законодавном и обратно. Председник Републике јесте институција која јемчи јединство Републике Србије, владавину права и постојаност демократског поретка у Србији.“

¹¹ По Уставу од 1990, Председник је ванредна овлашћења имао на основу ал. 6-8 чл. 83 (*Службени гласник РС*, 1/1990). Вид. Предговор: Устав Републике Србије од 2006. - критички поглед, *Устав Републике Србије са реиштром појмова и уставни закон за спровођење Устава Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 34.

(евроамеричког) фактора. Он је, пак, за јаког Председника Србије, који се добијао непосредним избором, могао имати два разлога - један традиционалан, други конкретно - политички. Први разлог је садржан у традиционалној спољној политици деловања преко једног човека коју су евро-американци преузели од Аустријанаца и Британаца. По запажању Слободана Јовановића, из времена Другог светског рата, „као стара аустријска дипломатија, тако и енглеска дипломатија више воли да у страниј земљи ради с владоцем или у недостатку њега с једним својим човеком него са странкама“.¹² Уз овај традиционални разлог, дошао је конкретан политички разлог са човеком који је пре доношења Устава од 2006. непосредно изабран (јуна 2004) за Председника, а који је и денацификационим изјавама и радњама задовољавао захтеве западних кругова за наводни раскид са српским национализмом.¹³ Најзад, Председника Републике Србије¹⁴, у функцији врховног команданта војске, треба сагледавати у светлу одредби о војсци и војној служби.

¹² Енглеска дипломатија, каже даље С. Јовановић, на Балкану „скоро никада није имала своју странку као што је имала Русија не само у доба комунизма него и у доба царизма. Уместо тога она је имала велики број тајних агената и ухода. Према томе она се није много интересовала ни за наше странке у избегличкој Влади; она је бацила око на Краља, - и како је он био још млад, она је мислила да ће га лако довести под свој утицај, и преко њега руководити целу југословенску политику“ (С. Јовановић, Записи о проблемима и људима 1941-1944, *Из историје и књижевности*, II, Београд, 1991, стр. 609).

¹³ Реч је о Борису Тадићу, општепознатом поузданику евро-америчких кругова. Последњи показатељ таквог његовог положаја била је кампања за изборе од 11. маја 2008. Захваљујући свесрдној директној пропагандној помоћи представника ЕУ, Тадићева коалиција „За европску Србију“ остварила је велики изборни успех. Уз то, одмах по објављивању пројекције изборних резултата, Тадић је као председник републике - супротно начелу различитих варијанти парламентарне већине, односно члану 127 Устава - изјавио да ће „премијера одредити Листа за европску Србију“, а да не долази у обзир „идеја о формирању Владе која би нас вратила поново у деведесете године“, као и да „Војислав Коштуница неће бити премијер“, без обзира на могућу парламентарну комбинаторику. (О Тадићевој политичкој позицији видети још, на пример: Став амбасадора САД у Београду: осудити злочин у Сребреници, *Политика*, 23. јун 2005; Америка и Балкан: резолуција о масакру у Сребреници, *Политика*, 26. јун 2005; Изјава српског председника: пошта невиним жртвама, *Политика*, 11. јул 2005; Обележена десетогодишњица злочина у Сребреници: поуке за будућност, *Политика*, 12. јул 2005; Сумње у званичну верзију о броју сребреничких жртава: није било масакра, *Политика*, 15. јул 2005; Председник Србије с папом у Ватикану, *Политика*, 30. септембар 2005; Б. Тадић, Актуелна порука слободе, *Политика*, 5. октобар 2005; Савет без Тадића, *Политика*, 14. јануар 2006)

¹⁴ Питању положаја Председника Републике ваља додати његову уставну дефиницију државног органа који „изражава државно јединство Републике

„Демократизација“ војске

О ВОЈНОЈ ОБАВЕЗИ. Прикривена денацификација у Уставу Србије од 2006. прво се налази у одредбама у војсци, односно војној служби и самој установи војске. Тако, сасвим нестандартно, обавеза војне службе помиње се кроз њену негацију, преко приговора савести. „Лице - стоји у чл. 45. - није дужно да противно својој вери или убеђењима, испуњава војну или другу обавезу која укључује употребу оружја. Лице које се позове на приговор савести може бити позвано да испуни војну обавезу без обавезе да носи оружје, у складу са законом.“

У упоредном праву, војна обавеза се нормира сасвим другачије. У Уставу Шпаније о војсци се говори већ у члану 8 (у „прелиминарном“ одељку) где се каже да оружане снаге имају задатак „да гарантују суверенитет и независност Шпаније, да бране њен територијални интегритет и уставни поредак“. О војној обавези говори се у чл. 30, што је иначе први члан поглавља „о правима и дужностима грађана“. Члан 30. гласи: „(1) Шпанци имају право и дужност да бране Шпанију. (2) Закон ће утврдити војну обавезу Шпанаца и регулисаће, уз одговарајуће гаранције, приговор савести, као и остале узроке изузећа од обавезног служења војне обавезе, с тим што може, када оцени да је то прикладно, наметнути алтернативно цивилно служење. (3) Цивилно служење може се установити за испуњење циљева од општег интереса.“ Војна обавеза је слично регулисана Уставом Аустрије: „Аустрија се опредељује за свеобухватну одбрану земље ... Сваки мушки аустријски држављанин је војни обвезник. Лице које због приговора савести одбије војну обавезу и од ње буде ослобођено, мора да обавља другу службу. Ближе одредбе доносе се законима.“¹⁵

Србије“. Државно јединство се - речју Р. Марковића - „не схвата само као територијално јединство, у смислу целокупности и недељивости државне територије, већ и као национално и политичко јединство. У том смислу председник Републике је надрегионални, наднационални и надстраначки државни орган. Супротно оваквој дефиницији председника Републике је да задржи и после избора јавну функцију председника политичке странке која га је кандидовала на председничким изборима“ (Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, стр. 324,325). То би правноисторијски гледано (с обзиром на чињеницу да је председник Републике дошао као замена за монарха) било као када би се монарх јављао у улози председника једне странке. Међутим, уставна одредба о надстраначком председнику била је обилато кршена, а нарочито за парламентарне изборе од 11. маја 2008.

¹⁵ Шпански устав, *Права човека*, бр. 3-4, 2003, стр. 97,104; Устав Демократске републике Аустрије, *Права човека*, бр. 3-4, 2002, стр. 201. Према Савезном Уставу Швајцарске конфедерације (од 1999), „1) Сваки Швајцарац је обавезан да служи војну службу. Закон предвиђа цивилну резервну службу. 2) За Швајцаркиње је

Све у свему, стандардни начин уставног регулисања војне обавезе садржи два елемента: свечаност дикције и начелну свеопштост. Приговор савести се даје као изузетак сасвим одређеног значења. Насупрот овоме, Устав Србије од 2006. не нормира војну обавезу ни свечано ни свеобухватно. У ствари, он начелно не прописује војну обавезу, него право њеног одбијања.

Негативни модел војне службе у Уставу Србије од 2006. имао је свог претходника и узор у упоредном праву. Реч је о одредби Устава Савезне Републике Немачке, по којој „нико не може бити принуђен да врши војну службу која укључује употребу оружја“ (чл. 4 ст. 3). Не само ванправни контекст постхитлеровске Немачке - контекст поражене империјалне силе под окупатором, него и само високо место четвртог става у *Grundgesetz*-у, указивао је на денацификациону сврху првог „приговора савести“.¹⁶

О ВОЈСЦИ. На саму установу војске Србије односи се кратко трочлано (шесто) поглавље петог дела о *Уређењу власи*. Два од три члана остављају утисак да се ради о грешци или неукости уставотворца. Тако, чланом 140 прописује се да „војска Србије се може употребити ван граница Републике Србије само по одлуци Народне скупштине Републике Србије“. Ова одредба је права реткост у бившем и савременом свету уставности.¹⁷ С једне стране, нема те војне доктрине која војно деловање ограничава на земљиште једне државе, па ма колико она апсолутно и

војна служба добровољна. 3) Швајцарци који не служе ни војну ни резервну службу, дужни су да плате.“ (чл. 59) - Према Уставу Македоније од 1991, „одбрана Републике Македоније је право и дужност сваког грађанина. Вршење тог права и дужности регулише се законом“ (Macedonia - Constitution, <http://www.Oefre.unile.ch/law/icl/mkoo000.html>).

¹⁶ Устав Републике Италије (од 1947), као Устав друге поражене државе у Другом светском рату, садржавао је одредбу о војној служби која је имплицирала благи раскид са фашистичким милитаризмом. Њоме је војна служба прво обележена патриотским патосом, а другим ставом је релативизована: „Одбрана отаџбине је света дужност грађанина. Војна служба је обавезна у границама и на начин утврђен у закону. Одслуживање војске не може бити услов за упослење нити за вршење политичких права“ (чл. 52). - *Нови устави*, Збирка устава донетих после Другог светског рата, Београд, 1949, стр. 270; К. Ј. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija*, Podgorica, 2005, стр. 74, 75, 140.

¹⁷ Устав Мађарске има наизглед сличну одредбу. Она гласи: „Осим у случајевима војних маневара на основу међународних уговора и мисија за одржавање мира под окриљем Уједињених Нација, оружане снаге могу прећи државне границе само уз претходну сагласност Парламента“ (чл. 40 б; ICL - Hungary-Constitution, http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/hu000000_.html). За разлику од Устава Србије од 2006, овим чланом Устава Мађарске везана је одбрана за међународни систем колективне безбедности ОУН. Устав Србије не зна за овај концепт. Његов члан 140. је прављен према другачијем концепту - концепту раскида с војском сатанизованом од НАТО агресора.

беспрекорно одбрамбена била, као што нема те војне доктрине која ће извођење хитних војних операција везати за претходно обављену парламентарну расправу. Међутим, само из претпоставке о таквој непостојећој и немогућој војној доктрини, члан 140 Устава Србије црпи свој смисао или суицидни бесмисао. Даље, чл. 140 је дубоко супротан трагичној традицији српске војске из Првог светског рата - војске која је после војног слома 1915. отишла у избеглиштво а потом као феникс васкрсла на Солунском фронту дајући изузетан допринос победи сила Антанте. Одлуку о повлачењу војске (преко државне границе) 24. новембра 1915 донела је Врховна команда, уз пристанак Владе. По памети данашњих уставотвораца, војска Србије је 1915. могла да се преда на милост и немилост непријатељу, или да безглаво страда у оквирима својих граница.

У ствари, члан 140 одише денацификацијом. Он је заснован на тези (из евро-атланских кругова) о кривици Србије, односно српског милитаризма, за ратове за „југословенско наслеђе“ деведесетих година XX века. Представљена као Пруска и Хитлерова Немачка, у западном јавном мњењу, Србија и њен милитаризам су имали да доживе судбину немачког милитаризма.¹⁸ По наводној опасности, не само за суседе, него и за светски мир, Србија је изједначена са изазивачем два светска рата и подвргнута пројекту пацификације за сва времена. Пошто је избегла НАТО окупацију, уништење наведеног српског милитаризма је имало да се обави изнутра, преко невладиних организација - НАТО филијала, односно тзв. цивилног сектора. Одрас деловања међу уставотворцима тзв. цивилног сектора контролисаног од НАТО, су чланови 140 и 141 Устава.

Као да се ради о немачкој војсци, оптерећеној тешким нацистичким наслеђем, војсци Србије је у подтексту члана 140 Устава наметнуто признање империјалних тежњи које су јој приписиване из евро-атланског света и про-натовског окружења. Чланом 140 Србија се одриче свог тобожњег империјализма за сва времена. Овај члан подсећа на чувени и најкарактеристичнији члан 9 јапанског Пацифистичког устава о одрицању од права на вођење рата: „Искрено тежећи међународном миру заснованом на правди и реду, јапански народ заувек се одриче рата као сувереног

¹⁸ У вези са овим, ваља имати у виду „пророчку“ претњу и визију Винстона Черчила о пропасти два милитаризма, коју је, 10. децембра 1943, изрекао Божидару Пурићу (Председнику југословенске владе у избеглиштву). „У Европи - рекао је Черчил - постоје два милитаризма, пруски и српски. Пруски ће бити срушен у овом рату, а српски милитаризам такође мора отићи!“ (S. Vlahović, *Zbornik dokumenata iz Britanske arhive. Anglojugoslovenski odnosi 1941-1948*, Birmingham, 1985, стр. 98).

права нације и претње или употребе силе као средстава за решавање међународних спорова.¹⁹

Као додатни гарант трајне пацификације Србије долази члан 141 са формулом о „демократској и цивилној контроли војске“ коју не познаје светска уставност, и која значи да се војска ставља под контролу удружења грађана, што у пракси може да значи само контролу САД, односно НАТО-а. Јер, израз демократска контрола у својој непрецизности означава не само стандардни облик парламентарне контроле,²⁰ него и контролу неке странке или удружења грађана из тзв. цивилног сектора. Међутим, странка (услед неконтролисаног извора страног финансирања) може бити под утицајем НАТО-а, а преко ње и војска. Удружења грађана, тзв. невладине организације које доминирају цивилним сектором, су општепознате филијале евро-атланских центара моћи.

Преоптерећеност правима мањина

Обавеза заштите националних мањина, од њене појаве у мировним уговорима 1919. и 1920, представљала је терет за државе. Тај терет био је различите тежине у зависности од снаге државе у међународним односима; уз то, све државе су настојале да га избегну или умање. Затим, од самог почетка, државе су настојале да заштиту припадника мањине вежу за његову лојалност према држави.²¹ Најзад, растегљивим формулацијама у међународним уговорима, државама је остављан маневарски простор за њихово испуњење у мери која би им се чинила подношљивом с обзиром на локалне прилике. У том смислу је сачињен и најмодернији документ о заштити мањина - европска Оквирна конвенција

¹⁹ Даље, у ставу 2 чл. 9 се каже: „In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.“

²⁰ Такав облик контроле предвиђен је, нпр, Уставом Словеније (чл. 124, ст. 2): „Спровођење одбране надгледа Државни збор“ (парламент).

²¹ Стандардни концепт мањинске заштите понајбоље је, у време Версајске мировне конференције (1919), изнео Никола Пашић, сажевши га у два става. Пашић је напомињао да се Уговором о заштити мањина не иде на то „да се створе повластице у корист мањина, већ да се заштити њихово право на језик и исповедање религије“. У складу с тим, тражио је да Конференција да изјаву којом би се нагласило „да су лица, која сачињавају мањине, дужна испуњавати часно и потпуно све дужности према држави, које су им прописане као и свима другим грађанима“. (И. Пржић, *Заштита мањина према одредбама Уговора о миру 1919-1920 год. и суверена држава*, Београд, 1922, стр. 32; А. Palmer, *The Penguin Dictionary of Modern History*, 1983, р. 199.) Малим државама је, речју К. Куманудија, „као малолетницима наметнуто туторство у облику заштите мањина“ (Ч. Марковић, *Правна свесћ*, Београд, 1991, стр. 40).

за заштиту националних мањина, од 1995. Следствено, држава чији је устав пренатрпан одредбама о заштити мањина представља аномалију у међународном поретку и симптоматичан је сам по себи. Такав је Устав Србије од 2006.

Већ сам наслов уставног каталога људских права, Устава Србије од 2006, садржи једну аномалију. Тај наслов (другог дела) гласи: „Људска и мањинска права и слободе“. Такав наслов не познаје свет уставности, ни бивше ни савремене. Свет бивше и савремене уставности зна за уставне декларације права којима су додане дужности човека и грађанина. Стављање мањинских права у исти ранг са људским правима и слободама је апсолутна уставноправна новина. Наиме, после личних и политичких права, у уставе су после Првог светског рата унета социјална и мањинска права, као права друге генерације. Следствено, давање посебног значаја делу једне целине (стављањем у терминолошки исти ранг са целином) само по себи отвара питање о томе зашто је тако поступио уставотворац. Површан лаичко-политички одговор био би да је уставотворац на тај начин показао своју модерност и прогресивност. Међутим, *ratio legis* ретко кад лежи у пукој модерности и прогресивности. Јер, правне установе настају да би се решавали друштвени проблеми. Сам наслов о „људским и мањинским правима и слободама“ указује на мањински проблем, који иначе може имати две димензије: бројност и тешко наслеђе прогона мањина.

КОМПАРАТИВНО. Савремени устави показују да бројност мањина сама по себи није проблем који би тражио посебан уставноправни третман. Најбољи пример за ово је случај Естоније у којој руска мањина броји преко 30% становништва. Оваква бројност асоцира на Валонце у Белгији, који (због своје бројности и историјских околности) имају посебан статус, и то не националне мањине, него статус конститутивног (државотворног) народа. Тим статусом се народу обезбеђује посебна улога у организацији државне власти, нпр. исти број министара Валонаца као и Фламанца - другог конститутивног народа. Ипак, и поред „валонске“ бројности Руса, у Уставу Естоније (од 1992) нашле су се само три одредбе (чл. 49, 50 и 52) о мањинским правима: начелна одредба о праву на очување етничког идентитета, право на стварање мањинских културних самоуправних институција, и право на употребу мањинског језика у локалним заједницама где су мањине у већини.

У Словачкој, са једном десетином мањина у укупном броју становника, мањинским правима додате су две начелне обавезе: уставом гарантована мањинска права не смеју се тако вршити да се њима „угрожава сувереност и територијални интегритет“, или да се „дискриминишу други становници“. Од Словачког модела, који би се могао узети за свеопшти стандард мањинских права, у Србији нема ни трага. У Уставу Србије од 2006. нема никаквих ограничења у погледу

коришћења или законског регулисања мањинских права. Србија је далеко и од естонског модела, премда је њена ситуација у погледу мањина - с обзиром на њихову разноврсност и дисперзију - повољнија. Ипак, Србијин Устав од 2006. је преоптерећен мањинским правима, односно мањинским питањем као таквим. Објашњење за ово може се наћи само у томе што је Устав Србије од 2006. писан као устав поражене земље, и земље подвргнуте самоденацификацији.

О МАЊИНАМА, НАЧЕЛНО. Права мањина, Уставом Србије од 2006. регулисана су не само у посебном одељку, него и у делу (првом) са уставним начелима. Тако, међу начелима устава налази се став да се владавина права остварује и „уставним јемствима људских и мањинских права“ (чл. 3), да је недопуштено деловање политичких странака које је усмерено на „кршење зајемчених људских или мањинских права“ (чл. 5), да „Република Србија штити права националних мањина; држава јемчи посебну заштиту националним мањинама ради остваривања потпуне равноправности и очувања њиховог идентитета“ (чл. 14); забрањена је свака дискриминација по основу националне припадности, културе, језика (чл. 21), „свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право“ (чл. 22).

Исто ово, само мало друкчије, још једном и опширније следи у одељку о „правима припадника националних мањина“. Ту се каже да „припадницима националних мањина јемчи се равноправност пред законом и једнака законска заштита“, као и да „забрањена је било каква дискриминација због припадности националној мањини“ (чл. 76, ст. 1, 2, што је већ прокламовано у чл. 14 и 21). Затим, посебним чланом забрањена је „насилна асимилација припадника националне мањине“ што је већ учињено осигурањем права на очување идентитета. Такође, Уставом је изричито забрањено „предузимање мера које би проузроковале вештачко мењање националног састава становништва на подручјима где припадници националних мањина живе традиционално и у значајном броју“. Овај неодређени члан наводи на мисао да је Уставу претходило некакво „вештачко мењање националног састава“, и то као резултат ултранационалистичког („нацистичког“) деловања државних власти, због чега се морала унети у Устав и једна оваква денацификациона клаузула.

О МАЊИНАМА, ПОСЕБНО. Уставотворцу Србије није била довољна начелна одредба да „уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима“ (чл. 18), него је мањинским правима посветио и посебан члан. Ради се о обимном члану 79, о „праву на очување посебности“, који представља својеврсни сажетак оквирне Конвенције за заштиту националних мањина. Уз то, одредбе овог члана Устава лишене су неодређености које се налазе у самој Конвенцији. Тако, нпр, припадници

националних мањина имају право „да у средини где чине значајну популацију, државни органи, организације којима су поверена јавна овлашћења, органи аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе воде поступак и на њиховом језику“. Овирном Конвенцијом, пак, службена употреба мањинског језика стављена је под два-три услова: да се ради о областима које су насељене припадницима националне мањине не само „у знатном броју“, него и „традиционално“, да употребу свог језика припадници мањине сами затраже, да „тај захтев одговара стварној потреби“, и да ће се томе захтеву (од стране државе потписнице) изаћи у сусрет „колико је то могуће“.²² Безусловно установљење једног права и његово условно дефинисање до могућности избегавања извршења чине две до крајности различите ситуације. Стога, држава која једну веома условљену теретну међународну обавезу безусловно инкорпорише у свој Устав налази се у некој врсти добровољне покорје због оптужби за прогон мањина. Уз то, сама пренатрпаност Устава одредбама о мањинској заштити упућује на крупан проблем мањина који је од своје појаве па надаље увек био праћен интервенцијом великих сила. У случају подтекста Устава данашње Србије, понајвише ради се о својеврсном пристанку на НАТО верзију догађаја из 1999, по којој је наводни српски прогон албанске мањине на Космету био тобоже раван нацистичком прогону Јевреја, због чега је уследила НАТО „хуманитарна интервенција“ бомбардовања Србије.²³

Неизјашњавање и неизазивање

У ред одредби прикривене денацификације долази и став 2 члана 47, по коме „нико није дужан да се изјашњава о својој националној припадности“. У ставу 1. чл. 47, стоји да „изражавање националне припадности је слободно“. Тај став има аналога у чл. 61. Устава Републике Словеније, на који се угледао Србијин уставотворац, али у Уставу Словеније нема става 2. о праву на неизјашњавање о националној припадности. Став о томе да „нико није дужан да се изјашњава о својој

²² М. Митић, *Nacionalne manjine: Prava pripadnika manjina i zaštita teritorijalnog integriteta država*, Београд, 1998, стр. 360-364; В. Кривокapiћ, *Službena upotreba jezika u međunarodnom pravu i novijem zakonodavstvu nekih evropskih država*, Београд, 2004, стр. 33.

²³ Видети, нпр, етничко чишћење, косовски сукоб, Милошевић Слободан, *Енциклопедија Британика* - сажето издање, Београд, 2005, III-60; IV-171,172; V-180,181; Ко је прокоцкао Косово, *Политика*, 24. април 2005; Скупи суверенитет, *Политика*, 16. јануар 2006; Србији накнада за губитак Косова (Сузана Вудворд: У Бушовој администрацији сматрају да имају моралну обавезу да заврше са „Милошевићевом Србијом“), *Политика*, 19. јануар 2006; Подржати тужбу БиХ против СЦГ, *Политика*, 28. јануар 2006.

националној припадности“ повлачи за собом више питања. Прво би могло да буде питање везано за попис становништва. Наиме, чл. 47. би се могао протумачити тако да пописивачи не би требало никога да питају о његовој националној припадности. Јер, питање националне припадности Устав је гурнуо у приватну сферу у коју држава не сме да задира ни као анкетар. Међутим, узети држави право да врши попис становника по националном критеријуму значи окрњити јој једну манифестацију модерне државе.²⁴

Овако схватање права на национално неизјашњавање у Уставу Србије може изгледати слично праву на неизјашњавање у Уставу Руске федерације. О томе, у Уставу Руске федерације (од 12. децембра 1993) стоји: „Свако има право да се национално определи и да изражава своју националну припадност. Нико не може бити принуђен да се национално определи и да изражава своју националну припадност“ (чл. 26). У светлу ове одредбе Устава Русије, приговор на одредбу чл. 47 Устава Србије може да изгледа као безразложно цепидлачење. Међутим, овај могући приговор отпада ако се узму у обзир елементарни језички стандарди, које мора да поштује законотворац уопше, па и Србијин уставотворац. Израз „нико није дужан“, и израз „нико не може бити принуђен“ значе сасвим различите ствари, толико различите да уставе у којима се налазе сврставају у различите категорије. Наиме, Устав Србије по своме изразу „нико није дужан“ да се национално изјашњава иде у уставну врсту коју предводи Вајмарски устав.

Право на неизјашњавање (верско) Вајмарског устава регулисано је овако: „Нико није обавезан да се изјашњава у погледу своје верске припадности. Органи власти имају право да испитају верску припадност којој припада појединац само уколико од тога зависе његова права и дужности, или кад то захтева прикупљање статистичких података које закон налаже.“ Дакле, првим ставом је прописано начело неизјашњавања. Међутим, пошто је уставотворац био свестан његове далекосежности, прописао је два изузетка. Један од њих је имао да омогући попис грађана по верском критеријуму. Како Вајмарски устав с обзиром на писца припада групи професорских устава, он се самим тим препоручује добром правном техником. Другим речима, писац Вајмарског устава професор Пројс, добро је познавао однос између правила и изузетка, па је исправно увидео потребу да се право неизјашњавања (из чл. 136) релативизује са два изузетка, да држава не би била осакаћена у вршењу неких својих функција.

У Уставу Србије од 2006. право на национално неизјашњавање нормирано је као апсолутно право, право без изузетака. Основни закључак који се из овога може извести везан је за његово својство устава поражене државе. Вајмарски устав је такође устав поражене државе, али државе која

²⁴ М. Павловић, *Правна историја свешта*, стр. 258.

се зарад бољег приказивања пред светом додатно самоограничавала. Устав Србије од 2006. је устав поражене државе, која се у неким сегментима - какво је веома важно поље националних односа - самопонижава и самоосакађује. Тако, једном речју, док се Вајмарска Немачка обавезивала да никог не пита за његову верску припадност осим у два случаја зарад општих интереса, постпетооктобарска Србија се обавезала да никог не пита за националну припадност, па чак ни у сврху вођења неопходне државне статистике.

На право на неизјашњавање, у Уставу Србије од 2006, надовезује се забрана изазивања расне, националне и верске мржње која је, сама по себи, уставноправна реткост. Има земаља, као што је нпр. веома национално хетерогена Швајцарска, које ни у свом кривичном законодавству немају инкриминисане ове облике „друштвене“ мржње.²⁵ Те земље су „успеле да осигурају такве међунационалне, верске и расне односе да им је кривично право у тој области мало потребно, односно да су потпуно одустале од тога да проблеме те врсте решавају кривичним правом“. Уставноправно „инкриминисање“ националне мржње, само по себи ствара слику друштва са крупним међунационалним, верским и расним проблемима. Уз то, уставна „инкриминација“ националне мржње као трећи елеменат у комплексу три антидискриминаторска члана, даје слику друштва коме је „национализам“ крив за сва зла (које је само претрпело, или нанело другима).

Подстицање толеранције

Чланови 48. и 81. Устава Србије од 2006. јединствени су у васцелој уставности, и прошлој и савременој. Члан 48, са насловом „подстицање уважавања разлика“, гласи: „Мерама у образовању, култури и јавном обавештавању, Република Србија подстиче разумевање, уважавање и поштовање разлика које постоје због посебности етничког, културног, језичког или верског идентитета њених грађана.“ Члан 48. налази се у глави о „људским правима и слободама“. Прво што пада у очи је то да му ту није место, јер чланом 48. не регулише се никакво право и слобода. Њиме се прописује једна нова и специфична обавеза државе, односно

²⁵ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2007, 689. Устав Руске Федерације има одредбу о забрани пропаганде и агитације: „Не допускаются пропаганда или агитация возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду“ (чл. 29, ст. 2). За разлику од Устава Србије од 2006, који забраном изазивања друштвене мржње сам по себи указује на рањивост једног друштва чак и једном једином речју, забрана разорне пропаганде у Руском уставу је ствар нормалне бриге уставотворца за социјални и национални мир.

државних органа. Обавеза државе и људска права (и слободе) јесу комплементарне категорије, али нема те логике по којој обавеза државе може добити природу једног личног права.

Члан 81, под насловом „развијање духа толеранције“, налази се у глави о „правима припадника националних мањина“. Он гласи: „У области образовања, културе и информисања Србија подстиче дух толеранције и међукултурног дијалога и предузима ефикасне мере за унапређење узајамног поштовања, разумевања и сарадње међу свим људима који живе на њеној територији, без обзира на њихов етнички, културни, језички или верски идентитет.“ Овај члан такође није најсрећније смештен, како због стварања обавезе за државу (у одељку о мањинским правима), тако и због тога што се првенствено односи „на све људе“ који живе на њеној територији. Друго, члан 81. је значењски истоветан са чланом 48. И један и други, углавном истим речима, прописују обавезу државе да подстиче схватање и прихватање етничких и других разлика међу људима. Речју, уставотворац је два пута регулисао исту ствар, што ће рећи да се понављао.

У ствари, чланови 48. и 81. склопљени су од теза из преамбуле европске Оквирне конвенције за заштиту мањина. Сама чињеница, да су два става из преамбуле једног међународног уговора механички прихваћена као уставна норма, наводи на помисао о пометености уставописца, односно уставотворца. Затим, чињеница да у уставном тексту има понављања представља симптом лошег уставотворчевог стања. Најзад, уставотворчево понављање с обзиром на духовне колективне разлике је израз оптерећености једнога друштва или домаћом болешћу или моћном страном присмотром. Овове ваља додати и тај парадокс да је држава која се Уставом од 2006. индиректно (приватизовањем друштвене својине²⁶) прогласила за лошег привредника, истим Уставом се самопрогласила за доброг колективног психолога, способног да „подстиче дух толеранције и међукултурног дијалога“.

Члан 48, у неким правним и политичким круговима, схваћен је на један волунтаристички „креативан“ начин, као средство за увођење другог службеног језика и писма. Један пензионисани судија Врховног суда, иначе истакнути учесник у петооктобарском преврату 2000, изнео је једно безобално тумачење члана 48. По његовом схватању „службена употреба другог језика и писма могла би бити, на основу чл. 48 Устава, прописана и за територију целе Републике, као мера којом се ... подстиче разумевање, уважавање и поштовање разлика.“ Такође, чл. 48 би могао „да буде и основ за законско уређивање службене употребе латиничног писма, које је

²⁶ Члан 86. каже да „постојећа друштвена својина претвара се у приватну својину“, што ће рећи да се не претвара у државну, односно јавну.

овде широко заступљено“.²⁷ Латинично писмо, на које се овде мисли, је хрватско латинично писмо, коме је ударио основ (по угледу на чешко писмо) Људевит Гај, тридесетих година XIX века, када су Хрвати преузимали српски језик (тј. говор). Широка заступљеност хрватске латинице у данашњој Србији је последица идеологије југословенства и две диктатуре - Шестојануарске диктатуре краља Александра, и комунистичке Хрвата Тита. „Широка заступљеност“ хрватске латинице, и потиснутост српске ћирилице, данас се одржава и подржава идеологијом европејства (пошто се у Европи тобоже пише само „латиницом“), технолошком и политичком доминацијом Англоамериканаца, праћеном локалним примитивним гледањем да је свака латиница иста, и да онај ко зна латиницу зна и пола енглеског језика. Ово гледиште се поклапа са донедавним гледиштем пролатиничара у Татарстану, о томе да знање „латинице“ олакшава учење енглеског и других западноевропских језика.²⁸

Уставним прописивањем (чл. 10) ћирилице као службеног писма требало је да се заустави поодмакли процес маргинализовања српског ћириличног писма (као кључног елемента српског идентитета). Међутим, одредбе прикривене денацификације у Уставу, подлокавају и релативизују пропис о службеном писму. Тако, „мере уважавања разлика“ су, у ствари, мере денацификације, па и у сфери службеног језика, тако што се он релативизује одржавањем хрватског латиничког писма, као тобоже другог српског писма. Наиме, „влади“ и невладини денацификатори, подржани бесловесном масом кроатолатиничара међу Србима, свако настојање да Срби стану на ноге свога ћириличног писма жигошу као српски ултранационализам (извикан и стигматизован на међународном нивоу). Тиме се одржава и подржава процес елиминисања српске ћирилице и претварања српског језика у латинички језик.

²⁷ З. Ивошевић, О службеној употреби језика и писма: шта каже Устав, а шта Закон, *Политика - Додатак: Култура, уметност, наука*, 18. новембар 2006.

²⁸ Закон Татарстана, од 1999, којим је уведено татарстанско латиничко писмо, испровоцирао је Закон о допуни члана 3 Закона о језицима Руске федерације, од 2002. Овом законском допуном прописано је да се за основу писма државног језика Руске федерације и писама државних језика република чланица има узети ћирилично писмо. Одобрење за увођење ког другог писма могло се добити само федералним законом за сваки конкретни случај. Образложење законске допуне о ћирилици сводило се углавном на то да би земља доспела у стање расула, ако би се свакоме дозволило да користи сопствени алфавет. Овоме се још додаје „да допуна чл. 3 Закона о језицима не погађа ничије право да се слободно користи матерњим језиком, већ се само односи на начин на који се ти језици пишу у званичним документима“ (В. Krivokapić, стр. 310,311).

Децентрализација - регионализација

Као један од кључних елемената денацификације узимала се децентрализација. У постхитлеровској Немачкој, децентрализацијом имала је понајпре да се поцепа Пруска, као носилац немачког милитаризма. С друге стране, децентрализацијом је требало да се васпоставе традиционалне немачке државице (Lander), које су нацисти били укинули. Ипак, окупационе силе нису се много обазирале на локалне традиције. Прво, окупациона геометрија била је таква да су границе зона секле границе традиционалних покрајина. Затим, приликом формирања нових покрајина, свака од окупационих сила била је вођена сопственим склоностима. Најзад, настојећи да спрече евентуално стварање јаке немачке централне владе, Французи, а у извесној мери и Американци, подстицали су мале покрајине да изграђују своје системе власти и развијају углавном вештачки покрајински патриотизам.²⁹

У Србији, после петооктобарског преврата (2000), питање регионализације Србије отвориле су и обликовале неке невладине организације, које су несумњиво биле под евроамеричком платом и утицајем. Тако, у „Предлогу за нови устав Србије“, Београдског центра за људска права, нашла се новина да се „цела територија Србије организује у аутономне покрајине, при чему се не задира у територију постојећих аутономних покрајина“. Следствено, поред Војводине и Косова и Метохије, имале су да се образују још четири аутономне покрајине.³⁰ Идеју регионализације Београдског центра похвалила је Венецијанска комисија.³¹ Уз то, њен представник је, у једном тренутку уставних

²⁹ На југу, Американци су васпоставили Баварску и комбиновали мање територије да би створили покрајине Хесен и Баден-Виртемберг, које су имале извесне историјске традиције. На левој обали Рајне, Французи су створили Rhineland - Palatinate, комбиновањем бивше баварске провинције Палатината са делом Хесена и рајнске Пруске. Британци су комбинацијом бивших пруских подручја створили три покрајине (Северна Рајна - Вестфалија, Доња Саксонија и Шлезвиг-Холштајн). Са Саром и два града - државе (Хамбург и Бремен) покрајине су чиниле федералне јединице Западне Немачке (A. J. Heidenheimer, 55,56,155).

³⁰ „Аутономне покрајине у Републици Србији су: Београд, Војводина, Југозападна Србија, Југоисточна Србија, Косово и Метохија и Шумадија - Подунавље. Границе аутономних покрајина, осим Војводине и Косова и Метохије, које задржавају досадашње границе, одредиће органски закон.“ (*Ustavna rešenja za Srbiju i Jugoslaviju: predlozi nezavisne grupe eksperata / Lidija Basta-Flajner ...*, стр. 19,57)

³¹ Европску комисију за демократију путем права, односно Венецијанску комисију основале су државе-чланице Савета Европе 10. марта 1990. Њени правни експерти баве се прилагођавањем правних прописа европском законодавству из области уставног права, националних мањина, питањима федерализма и

расправа у Србији, изашао са императивном поруком: „Србија се мора регионализовати.“ Та изјава је открила чињеницу да се прави извор идеје о регионализацији Србије налази изван Србије - у Савету Европе, односно Европској унији.

ШПАНСКИ УЗОР. Регионалистичке одредбе Устава од 2006. направљене су по угледу на аналогне одредбе Устава Шпаније. То је нарочито видљиво у погледу еnumerације надлежности. Покрајинска надлежност у Уставу Србије од 2006. (чл. 183) представља сажету верзију шпанске регионалне надлежности. У шпанском Уставу су наведени и објективни услови за стварање региона (за „коришћење права на аутономију“). У регион се могу конституисати „суседне провинције са заједничким историјским, културним и економским обележјима, острвске територије и провинције са регионалном историјском посебношћу“. Пошто у Србији (не само у тзв. централној, моравској) не постоји ни један од ових (шпанских) услова за формирање региона, уставотворац од 2006. само је навео да „предлог за оснивање нових или укидање, односно спајање постојећих аутономних покрајина утврђују грађани на референдуму, у складу са законом“.³²

Узимање за углед шпанске регионалне државе повлачи за собом питање о сличностима између Србије и Шпаније. До некакве сличности, пак, може се доћи вештачким изједначавањем режима који су претходили Уставу Шпаније од 1978. и Уставу Србије од 2006. Наиме, Уставу Шпаније од 1978. претходио је режим генерала Франка - „последњег фашистичког диктатора“, под којим су укинуте аутономне области.³³ Уставу Србије од 2006. претходио је режим Устава од 1990, који је на Западу и прозападном јавном мњењу Србије означавао као режим Слободана Милошевића - последњег „комунистичког диктатора“ и „ултранационалисте“. Речју, наводна сличност између Милошевића и Франка навела је уставотворца Србије од 2006. да се угледа на шпански регионализам.

Одредбе о регионализацији Србије, на први поглед засноване су на идеји о децентрализацији као елементу демократизације. Међутим, и у њима се крила идеја денацификације. Србија је требало не само да се по

регионализма. Мишљење стручњака-извештача о предлозима устава и појединих закона, државе нису дужне да уваже, али оне то по правилу чине. Венецијанска комисија се похвално изразила о Нацрту устава Србије који је припремила група експерата под покровитељством Београдског центра за људска права. (Шта је Венецијанска комисија? <http://www.nin.co.yu/cgi-bin/printpage?filename=2002-07/18/24182.html>)

³² Одлуку доноси Народна скупштина апсолутном 2/3 већином (односно по поступку за промену устава).

³³ М. Јовичић, *Регионална држава*, Београд, 1996, стр. 37.

постфранковском моделу децентрализује, него су елементи шпанског постфранковског регионализма у Уставу Србије отварали могућност уношења западно-немачких денацификационих елемената. То је видљиво из два подтекста идеје регионализације. Први је садржан у образложењу полазног уставног нацрта (нацрта Београдског центра за људска права) по коме је покрајини Војводини „као изворна надлежност“ требало да се врати „велики део права одузетих 1990“.³⁴ Покрајина Војводина (краткотрајна Српска Војводина из 1848. у Хабзбуршкој Монархији) није имала никакво историјско, ни географско утемељење, а према Уставу СФР Југославије од 1974 имала је знатне елементе државности.³⁵ Србијин уставотворац од 2006, пак, није улазио у питање суштине једне творевине комунистичког тоталитарног режима, него је, прећутно изједначивши посткомунистички режим (оличен у С. Милошевићу) са Франковим или немачким нацистичким режимом, васпоставио наводно традиционалну покрајину, као што су то учинили постфранковски демократи, односно савезничке окупационе снаге после Другог светског рата васпостављајући традиционалне покрајине.

Такође, по моделу савезничке „окупационе геометрије“ требало је и простор „моравске“ (централне) Србије - као „српске Пруске“ - изделити на покрајине, иако на том простору никаквих историјских ентитета није било. Као и у случају Западне Немачке после Другог светског рата, идеја о регионализацији моравске Србије заснивала се на могућности стварања покрајина „лењиром“, што би било праћено подстицањем вештачког локал-патриотизма. Јер, у западним интелектуалним круговима и данас је, по свој прилици, живо Калајево карактеролошко одређење Срба као народа који је склон партикуларизму, односно регионализму како би се то данас рекло.³⁶

КОСМЕТ. Што се покрајине Косово (Космет) тиче, она се, већ у преамбули Устава помиње са статусом „суштинске аутономије“.³⁷ И тај статус

³⁴ L. Basta - Flajner ... /et al./, *Ustavna rešenja za Srbiju i Jugoslaviju*, Београд, 1991, стр. 19.

³⁵ М. Павловић, *Српска љавна историја*, Крагујевац, 2005, стр. 306,560,895-899; М. Павловић, *Правноисторијски и упоредноправни поглед на уставне промене, Уставне промене*, Београд, 2003, стр. 40-44.

³⁶ Српски партикуларизам из доба средњег века, по Бењамину Калају, избио је поново на видело у Првом српском устанку. Речју С. Јовановића „на дну душе Калај је био уверен да српски народ не спада у државотворне народе, јер нема поред војних врлина и политичке. Онај партикуларизам који је код државотворних народа пролазна болест политичког развитака, јесте код Срба стална црта народног карактера.“ (С. Јовановић, *Из историје и књижевности*, I, Београд, 1991, стр. 21,22)

³⁷ Речју проф. Ратка Марковића, ова „патриотска увертира“ је веома сумњиве вредности. Наиме, „правно се поготово не може правдати употреба израза *суштинска аутономија*, који нема одређено значење (аутономија може бити

настао је као одговор на наводно поништавање традиционалне аутономије (иначе такође аутономије по Уставу СФРЈ од 1974). Уместо наводно поништене аутономије Косова под наводним ултранационалистичким режимом (С. Милошевића), Сједињене Америчке Државе су настојале да аутономију Космета васпоставе у појачаном облику до „суштинске“ аутономије. У ствари, радило се о пројекту стварања две државе од једне Србије, по савезничком моделу за постхитлеровску Немачку. Тако, Косово је имало да буде некакав хомолог Западне Немачке. После НАТО бомбардовања (1999), јужна покрајина Србије постала је некаква „јужна република“ под окупацијом западних савезника, а у ствари друга држава албанске нације. Примена модела окупационих зона западних сила, из којих настаје држава под њиховом контролом, у случају Космета је сасвим евидентан. Он се испољио у последњем кругу преговора око статуса (октобра 2007) тако што је представник Европске Уније у посредничкој „тројци“ Контакт групе, Волфганг Ишингер, изнео предлог да се однос између Космета и осталог дела Србије уреди по угледу на уговор између две Немачке од 1972. Тим уговором, Западна и Источна Немачка признале су једна другој сувереност и територијални интегритет, обавезавши се на развијање добросуседских односа.³⁸

У подлози НАТО-америчке акције отимања Космета од Србије лежи једноставна идеја нове денацификације: ако су западни савезници после Другог светског рата од Западне Немачке могли да направе државу, тим пре то могу од јужне српске покрајине.

Кумулација толеранција

У Уставу Србије од 2006. налазе се сви облици толеранције: од верске до националне, и од језичке до војно-идеолошке. Као право на сваку врсту различитости, толеранција се изражава у праву на приговор савести, праву на национално неизјашњавање, у сваковрсним и неограниченим правима националних мањина, у праву на свој језик до непознавања службеног језика, у „праву грађана на покрајинску аутономију и локалну самоуправу“ (што је дошло као последица несрећног и неумесног угледања на Шпанију, и некритичког прихватања пројекта еврорегиона³⁹).

потпуна и непотпуна, а никако суштинска и несуштинска), штавише, може имати обрнуто значење од оног које му се хтело дати. Јер, суштинска аутономија, то може бити исто што и сувереност, то је врховна, неограничена власт, самосталност. Испало би тако да Косово и Метохија има суверену власт. “ (Р. Марковић, Предговор: Устав Републике Србије од 2006, стр. 14,15.)

³⁸ Б. Митриновић, Две Немачке, једна Србија, *Политика*, 31. октобар 2007.

³⁹ АП Војводина је у Србији једина евро-регија. Према једном схватању из Новосадског центра за регионализам, „грешка је, можда, била и што је у самом

По кумулацији права за све бројно и социјално слабије групе и њихове припаднике, Устав Србије од 2006. подсећа на Вајмарски устав. Наиме, тражећи излаз пред оптужбама за кривицу због изазивања и вођења Првог светског рата, немачка уставотворна скупштина, која се састала у Вајмару фебруара 1919, донела је „ултра-демократски“ устав. То је био устав у који су унете све уставноправне тековине и изуми који су сматрани демократским.⁴⁰ Слично је и са Уставом Србије од 2006. Србијин уставотворац је под евро-атланским оптужбама за ултранационализам прибегао „ултра-демократском“ конституционализму: сваки демократски и називи демократски институт, о коме је чуо или начуо, Србијин уставотворац је унео у свој документ. Тако, Устав Србије од 2006. садржи, у чл. 47-49, тројни „антидискриминаторски“ комплет који се не може наћи више нигде. Право на национално неизјашњавање и забрана изазивања националне мржње, може се у извесном обиму наћи у још понеком уставу. Међутим, ова два права заједно са државном обавезом подстицања толеранције могу се наћи само у Уставу Србије. Када се има у виду да је један од три члана дословце поновљен, да се одредбе о националној недискриминацији налазе и у другим члановима, долази се до закључка да чланови 47-49 представљају средства прикривене уставне денацификације Србије. Наиме, сузбијени наводни ултра-национализам режима 90-тих, са три члана Устава од 2006, стављен је под вишеструку контролу, да се више никад не „поврати“.

Кумулујући све верзије толеранције, Србијин уставотворац је запао у перверзију толеранције. Уместо једног модерног документа који треба да очува мањинске идентитете, он је направио један документ којим се угрожава идентитет најбројнијег и државотворног народа (српског). Под притиском теза монструозног (НАТО) агресора, уставотворац Србије од

почетку цела Војводина укључена у ДТКМ (Дунав-Тиса-Караш-Муреш) еврорегион, иако се Срем удаљен од Румуније и Мађарске, није осетио његовим делом“. (Европа регија или регионализација Европе: Нова архитектура Старог континента, *Политика*, 7. март 2004; Р. Степанов - Л. Жолт - В. Соколовска, Реформа државе и њене управе, *Права човека*, 5-6/2004, стр. 12. н. 9) Првак Мађарске коалиције (И. Пастор) се - у оквиру „европске оријентације“ - залаже за „појачану регионализацију која доводи у питање територијалну целовитост и интегритет Србије“ (В. Вујић, Пасторов (без)условни рефлекс, *Нин*, 8. 5. 2008.

⁴⁰ Израз „ултра-демократски“ је Хогудов. О демократској кумулацији у Вајмарском уставу он је написао: „There is in the Weimar constitution something of everything in the repertoire of the expressionist state, for Germany ... to become the most democratic democracy in the world. 'The Germans', pointed out Headlam-Morley in 1928, 'have made use of all the devices new and old by which a democracy can express itself, and have sought at the same time to find room for the application of new theories'." J. A. Hawgood, *Modern Constitutions since 1787*, London, 1939, стр. 350,352.

2006. се подвргао духовној и политичкој самоденацификацији, путем концепта некаквог мулти-културног друштва. По том концепту, концентрисаном на мањинска права, у Србији треба да се створи некакв мултикултурни грађанин. Тај уставни концепт широм отвара врата за увођење нове политичке подобности као средства за маргинализацију и елиминацију читавих друштвених група и њихових припадника, које не пристану да се „мултикултурализују“.⁴¹ Овоме ваља додати члан 46. који има потенцијал опасне рестриктивности у погледу слободе изражавања. Наиме, по њему, слобода изражавања може се „законом ограничити, ако је то неопходно“, између осталог и ради заштите „морала демократског друштва“.⁴² „Морал демократског друштва“ је, пак, безобално произвољна категорија.⁴³ Што се Срба тиче, „мулти-култи“ концепт као пројекат денацификације усмерен је на уништавање њиховог националног идентитета, тј. на расрбљавање.

⁴¹ Атмосфера упирања прстом на неподобне, која је сасвим у складу са Уставом од 2006, понајбоље илуструје случај напада „Хелсиншког одбора“ на *Полишику*. Случај је настао поводом писања дописника из Љубљане „о изливу примитивизма (једног) словеначког званичника“ према Србији као „словеначком клијенту“ у процесу „приступања“ Европској унији. Председница „Хелсиншког одбора за људска права“, нека С. Бисерко, овим поводом „оптужила“ је *Полишику* за говор мржње. У наредном разговору, С. Бисерко је изнела да *Полишика* наводно не пише „ништа похвално о Европи“. На сајту „Хелсиншког одбора“ (интелектуално безвредне организације са евро-америчким финансијским напајањем, која претендује на цензорски утицај у друштву) још је стајало: „усмеравају гнев према актерима међународне заједнице, за које се у Србији сматра да су најодговорнији за губљење Косова, вратио је у медијски фокус старе стереотипе о непријатељима спољашњим и унутрашњим. Ипак гнев се највише концентрише на САД, најчешће тврђом да је ЕУ америчка 'слушкиња'“. (Д. Матовић, Критика здраве памети, *Полишика*, 27. фебруар 2008)

⁴² Такође, ваља имати у виду да се Устав Србије од 2006. у погледу забране цензуре разликује од свих модерних устава. Он не забрањује цензуру поводом изражавања мисли (чл. 46), него поводом „слободе медија“ (чл. 50). Следствено, стриктно језичко и системско тумачење ових норми намеће закључак да се у Србији, према Уставу од 2006, начелно не може цензурисати радио и тв емисија, новински чланак, али се може забранити књига (на пример, „ради заштите ... морала демократског друштва“).

⁴³ С обзиром на сличност, Србијин уставотворац је чланове 46. и 50. правио по угледу на чл. 26. Устава Словачке. Међутим, у чл. 26. Устава Словачке налази се уобичајен правни стандард „јавног морала“, а у Уставу Србије произвољни „морал демократског друштва“. Он подсећа на идеолошке категорије буржоаског, ситносопственичког, сељачког, социјалистичког морала, које су биле основ за политичку дискриминацију. У ствари, „морал демократског друштва“ је вероватно негација наведеног аутократског и ултранационалистичког морала „Милошевићевог режима“.

Са становишта историје уставности, члан 48 Устава Србије од 2006, подсећа на чланове о тзв. државној нужној одбрани (односно о ванредном стању), какав је био члан истог броја (48) Вајмарског устава, а на основу кога је направљен чл. 116 Устава Краљевине Југославије од 1931. У немачкој уставноправној теорији, вајмарски члан 48 изазвао је велику дискусију о значењу термина *мера* (*Massnahme*) на коју су се позивали и неки српски (односно југословенски) правници. Међу њима је било и оних који су у члану 116 видели дупли устав, из кога се могао извући цео један нови устав и заменити стари. Члан 48. Вајмарског и члан 116. Југословенског устава имали су за циљ очување државног јединства у ванредним ситуацијама. Члан 48. Устава Србије од 2006. има за циљ развијање друштвеног јединства кроз „неговање различитости“ у редовним ситуацијама.

Мулти-културално друштво, пак, не може се стварати и развијати државним „мерама“ за неговање толеранције и ограничењима зарад заштите неодређеног „морала демократског друштва“. Мере које би држава доносила са сврхом стварања новог, мулти-културног човека представљале би идеологизовани полу-устав којим би се негирао сам устав. Речју, из члана 48. Устава Србије од 2006. вребају опасности завођења новог тоталитаризма - тоталитаризма мултикултурног раја са прикривеним циљем денацификације једног друштва у коме нацизма никад није било.

*Prof. Dr. Marko Pavlovich,
a full-time professor*

TACIT DE-NAZIFICATION IN 2006 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

This article starts from the German Constitution, as a representative act with de-Nazification regulations. Its Articles 131 and 132 speak about removing Nazis from the state positions. In Serbia, right after the coup of October 5, 2000, a great number of court presidents and magistrates were discharged, which is the situation that, in a way, resembles to the one covered by Articles 131 and 132 of German Constitution. Indirect de-Nazification regulations in German Constitution refer to indirect election of the state president, de-Nazification and objection of conscience. The 2006 Constitution of the Republic of Serbia also favours the indirect way of the president's election, who is, also as the German president, void of powers in, so called, emergency

situations. Also, Serbia's Constitution adopted the objection of conscience principle from the German Constitution, while its Article 140 is similar to Article 9 of Japanese Pacific Constitution and with this Article Serbia has repudiated for good its, alleged, imperialistic tendencies.

The rights of minorities are given a special Section in the Constitution, but are also included in a number of constitutional principles. The entire Constitution is burdened with regulations referring to protection of minorities' rights, which points out to the conclusion that the minorities' issue is a major problem, created from the outside. Among the regulations that represent tacit de-Nazification are those favouring the absolute right to not declaring one's national background and those forbidding inciting of racial, national and religious hatred, which is, in itself, seldom found in a constitution. The Articles 48 and 81 are almost identical in describing the state's obligation to encourage the recognition and acceptance of ethnical and other forms of diversity, which suggests lack of legislator's competence. "Regionalistic" regulations in 2006 Constitution are analogous to those found in Spanish Constitution, due to mechanically drawn similarity between Milosevic and Franco, who both were seen as the "rulers who abolished regional anatomy". With a large number of cumulative rights referring to the protection of minorities and disadvantaged groups, Serbia's 2006 Constitution resembles Weimar Constitution. Both were considered to be "ultra-democratic", created under the burden of post-war guilt (which in Germany was actual and in Serbia, it was imposed). In one word, a series of regulations in Serbia's Constitution were created as the negation of the former Constitution's regime, which is related to comparable Nazi (national-socialist) regime.

*Др Емилија Станковић,
ванредни професор*

UDK:388.3:340.134(497.11)"18"

ОБИЧАЈИ И МОДЕРНО ПРАВО СРБИЈЕ XIX ВЕКА

На самом почетку деветнаестог века, 1804. године, почели су Срби борбу за ослобођење од турске власти и на тај начин најавили обнављање своје државе. Неколико наредних деценија обележено је низом значајних догађаја који представљају друштвену, културну и научну револуцију. Србија самостално доноси Устав, 1835. године. потом, 1838. године оснива Лицеј, на коме је 1841. године отпочето са студијама права. Када је Лицеј 1844. године прерастао у Велику школу, једно од три постојећа одељења било је правно. Најзад, 1844. године “књаз у согласју са Саветом” доноси Српски Грађански Законик. На тај начин је Србија ушла у Европу онога доба. Имала је два важна правна акта, један којим је регулисала уставно питање (Устав) и други којим је обезбеђено правно регулисање статуса грађана и широког круга друштвених односа (Српски Грађански Законик).

У чему се огледао и колики је био значај Српског грађанског законика у том бурном периоду српске историје?

Почетак новог века обележен је јачањем рационализма и покретом просвећености у Западној, као и Средњој Европи. Упоредо с тим процесима на овим територијама јачају робни односи и приватна својина, а на рачун натуралне привреде базиране на подељеној колективној својини. Стварају се централизоване државе. Ови процеси захтевају одговарајуће промене у правним системима.

Промене права директно су зависиле од степена развоја просвећености у одређеној земљи. У западним земљама: Холандији, Енглеској, укључујући и Шкотску, као и Француској, покрет просвећености је био до те мере прогресиван да је захтевао промену система револуционарним путем. Насупрот овој тенденцији, у Средњој Европи, па прилично и у Источној, покрет је био умеренији, под контролом владара. Они су покрет вешто каналисали, није дошло до револуције, а напредне идеје су утицале на преображај образовања, просвете, као и побољшање правног система. Њихов циљ је био одржавање феудализма, додуше преображеног, хуманијег и са новим привредним односима. Примера ради, феудалци у Пруској, Аустрији, Русији, као и неким другим државама претварали су се у чиновнике. Ова друга група земаља није инсистирала на државноправним променама, сем у неопходној мери, али је зато форсирала законодавство у домену имовинскоправних односа.

Крајем XVIII и почетком XIX века долази до великих Кодификација које су мање или више све засноване на идејама природног права. Иако су ове Кодификације имале за циљ да обезбеде поверење новом позитивном праву, сви законодавци су оставили могућност судијама, који пре свега примењују позитивно право, да могу у недостатку конкретних решења случај решити по “принципима природног права”.¹ Без обзира на велики утицај идеје природног права да је оно једнако за све људе, Кодификације се се ипак међусобно разликују. Вероватно да је таквом гледању допринео Монтескијев став да при доношењу закона законодавац мора да узме у обзир конкретну ситуацију, време, као и место (земљу) за коју се закон доноси. Ако се прихвати овакав став, онда није тешко објаснити зашто је Јован Хацић морао да одступи од одредби наследног и породичног права АГЗ, и да друга решења у СГЗ, буду примерена српском обичајном праву.

Писац СГЗ је Јован Хацић, високо образован човек, васпитан у духу либералне филозофије и школе природног права. Волео је Србију, као и улогу њеног законописца, која му је додељена и коју је прихватио. Себе је замишљао као Солона или Ликурга нове Србије.² Иако је законик рађен по угледу на АГЗ и по оцени критичара има мало оригиналног, не може се оспорити вредност и значај оваквог подухвата. Чињеница коју критичари најчешће истичу - да је донет основни закон, који при том није одговарао друштвеном и историјском развоју, као и традицији земље, не умањују вредност законика. Прожет романистичким идејама, које се уистину нису слсгале са дотадашњим српским обичајима, ипак је био правни акт којим се Србија могла поносити. Законик је био заснован на једном од највећих културних достигнућа, на римском праву. Како је римско право било темељ свих европских кодификација, то се и Србија путем овог Законика повезала и постала саставни део европског културног миљеа. Не мање од ове је значајна и чињеница да је Законик решио питање својине у Србији. Такође је поставио оквире развоја капиталистичких робно-новчаних односа. Како је за основу имао АГЗ, то су привредне и културне везе са Аустријом постале лакше и чвршће. Тако је и веза са читавом Западном Европом постала неминивна.

Овако донет Српски грађански законик је управо добар пример и потврда основне идеје професора Алана Вотсона (Alan Watson) да се право претежно развија путем правних позајмица. По њему, најчешће су позајмице из римског права, као и енглеског правног система. Овај закон би по његовој систематизацији трансплантата припадао трећој групи, то јест ситуацији у којој народ добровољно прихвати велики део система другог народа или више народа.³ Овакво пресађивање је, чини се, много

¹ Code Civil, cl: 11; АГЗ: 7; СГЗ, 8

² С. Јовановић, Политичке и правне расправе, Београд, 1990., стр. 302

³ A. Watson, Legal transplants, Athens, GA-London (1974) 1993., стр. 58

више допринело развиту појединих правних система него унутрашњи развој тог истог система у оквирима сопственог друштва. Стога са резервом треба прихватити став једног броја научника да право представља просту последицу “националног духа”, односно друштвених, економских, националних и културних услова у којима се развија.

Српски грађански законик из 1844. године је у значајној мери преузео (трансплантирао) Аустријски грађански законик из 1811. године. Тешко се може рећи да су Аустријанци и Срби тог доба били пре свега на истом степену економског развитака, а потом и културног. А како тек онда рећи да им је “народни дух” близак. Упркос свему Српски грађански законик је прихваћен, примењиван и кроз неке своје одредбе опстао и у данашњем позитивном праву. Како? Правне позајмице су могуће чак и у оваквим случајевима када се чине из развијенијих система и “пресађују” у знатно неразвијеније, уколико се довољно води рачуна о модификацији позајмљених правних норми. Оне морају бити усклађене и прилагођене нивоу развоја и потребама друштва за које су позајмљене. Само у том случају позајмице дају праве ефекте. Јован Хацић је радећи на изради Српског грађанског законика преузео великим делом норме Аустријског грађанског законика, али је био приморан да одступи од одредби које су регулисале породично и наследно право. Морао је да се приклони српском обичајном праву, иако је оно било знатно конзервативније. Друштвени односи тадашње Србије давали су предност мушкарцу у односу на жену, као и мушкој деци у односу на женску при наслеђивању. Тако је Јован Хацић, високообразовани правник напредних идеја, ипак схватио да закон мора да буде везан за одређену заједницу, за привредни, културни живот и социјалну структуру те заједнице, чак и по цену презира одређених слојева. Макар га београдске жене, због одредби наследног права, примерених породичној задрузи, а не и индивидуалној породици “псовале и клеле где год стигну”. Да би Хацић могао израдити законе који би били у складу са народним духом, сам кнез Милош је наредио да се по окрузима спроведе анкета о правним обичајима везаним за својину на непокретностима и оним везаним за наслеђивање. Материјал прикупљен овом анкетом дат је на располагање Хацићу. Истовремено је образована комисија чији је члан био прота Матеја Ненадовић (истакнута личност тог времена), чија је функција била да обавештава законописце шта је то што је за наш народ, а шта није.⁴

До великог неслагања у ставовима Хацића и кнеза Милоша дошло је око питања права на наслеђе женске деце. Хацић је у складу са својим ставовима осуђивао српске правне обичаје, који су женску децу лишавали

⁴ Јд. Кнез Милош, 17. децембра 1837., Хацић Кнезу, 20. децембра исте године, Хацић и Лазаревић Кнезу, 24. августа 1838., Алекса Јовановић, “Рад на законима кнеза Милоша” (Архив за правне и друштвене науке, 25. април 1907. године).

права на наслеђе. Кнез Милош је пак сматрао да се обичаји не смеју мењати. Да би Хацићу доказао да такви правни обичаји важе на територији читаве Србије, он је наредио спровођење анкете у свим окрузима. Ова несагласност у погледу права на наслеђе женске деце, између Хацића и обичајног права, сасвим је разумљива. Хацић је био романиста, познавао је само индивидуалну породицу, у којој имовина припада оцу породице. У таквом типу породице, логично на наслеђе имају право сва деца, како мушка тако и женска. Али, у време доношења Законика, индивидуалистички тип породице у Србији још увек није био доминантан. Пре би се могло рећи да је породична задруга била основни облик породице. То је био најжилавији остатак старог привредног система. У основи то је била самодовољна привредна организација која је производила за подмирење потреба задруге, а не и за тржиште. Задруга је, поред тога што је била правни субјект, представљала и животну заједницу. Једноставно речено, то је била заједница живота, рада и имовине. Оваква заједница учврстила се код Срба, али и код других етничких група на Балкану, за време турске власти.⁵ У задрузи имање припада целој породици, сви чланови га уживају заједнички. Логично је било да се у таквој породици право наслеђивања ограничи на мушке потомке. Они остају у породици, имовина коју они добију остаје задрузи, јер они не одлазе. Женски, пак, потомци удајом одлазе у другу породицу (задругу) и ако би им се признало право на наслеђе, свој део имовине припао би другој задрузи. Поштујући обичаје то се није смело догодити, па је стога искључење женске деце из наслеђивања било нормално.

Српски грађански законик прави уступке обичајним правилима и искључује женске потомке из права на наслеђе, али врло брзо бива критикован баш због параграфа о законском наследном реду. Критике су биле упућене од стране тадашње варошке интелигенције, пре свега београдске. Наиме, у том периоду у варошима је већ доминирао индивидуални тип породице, па је сасвим логично да је у складу са тим критиковано, за тај слој неадекватно решење. Најгласније у критици биле су београдске жене (мајке) које нису могле да прихвате искључење својих кћери из наследства. Отуда су ипак недужног Хацића псовале и клеле “где год се скупе”.⁶ Овакав став осудио је и први коментатор Законика, Димитрије Матић. Он је тврдио да је женској деци учињена “очигледна неправда”.⁷ Критике на овај део Законика биле су озбиљне и јаке, тако да је две године након његовог издавања образована комисија од стране Савета, која је требало да преради главу о наслеђу. Иако је комисија

⁵ А. Гамс, Знађај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, Београд, 1996., стр. 19

⁶ Споменик С. к. а. XXX, Хацић Возаровићу, 11 јануар 1847.

⁷ “Објаснење грађанског законика”, II-I 540

сматрала да је неопходно учинити нешто за женску децу све се завршило разговорима.

Обичајно право Хацић је узео у обзир делом и у породичном праву. Удата жена је била изједначена са старијим малолетником у погледу пословне способности. Можда овде треба нагласити да је овакав став имао и Француски грађански законик. Изворни Аустријски законик је знатно либералнији, али је Хацић морао да учини уступак обичајима и јавном мњењу ондашње Србије. Овај део Законика наравно припада оном рекло би се конзервативнијем делу, у коме је било немогуће одступити од обичајних норми. Негативне последице дискриминације жене и овим путем дуго су се задржале.

Српском грађанском закоником, односно његовом писцу приписује се разарање задруге. Осуђиван је као човек који је разорио традиционалну српску институцију, као неко ко није имао слуха за наше лепо културно наслеђе и ко је желео да живот свог народа подведе под нова правила западног света. Да ли је Хацић то урадио зато што није довољно схватио правну природу и друштвену функцију задруге, или је пак то учинио намерно, да би на тај начин олакшао продирање робноновчаних односа, није много битно. Чињеница је да је овим путем убрзано стварање робне привреде, омогућен успешнији друштвени развој, а тиме створени услови за боље контакте са Европом.

Нико не може тврдити да је Хацић намерно радио на разарању задруге.⁸ Он је читаву XV главу посветио задрузи учинивши озбиљан напор да је правно уобличи. Његова добра намера је очигледна, но такође се не може занемарити чињеница да није успео да проникне у дух задруге. Правна правила установљена Закоником, а тицала су се задруге, нису одговарала њеној суштини и природи. Задруга је била облик колективне својине, па самим тим и ограничене својине. Имовина задруге не припада појединцима, већ породици као целини. Свака задруга има један део имања који је неotuђив, који се преноси са колена на колено, који се у различитим крајевима различито назива, али је суштина иста.⁹ У задрузи постоји и други део имовине тзв. прђија (peculium)¹⁰, коју чине углавном покретне ствари, које се налазе у личној својини задругара и којима они могу слободно располагати. Суштина задруге је колективна својина и њом могу располагати само сви задругари заједно.

Збрка настаје због недовољног Хацићевог разумевања проблема. У параграфу 508 Законика се каже: "Што је од имања и добра у задрузи, није једнога но свију; и што год који у задрузи прибави, није себи но свима

⁸ С. Јовановић, Политишке и правне расправе, Београд, 1990., стр. 282

⁹ В. Богишић, Зборник садањих правних обичаја у Јужних Словена, књг. 1., Загреб, Југословенска академија знаности и уметности, 1874., стр. 21

¹⁰ В. Богишић, оп. цит. 82

прибавио.” Но већ у параграфу 510 износи се став да је за располагање имовином потребна сагласност свих чланова задруге:”О задружном добру без сагласија свију пунолетних и ожењених мушких глава један или други није властан располагати као ни продати или задужити.” Ово начело није поштовано. Већ параграф 515 прописује:”Задругар у смеси живећи само свој део задужити може”, параграф 521 даје могућност члановима задруге да за случај смрти самостално располажу својим делом:”На случај смрти, сваки у задрузи који личну способност има, о своме делу располагати може у толико у колико се део не премаша.” Тумачећи ове параграфе сасвим је јасно да се поуздано зна удео сваког члана, да свако има својину на свом делу, што подразумева и право располагања на њему.

Сигурно је да су ове грешке последица Хацићевог романистичког образовања и живота у Аустро-Угарској монархији, а не у Србији. Он је напосто знао за онај облик својине, на коме се темељило римско право, а то је неограничена приватна својина. Титулар права својине је појединац, који ствар користи и њоме слободно располаже. Отуда је он у задрузи видео онолико делова имовине колико има задругара и њима дао могућност располагања тим деловима. Напосто није могао да схвати да може бити другачије. Његова задруга је била организована на одредбама Аустријског грађанског законика о сусвојини. Тако је задруга постала организација са посебном врстом имовине, уствари сусвојина чланова који су живели у заједници. На тај начин је Хацић заправо законским путем задругу преобразио. Од заједнице живота, рада и имовине, задруга је након доношења Законика постала заједница још увек заснована на крвној вези, али заједница чија је суштина промењена. То више није била једна врста комуне, него проста сусвојина, просто смесништво.¹¹ Грађански законик сматра задругу смесом имовине сасвим самосталних правних субјеката, а њихова самостална имовина је уствари њихов удео у задрузи.

Како сусопственици имају право на поделу имовине, по аналогiji Хацић је задругарима признао право на деобу. Параграф 527 Грађанског законика прописује да се “у случају деобе у задрузи ваља поступати по општем пропису о деоби”. Они који криве Хацића за разарање задруге у овом параграфу налазе оправдање за свој став. Њиме је деоба задруге и законом била дозвољена. При том не треба заборавити да је тежња за деобом задруге постојала и у ранијем периоду, још за време Карађорђа. Чак постоји Указ из 1839. године којим се дозвољава деоба задруга додуше не генерално, већ од случаја до случаја. Ово нам говори да је сасвим сигурно дошло до развоја пре свега производних односа, а потом и друштвених, који су наметали потребу стварања нове индивидуалне породице. Хацић је само убрзао тај процес. Са ове дистанце није много битно да ли је то учинио намерно или због неразумевања милеа, свог

¹¹ С. Јовановић, нав. дело, стр. 284

образовања или нечег још. Позитивни ефекти су евидентни. Убрзаним распадањем задруге дошло је и до бржег развоја робне привреде, која је као напреднији облик привређивања донео много корисног Србима. У овом делу Хацић је успео да да превагу модернијем праву. Позајмица која је можда због погрешне интерпретације наметнута, учинила је да развој постане бржи и ефикаснији, била је фактор напретка.

Како год доношењем Српског грађанског законика Србија је била четврта по реду земља Европе која је у XIX веку имала тако важан правни акт. На тај начин је међу првима постала члан европског правног миљеа. Интересантно је да Србија данас упркос свим променама друштвено економског система, као и доношењем низа нових правних прописа нема Грађански законик.

*Prof. Dr. Emilija Stankovic,
an associate professor*

CUSTOMS AND CONTEMPORARY LAW IN THE 19TH CENTURY SERBIA

At the beginning of the 19th century, Serbian people started their uprising against Turkish domination. Soon afterwards they succeeded in rebuilding their state. This process included adoption of legal acts, before all, of the Constitution, as the supreme legal act, followed by Serbian civil code. Serbia was the fourth state that enacted a civil code which was surprising since, at that time, social conditions in Serbia were not mature compared to other European countries. This added to the significance of the Serbian civil code. Although it was drafted according to Austrian civil code, with a similar content, the distinctions are obvious.

*Др Драјан Бајжавелић,
ванредни професор*

UDK: 342(4-672EU)

УСТАВНА ПИТАЊА ПРОЦЕСА ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА

Историја уставних питања

Развоју идеје о заједничкој Европи, допринели су филозофи свих епоха и региона старог континента, од Платона, преко Макијавелија, до Макса Вебера. Инспирирана просвећивањем, у многим европским државама су се развила, упркос свим повратним ударцима, плуралистичка друштва, која су се заснивала на толеранцији и хуманизму. Садашња дискусија о Уставу Европе, очигледно, прихвата описане традиције и покушава да развоју Уније да нове импулсе.

Историја процеса интеграције, међутим, показује да је било уговора који су Европској Унији гарантовали успех на међународном нивоу, као што је, на пример, Римски уговор, потписан 1957. године, који је био велики подстрек за успех данашње Уније. Данас, када Европска Унија очекује даље значајно проширење и улазак нових држава у велику европску породицу, могла би да се дâ једна нова, «свежа» идеја концепције Европског устава.

Суштина Европског устава је у позивању на систем вредности и принципа, који досежу до традиционалних европских корена. Данас, Европска Унија, због приступања других држава, стоји поново пред променама које задиру дубоко. Пошто су већ у јуну 2004. године, прве државе Средње и Источне Европе постале чланице Европске Уније, важан је задатак да се тако утврди састав институција и да се одржи њихова способност за рад ¹.

Неки политичари, а међу њима и немачки министар спољних послова Јошка Фишер, у вези проширења на Исток виде даљу потребу за реформом. Овај импулс наилази на одјек у Европском Парламенту и у многим државама, чланицама Европске Уније. Зато је жеља за ратификацијом Европског устава све јача.

¹ Schmuck, Otto: Reformperspektiven und Verfassungsfragen, in Informationen zur politischen Bildung, bpb (Hg.), 2. Quartal 2003, Nr. 279, S. 53.

Доприноси за уставну дебату у ЕУ

Учесници Конференције у Ници, одржане децембра 2000. године, интерпретирани су резултат Конференције као полазну тачку за уводну и проширену дискусију о будућем развоју Европске Уније. Према закључцима Конференције, четири тачке треба да се обрађују, у оквиру овог «Пост-Ница-процеса». У те тачке спадају:

- питање разграничења надлежности између Европске Уније и њених држава чланица, које одговара принципу супсидијаритета;
- статус Повеље основних права Европске Уније, прокламованих у Ници;
- намера поједностављења уговора, са циљем да се ови учине јаснијим и разумљивијим, а да се садржајно не мењају;
- коначно, улога националних парламената у архитектури Европе ².

Позиције и концепти које су изнели политичари

У говору пред Европским парламентом, Савезни председник Немачке, Јоханес Рау, је 04. Априла 2001. године, изнео да би Европски устав био неопходан за Европску Унију ³. Под уставом се подразумева документ, који садржи правила за уређење Европске Уније, циљеве Европске Уније, као и компетенције и њихову поделу, а тиме и институције (укључујући методе), које извршавају и примењују ове компетенције (надлежности). Председник Јоханес Рау је, тиме, хтео да каже да би желео Европу као «федерацију националних држава», а не као централистичку супер-државу. Он дефинише «федерацију» и под њом подразумева искључиво «принцип уређења». Основно уређење Европске Уније, дакле њен «Устав», треба, према замисли председника Рау-а, да обухвати три основне области:

1. Повељу основних права;
2. Разграничење компетенција између Европске Уније и држава чланица;
3. Институционалну структуру, којој припада и дводомни систем са Европским парламентом, као грађанским домом и Саветом, као државним домом.

У уводном предлогу Савезног канцелара Герхарда Шредера, од 30. априла 2001. године, на Скупштини Социјалдемократске партије Немачке,

² Hrbek, Rudolf: "Europäische Föderation" als Leitbild für die EU?, in Europäischer Föderalismus im 21. Jahrhundert, Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus – Forschung, Tübingen, Band 24, 1. Auflage 2003, S. 189.

³ Johannes Rau vor dem Europäischen Parlament am 4. April 2001 in Straßburg: "Plädoyer für eine Europäische Verfassung", in Bulletin der Bundesregierung Nr. 26-1 vom 05.04.2001.

одржаној у новембру 2001. године, дат је истовремено позив за дебату о уставним основама будуће Европске Уније⁴. У овом уводном предлогу, наводе се следећи основни елементи предложене дебате, а тиме и будућег Устава Европе:

- Повеља основних права;
- поједностављење Уговора;
- расподела компетенција између Европске Уније, државе чланице, као и надлежности резервисаних искључиво за државе чланице и општине;
- аранжман поделе власти између институција, оријентисан на критеријуме демократског легитимитета, ефикасности и транспарентности.

Дана 28. маја 2001. године, француски премијер Лионел Жоспен је, у говору под насловом «За будућност проширене Европе», изнео своје представе о уставној дебати⁵. У средишту сваког размишљања, које је усмерено ка будућности, морали би, по Жоспеновом мишљењу, да стоје циљеви и садржаји за које би се залагали ЕУ и њена политика. Жоспен указује на постојање «европског модела друштва» – као полазну премису.

Жоспен се детаљно изјаснио у вези појма «федерације», који се користи за веома различите садржаје. Он у свом говору пледира за «федерацију националних држава» и прецизира да тиме статус националних држава као «земаља» или «држава» у САД-у не би био усаглашен. Жоспен се изјашњава за контролисану поделу компетенција између Уније и држава, пледира, дакле за разврставање компетенција. Он, према томе, даје веома детаљне податке о «федерацији националних држава», коју фаворизује, па, у том смислу сматра да:

- национални парламенти морају бити јаче укључени («створимо заједнички орган, сталну конференцију парламената или конгрес»);
- мора постојати више координације националне политике, преко влада држава чланица, методом појачане сарадње и

⁴ Europapolitischer Leitantrag «Verantwortung für Europa» (Entwurfssfassung vom 30.04.2001) für den SPD-Parteitag in Nürnberg im November 2001, vom Präsidium der SPD am 7. Mai 2001 angenommen, Vgl. auch Günter Gloser: Die europäische Integration voranbringen. Zum europapolitischen Leitantrag der SPD. In: Integration 3/2001, S. 303-307.

⁵ Lionel Jospin: «Zur Zukunft des erweiterten Europa» («L'avenir de l'Europe élargie»), Говор одржан 28. маја 2001. у Паризу; Већи делови говора су одштампани у *Le Monde* од 29. маја 2001. године.

- да се мора очувати равнотежа институција (а томе припада, пре свега, захтев да Комисија мора бити ојачана кроз избор Европског парламента).

Устав би био резултат дубоких реформи. На путу до Устава, корисну и важну функцију, добија "Конвент"; последњу одлуку би морали да донесу државе и народи, који би морали да ратификују такав уставни документ.

Супротстављање немачких и француских предлога (доприноса)⁶, поново указује на већ познате разлике.

Доприноси науке

Дана 14. марта 2001. године, у Савезној Републици Немачкој, пред Комисијом Савезне скупштине за послове Европске Уније, одржана је расправа на тему «Уставна дискусија о Европској Унији»⁷. Гинтер Хирш, некадашњи немачки судија у Европском суду, изјаснио се критички према, до тада, важећим коначним надлежностима Европске Уније. У свом допунском Пледоајеу, он се залаже за принцип супсидијаритета и његово укључивање, што показује извесну блискост са предлозима француских научника и политичара.

За Артура Бенца се, код пројекта «Устава», не ради о постанку државе, већ о споразуму око облика владавине у Европској Унији. Оно, до чега је њему нарочито стало, је демократски карактер система одлучивања Европске Уније.

За Инголфа Перника, европско основно право и национални устави заједно чине Европски устав. Садржински гледано, с једне стране, ради се о Повељи основних права, а с друге о систематизацији оних компетенција, које су додељене Европској Унији. Перник одбацује постављање циља фиксног каталога компетенција према узорку Основног закона.

Конвент за будућност Европске Уније 1234

“Европску Унију учинићии способном за будућности” - тако је гласио радни налог за Европски конвент, који је од 28. фебруара 2002. до 10. јула 2003. године, разрадио Нацрт «Уговора о Уставу за Европу». Према овом Нацрту, основни задаци, које у будућности треба остварити, су следећи:

- Створити Унију која је способна за делање, како изнутра, тако и споља, чак и са 25 и више земаља чланица;

⁶ Упореди, притом, и Michael Kreile. Zur nationalen Gebundenheit europapolitischer Visionen: Das Schröder-Papier und die Jospin-Rede. In: Integration 3/2001, S. 250-257.

⁷ Немачки Бундестаг, Одбор за питања Европске Уније: Јавна расправа на тему: "Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union", Протокол 64. заседања, 14. март 2001, Берлин.

- Омогућити више демократије и транспарентности у методама одлучивања и институцијама Европе;
- Преузимање Повеље о основним правима, као правно обавезујућег реда вредности;
- Јасан одговор на питање «Ко чини Европу?», кроз боље разграничење надлежности између Уније и држава чланица.

Конвент се састојао од 105 чланова (од којих су 72 били директно изабрани чланови националних парламената или Европског парламента). За председавајућег је именован некадашњи француски председник Valéry Giscard d'Estaing (Валери Жискап д'Естен). Италијан Giuliano Amato и Белгијанац Jean-Luc Dehaene, који су у њиховим земљама раније били на месту шефа владе, именовани су за потпредседнике. Уз то долазе:

- 56 представника националних парламената;
- 16 чланова Европског парламента;
- 28 представника влада;
- 2 члана Европске комисије;
- Међу њима су били и представници десет земаља које су тада биле у фази приступања Европској Унији (и које су 2004. године, постале чланице велике европске породице), као и три кандидата за приступање, који су били равноправни учесници.

Све седнице су биле јавне, а сва документа о Конвенту су могла истовремено са саопштавањем члановима Конвента да се виде на Интернет-у. Конвент је уважавао грађанско друштво у дискусији о Уставу, што значи да је Европска конвенција припремила и усвојила Европски устав кроз један транспарентан и демократски процес. Наравно, да би овај Устав постао правоснажан, он мора да буде ратификован у националним скупштинама свих 25 чланица Уније. У белгијском граду Laken-у је, крајем 2001. године, покренут поступак припреме предлога уставне реформе Европске Уније. Тада је одлучено да се сазове Конвент о будућности Европе. Циљ Конвента је био да предложи нов, модеран Устав, који би обезбедио виши степен демократичности, јавности и ефикасности у раду Европске Уније. Рад Конвента је завршен усвајањем «Предлога уговора о Европском уставу», у јуну 2003. године. После тога, овај Предлог је прослеђен државама чланицама на разматрање и додатно усаглашавање у оквиру Међувладине конференције.

Мандат за Конвент је веома широко одређен. Он, првенствено, има за циљ да Европску Унију приближи грађанству. С тога је текст добио поглавље са натписом «Пут ка уставу за грађане Европе». Међутим, неке земље, пуноправне чланице Европске Уније, су, према овом основном циљу, у прошлости биле веома уздржане.

У саопштењу из Laken-а, набројана су следећа четири циља ове реформе. То су:

- Правно «усидрење» основних права;
- Контрола (преиспитивање) уређења надлежности;
- Јачање демократске легитимности и ефикасности, као и
- Поједностављење уговора, са циљем разраде Европског устава.

Овде треба напоменути да Европски устав не замењује националне уставе, тј. уставе који већ постоје у већини европских земаља. Он дефинише услове у којима је Европска Унија способна да делује и примењиваће се на читаву Европску Унију, што је резултат заједничког рада, добровољности и одлука самих земаља чланица. Европски устав постоји истовремено са националним уставима, који имају своје националне специфичности.

Израда и усвајање Устава

Европска Унија чини одлучујући корак ка свом циљу да избори и осигура мирно и трајно јединство свих народа Европе. Европска Унија мора да својим грађанима, убудуће, стално, више него до сада, појашњава заједничка основна права.

Притом је, од посебног значаја, свечано прокламоване Повеље основних права Европске Уније, 07. децембра 2000. године, од стране шефова држава и влада чланица Европске Уније, Савета, Европског парламента и ЕУ-комисије.

Данас ЕУ почива на три уговора (ЕУ-уговор, ЕЗ-уговор и Еуратом; ЕГКС-уговор је истекао 2002. године), са мноштвом компликованих, делом, чак противуречних одредаба, записника и изјава. Четврти, и можда најважнији, циљ реформе Конвента је поједностављење уговора. Они треба да буду резимирани у једноставном и разумљивом уставном уговору, који, садржајно, мора да буде устав, али гледајући са тачке правног квалитета, међународни уговор.

Европски уставни уговор би морао да садржи четири елемента:

- Одређивање европских основних права;
- Одређивање компетенција (надлежности);
- Институционалне регулативе и
- Договоре у вези пријема нових чланица и у вези измена Уговора ⁸.

Предлог за практично уређење Европског устава, који је предложен од стране различитих субјеката (на пример, од стране Европског високошколског института Florenz, од стране Bertelsmann-задужбине и мишљења експерата «Dehaene-групе»), полази од поделе уговора на два дела, и то, на део са основама и део са појединачним одредбама. Овај предлог је у Конвенту наишао на велику заинтересованост, јер он нуди могућност, да се прагматично приближи циљу Европског Устава.

⁸ Schmuck, Otto: Reformperspektiven und Verfassungsfragen, u «Informationen zur politischen Bildung», bpb (Hg.), 2. Quartal 2003, Nr. 279, S. 55.

Савезни министар Јошка Фишер, који је у Конвенту заступао Савезну владу Немачке, рекао је о Нацрту устава, поднетом 10. јула 2003. године, следеће: «Ово је историјски корак за Европу. Данас прихваћени нацрт Европског Устава је веома добар и подношљив компромис. Договорени су важни кораци за више блискости међу грађанима, за бољи институционални баланс и способност делања проширене Европе. Сигурно, у неким областима смо желели више, али на крају је добијен изврстан нацрт Устава, који обезбеђује, да се Унија даље развија и да чак, и после проширења, остане потпуно функционална».

Посланици Европског парламента су, у Стразбуру, великом већином гласова сагласили са Европским Уставом. Наиме, одлука европосланика донета је са 500 гласова ЗА, 137 ПРОТИВ и 40 УЗДРЖАНИХ. Међутим, то још ништа не значи у процесу који предстоји, јер ова одлука има, пре свега, саветодавни, контролни и морални карактер, али не и правну тежину. О томе, да ли ће Устав бити усвојен или не, одлучиће свака земља појединачно, на основу два инструмента која стоје на располагању, а то су: референдум или ратификација у парламентима.

Време за прихватање (или неприхватање) Европског Устава је, у сваком случају, ограничено. Наиме, земље које одлучују имају на располагању укупно две године од потписивања Споразума о утврђивању Устава из Рима, на који су парафи стављени 29. октобра 2004. године. Зато је, као крајњи рок за ратификацију и усвајање Устава био одређен 01. новембар 2006. године.

Тежиште саветовања

Нацрт Устава је дефинисао Европску Унију као *специфичну институционалну заједницу*, без узора у историји. Она није, ни савезна држава, нити је савез држава.

Унија држава

Као Унија држава, Европска Унија се заснива на државама – чланицама, које опстају као националне државе. Оне преносе одређене надлежности на Унију, да би оствариле заједничке циљеве. Код вршења њихових надлежности, органи Уније узимају у обзир, како интересе држава чланица, тако и интересе саме Заједнице.

Грађани Уније имају јачи утицај на европско законодавство. Европски парламент добија знатно већа права садејства. Он, уједно, саодлучује о већини закона Европске Уније. Оно што је ново у овом процесу, јесу захтеви грађана Европе. Ако се прикупи најмање милион потписа, Унија ће морати да разматра ове захтеве.

Унија, све више, долази у директан однос са грађанима и тако добија све већи утицај на свакодневицу. Овај утицај се огледа, на пример, кроз

непосредно важеће европске законе. Зато и на европској равни мора да се осигура *заштити основних права*.

Ова заштита се обезбеђује кроз:

- *Повељу основних права*, која је постала део Устава, као и кроз
- могућност приступања Уније *Европској Конвенцији о људским правима*.

Данас Унија има 27 чланова. Да би остала способна за рад, јачају се заједничке структуре и методе кроз :

1. *мању*, а тиме и *ефикаснију* Комисију: од 2009. године, само ће 15 чланица имати поверенике који имају право гласа (равноправна ротација међу државама чланицама). Остале земље постављају своје поверенике, али су они без права гласа;
2. више континуитета преко *главнослужбујућеи председника Европског Савета*;
3. *проширење већинских одлучивања*;
4. *појачану сарадњу*.

Опште о Преднацрту устава Европске Уније

Преднацрт Устава је био конкретизован у једном од пленарних заседања Конвента, са следећим тенденцијама:

- 1) Већина у Конвенту није хтела да се задовољи мањим прерадама уговора, већ је тежила ка изради Европског Устава.
- 2) Повеља основних права ЕУ треба да буде интегрисана у Уставу.
- 3) У Конвенту је на велике симпатије наишла идеја рашчлањавања Уговора на три дела:
 - I) одређивање карактера Устава;
 - II) део са превасходно техничким одређивањем могућег и олакшаног начина измене;
 - III) завршне одредбе.
- 4) Подржан је и циљ, да се јасније регулишу компетенције и задаци Европске Уније и да се, уз то, развију категорије компетенција.
- 5) Мноштво тренутних метода одлучивања треба да се редукује на два до три стандардна типа.

б) Предвиђена је нова метода, којом се може контролисати придржавање принципа супсидијаритета. Притом, посебна права би требало да добију национални парламенти.

Спорна питања

Насупрот томе, постојао је низ предлога, који су били јако спорни у Конвенту:

1) Против карактеризације Уније као «федералне», јавио се велики отпор Велике Британије, Скандинавије, Шпаније, Португала и многих других земаља које су приступиле Унији, чији су представници испољили изражени страх од централизације одлучивања на ЕУ-равни.

2) У институционалној области су били веома спорни, нарочито предлози, које је подржала Француска, тј. да се оформи служба европског председника, коју треба на дуже време да именује Европски Савет.

3) Чак је и сврставање неких политичких области категоријама компетенција било предмет контроверзи.

4) Разилазила су се мишљења и у питању, да ли у државама Европске Уније треба да буде предвиђен референдум за прихватање Устава⁹.

Европска Унија је покренула процес, који је довео до Европског устава. Чак и нове државе чланице имале су интензивно учешће у дискусији о будућности Европске Уније. Притом су оне захтевале давање одговора на постављена питања – о способности рада ЕУ, о усаглашавању основних права која она гарантује, о институцијама које убудуће треба да врше власт. Одговори на ова питања морају да задовоље све учеснике. То може да оствари само један писани Основни закон Европске Уније, са уставним карактером.

Историјски изазов за бољу Европу

Пола века од потписивања Римског споразума, после чега је настала Европска заједница, Европска Унија је добила свој први Устав. Чланице Европске Уније су се о свом Уставу договориле на Самиту у Бриселу, у јуну месецу 2004. године. То, што је 1954. почело у саставу шест држава, настављено је 2004. године, поново, у Риму. Устав показује у којој мери је интеграција Европе, после века светских ратова, мирољубива. На том путу нема повратка и правац кретања треба да послужи, за пример, другим областима у свету.

Први Европски устав и није прави устав. Такви документи су основе за државу са народом. У случају Устава Европске Уније нема, о томе, ни

⁹ S. 58 – 59.

говора. Нити је основана нова европска супердржава, нити су нивелисане разлике између 27 народа који су у Европској Унији.

За нови међународно-правни споразум између суверених држава, може се рећи да има својство устава. То је документ који је изведен из низа досадашњих споразума, од Рима преко Мастрихта, Амстердама и Нице. Европски закон је поједностављен. Односи између појединачних институција су први пут опширно описани.

Заговорници доношења Првог Европског устава се надају већем идентификовању грађана Европске Уније са својом Заједницом. Противници Устава страхују од гломазности бирократије у Бриселу. Европа би морала да се консолидује и да се покрене у нови погон.

Данас, после више од пола века од изнетих ставова Дени де Ружмона из 1947. године, рођење Европске федерације се назире, јер федералистички метод комбинује у себи аутономију, флексибилност и учешће у погледу остваривања заједничких циљева. Зато федерализам, данас, налази све ширу примену и наилази на све веће прихватање у многим европским земљама. Захваљујући својој флексибилности, међусобном признавању и принципу супсидијарности, федерализам је способнији да прихвати и управља бројним друштвеним и технолошким променама.

*Prof. Dr. Dragan Bataveljic,
an associate professor*

CONSTITUTIONAL ISSUES RELATED TO THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION

Adoption of European Constitution is considered to be a great success, taking in account that the consensus within the Convention of 193 articles to produce Constitution has been reached after general statements about the future of the Europe. To enhance European integration and preservation of identity, several international workshops with different thematic units have been organized in mean time. Ex French president, i.e. president of European Convention, Valery Giscard d'Estain, has expressed several times during the Convention that the "European Conscience" already exist and it should make the grounds for the Constitution of the European Union and its institutions.

By further extension, reforms and other changes, the European Union should increase the level of its integrity and to get closer to the vision of the "UNITED STATES of EUROPE" and to increase its influence in world affairs.

The Constitution of the European Union should become the Constitution of all the European citizens. Due to the above its formulation should be very important, because one day we will, regardless of how it is, need to adjust to it and respect it. Constitutional Convention of the European Union started functioning on February 28, 2002, and that was the date when the European Union formally has requested a higher level of legitimacy, after the existence, more than half the century long, of different European integrations.

Considering all what has been said, we are of the opinion that federalism and European Federation are coming in sight as our future. The above is confirmed by visionary ideas of well known federalists and big Europeans, Deny de Ruzmon and Yean Monnet. The thought that only unified Europe can insure its influence and competitive capability in the World. So the need for the European Federation is evident.

*Др Нада Тодоровић,
ванредни професор*

**UDK:331.52
339.1:658.52**

СПЕЦИФИЧНОСТ ТРЖИШТА РАДА У ОДНОСУ НА ОСТАЛА ТРЖИШТА ФАКТОРА ПРОИЗВОДЊЕ

Тржиште рада је комплексније и имперфектније од других робних и финансијских тржишта. У литератури се може наићи на различите дефиниције овог тржишта, али се све оне свode на то да на тржишту рада постоји институционализована куповина и продаја радне снаге, односно потенцијалних радних услуга. Без обзира на своју посебну природу и комплексност ово тржиште има неке заједничке особине са другим тржиштима.

Опште карактеристике тржишта рада

На тржишту рада обавља се добровољна размена између послодаваца који ангажују раднике купујући потенцијалне радне услуге и радника који продају своје радне услуге, радно време. Формално-правни оквир за овакво тржишно сучељавање је уговор о раду. Послодавци су „тражиоци“ а радници „понуђачи“ радног времена.¹

Добровољност размене присутна је како на страни послодавца, тако и на страни радника који продаје своје радно време за одређену надницу. Међутим, оно што послодавцу заиста треба је стварни рад, људска продуктивна активност која ствара робу. У моменту институционализоване куповине и продаје радне снаге као фактора производње, рад још увек није опредмећен, материјализован. Тај рад послодавац извлачи из радника у току радног времена и ту се може јавити сукоб између послодаваца и радника око интензитета рада.

На тржишту рада као и на другим тржишним сегментима постоје односи конкуренције и сукоба. На страни потражње постоји велика конкуренција послодаваца, а на страни понуде велика конкуренција радника, тако да ни једни ни други не могу утицати на формирање надница. Дакле неоспорно је да је тржиште рада конкурентно тржиште али је велико питање који је то ниво конкуренције који се постиже на овом тржишту.

¹ S. Bowles, R. Edwards, Разумевање капитализма, конкуренција, команда и мијена у привреди САД, Школска књига, Загреб, 1991., стр. 158.

Следећа суштинска карактеристика тржишта рада је специфичност радне снаге као производног фактора. Док је роба обично стандардизована, рад није тако хомоген фактор производње. Појединци који нуде своје услуге у облику рада за одређени период времена, разликују се по природним способностима, квалификацијама, искуству, интересовањима. Управо ова нехомогеност рада доводи до разлика у платама за исти рад. Не постоји једна плата за једну одређену врсту рада, која би успоставила равнотежу понуде и тражње те категорије радне снаге.

Учесници на тржишту рада се спорије прилагођавају променама и тржишним осцилацијама на овом тржишном сегменту. Тако, у условима опадајуће тражње за радном снагом и смањења надница, радници се споро преорјентишу на нове послове, па се чак и растућа тражња за радном снагом реализује уз извесну доцњу. Дакле, ово тржиште није довољно транспарентно, јер је информисаност радника о расположивим пословима, начину њиховог плаћања, као и радницима који траже посао још увек недовољна. Иако је развој савремених информационих система и система за обраду података достигао велике размере, сталне промене у структури радне снаге чине ову информисаност још увек недовољном.

Мобилност радне снаге је битно обележје тржишта рада. Кад је реч о географској, просторној мобилности радне снаге може се рећи да је она релативно слаба, јер изискује трошкове физичког пресељења, изискује новац за решавање стамбеног питања, школовања деце и низа других питања која се тичу привикавања на нову средину. Прелазак радника на друга занимања је такође успорен услед недостатка средстава за преквалификацију, образовање и обучавање. Слаба покретљивост радне снаге може бити проузрокована верским и националним разлозима. Припадност једној вери, односно нацији не дозвољава приступ у одређеној средини и на одређена радна места иако радник поседује стручне и друге радне способности. Једна од препрека која ограничава слободно кретање радне снаге је и сигурност запослења која се високо вреднује од стране радника и његова неспремност да прихвати ризик губитка посла.

Све ове препреке које отежавају слободно кретање радне снаге су посебно присутне у земљама транзиције које се налазе на путу изградње интегралног тржишта.

Специфичност тржишта рада

Поред ових општих карактеристика тржиште рада је посебно у односу на остала робна и финансијска тржишта. У прилог овој тврдњи упоредићемо начин функционисања тржишта роба и тржишта рада. Пођимо од претпоставке да тржиште роба функционише као савршено конкурентно тржиште. Значи, да на овом тржишту наступа мноштво купаца и продаваца роба. При оваквом стању ствари цена робе се одређује

интеракцијом понуде и тражње. Ако при некој цени количина понуђене робе буде већа од количине тражене робе то ће смањити њену цену. Смањење цене ће аутоматски повећати тражњу за том робом и то ће даље довести понуду на ниво који може да апсорбује тржиште. Према томе, променама цена на тржишту роба понуда и тражња се доводе у склад, тако да може наступити ситуација кад је тржиште у равнотежи (кад нема вишка понуде ни вишка потражње). Ситуација на тржишту роба у којој продавци нуде ону количину роба коју потрошачи желе да купе при датим ценама назива се у економској литератури равнотежа тржишта.

Поставља се питање да ли на тржишту рада може наступити оваква ситуација. Економска теорија, а и пракса је показала да тржишта рада функционишу различито од тржишта роба, и да се ова тржишта скоро никад не „чисте“.² На тржишту рада, незапосленост односно вишак понуде рада је његова трајна особина. Чак и ако бисмо пошли од идеалног стања ствари, а то је стање пуне запослености појавио би се одређени проценат незапослених, који иако можда занемарљив, ипак показује да понуда превазилази потражњу за радном снагом. Овај проценат незапослених чинили би они радници који прелазе са једног посла на други тзв. „фрикционална“ незапосленост, као и они радници који су добровољно незапослени док траже нови посао (незапосленост „тражења“). Међутим, у овој анализи занемарићемо фрикционалну незапосленост и незапосленост тражења као трајне особине тржишта рада. Дакле, вишак понуде рада, или недобровољну незапосленост треба разумети као незапосленост која постоји поврх фрикционалне незапослености и незапослености тражења. Овакав вишак понуде рада указује на то да се потражња за радном снагом изводи понекад независно од њене понуде. Дакле, послодавци се руководе неким другим критеријумима кад потражују радну снагу, пре свега, критеријумом максимизације профита. Све док је за послодавца извесно да ће куповином радне снаге на тржишту и улагањем капитала остварити профит он ће упошљавати раднике. Оног тренутка када послодавцу није извесна могућност зараде, он се повлачи из производње, отпушта раднике и тако ствара још већу незапосленост.

Према томе, кад је понуда рада већа од потражње, нема тенденције по којој тржиште елиминише вишак понуде рада. Смањење цена на тржишту роба подстиче тражњу за том робом, а смањује понуду. Смањење надница производи сасвим друге последице на тржишту рада. Ако би тржиште рада функционисало као свако друго робно тржиште, онда би смањење надница довело до смањења понуде рада. Пошто цена рада на тржишту опада, радна снага постаје јефтинија и за послодавца запошљавање нових радника постаје исплативо. Али у стварности се дешава нешто сасвим

² Исто, стр. 158-159.

супротно. Реалне наднице у присуству високе незапослености не падају тако брзо јер се томе супротстављају радници који су навикли на постигнути стандард живота. Даље, на повећање понуде рада тј. незапосленост утиче и природни прираштај становништва, велике миграције итд.³

Све ове особине тржишта рада које га чине посебним у односу на друга тржишта, узроковане су чињеницом да је рад (радна снага) специфичан производни фактор, другачији од свих осталих инпута у производњи као и од оутпута. Рад као фактор производње није хомоген. Радници иступају на тржишту продајући своје радно време, своје услуге у облику рада и они се разликују по природним способностима, искуству, квалификацијама, интересовањима. Сам рад се не може купити на тржишту јер он нема материјални облик. Он се током производног процеса црпи из радника кад он ангажује своје физичке и интелектуалне потенцијале. На тржишту се само купује радно време, или потенцијалне радне услуге које добијају своју цену. Услед свега овога појављују се разлике у платама за исту врсту рада. Док су на тржишту роба све робе обично стандардизоване, па сви продајци као произвођачи једне врсте роба реализују ту врсту робе по јединственим, на тржишту формираним ценама.

Понуда и тражња на тржишту рада не делују тако да образују само једну цену за једну врсту рада, због чега је ово тржиште имперфектније од других робних и финансијских тржишта. Уместо једне наднице за једну врсту рада понуда и тражња у оваквом тржишном амбијенту опредељују целу структуру различитих стопа надница, што је карактеристика стварног тржишта рада.⁴

На тржишту рада су у питању односи размене који су под бројним институционалним факторима, што ово тржиште чини посебним. Тржишни критеријуми нису једини подстицај за осигурање ефикасне алокације рада. Процес запошљавања радника и формирања њихових надница у савременим условима одвија се по тржишним принципима, али у оквирима предвиђеним колективним уговорима, као и уз извесне мере државне интервенције.

Сегментираност тржишта рада

Једно од битних обележја тржишта рада је сегментираност овог тржишта. У економској теорији под сегментираним тржиштем рада

³ М. Лабус, Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 2006., стр. 452.

⁴ С. Попов, Неки институционални оквири тржишта рада, Економска мисао бр. 2, Београд, 1992., стр. 155.

подразумева се подељеност и одвојеност тржишта рада на различите делове, тржишне сегменте. Према томе, не постоји једно јединствено тржиште радне снаге, за сва запослења и све раднике, већ појединачна тржишта са својом властитом понудом рада (радници) и потражњом за радом (послодавци). Оваква подељеност тржишта рада објашњава се чињеницом да су радници код неких послова заштићени од деловања конкуренције других радника, или да су радници спречени да конкуришу за одређене послове. Сегментираност тржишта рада је присутна како у неразвијеним привредама, тако и у високо развијеним тржишним привредама, само су узроци за ову појаву различити. У транзиторним привредама, као што је српска привреда, сегментираност тржишта рада узрокована је системским проблемима, неадекватним својинским обликом и неекономском реакцијом предузећа на тржишне сигнале. Развијена тржишта рада у свету не функционишу као савршено конкурентна. На савршено конкурентним тржиштима рада понуда рада и тражња су изједначене, а надница је једнака вредности граничног (маргиналног) производа рада.⁵

У пракси, ова тржишта одступају од теоријског модела и функционишу као више или мање конкурентна, уз присутне разлике у надницама, уз одступање надница од равнотежених и уз постојање тржишних сегмената. Разлике у надницама могу бити резултат улагања у хумани (људски) капитал, резултат високог вредновања неких неновчаних особина послова, као и резултат постојања дискриминације на тржишту рада.⁶ У америчкој економској литератури помиње се дискриминација жена, црнаца, који нису могли конкурисати на нека радна места (на којима су били белци, односно мушка радна снага) што је директно водило стварању тржишних сегмената. Тако је на америчком тржишту рада присутна подељеност на три сегментирана тржишта рада и то: подређено примарно тржиште, независно примарно тржиште и секундарно тржиште рада.⁷

Подређено примарно тржиште обухвата послове традиционалне, синдикално организоване радничке класе: раднике аутомобилске индустрије, раднике на железари, рударе, лучке раднике итд. Дакле, основно обележје овог тржишта је организованост радника у синдикате. То су послови боље плаћени од других, рутински су по својој природи и не остављају велику аутономију у раду. Радници имају сигурност

⁵ Гранични (маргинални) производ рада је повећање количине производа од додатне јединице ангажованог рада, односно допринос сваког новог радника повећању укупног прихода предузећа.

⁶ N. Gregory Mankiw, *Основе економије*, превод: Кристина Крушак, Ивана Бушљета Банкс, Јосип Фундра, МАТЕ, Загреб, 2006., стр. 420-421.

⁷ S. Bowles, R. Edwards, *исто*, стр. 208-210.

запослења, али у случајевима отпуштања с посла због немогућности реализације производње и стицања профита, знатан број радника се отпушта с посла с мало наде да се поново врате на посао. Тако, примера ради, осамдесетих година у Америци, услед пада потражње за аутомобилима, око четврт милиона радника аутомобилске индустрије је било отпуштено с посла.

Други велики тржишни сегмент је независно примарно тржиште које обухвата она радна места која су организована бирократски где је посао сигуран, где постоје јасно дефинисани путеви напредовања и где је плата висока. На овом тржишту своје потенцијалне радне услуге нуде књиговође, инжењери, техничари, научници, комерцијални уметници, одређени профили занатлија. За ова радна места потребна је унапред стечена квалификација, или посебно школовање. Обично су ови радници организовани у струковне синдикате. Битна одлика ових послова је да су креативни и да дозвољавају иницијативу у раду.

Секундарно тржиште радне снаге обухвата већину осталих радника. На овом тржишту постоји мноштво радника различитих занимања и основно обележје овог тржишта је да представља популацију радника који нису заштићени од конкуренције на тржишту радне снаге. Дакле, радници нису институционално заштићени (нису организовани у синдикате) и долазе у директан контакт с послодавцем путем тржишног сучељавања понуде својих радних услуга и тражње за тим услугама од стране послодаваца. Могућност отпуштања с посла код ове групације радника је врло извесна. Секундарно тржиште углавном обухвата раднике у фабрикама који нису синдикално организовани, кућепазитеље, помоћно болничко особље, курире, чуваре, продавце у малопродаји, административно особље, сезонске раднике и сл. Ово су најслабије плаћени послови и код њих се не награђује нарочито ни школска спрема ни радни стаж.

Несумњиво је да различите групе радника на тржишту САД зарађују различите наднице. Подаци показују да је просечан Афроамериканац плаћен 22% мање од просечног белца, жене беле расе су плаћене 28% мање од мушкарца припадника исте расе, што указује на одређен степен дискриминације.⁸ Услед дискриминације жена, црнаца и других мањинских група радника био је отежан приступ на примарно тржиште рада ових категорија радника. Ово даље доводи до гомилања женске радне снаге, црнаца и других мањинских група на секундарном тржишту рада где су наднице биле ниже од просечних. Оваква дискриминација је произвела негативне ефекте и на друга два тржишта (подређеном примарном тржишту и независном примарном тржишту), па је дошло до снижења надница и на њима и отежане могућности налажења бољег посла.

⁸ Исто, стр. 420.

Поремећаји на једном тржишном сегменту преносе се на функционисање целокупног тржишта рада.

Међутим, дискриминацију не треба посматрати као кључни економски разлог који доприноси деформацији тржишта рада, јер је она присутна пре него што радник ступи на тржиште рада, дакле она је политички, социјални проблем више него економски.

Закључак

Тржиште рада у савременим привредама има комплексну правно-економску природу и своје специфичности. Понуда и потражња за радом на једном тржишту не конкуришу понуди и потражњи за радом на другим тржиштима. Оно не функционише као јединствено тржиште рада на коме се сучељава понуда и потражња за радом, већ као појединачна тржишта рада (тржишни сегменти) са својом властитом понудом и потражњом за радном снагом. Понуда и тражња не делују тако да производе једну надницу за исту врсту рада, већ одређују целу структуру, скалу различитих стопа надница. Равнотежни ниво надница се формира када су понуда и тражња за радном снагом изједначене и када је надница једнака вредности граничног производа рада. Разлике у надницама могу бити резултат улагања у хумани капитал, резултат високог вредновања неких неновчаних особина послова, као и резултат постојања дискриминације на тржишту рада. Због свега овога, стварно функционисање тржишта рада одступа од теоријског модела тржишта рада које карактерише норма савршене конкуренције.

*Prof. Dr. Nada Todorovic,
an associate professor*

SPECIFIC NATURE OF LABOUR MARKET IN COMPARISON TO OTHER PRODUCTION-RELATED MARKETS

Labour market in contemporary economies has a complex and specific legal and economic nature. Offer and demand of labour force that are characteristic for one labour market are not necessarily competitive with offer and demand of skills at another. It does not function as a unique labour market that conflicts offers and demands of labour force, but rather as several labour market units (market segments) with their own specific offers and demands.

These offers and demands do not function in the way to produce one compensation rate for the same type of work, but rather define the entire structure, a scale of different compensation rates. This distinction in compensation rates may be the result of investments in human capital, of adding the value to some job positions or the result of some discriminatory actions at labour market.

Because of the above said, actual functioning of labour market is in discrepancy with the theoretical model of labour market characterized by standards of perfect competition.

*Мр Јасмина Лабудовић,
асистент*

UDK: 338.22(4-672EU)

МАКРОЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Увод

Проблеми са којима се суочава ЕУ у домену монетарне политике, у смислу непоштовања критеријума конвергенције (а које је поставила сама Унија), дестабилизација настала изласком земаља-чланица из предвиђених лимита постављених за буџетски дефицит, јавни дуг и стопу инфлације, децентрализована пореска политика, проблеми регионалног развоја, злоупотребе буџетских средстава, проблем проширења ЕУ и растућа незапосленост макроекономску политику стављају пред бројне и озбиљне проблеме. Уз то, скупа заједничка пољопривредна политика и мале економске слободе у поређењу са економским слободама у САД-у указују на неопходност Уније да изврши извесне реформе у својим заједничким политикама како би се приближила САД-у и осталим ваневропским конкурентима. Све претходно набројано сведочи да ЕУ, иако делује складно и јединствено, ипак је по много чему подељена.

У овом раду ћемо анализирати само неке од проблема које смо навели, а који су, по нашем мишљењу, најважнији, те стога заслужују посебну пажњу.

Монетарна политика ЕУ

Не улазећи у историјат настанка ЕМУ, на овом месту ћемо покушати да укажемо на ефекте ЕМУ и макроекономска кретања у земљама чланицама монетарне уније. Нагласимо, да ефекти ЕМУ имају, не само економску, већ и политичку димензију. Ово не треба да изненађује будући да су разлози настанка ЕЗ, односно ЕУ били и политичке и економске природе.

У литератури се може срести схватање да стварање монетарне уније представља много компликованији задатак него стварање царинске уније или јединственог тржишта. Овакав став може се образложити тиме што инструменти ЕМУ имају утицаја на целокупан економски живот због интеракције која постоји између инфлације, запослености, јавног дуга,

каматне стопе и трговинског биланса.¹ Иначе, монетарна унија се заснива на заједничкој валути, заједничким резервама и заједничкој централној банци. Централна банка је устројена по немачком моделу, с тим што морамо нагласити да је карактерише висок степен независности у односу на друге централне банке и уз то нижи степен одговорности, што је прилично неуобичајено.

Пре него што укажемо на карактер монетарне политике, подсетићемо се критеријума конвергенције. Наиме, да би се државе квалификовале за чланство у ЕМУ неопходно је да испуне одређене услове. Реч је заправо о лимитирању одређених макроекономских показатеља. Један од утврђених критеријума конвергенције је да стопа инфлације не буде виша од 1.5% у односу на просечну инфлацију у три земље чланице ЕУ са најнижим стопама инфлације. Други критеријум се односи на висину дугорочне каматне стопе, која не сме да буде виша од 2% од просека у три државе са најнижим стопама. Буџетски дефицит не сме бити виши од 3% БДП, а јавни дуг већи од 60% БДП. Уз то, ови критеријуми морају бити остварени најмање две године пре приступања монетарној унији уз услов да се не изврши девалвација валуте.

Очигледно је да је разлог постављања оваквих критеријума обезбеђење стабилности. Ограничење у погледу висине јавног дуга и буџетског дефицита није постављено због тога што земље-чланице које прекораче лимите не могу формирати монетарну унију већ, да би се спречило распламсавање инфлације.² Да не би дошло до превеликих разлика у распону каматних стопа, постављен је захтев у погледу њихове висине. Заправо, крајњи циљ је био да се спречи остваривање већих капиталних добитака и губитака пре приступања монетарној унији.³ Коначно, захтев у погледу забране девалвације валуте две године пре приступања ЕМУ постављен је да би се спречиле манипулације девизним курсом и тако предупредило обарање његове вредности које би аутоматски повећало конкурентност таквих држава у односу на друге. Међутим, занимљиво је да је свега три државе успело да задовољи претходно наведене критеријуме конвергенције – Француска, Финска и Луксембург пре него што је дошло до стварања ЕМУ. Забрињавајуће је то што су остале државе испуњавале само неке од њих, док неке нису

¹ Мирослав Прокопијевић, *Европска унија – увод*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 213.

² Paul de Grauwe, *Економија монетарне уније*, издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови САД, 2004, стр. 220.

³ Исто, стр. 222.

уопште, а ипак су постале чланице ЕМУ.⁴ Ово говори о предности политике над економијом. Не само да критеријуми конвергенције нису испоштовани пре стварања ЕМУ, већ је дошло и до њиховог прекорачења после стварања монетарне уније што је алармантно и што отвара бројне проблеме и питања. Неке земље су прекорачиле ограничења која се тичу стопе инфлације (нпр. Грчка, Италија, Шпанија, Португалија), неке су прекорачиле висину јавног дуга (Немачка, Италија) и буџетског дефицита, а све заједно делује дестабилизујуће. Зато можемо рећи да је монетарна политика Уније неконзистентна.

Раст јавног дуга и буџетског дефицита доводи до раста инфлације. Улазак нових држава у ЕУ је само повећао инфлаторне притиске. Проблем монетарне уније нису само прекорачења наведених ограничења, већ и чињеница да се на државе-чланице које прекораче ова ограничења не примењују санкције које су предвиђене (0,5% БДП). Не само да се не примењују казне, већ је продужен и рок за санирање таквих негативних трендова. Тако је 2005. године одређен рок од 4-6 месеци у коме треба предузети мере за поновно враћање у одређене оквире у односу на претходни рок који је износио 3-4 месеца.⁵ Посебно наглашавамо то што се као прекршиоци утврђених правила појављују и земље као што су Француска и Немачка, као највеће и најутицајније. Подсетимо се да су многе државе своје националне валуте у периоду од 1979-1993. везивале управо за немачку марку која је била стабилнија у односу на друге валуте. Како би, макар привидно задовољиле критеријуме конвергенције, земље-чланице ЕМУ прибегавају „креативном рачуноводству“, тако фиктивно умањујући јавни дуг и буџетски дефицит.

Да је проблем у монетарној унији заиста велики указује и чињеница да су државе-чланице које данас прекорачују постављена ограничења пре приступања монетарној унији имале макроекономске показатеље на нижем нивоу у односу на период после приступања монетарној унији. С друге стране, државе-чланице које нису прихватиле заједничку валуту и које су остале ван монетарне уније, као и оне које су се ЕУ придружиле 2004. године имају јавни дуг испод нивоа који је одређен као лимит.⁶

Проблем непоштовања критеријума конвергенције, може се решити, по мишљењу стручњака, на неколико начина. Истина је да нека од њих представљају економски рационална решења, али која нису популарна из политичког угла, па тако и угла бирача, док су друга политички обојена, али без економског оправдања. Тако, најбоље би било снижити порезе,

⁴ Рецимо, приступање Белгије и Италије ЕМУ, иако нису испуниле све захтеве конвергенције, образложено је ставом да је реч о државама које су основачи ЕУ. Мирослав Прокопијевић, *Европска унија – увод*, исто, стр. 193.

⁵ Исто, стр. 188.

⁶ Исто, стр. 201.

смањити трансфере и јавне расходе. Међутим, последица овакве политике било би губљење подршке бирача. Ако би се посегло за инфлаторним порезом (вештачко изазивање инфлације), смањила би се вредност јавног дуга и буџетског дефицита. Ефекти би били повољни само краткорочно, а дугорочно би значили још веће и озбиљније проблеме.⁷ Још један начин да се реше проблеми непоштовања критеријума конвергенције представља повећање јавне потрошње, а с тим у вези и повећање јавног дуга. Ово решење могло би да се користи само привремено и то од стране оних држава које су знатно испод постављених лимита. За сада су то једино Ирска и Луксембург.⁸

Због оваквих проблема, кредибилитет Европске централне банке је пољуљан, јер чланице монетарне уније не поштују правила која су саме донеле, па се поставља питање оправданости ових правила. Због тога ће ЕЦБ тешко одржати свој циљ који се односи на одржавање ценовне стабилности. ЕЦБ је формирана по узору на немачку Бундесбанку која представља оличење монетарне и фискалне стабилности и дисциплине.⁹ Монетарна политика је централизована, а због наведених проблема суочава се са одржавањем ценовне стабилности. Уз све ове разлоге пољуљаног угледа ЕЦБ, морамо додати и њену слабу одговорност с једне стране и висок степен независности од политичких институција, с друге стране. Не мање важно је и то што државе-чланице ЕМУ, а не ЕЦБ, спороводе контролу над банкама и одговарају за финансијску стабилност сопственог тржишта. Из тог разлога може се посумњати у будућу подршку европских политичких институција овој монетарној установи над којом готово да нема контроле.¹⁰ Ово се може очекивати оног момента када ЕЦБ буде окривљена за макроекономску нестабилност и нараслу незапосленост.

Пореска политика ЕУ

Рекли смо да је пореска политика ЕУ децентрализована. То значи да свака држава има суверено пореско право. Такође, то значи да ЕУ скоро да

⁷ Исто, стр. 207.

⁸ Исто, стр. 208.

⁹ Наспрам њега, постоји и англосаксонски систем централне банке, где се као циљеви наводе: ценовна стабилност, пуна запосленост и финансијска стабилност. Thomas L. Brewer, Paul A. Brenton, Gavin Boyd, *Globalizing Europe – Deepening Integration Alliance Capitalism and Structural Statecraft*, Edward Elgar, UK, USA, 2002, p. 296.

¹⁰ Paul de Grauwe, исто, стр. 263.

нема сопствених извора прихода.¹¹ Из овога произилази да нема пореске хармонизације, већ постоји пореска конкуренција која је посебно дошла до изражаја са проширењем ЕУ 2004. године за још 10 нових чланица. Укључивањем нових чланица појачане су разлике које постоје између држава, будући да нове чланице, углавном имају ниже пореско оптерећење, што је последица њихове жеље да буду атрактивније за страна улагања. Велике разлике у пореском оптерећењу отежавају слободну конкуренцију и слободно кретање рада и капитала у ЕУ.

Капитал, у условима високе мобилности, управо као своју дестинацију, бира земље са нижим пореским оптерећењем. Овде морамо нагласити да је укупно пореско оптерећење у ЕУ15 за 12-15% веће у односу на САД и Јапан.¹² Ово несумњиво има одраза на конкурентност компанија из ЕУ на светском тржишту у поређењу са, у првом реду САД-ом, али и другим ваневропским државама. Непостојање пореске хармонизације у домену директних пореских облика¹³ отвара још неке проблеме: високе трошкове, двоструко опорезивање, ограничење кретања капитала, дискриминацију инвестиција и протекционизам. За разлику од 25 различитих националних система пореза на добит на територији ЕУ, на унутрашњем тржишту САД-а постоји јединствен порески систем због чега има предност када се доносе одлуке о инвестирању.¹⁴ Иначе, највећи део прихода ЕУ15 остварује од директних пореза, док је код нових чланица обрнуто.

Захтеви за пореском хармонизацијом у домену директних пореза истакнути су непосредно по пријему нових чланица у ЕУ, будући да ове државе имају ниже пореско оптерећење и да ће због тога бити атрактивније за инвестиције. Инвестирање би временом повећало стопу запослености. Међутим, до хармонизације није дошло. Иако се могу чути бројни аргументи против пореске конкуренције,¹⁵ на овом месту ћемо изнети разлоге који је оправдавају.

¹¹ Део прихода од царина на увоз из земаља које нису чланице Уније и 1% од прихода прикупљених наплатом пореза на додату вредност.

¹² Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 219.

¹³ Земље-чланице имају безусловни порески суверенитет сходно чл. 5. Уговора о оснивању, с тим да своју надлежност спроводе у складу са правом ЕУ. Гордана Илић – Попов, *Пореско право Европске уније*, стр. 106. Разлике у опорезивању узрок су ограничења кретања инвестиција у ЕУ. Mads Andenas and Wulf-Henning Roth, *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University press, 2004, p. 281-282.

¹⁴ Гордана Илић – Попов, исто, стр. 18.

¹⁵ Између осталог, различите пореске стопе доводе до нелојалне конкуренције, нижи порези су облик дампинга, због вишег пореског оптерећења опада привредна активност у земљама из којих се сели капитал... Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 226.

Државе са нижим пореским стопама представљају конкуренцију државама са вишим пореским стопама јер, као што смо то већ поменули, постају атрактивније за инвестиције и поред капитала, привлаче и људе. Зато би такве државе (са нижим пореским стопама) требало да представљају својеврсну брану од даљег раста пореских стопа код других држава које имају више пореске стопе. Јединствене пореске стопе би практично довеле до истих цена за услуге веома различитог квалитета.¹⁶ Напротив, конкуренција приморава на пружање квалитетнијих и јефтинијих услуга, уз ниже порезе. Она повећава одговорност политичара, захтева већа знања и способности.

У домену индиректних пореза дошло је до извесног напретка у хармонизацији, што се огледа у опорезивању потрошње. Наиме, прилично су усаглашени царински системи земаља-чланица, али и опорезивање порезом на додату вредност.¹⁷

Регионална политика ЕУ

Основни циљ политике регионалног развоја је ублажавање разлика које постоје у степену развијености између развијених и неразвијених региона, тј. повећање степена развијености неразвијених подручја (региона) и приближавање статусу развијених.¹⁸ У ЕУ је проблем неравномерног развоја јако изражен, а прикључење нових чланица га додатно истиче. Колико је важно питање равномерног регионалног развоја у ЕУ најбоље сведочи податак да се око 36% буџета Уније издваја за финансирање регионалне политике. Већи значај за становишта трошења средстава буџета има једино заједничка пољопривредна политика за коју се издвајало око 42,6% у 2005. години.¹⁹

Економски јаз који постоји између развијених и неразвијених региона у ЕУ манифестује се првенствено, кроз разлике у висини дохотка²⁰ и разлике у нивоу запослености.²¹ На Самиту у Лисабону 2000. године, између осталог, предложене су одређене подстицајне мере како би се

¹⁶ Исто, стр. 227.

¹⁷ Др Јадранка Ђуровић-Тодоровић, *Предности и недостаци хармонизације пореза на добити предузећа у земљама ЕУ*, Финансије, бр. 1-6, 2004, стр. 56.

¹⁸ Емилија Вукадин, *Економска историја*, Досије, Београд, 2003, стр. 99.

¹⁹ Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 277.

²⁰ Најнижи доходак забележен је у североисточној Румунији, а највећи у Лондону. Следи: Брисел, Луксембург, Хамбург и Париз. Исто, стр. 255.

²¹ У италијанским покрајинама Кампанији, Калабрији и Сардинији стопа незапослености износи чак 58.1%. Просечна стопа незапослености у ЕУ15 2002. је износила 7.7%, док је у државама које су се прикључиле 2004. године износила 14.9%. Исто, стр. 257.

смањила незапосленост (отварање 20 милиона нових радних места) и повећао проценат запошљавања жена. Једна од мера односила се на смањење регулација на тржишту рада, будући да она повећава укупне трошкове.²² Просечна стопа незапослености у ЕУ15 износила је 2004. године 7.6%, у Немачкој 8%, Француској 8.9%, Италији 9.6%. Најнижу стопу незапослености у Европи од старих чланица има Велика Британија 5.2% и најприближнија је стопи незапослености у САД-у која износи 4.8%. Уз то ове две земље имају и најнижи проценат државне потрошње.²³

Овде морамо истаћи да када говоримо о регионалним разликама мислимо не само на разлике између различитих држава, већ и на разлике између различитих региона у оквиру исте државе. Најразвијенији региони у ЕУ су северозападна Француска, Белгија, Холандија, Луксембург и западна и југозападна Немачка. У најразвијенијим регионима налазе се финансијски, административни и образовни центри који привлаче високостручну радну снагу. Карактерише их развијена транспортна и телекомуникациона мрежа. Зато се често истиче да су ови региони највећи носиоци и корисници привредног раста и развоја.²⁴ Супротно је код неразвијених региона.

У ЕУ најмање регионалних диспропорција има у Шведској и Ирској. Разлике у погледу најразвијенијих и најмање развијених региона у овим државама су мање од 2 (Шведска 1.5; Ирска 1.4).²⁵ Финансирање регионалних разлика врши се преко посебно одређених фондова - Кохезивног и Структурног. Међутим, проширење ЕУ ствара проблем даљег финансирања неразвијених региона. Вероватно ће се даље финансирање региона кретати у већ постављеним лимитима, с тим што ће у расподели средстава намењених ублажавању регионалних разлика сви мање добити.

Ипак, независно од финансијске помоћи која се нуди да би се ублажиле разлике које постоје између развијених и неразвијених, чини се да такав начин решавања проблема неће проблем увек решити. Наиме, помоћ често користе одређене интересне групе, локални политичари јачајући тако сопствене позиције и утицаје, што значи да се добијена средства троше ненаменски и често бивају злоупотребљена. Суштина је да финансијска помоћ може да створи погрешан систем подстицања јер се умањује спремност неразвијених региона да се потруде да сами реше своје проблеме. Уз то, раст средстава која се издвајају на име помоћи

²² Thomas L. Brewer, Paul A. Brenton, Gavin Boyd, исто, стр. 265.

²³ У САД-у стопа државне потрошње износи 34.5%, а у Великој Британији 39.4%. Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 414.

²⁴ Harvey Armstrong and Jim Taylor, *Regional economics and policy*, third edition, Blackwell publishers, 2000, p. 309.

²⁵ Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 256.

неразвијеним регионима доводи до опадања граничне користи уложених средстава.²⁶ Само уколико се помоћ утроши за оне намене за које је издвојена, биће позитивних ефеката (нпр. улагање у инфраструктуру).

Важно питање политике регионалног развоја ЕУ се односи на то да ли водити централизовану регионалну политику или, пак, дозволити државама-чланицама да буду њени главни носиоци. Свакако да се могу изнети аргументи *pro et contra*. Вођење регионалне политике из једног центра значило би претерану стандардизацију и решавање веома различитих проблема на исти начин.²⁷ У вођењу регионалне политике из једног центра било би добро не само одобравати финансијска средства, већ ту врсту помоћи комбиновати са контролом трошења тих средстава. Државе-чланице не треба никако изоставити из овог процеса будући да су оне најбоље упознате са специфичностима и проблемима неравномерне развијености својих региона.

Заједничка пољопривредна политика

Заједничка пољопривредна политика спада у ред веома контроверзних. Ова политика истовремено представља и најскупљу заједничку политику ЕУ. Финансира се са око 45% средстава буџета Уније.²⁸ С друге стране, пољопривреда земаља-чланица ствара свега 2-5% БДП. Уз то, на пољопривредну политику се не примењују правила о конкуренцији, она се подстиче субвенцијама, што све скупа изазива велике дисторзије на тржишту Уније.

Однос ЕУ и САД-а

Упоређујући стање привреде ЕУ и САД-а током 90-их година XX века, али и почетком XXI века, можемо закључити да је економија САД-а била далеко испред ЕУ. Најбољи показатељи овакве констатације представљају макроекономски индикатори, као што су БДП *per capita*, стопа незапослености и сл. Током деведесетих година XX века, стопа раста продуктивности била је много већа од оне у САД-у, с тим што је стопа запослености била много већа у САД-у него у ЕУ.²⁹ Почетком 60-их година XX века стопа незапослености била је велика и на једном и на другом континенту, с тим да је она у САД-у значајно опала, док се у Европи задржала на нивоу од око 10% средином 90-их година. Разлог

²⁶ Исто, стр. 265-266.

²⁷ Harvey Armstrong and Jim Taylor, исто, стр. 323.

²⁸ Средином 80-их година XX века издвајалосе, чак, 70% средстава буџета. Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 133.

²⁹ Thomas L. Brewer, Paul A. Brenton, Gavin Boyd, исто, стр. 245.

смањења незапослености у САД-у се може наћи у експанзивној инвестиционој активности и развоју информационих и телекомуникационих технологија. Такву политику настојале су да прате и европске државе. Интересантно је да је у периоду од 1976-1996. у САД-у отворено око 36 милиона радних места, а у ЕУ у истом периоду, тек, шест милиона.³⁰

Генерално, после другог светског рата политика САД-а је била експанзивна јер се морао решити проблем високе незапослености од 25%. Финансирање рата у Вијетнаму и експанзивна фискална политика довеле су до инфлације од 5% за шта је окривљена Нова економија.³¹ С друге стране, европске државе, нарочито Немачка, су биле посебно забринуте за инфлацију.

Финансијска снага америчког тржишта је скоро два пута већа од европског. Анализе говоре да америчко тржиште карактеришу и веће економске слободе него у ЕУ, посебно ако се из анализе изузме Велика Британија.³² Занимљиво је да је ЕУ на Самиту у Лисабону 2000. године као циљ будућег развоја прокламовала тенденцију да постане најконкурентнија привреда света, са вишим стопама привредног раста, вишом стопом запослености, а најављено је и отварање око 20 милиона нових радних места.³³ Не дуго после одржаног састанка показало се да је постављање таквих циљева било сасвим нереално. Стопе раста у економији САД-а су у периоду од 1997-2004. више од просечних у ЕУ, али и Јапану изузев у 2001. години.³⁴ Економске слободе су много веће у САД-у у односу на ЕУ. Разлике се нарочито огледају у погледу степена мешања државе у привредни живот, регулације кредита, рада и пословања, док прилична уравнотеженост постоји када је реч о финансијској стабилности.³⁵

Уместо закључка

Разлике између земаља чланица Европске уније, које се односе на стопе инфлације, стопе незапослености, тржиште рада са специфичним националним особеностима, стопе раста ДБП, регионалне разлике, правни

³⁰ The Economist, 15. februar 1997. Према: Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 416.

³¹ Емилија Вукадин, исто, стр. 363.

³² Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 416.

³³ Исто, стр. 417.

³⁴ Eurostat, *Structural indicators*, GDP, april 2005, p. 1-2.

³⁵ Разлике у економским слободама говоре да ће ЕУ (осим уколико их не побољша) тешко достићи економију САД-а и њену стопу привредног раста. Мирослав Прокопијевић, исто, стр. 425-429.

систем и фискални систем, неминовно се одражавају на макроекономску политику ЕУ. Нов европски економски простор, који подразумева јединствено тржиште (заједничко, унутрашње), четири велике слободе и јединствену монету, макроекономску политику ставља пред бројне изазове и проблеме.

Глобализација светског тржишта доводи до међусобног утицаја и прожимања америчке и европске економије. Разлике у макроекономским политикама ЕУ и САД-а произилазе, добрим делом, из различито креиране монетарне политике и модела централне банке који је изабран (немачки, односно англосаксонски). У основи макроекономске политике ЕУ је одржавање ценовне стабилности, док се макроекономска политика САД-а базира на ценовној стабилности и пуној запослености. Судаћи по макроекономским показатељима, ЕУ је још увек иза САД-а.

M. Sc. Jasmina Labudovic,
an assistant

EUROPEAN UNION MACROECONOMIC POLICY

The differences that exist between EU state members relating to inflation rates, unemployment, labour market with specific national characteristics, growth in GNP, regional differences, legal and fiscal systems unavoidably affect the macroeconomic policy of European Union. This new European economic area, which postulates a unique, common internal market with a unique currency and four major liberties for EU citizens, confronts EU macroeconomic policy with numerous challenges and problems.

Globalization of world market leads to interactive influences and mixing of American and European economies. The distinction between macroeconomic policies in EU and USA is mostly derived from the differences in the creation of their monetary policies and the model of their central treasury (German vs. Anglo-Saxon). The basic concern of EU macroeconomic policy is to maintain price stability, while US macroeconomic policy also concentrates on price stability, but in addition to full employment. According to current macroeconomic data, it seems that EU is still lagging behind USA.

*Мр Дејан Маџић,
асистент*

UDK: 340.12:929 Гершић Г.

ПРИМЕНА И ТУМАЧЕЊЕ ПРАВА У ДЕЛУ ГЛИГОРИЈА ГЕРШИЋА

Име Глигорија Гиге Гершића заузима значајно место, како у историји српске правне науке, тако и у српској историји уопште. Овај истакнути правни писац, политичар и боре трајно је обележио време у коме је живео и радио. Гершић је рођен 29. јуна 1842. године у Белој Цркви где и завршава основну школу. Након свршене гимназије у Новом Саду, Гершић студира права у Бечу и Пешти. По успешном окончању студија, долази у Београд где бива постављен за професора Римског права и Међународног права на Великој школи, септембра 1866. године. Само годину дана касније Гершић бива отпуштен због учешћа на Омладинској скупштини. У то време Гершић представља једног од главних идеолога Уједињене омалацине, ради у уредништву "Заставе" и блиско сарађује са Светозаром Милетићем.¹ Већ наредне 1868. године Гершић је поново постављен за професора Велике школе. Више пута је одлазио и враћао се на Велику школу, превасходно због политичких разлога. У првој половини осме деценије 19. века, тачније 1883. године поново је удаљен са факултета, да би се поново вратио три године касније 1886. године. Већ наредне, 1887. године, Гершић још једном бива удаљен из наставе, да би јој се поново вратио у периоду 1888. до 1889. Он се раду на Великој школи враћа у још два наврата, и то у периоду од 1894. до 1899. године када одлази у пензију, као и у периоду од 1901. до 1903. године, када предаје као хонорарни професор у школској 1901/1902. години све до почетка другог семестра 1903. године када последњи пут бива разрешен дужности професора Велике школе.² Гершић је као истакнути правни стручњак предавао чак три предмета и то Римско право, Међународно право и Енциклопедију права. Са непуних тридесет година, 6. фебруара 1869. године постаје редовни члан Српског ученог друштва. Скоро двадесет година касније, 1888. године Гершић бива изабран за дописног члана Српске краљевске академије, а две године касније и за њеног редовног члана. Поред дуге и богате каријере истакнутог посленика правне науке, Гершићев живот

¹ Видети Бранимир М. Јанковић, *Глигорије Гига Гершић – Српски класик међународног права*, Класици југословенског права, Правни живот 6 – 7, Београд, 1987, стр. 775.

² Видети Мирољуб Симић, *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997, стр. 94.

ништа мање није обележило ни његово живо занимање за политичко – државном делатношћу. Своју политичку активност започиње као млади либерал да би се убрзо придружио радикалима и постао један од оснивача Радикалне странке. Врло брзо он постаје један од њених најистакнутијих чланова и 1882. године на скупштини радикалне странке бива изабран за члана Главног одбора. Након Тимочке буне Гершић заједно са осталим члановима главног одбора, 25. октобра 1883. године бива ухапшен и бачен у окове у казамате београдске тврђаве.³ Десет дана касније, 5. новембра, Гершића у оковима спроводе у Зајечар на суђење, да би га, након укупно месец дана затвора, 28. новембра 1883. године, прогласили невиним и пустили на слободу. Доласком радикала на власт Гершић обавља разне високе државне функције и послове. Тако, он је члан Уставотворног одбора за израду устава од 1888. године, а и у више наврата обавља дужност Министра правде. Гершић обавља ову дужност укупно у три наврата и то у периоду од 19. децембра 1887. године до 14. априла 1888, затим од 23. фебруара 1889. до 16. марта 1890. године и на крају, од 11. фебруара 1891. до 21. марта 1892.⁴ Поред овог звања он је заузимао и положај државног саветника у два наврата, од 1889. до 1894. године и од 1901. до 1907. године. Истовремено, од 1901. до 1903. године Гершић обавља дужност сенатора. Након пензионисања у државној служби 1907. године⁵ Гершић наставља да живи у Београду бавећи се научним радом, у коме и умире, 8. марта 1918. године.

Глигорије Гершић, један од наших најплоднијих правних писаца, несумњиво спада у ред наистакнутијих правних посленика у нас. Објавио је преко стотину радова, при чему понајвише из области међународног права, грађанског и римског права.⁶ Широј стручној јавности је у првом реду и познат управо као цивилиста и врсни познавалац међународног права, док је његов теоријскоправни рад знатно мање познат. Наиме, иако његова предавања из ове области нису била изгубљена попут оних Настаса Петровића, већ су после његове професуре на Великој школи литографисана и тако сачувана за будућа поколења, она, на жалост, нису била и штампана, све до 1995. године. То је, без сумње, главни разлог да су Гершићеви теоријскоправни погледи остали релативно мало познати у нашој стручној јавности. О њему, као теоретичару права више пишу

³ Видети Бранимир М. Јанковић, Нав. дело, стр. 776.

⁴ Видети Мирољуб Симић, Нав. дело, стр. 94.

⁵ Видети Бранимир М. Јанковић, Нав. дело,

⁶ О Гершићевим најзначајнијим радовима у области међународног права, грађанског и римског права видети знатно више у Бранимир М. Јанковић, Нав. дело, стр 775 – 788; Миленко Крећа, *Глигорије Гершић – Живот и дело*, предговор у књизи Глигорије Гершић, *Дипломатско и конзуларно право; Теорија о њовој сили закона*, Београд, 1995. стр. 7 – 23.

Мирољуб Симић,⁷ Милијан Поповић,⁸ Данило Н. Баста⁹ и Јасминка Хасанбеговић,¹⁰ док већина осталих наших аутора Гершића помињу само успут кратко га одређујући као професора Енциклопедије права. Гершић је поред већ поменуте Енциклопедије права написао и низ других радова значајних за теорију државе и права¹¹, а поједина питања која спадају у ову материју обрађивао је и у делима која не спадају у општу теорију права. Тако је, на пример, проблематику тумачења права знатно детаљније разматрао у свом уџбенику из Римског права него у Енциклопедији права, посвећујући овим питањима скоро тридесет страна у свом Систему Римског приватног права (институције)¹², наспрам само четири стране колико је одвојио у Енциклопедији права.¹³ Ово наравно не мења чињеницу да је Гершићево главно и основно дело у области опште теорије права управо Енциклопедија права. Како је циљ овог рада да се позабави Гершићевим разматрањима проблематике примене и тумачења права, дужну пажњу поклонићемо анализи његових излагања, како у његовој Енциклопедији права, тако и у његовом уџбенику из Римског права, с обзиром на значај који та питања у њима имају.

Трећи део прве књиге своје Енциклопедије права Гершић посвећује разматрању питања примене и тумачења права. На самом почетку, он обрађује материју области примене права, у оквиру које се нарочито бави колизијом, односно, сукобом закона. Свака правна норма, односно, пропис има временски и просторно ограничену област примене, у чијим границама владају други правни прописи, како то Гершић указује. Релативно је чест случај да се на једну конкретну ситуацију може применити више различитих правних норми, односно, више разних закона који могу да послуже за његово решавање. Тада говоримо о постојању

⁷ Видети Мирољуб Симић, Нав. дело, стр. 93 – 111 и Мирољуб Симић, *Енциклопедија права Глигорије Гије Гершића*, предговор у књизи Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Ниш, 1995. стр. 1 – 11.

⁸ Видети Милијан Поповић, *О филозофији права код Срба*, Београд, 2000, стр. 97 – 109.

⁹ Данило Н. Баста, *Преображају идеје права – Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841 – 1941)*, Хрестоматија, Београд, 1991, стр. 13 – 17.

¹⁰ Видети Јасминка Хасанбеговић, *О једном антрополошком ујемељењу права у нашој правно теоријској базици, Глигорије Гија Гершић*, у књизи *Научно наслеђе Правног факултета у Београду 1841 – 1941*, Београд, 1994, стр. 112 – 118.

¹¹ Све ове радове је пописао и унео у Грађу за библиографију теорије државе и права (Нови Сад, 1972. XII +386) Милијан Поповић. Знатно више о овоме видети у Милијан Поповић, Нав. дело, стр. 100.

¹² Видети Глигорије Гершић, *Систем Римског приватног права (институције)*, Београд, 1882, стр. 34 – 63.

¹³ Видети Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Ниш, 1995, 177 – 181.

сукоба, односно колизије закона. Гершић разликује две основне врсте тог сукоба, и то такозвану временску колизију (колизију по времену настанка и важности), и просторну колизију (колизију закона који истовремено постоје).¹⁴ У случају временске колизије, као основно правило, према његовом мишљењу, важи начело *lex posterior derogat priori*, односно да каснији закон дерогира ранији. Но, он примећује да ово начело не даје решење за ситуацију када се правне последице неког акта (уговора на пример, или начињена правна повреда), настале за време важења претходног закона, пренесу у време важења новог закона. Најједноставније је поступити у складу са оним што је законодавац прописао и сходно томе применити одговарајући закон. Ово је, наравно, могуће само уколико се он изјаснио о том питању, што често није случај. Гершић стоји на становишту да, у том случају, као опште правило важи начело да закони немају повратну снагу. Другим речима, на већ закључене правне послове примењује се онај закон који је важио у време када су они закључени, чак и када је у тренутку примене и судског поступка на снагу ступио нови закон.¹⁵ Гершић ово образлаже чињеницом да би примена новог закона, на односе успостављене старим, закон довела до укидања правних последица призведених у време њиховог настанка, као и стварања последица које су у складу са новим прописима. Иако ово није немогуће и одлуком законодавца може бити изричито прописано, тешко да може да послужи као општа претпоставка, јер би онда значило да сваки даљи развој права има интенцију законодавца да старе правне односе, настале на основу ранијих закона које је донео, сматра и третира ништавим за убудуће. Ово би, како Гершић тврди, представљало разарање сопственог дејства на развој права, што наравно, ниједан законодавац не жели. Управо из тих разлога, начело забране повратног дејства закона, према његовим речима, може да се примени као опште правило, наравно уколико се законодавац није изричито огласио, јер само оно логички може одговорати замишљеним законодавчевим намерама. Гершић наравно признаје изузетке од овог правила. Први случај, наравно, подразумева законодавчево изричито установљавање повратне силе одређеног закона. Други изузетак представљају такозвани интерпретативни закони, односно када законодавац вршећи аутентично тумачење старог закона заправо створи нови. Гершић ово сматра оправданим у оним случајевима када аутентично тумачење има за циљ да успостави важност неког моралног и етичког принципа, при чему је правни однос, настао у време важења старог закона, остао у оштрој супротности са тим етичким и моралним схватањима и долази у сукоб са јавном свешћу која га сматра штетним и

¹⁴ Видети исто, стр. 170.

¹⁵ Видети исто, стр. 171.

неморалним.¹⁶ Као последњи, најважнији изузетак, он наводи могућност да на извршиоца кривичног дела буде примењен нови закон, уколико је за њега блажи од старог. Када се ради о такозваној просторној колизији закона, Гершић разликује сукоб закона две или више држава и сукоб закона у оквиру једне државе. Први случај колизије, према његовом мишљењу, настаје услед могућег значаја остварења каквог правног факта и односа проистеклих последица за правни поредак више држава. Правила за решавање ових сукоба одређује међународно приватно право. Ови факти, како Гершић примећује, могу да се односе на правни поредак одређене државе у територијалном и у персоналном погледу. Општи принцип за решавање ових сукоба закона је принцип територијалности, односно, територијално начело, према коме се као најближе право примењује право оне државе на чијој су се територији одговарајући факти и догодили. У извесној мери се ово начело допуњује, према Гершићевим речима, узимањем у обзир и извесних персоналних веза.¹⁷ У погледу унутрашњег сукоба закона, Гершић кратко констатује да се примењују слична правила као и код сукоба закона са иностраним елементом. Обрађујући примену права од стране судова, Гершић врло кратко излаже о судској пресуди. Он специфичност судске функције види у њеном утврђивању онога што у конкретном случају одговара праву. У њему су, према његовом мишљењу, посебно значајна два момента и то, као први, утврђивање постојања одређених чињеница и одговарајућег дела и, као други, пресуђење, односно утврђење правних последица. Својим постављањем конкретне норме, уместо апстрактне законске, суд, како то Гершић истиче, допуњује рад законодавца и узима активно учешће у развоју права. Из тих разлога, он сматра да рад судова има исто ауторитативно значење као и рад законодавца.¹⁸

Помало изненађује сразмерно мало места које Гершић поклања тако важној проблематици тумачења права у Енциклопедији права (само четири стране). Но, треба узети у обзир да се овим питањем знатно опширније бавио у свом уџбенику Римског права, те је логично претпоставити да се у обради ове теме, предајући енциклопедију права, сигурно делимично користио и оним што је детаљније обрадио у већ поменутом уџбенику. Тумачење је, према Гершићевом мишљењу, неопходно јер речи закона непотпуно и несавршено исказују законодавчеве мисли. Задатак тумача је да сазна и да је "испита и изнесе у њеној целини и потпуности и у што бољој одређености".¹⁹ Он разликује тумачење у ужем, правом смислу и тумачење у ширем смислу. Прво одређује као "испитивање и истраживање смисла закона

¹⁶ Видети исто, стр. 172.

¹⁷ Видети исто, стр. 173 – 175.

¹⁸ Видети исто, стр. 176 – 177.

¹⁹ Исто, стр. 179.

тиме, што се проналазе и у обзир узимају све околности, из којих се воља законодавчева може дознати, затим развијање садржине законске у свим њеним правцима и послетцима".²⁰ Односно "тумачење у ужем смислу је излагање и развијање онога што је законодавац, доиста мислио и хтео."²¹ Под тумачењем у ширем смислу подразумева "целокупно научно развијање и разрађивање права".²² Предмет тумачења представљају, како нејасне законске норме, тако и оне јасне "пошто ниједан закон не може унапред да наброји све оне случајеве које он по смислу своме обухвати".²³ Чини се да он као предмет тумачења подразумева само опште норме. Ово се, како истовремено истиче, односи и на норме закона и на правила обичајног права.²⁴ Гершић разликује, према начину тумачења, две врсте тумачења. Прво је аутентично, а друго доктринарно. Под првим подразумева тумачење једне правне норме коришћењем друге нове норме. Како то већ каже, аутентична интерпретација је "тумачење једног закона путем једног правног извора".²⁵ Она може бити двојака, и то легална интерпретација, када се тумачи путем закона и узуална, када се тумачи путем правног обичаја. Ово тумачење, према његовом мишљењу, има обавезујући карактер једнако као и закон и правни обичаји. Као што је то већ раније напоменуто, ово тумачење представља изузетак од начела забране повратног дејства правних норми. Ово повратно дејство оно има, како према неокончаним, тако и према окончаним случајевима који још нису постали извршни, насталим под старијим законом.²⁶ Под доктринарним тумачењем, подразумева, како утврђивање законодавчеве мисли да би се открио прави смисао правног правила, тако и утврђивање свега онога што се логички садржи у закону или се показује као његова логичка претпоставка, иако то нико пре тога није мислио. Све ово чини да Гершић доктринарно тумачење сматра јединим тумачењем у правом смислу. Одређује га као посао науке и праксе.²⁷

Гершић, са становишта околности из којих се утврђује законодавчева воља, у оквиру доктринарног тумачења, разликује граматичко и логичко

²⁰ Глигорије Гершић, *Системи римскога приватнога права (институције)*, Београд, 1882, стр. 35.

²¹ Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Ниш, 1995, стр 177.

²² Глигорије Гершић, *Системи римскога приватнога права (институције)*, Београд, 1882, стр. 35

²³ Исто

²⁴ Видети исто, стр. 36.

²⁵ Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Ниш, 1995, стр 180.

²⁶ Глигорије Гершић, *Системи римскога приватнога права (институције)*, Београд, 1882, стр. 38.

²⁷ Глигорије Гершић, *Енциклопедија права*, Ниш, 1995, стр 180.

тумачење.²⁸ Наиме, приликом тумачења, сваки тумач има, према његовом мишљењу, у основи два пута којима може кренути да би открио вољу законодавца, односно, смисао одређеног закона. Први пут полази *a posteriori* из самих речи које су средство за изражавање мисли, док други пут подразумева стицање до правог смисла закона *a priori* логичким закључцима који се изводе из елемената у којима настаје воља законодавца. Сходно томе, он граматичко тумачење одређује као оно које утврђује прави смисао закона, односно норме на основу утврђивања значаја смисла у њему употребљених речи. Логичко тумачење пак, одређује као оно које утврђује смисао закона из бројних околности, служећи се *a priori* логичким закључивањем и извођењем из елемената у којима настаје воља законодавца.²⁹ Како Гершић истиче, циљ ова два тумачења је исти, једина разлика међу њима је тачка са које полазе. Он сматра да се нужно мора почети са граматичким тумачењем јер су мисли законодавца управо изражене у речима, те је стога природно прво покушати утврђивање њиховог значења. Ово тумачење се врши у складу са општим филолошким правилима интерпретације која су, како то Гершић истиче, одређена општом теоријом тумачења. Из овога произилази да он сматра да се речи правних норми тумаче као и било које друге које немају специфично правни карактер. Тако, илустрације ради, Гершић наводи нека од тих општих филолошких правила интерпретације, као што су "да речи ваља да се узму у оном значењу какво је примљено било и владало у време, кад је дотични закон донет; даље да речи ваља да се схвате у целокупној њиховој узајамној вези, тако исто ваља да се узму у обичном њиховом значењу итд."³⁰ Из овога он изводи закључак да се приликом граматичког тумачења утврђује лексичко (речничко) значење појединих речи и њихово повезивање у реченице у складу са правилима граматичке конструкције. Гершић и логичко тумачење, баш као и граматичко (што се може приметити на основу горње дефиниције) схвата прилично широко. Наиме, он набраја велики број средстава и елемената којим се логичко тумачење служи у утврђивању мисли законодавца. Он ту убраја законодавно-политички циљ (*ratio legis*) који је законодавац имао приликом доношења закона, затим правни разлог, односно основ (*ratio iuris*) одговарајућег закона под условом да се на основу њега може утврдити намера законодавца. Потом следи такозвани спољни повеснички повод (*occasio legis*), односно историјски узрок које је довео до стварања одређеног закона. Овде Гершић убраја још и систематски елемент тумачења, то јест, довођење закона које се тумачи у догматичку везу са целокупним правним системом. На крају, као последњи елемент логичког тумачења, он наводи историјски елемент, који подразумева проучавање

²⁸ Видети Глигорије Гершић, *Систем римској приватној права*, Београд, 1882, стр. 40.

²⁹ Видети исто, стр. 40-41.

³⁰ Исто, стр. 42.

историјског развоја оног правила које се тумачи.³¹ Разматрајући питање односа граматичког и логичког тумачења, Гершић истиче да се обе врсте примењују истовремено у циљу међусобног допуњавања, те стога не треба прихватати становиште на коме је стајала старија теорија да се логичко тумачење користи само као помоћ и допуна граматичком тумачењу. Напротив, он сматра да је логичко тумачење заправо својеврстан коректив граматичком и да је у односу на њега, по свом значењу и вредности, тумачење вишег реда.³² Питање односа ова два тумачења за Гершића постаје актуелно онда када се њихови резултати не слажу. Он поново одбацује схватање које заговарају припадници старије теорије тумачења да граматичко тумачење увек има предност. Овакав став, према његовом мишљењу, заснован је на чињеници да су речи средство за изражавање мисли, односно, воље законодавца, а не сама та мисао, па је сама идеја да се значењу средства да предност над правим значењем које је утврђено логичким тумачењем, по природи ствари, дубоко погрешна. Стога, када се логичким тумачењем из других околности утврди воља законодавца и смисао закона, при чему се тако протумачен смисао разликује од оног добијеног граматичким тумачењем, као исправан прихвата се онај који је утврђен применом логичког тумачења (измењиво тумачење у ширем смислу).³³ Гершић сматра да неправилност и непотпуност у речима закона, која је проузроковала добијене различите резултате у тумачењу, може да буде двојака и то квалитативна и квантитативна.³⁴ У случају квалитативне нетачности, законодавац је хтео да каже нешто друго од онога што је речима изразио. Тада се логичком тумачењу даје предност и оно постаје измењиво у ужем смислу. У случају квантитативне нетачности, законодавац је рекао више или мање од онога што је хтео да каже. И у овом случају логичко тумачење има предност и оно постаје рестриктивно када сужава оно што је више речено, односно екстензивно, када проширује оно што је мање казано. Гершић упозорава да се све ове измене односе само на речи, а никако на прави смисао закона. У противном, то не би више могло да се назове тумачењем права, већ његовим неовлаштеним стварањем.³⁵ Он сматра да се измењиво тумачење у ширем смислу може користити и онда када су речи недвосмислене или им се смисао не слаже са оним утврђеним логичким тумачењем. Рестриктивно тумачење се, према његовом мишљењу, може применити када је закон или његово правило у очитој супротности са неким другим законом или правилом. Затим, рестриктивно тумачење се примењује онда када би закон без њега имао у себи унутрашњу противуречност, па онда када је правило донето у корист и

³¹ Видети исто, стр. 42-43.

³² Видети исто, стр. 43-44.

³³ Видети исто, стр. 44-45.

³⁴ Видети исто, стр. 45.

³⁵ Видети исто.

олакшицу неким лицима, а постоји опасност од супротног ефекта у случају широког тумачења и, на крају, у случају такозваног сингуларног права и привилегија.³⁶ Он указује да су код измењивог тумачења од посебног значаја помоћна средства логичког тумачења, при чему се посебно издвајају систематски и историјски елемент, а затим и *ratio legis* и *ratio iuris*. Најједноставнији случај неслагања граматичког и логичког тумачења постоји, према Гершићевом мишљењу, у случају где су речи закона неопредељене, двосмислене. Тада се граматичким тумачењем не може доћи ни до каквог резултата. То логичко тумачење које има за циљ да отклони ову двосмисленост израза, он назива декларативним тумачењем. Овде су од посебног значаја систематски елемент тумачења као и *ratio legis* и *ratio iuris* као помоћна средства. Гершић наводи постојање утврђених правила којих тумач мора да се придржава приликом оваквог тумачења. Па тако, тумач увек прво треба да узме обично значење, већ усвојено или другде у закону одређено значење неког израза. Затим, бира се оно значење које норму коју тумачи што мање удаљава од правилног нормалног права. Увек треба узети оно значење које најбоље одговара природи ствари и циљу норме која се тумачи. По правилу, тумач треба да изабере значење које даје значајан и привлачан резултат. На крају, увек треба дати предност оном значењу које је блаже.³⁷ Након што је утврдио смисао закона, Гершић сматра да посао тумача још није окончан те да му предстоји развијање смисла закона у свим његовим правцима и односима. На овај начин он из самих закона излаже целокупну садржину објективног права и сва начела и последице које из њега произилазе.³⁸ Гершић наводи и правила којих се тумач мора држати приликом оваквог тумачења. Тако, тумач мора знати да овлашћење, односно забрана неког циља подразумева истовремено овлашћење, односно забрану свих средстава којима се тај циљ постиже. У та правила спадају и *argumentum a maiori ad minus*, *argumentum a minori ad maius* и *argumentum a contrario*.³⁹ Гершић указује да се ова врста тумачења може применити не само на законско право, већ и на правила обичајног права. Он своја даља излагања посвећује правним празнинама и њиховом попуњавању. Истиче неизбежност постојања таквих случајева који нису регулисани правним нормама, иако постоји потреба за њиховим регулисањем. Живот је сувише сложен и разнолик да би га и најинвентивнији законодавац могао обухватити у потпуности правним нормама. Гершић, као одлучан противник школе природног права, одбацује могућност попуњавања правних празнина природним правом, односно, како он то живописно каже "субјективним"

³⁶ Видети исто, стр. 46-47.

³⁷ Видети исто, стр. 48-49.

³⁸ Видети исто, стр. 49-50.

³⁹ Видети исто, стр. 50-51.

природно-правним "закрпама".⁴⁰ Он стоји на становишту да се позитивно право може попунити из самога себе, с обзиром да је оно по свом карактеру систем, органска целина међусобно састављених делова, способна да унутар себе пронађе решење за сваки случај.⁴¹ Ово се, према његовом мишљењу постиже аналогијом. Уколико се тумачење посматра у ширем смислу, онда његов појам обухвата и аналогију. Гершић под аналогијом подразумева проширење значења и смисла неког датог правног правила или закона ради решења неког непредвиђеног правног питања.⁴² Он разликује законску и правну аналогију. Да би законска аналогија могла да се примени мора постојати једнакост правног основа (*ratio iuris*) између регулисаног и нерегулисаног случаја. Притом, Гершић упозорава да се истоветност спољног повесничког повода (*occasio legis*) и законодавно-политички момент (*ratio legis*) у аналогији не могу употребити.⁴³ Као посебна правила за употребу аналогије он наводи да њој има места само у случају правне празнине. То значи да се она не може применити на изузетке, а ни на такозвано сингуларно право, као ни у случају кривичног права у коме важи начело *nulla poena sine lege*. Такође, да би се применила законска аналогија, случај на који се она жели применити мора да буде сличан, подобан.⁴⁴ У случају да се законска аналогија не може успешно применити, приступа се правној аналогији, чија суштина, према Гершићевом мишљењу, лежи у стварању и извођењу норме којом ће се решити непредвиђени правни случај из начела целокупног позитивног права.⁴⁵ По правилу, два су разлога зашто се она мора употребити. Прво, често се законска аналогија не може применити јер је закон неку правну установу непотпуно регулисао. Други разлог настаје јер одређени друштвени однос уопште није регулисан законом. Први случај се решава проналажењем начела на којима се та правна установа заснива, при том обраћајући пажњу на начин регулисања сродних правних установа. Други случај се решава, према Гершићевом мишљењу, проналажењем позитивне природе нерегулисаног односа и извлачењем правног правила из ње и његовим довођењем у сагласност са начелима целокупног позитивног права.⁴⁶ Он упозорава да ову позитивну природу саме ствари не треба мешати са природним правом јер се ради о дијаметрално супротним појавама. Он одбацује могућност да правичност, коју одређује као обазирање на индивидуалне разлоге, буде средство за попуњавање правних празнина. Но, Гершић ипак признаје да њен недостатак може довести да *summum ius*

⁴⁰ Исто, стр. 53.

⁴¹ Видети исто

⁴² Видети исто, стр. 54.

⁴³ Видети исто, стр. 55-56.

⁴⁴ Видети исто, стр. 58.

⁴⁵ Видети исто

⁴⁶ Видети исто, стр. 59.

постане *summa inuria*, односно, да се апстрактно једнако поступање изметне у фактичку неједнакост. Из тих разлога он стоји на становишту да се правичност управо може уносити само путем закона и да то не сме да ради тумач.

Глигорије Гершић је творац прве целовите теорије тумачења права код нас и то се, приликом њене алализе, мора имати у виду. Гершић као крајњи циљ тумачења права види утврђивање мисли односно воље законодавца. Та воља није субјективна, јер он ни на једном месту, дакле ни у Енциклопедији права, ни у Систему римског приватнога права не покушава да утврди евентуалну психичку вољу законодавца. Штавише, он под термином мисао закона не подразумева само пуку вољу законодавца, већ и све што се у њему логички садржи или је пак његова логична претпоставка, чак иако пре тога то нико није ни мислио. Из овога се може закључити да у његовом приступу има и објективних елемената. Он право ипак види као један логички затворен систем довољан сам себи. Чини се да Гершић, уводећи друштвену условљеност и развој права заснован на реалним, историјским чињеницама у своју теорију права, из неког разлога то не чини и у својој теорији тумачења, затварајући га у границе система позитивног права. Ово се, чини нам се, можда најбоље може видети у његовом разматрању правних празнина. Мада признаје постојање и неизбежност празнина у праву, оне су, према начину на који их он одређује, ипак само привид с обзиром да је правни систем у стању да их сам попуни. Па ипак, у извесној мери, увођењем појма позитивне природе ствари, он одступа од класичне теорије тумачења прве половине 19. века и уноси одређене социолошке елементе у своју теорију тумачења. Упркос свему, и поред извесних ограничења, његова теорија тумачења представља не мали успех и без имало сумње, највећи домет наше правне науке на том пољу до тада.

*M. Sc. Dejan Matic,
an assistant*

APPLICATION AND INTERPRETATION OF LAW IN GLIGORIJE GERSIC WORKS

The name of Gligorije Giga Gersic has earned a significant place, not only in the history of Serbian legal thought, but in Serbian history in general. This distinguished legal writer, politician and bohemian left permanent traits in the period in which he worked and lived. He was one of our most fruitful legal writers and lawyers. He published over 100 works, most of them in the field of

international, civil and Roman law. He is known to broader professional public as an expert in civil and international law, fewer people being acquainted with his theoretical work. Although his works had not been lost, as was the case with Nastase Petrovic's legacy (after professorship in Great School, they were printed in lithography and thus saved for future generations), they were published in the form of a Law Encyclopedia not before 1995. This is the main reason why Gersic's theoretical work and views have remained relatively unknown among our professional public. Besides the Law Encyclopedia, he wrote a number of other works significant for the theory of state and law, and some of these issues were also described in his other works that were not in the domain of general legal theory. Thus, for example, he gave a detailed explanation of the problem of law interpretation in his Roman Law textbook, rather than in his Law Encyclopedia, thus devoting almost 30 pages to this issue in the section where he described the institutions of Roman private law, but only four pages were left for this issue in the Law Encyclopedia. Gligorije Gersic is the author of the first comprehensive law interpretation which, although with some flaws, is believed to be a great success and, certainly the biggest achievement of our legal science in this field at that time.

*Мр Славко Ђорђевић,
асистент*

UDK: 341.231.14:070.15

МЕСТО ПОСЛЕДИЦЕ КОД ПОВРЕДА ПРАВА ЛИЧНОСТИ ПУТЕМ МАСМЕДИЈА

I Увод

У условима индустријског и технолошког развоја, као и развоја савремених средстава комуникација, грађанскоправни деликти са елементом иностраности, чије последице могу наступити у више држава (тзв. дисперзивни деликти), постају све чешћа појава у савременом друштву. У такве деликте спадају и повреде права личности (права на част и углед, права на приватност, права на лични идентитет) путем масмедија (штампе, радија и телевизије)¹.

Основно колизионо правило за грађанскоправне деликте са елементом иностраности у нашем међународном приватном праву је *lex loci delicti commissi* и, када су дистанциони деликти у питању, принцип повољнијег права у корист оштећеног (чл. 28. ст. 1. ЗРСЗ²). Обзиром да повреде права личности путем масмедија често представљају дистанционе деликте, колизиона норма из чл. 28. ст. 1. ЗРСЗ налаже да се утврди место у коме је предузета противправна радња, као и место у коме је наступила штетна последица, како би оштећени био у могућности да се намири према повољнијем праву.

Према нашем мишљењу, место радње код повреде права личности (као и код других деликата) може бити само једно, обзиром да радња извршења може бити само једна³. Без „дубљег“ преиспитивања и образлагања овог

¹ Набрајањем ових медија желимо да искључимо повреде права личности путем интернета које захтевају посебну студију. Такође, наглашавамо да за повреде права личности путем штампе важе готово идентични колизионоправни принципи као и за повреде преко радија и телевизије. Види R. Wagner, *Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Frankfurt am Main, 1986, стр. 32.

² Чл. 28. ст. 1. ЗРСЗ: «За вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није друкчије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника.»

³ О дефинисању радње извршења и њеном разграничењу од припремних радњи види више Staundinger Julius von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen*

става, сматрамо да се код повреде права личности путем масмедија колизионоправно релевантно место радње налази у месту седишта редакције медијске организације⁴. С друге стране, код ових деликата сам начин повреде (путем медија – објављивање односно пријем објављених информација у више држава) као и природа заштићеног добра (личног добра)⁵ имплицирају да последица може наступити на више места (у више држава). Управо овај „феномен“ заокупља нашу пажњу у овом раду и ми ћемо покушати да, у излагањима која следе, бацимо мало више светла како на само појмовно одређење места последице, тако и на одговарајуће критеријуме на основу којих се утврђују колизионо-правнорелеватна места последице код повреда права личности путем масмедија.

II Појам места последице (место повреде правног добра и место штете)

Приликом одређења места последице треба разликовати место повреде правног добра и место штете.

Место повреде правног добра се најопштије може дефинисати као место у коме се непосредно налази правно добро у тренутку повреде. Међутим, ради прецизне локализације повреде правног добра, неопходно је претходно одредити сам појам повреде правног добра. Одређење појама повреде правног добра има особити значај за повреде права личности преко масмедија, обзиром да се лична добра, која се најчешће вређају путем медија (нарочито част и углед), одређују као скуп социјалих вредности једног лица и не могу се просторно фиксирати, већ је њихова локализација могућа тек у тренутку њихове повреде.

Појам повреде правног добра се у литератури одређује двојако. Према првом гледишту, норме материјалног деликтног права места у којем се налази заштићено правно добро одлучује о томе да ли је оно повређено

Gesetzbuch/IPR, Art. 38-42, Neubearbeitung von Bernd von Hoffmann, Berlin, 2001 (у даљем тексту цитирано: Staundinger/von Hoffmann), стр. 235-237; M. von Hinden, Persönlichkeitverletzung im Internet, Tübingen, 1999, стр. 56 и даље; С. Ђорђевић, Меродавно право за интернет-деликте, маг. рад (необјављено), Београд, 2006, стр. 30 и даље.

⁴ Тако von Hoffmann, IPR Internationales Privatrecht, 7. Auflage, München, 2002 (у даљем тексту цитирано: von Hoffman, IPR), стр.451; M. von Hinden, *ibid.*, стр. 60; С. Ђорђевић, *ibid.*, стр. 34.

⁵ Реч је о бестелесним правним добрима која представљају скуп социјалних вредности једног лица (нарочито част и углед). Зато се лична добра не могу просторно фиксирати, већ се односе на цео свет. Њихова локализација је могућа тек у тренутку повреде. Види више M. von Hinden, *ibid.*, стр. 80.

(квалификација *lex cause*)⁶. Ако је сходно овим нормама правно добро повређено, место последице односно повреде се може одредити. У супротном, нема места последице. Али то не значи да нема ни деликтне одговорности. Уколико деликтно право места радње сматра да је дошло до повреде правног добра, штетник ће одговарати.

Према другом гледишту, повреда правног добра се одређује на колизионоправном нивоу полазног права (квалификација *lex fori*)⁷. То заправо значи да је потребно формирати аутономни колизионоправни појам повреде правног добра. У литератури је овакав појам дефинисан на следећи начин: повреда правног добра се одређује као фактичка угроженост (погођеност, оштећење) правног добра услед дејства противправне радње⁸. Ми се прикључујемо другом гледишту из барем два разлога. Најпре, мишљења смо да о томе да ли је дошло до повреде која води деликтној одговорности треба да одлучи тек меродавно деликтно право до којег долазимо применом чл. 28. ЗРСЗ. Други разлог се односи на дисперзивне деликте и то особито на повреде права личности преко масмедија. Једино је одређењем појма повреде на колизионоправном нивоу полазног права могуће, као што ћемо касније видети, поуздано утврдити критеријуме на основу којих треба ограничити број места последице код повреда права личности преко масмедија⁹.

Према томе, место повреде је оно место у коме је, услед предузимања радње извршења, непосредно угрожено (погођено) правно добро оштећеног¹⁰. Имајући у виду ову дефиницију, место односно места повреде права личности путем масмедија су сва она места у којима су, услед објављивања, повређени и/или трећа лица сазнали садржину вређајуће информације, дакле у којима је часопис прочитан или је гледана односно слушана ТВ или радио емисија (тзв. место пријема)¹¹.

Место штете је оно место у коме је оштећени претрпео штету. Обзиром да разликујемо више врста штете, место где је она наступила може бити

⁶ von Hoffmann, IPR, стр. 452; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 8. Auflage, München, 2000 (у даљем тексту цитирано: Kegel/Schurig, IPR), стр. 632.

⁷ Тако Kropholler, Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Tübingen, 2001 (у даљем тексту цитирано: Kropholler, IPR), стр. 496; M.von Hinden, *ibid.*, стр. 82.

⁸ *Ibid.*

⁹ Тако и M. von Hinden, *ibid.*, стр. 81.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ T. Kristin, Das Deliktsstatut bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen über das Internet, VVF, 2000, стр. 139; M.von Hinden, *ibid.*, стр. 110; Junker, Internationales Privatrecht, München, 1998 (у даљем тексту цитирано: Junker, IPR), стр. 389; види преглед француске и немачке судске праксе код S.Löffler, Mediendelikte im IPR und IZPR – Persönlichkeitsverletzungen durch Medien im Spiegel des deutschen, französischen, schweizerischen und österreichischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Internets und Gegendarstellungsanspruchs, Frankfurt am Main, 2000, стр. 40 и даље.

различно. Имајући у виду појам штете у нашем ЗОО¹², место стварне материјалне штете би се могло дефинисати као место у коме је дошло до губитка у имовини оштећеног (умањења његове имовине), док је место нематеријалне штете оно место у коме је штетник претрпео физички или психички бол или страх. Када је реч о измаклој добити као дела материјалне штете, радило би се о месту где је дошло до спречавања повећања имовине оштећеног, тј. где би се добит остварила да до повреде није дошло. Изнето је мишљење да се у случају измакле добити треба везати за место пребивалишта или уобичајеног боравишта оштећеног, јер се ту налази центар његових економских интереса¹³.

Разлику између места повреде и места штете на колизионоправном нивоу чини немачка доктрина и судска пракса, при чему као релевантно место последице сматрају само место повреде¹⁴. Истиче се да је место повреде правног добра констатно, непроменљиво, и може се конкретизовати у једној тачки. Лакше га је утврдити, јер је реч о првој (непосредној) повреди правног добра. Концизност и константност овог места обезбеђује правну сигурност. Место штете је, напротив, варијабилно, случајно, непредвидиво за штетника и може водити неоправданом проширењу принципа убиквитета и повољнијег права¹⁵. Штета редовно наступа касније, након прве повреде правног добра, и оштећени често може утицати на место њеног наступања¹⁶. Када је реч о повредама права личности преко масмедија, у прилог опредељења за место повреде правног добра као искључивог места последице особито говори реална немогућност да штетник предвиди наступање штете у одговарајућем месту (држави). Касније ћемо видети да штетник није чак ни у могућности да предвиди сва места у којима је дошло до повреде права личности.

¹² Види чл. 155. ЗОО

¹³ Дика/Кнежевић/Стојановић, Коментар ЗРСЗ, Београд, 1991, стр. 99.

¹⁴ С. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht*, München, 2002, стр. 130; Staundinger/von Hoffmann, стр. 238-239; Kropholler, IPR, стр. 495; Kegel/Schurig, IPR, стр. 632; Junker, IPR, стр. 378; R. Busch, *Die Ubiquitätsregel im internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen IPRG*, Pfaffenweiler, 1996, стр. 75-81; BGH 10.11.1977, NJW 1978, стр. 495; BGH 24.9.1986, IPRax 1988, стр. 159.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Зависно од констелације чињеница, утицај оштећеног на место наступања штете често је могућ код различитих врста деликата. На пример, медицинска сестра у држави X да пацијенту вакцину против грипа иглом која је већ употребљена на другом пацијенту, који је заражен вирусом хепатитис Ц. Пацијент након тога отпутује у државу Y и тамо наступе симптоми заразе овог вируса и евентуална смрт. Место прве повреде правног добра је земља X (у којој је уједно предузета и радња) а место штете земља Y. У овом случају, дакле, само од воље оштећеног је зависило у ком месту ће наступити штета. Види више Staundinger/von Hoffmann, стр. 238-239; Kropholler, IPR, стр. 495.

Француско међународно приватно право, на пример, не прави разлику између непосредне повреде правног добра и штете, и стоји на становишту да је место штете релевантно као место последице, мада приликом локализације места последице код повреде права личности путем масмедија готово да нема разлика између француских и немачких судова¹⁷. Потребно је напоменути да се у великом броју случајева место повреде и место штете поклапају.

Наш ЗРСЗ једноставно спомиње место последице, без икаквих ближих објашњења да ли је реч само о месту непосредне повреде правног добра или и о месту штете. Судска пракса се досада није о томе изричито изјаснила. У доктрини преовлађује став да је и место штете колизионоправно релевантно: местом последице сматра се како место у коме је повређено заштићено правно добро, тако и место штете (имовинске и неимовинске)¹⁸. Међутим, у најновијем делу проф. Водинелића, посвећеном међународноприватно-правним аспектима личних права, „провејава“ мишљење да место штете (имовинске и неимовинске) треба, бар када су у питању повреде личних права, колизионоправно занемарити и место последице одредити само као место повреде права личности¹⁹. Овај став је за нас прихватљив и ми ћемо га заступати у овом раду управо из горе поменутих разлога – непредвидивости места штете од стране штетника и неоправданог проширења принципа убиквитета и повољнијег права. У сваком случају, треба сачекати одлуке наших судова које би требале да дају последњу реч о томе.

III Локализација последице код повреде права личности преко масмедија

A. Постављање проблема

Имајући у виду да смо место(а) последице код повреда права личности путем масмедија одредили као сва она места у којима су, услед објављивања, повређени и/или трећа лица сазнали садржину вређајуће информације, произилази да треба узети у обзир, не само места у којима је информација планирано пласирана, већ и она места где је дошло до случајне дистрибуције информација (нпр. примерак часописа доспе на територију државе где се иначе не пласира, или ТВ програм се прима и у регионима за које није

¹⁷ О овоме види више S. Löffler, *ibid.*, стр. 99 i 102-103.

¹⁸ Дика/Кнежевић/Стојановић, *ibid.*, стр. 99.

¹⁹ Види В. Водинелић, *Међународноприватно право личности*, Београд, 2003, 67-68, који износи разлике између саме повреде личног права и имовинске и неимовинске штете. При том, он се не изјашњава изричито о томе да се у нашем МПП-у не узима у обзир место штете, али то следи из његовог даљег излагања и нарочито из његових закључних ставова, као и из предлога решења колизионоправних проблема личних права (стр. 117).

предвиђен). Уколико би се сва ова места сматрала колизионоправно релевантним, мишљења смо да би се у том случају штетник «сукобио» са великим бројем правних поредака и налазио пред ризиком одговорности који је за њега непредвидив. Повређени би, с друге стране, био у предности, јер би се могао позивати и на случајно инволвиран правни поредак, ако би то за њега било повољније²⁰. Уосталом, непрегледни број места последица може водити до примене права које има слабе или готово никакве везе са спорним случајем. Зато сматрамо да је задатак међународног деликтног права да ограничи (локализује) број места последице на она која су колизионоправно релевантна²¹, јер колизионо право треба да омогући да потенцијално меродавни правни поретци буду предвидиви. Ми ћемо покушати да дамо одговор на ово питање који би могао да буде прихватљив и за наше право.

Б. Критеријуми локализације

У доктрини и пракси је предложено неколико критеријума помоћу којих се ограничава број места последице код повреде права личности путем традиционалних масмедија. Реч је о критеријуму предвидивости места последице, критеријуму уобичајеног боравишта оштећеног и критеријуму „познатости“ оштећеног лица.

1. Предвидивост места последице

У доктрини међународног деликтног права²² често се истиче да за утврђење места последице треба узети у обзир само она места (државе) у којима је штетник могао предвидети наступање последице. Реч је, дакле, о колизионоправном принципу који представља критеријум локализације места последице: применом критеријума предвидивости врши се разграничење колизионоправно релевантних места последице од оних која то нису.

Критеријум предвидивости је озакоњен у швајцарском²³ праву, португалском²⁴ праву, перуанском²⁵ праву, праву Квебека²⁶ и румунском²⁷

²⁰ Т. Kristin, *ibid.*, стр. 140.

²¹ Која су колизионоправно релевантна места последице, у доктрини и пракси су давани различити одговори. Сумарно о различитим решењима види В. Водинелић, *ibid.*, стр. 84-86.

²² Staundinger/von Hoffmann, стр. 239; М. von Hinden, *ibid.*, стр. 94 и даље.

²³ Види чл. 133. швајцарског IPRG.

²⁴ Види чл. 45. ст. 2. португалског Грађанског законика од 25. 11. 1966.

²⁵ Види чл. 2097. ст. 2. перуанског Грађанског законика из 1984.

²⁶ Види чл. 3126 Грађанског законика Квебека од 18. 12. 1991.

²⁷ У румунском међународном приватном праву предвидивост места последице се захтева само за повреде права личности преко масмедија. Види чл. 112 ст. 2

праву. У осталим државама доктрина живо расправља о колизионоправној релеватности овог критеријума. Једни сматрају да колизионоправном принципу предвидивости нема места у међународном деликтном праву, други да је овај критеријум присутан само код неких врста деликата, а трећи да га треба усвојити као општи колизионоправни принцип²⁸. Према нашем мишљењу, предвидивост места последице треба испитивати за сваку врсту деликата понаособ што превазилази оквире овог рада. Ми ћемо, стога, најпре посветити пажњу питању опште оправданости (основа) принципа предвидивости места последице, а затим се осврнути на оправданост примене овог критеријума код повреда права личности преко медија.

а. Оправданост критеријума предвидивости у међународном деликтном праву

У доктрини се претежно истиче да колизионоправни принцип предвидивости права места последице има свој полазни основ у начелу заштите поверења (Vertrauensprinzip)²⁹. Ово начело долази из уставног права и представља субјективно правни израз принципа правне сигурности³⁰. Начело заштите поверења огледа се у томе да се сваки грађанин може поуздати у то да његово понашање које одговара тренутно важећем праву не може накнадно (накнадном променом права) да буде оцењено као противправно³¹. Грађанима се, дакле, пружа гаранција да ће њихове радње које су у складу са важећим правом и последице које отуда произилазе остати признате и у будућности од стране правног поретка. Начело заштите поверења је, према томе, конкретизовано у принципу забране ретроактивности, али и у другим уставноправним принципима који су садржани у уставима великог броја држава (нпр. принцип уставноправне гаранције приватне својине). Такође, принцип заштите поверења као субјективни израз правне сигурности функционално се огледа и у захтеву за

румунског Закона о регулисању односа међународног приватног права од 22.09.1992.

²⁸ Упореди С. Auer, *ibid.*, стр. 140-148; S. Löffler, *ibid.*, стр. 49 и даље; M. von Hinden, *ibid.*, стр. 95; B. Czempiel, *Das bestimbare Deliktsstatut – Zur Zurechnung im internationalen Deliktsrecht*, Berlin, 1991, стр. 24 и даље.

²⁹ M. von Hinden, *ibid.*, стр. 96; B. Czempiel, *ibid.*, стр. 26; у том смислу и Kropholler, IPR, стр. 145 у вези са стр. 496. О начелу заштите поверења у међународном приватном праву види више Kropholler, IPR, стр. 144-146.

³⁰ *Ibid.* Принцип правне сигурности се изводи из уставноправног начела поделе власти, али и из осталих уставних одредби. Уопште о правној сигурности и предвидивости у МПП-у види Kropholler, IPR, стр. 29-30 и стр. 144 и даље; Kegel/Schurig, IPR, стр. 125.

³¹ B. Czempiel, *ibid.*, стр. 27; слично и M. von Hinden, *ibid.*, стр. 96.

јасноћом и разумљивошћу правне норме и, следствено томе, предвидивошћу државног одлучивања³².

Када се начело заштите поверења «пренесе» на «терен» међународног приватног права формира се принцип предвидивости који гласи, да се не може применити правни поредак са којим ниједна странка није могла да рачуна³³. Јер за адресате правних норми нема разлике да ли предвидивост правних последица њиховог понашања изостаје због садржински неодређене материјалноправне норме, накнадног обезвређивања њихових оправданих очекивања променом материјалног или колизионог права, или због примене колизионе норме која «бира» између више садржински одређених материјалноправних норми³⁴. Зато је, сходно овом ставу, потребно у међународно деликтном праву ограничити колизионоправно везивање на предвидива места последице: меродавно је право места у коме је наступила последица ако је штетник могао да рачуна са њеним наступањем у том месту, тј. ако је могао тамо да предвиди њено наступање.

Приликом оцене предвидивости слажемо се са оним делом доктрине који сматра да је потребно узети у обзир и интересе оштећеног, јер се колизионоправни принцип предвидивости места последице не може развити једнострано, тј. само из заштите поверења штетника³⁵. И оштећени има интерес поуздања у заштиту правног поретка у коме се налазе његова правна добра. Зато је потребно у сваком конкретном случају (код сваке врсте деликта) испитати да ли критеријум предвидивости иде на уштрб интереса оштећеног.

6. Примена критеријума предвидивости код повреде права личности преко масмедија

У претходном одељку смо заузели став да се критеријум предвидивости места последице у међународном деликтном праву изводи из начела заштите поверења, као субјективног израза принципа правне сигурности једног правног поретка, и да се не може поставити као општи колизионоправни принцип који важи за целокупно међународно деликтно право, већ се испитује за сваку врсту деликта понаособ. Зато ћемо у овом одељку покушати да образложимо примену овог критеријума код повреда права личности преко масмедија.

У доктрини се предвидивост места последице код повреда личних права преко масмедија, поред начела заштите поверења, образлаже уставноправним

³² M. von Hinden, *ibid.*, стр. 97; B. Czempiel, *ibid.*, стр. 27.

³³ S. Löffler, *ibid.*, стр. 50.

³⁴ M. von Hinden, *ibid.*, стр. 98.

³⁵ *Ibid.*; B. Czempiel, *ibid.*

принципом заштите слободе јавног говора и изражавања мишљења и функцијом превентивне заштите права личности³⁶.

У упоредноправној судској пракси и доктрини, постоји већ дуго уврежено схватање да се правне норме, а тиме и колизионе норме, тумаче и примењују у складу са уставноправним принципима³⁷ (тумачење у складу са уставом). Следствено томе, преовлађује мишљење да уставноправно начело заштите слободе јавног говора и изражавања мишљења треба узети у разматрање приликом тумачења и примене колизионог правила *lex loci delicti commissi* код повреда права личности преко медија, односно да се ово уставно начело конкретизује у критеријуму предвидивости места последице код ових деликата³⁸.

Државе редовно у својим уставима прокламују начело слободе јавног говора и изражавања мишљења као једно од основних људских права³⁹. Свака медијска организација ужива заштиту коју обезбеђује ово начело кроз конкретизацију у појединим материјалноправним (грађанскоправним и јавноправним) нормама једне државе⁴⁰. Ово начело, наравно, има и своје границе које се разликују од државе до државе, тако да обим слободе изражавања мишљења и јавног говора није у свим државама исти. Медијска организација пласира информације у одговарајућим државама по слободној вољи и избору. Пошто сама планира (у складу са својом пословном политиком) у којим државама ће пласирати информацију, треба узети да она има у виду конкретизацију начела слободе јавног говора и мишљења у материјалноправним нормама свих ових држава. Отуда медијска организација може да рачуна само са ризиком који је у њеној сфери утицаја, а то су права држава у којима планирано дистрибуира информације. Ако би се у обзир узимали правни поретци у којима је информација случајно доспела, за медијску организацију би настала неизвесност о правним последицама објављених информација, јер су ова места потпуно изван њеног утицаја. Крајњи исход би био прилагођавање међународно најстрожим стандардима одговорности и застрашивање медија, дакле стање какво се жели спречити постављањем

³⁶ Тако М. von Hinden, *ibid.*, стр. 98-105; упореди N. Witzleb, *Internationale Zuständigkeit für Ehrverletzungen im Internet, die australische Perspektive*, *RabelsZ* 69 2005, стр. 144 и даље.

³⁷ Види Kropholler, *IPR*, стр. 34; F. Schwind, *Das österreichische IPR-Gesetz im deutschsprachigen Rechtskreis*, *RabelsZ* 54/2, 1990, стр. 256-257.

³⁸ У том смислу М. von Hinden, *ibid.*, стр. 98 и даље; слично и N. Witzleb, *ibid.*

³⁹ У нашем праву је у чл. 46. Устава Републике Србије прокламовано начело слободе мишљења и изражавања.

⁴⁰ У нашем праву право на слободу изражавања мишљења се, пре свега, уређује Законом о јавном информисању („Сл.гласник РС“, бр. 43/2003 и 61/2005).

уставноправног принципа слободе комуникације (јавног говора и изражавања мишљења) у демократским системима⁴¹.

У упоредноправној доктрини и пракси је изнет став да и материјалноправна функција превентивне заштите права личности, заједно са уставноправним начелом слободе јавног говора и изражавања мишљења, утиче на формирање колизионоправног критеријума предвидивости⁴². Наиме, према већ дуго увреженом схватању, на изградњу и тумачење колизионих норми пресудан утицај чине вредности материјалног грађанског права⁴³. Тако у међународном деликтном праву, према преовлађујућем схватању у доктрини⁴⁴, кључну улогу у тумачењу правила *lex loci delicti commissi* имају функција превенције и репарације материјалног деликтног права које у различитом интезитету долазе до изражаја код различитих врста деликата⁴⁵. Када је реч о повреди права личности преко масмедија до изражаја долази нарочито функција превенције, јер се санкција редовно огледа у високој новчаној накнади нематеријалне штете⁴⁶. Поред тога, лична права се, такође, штите и захтевом за пропуштање. У државама које га познају, овај захтев је увек превентиван, јер има за циљ да спречи повреду личног добра (нпр. да се спречи објављивање припремљеног клеветничког чланка) односно, ако је лично добро већ повређено, да заустави даље повређивање (нпр. забрана поновног објављивања вређајуће информације)⁴⁷. Функција превенције односно њена конкретизација у нормама материјалноправне заштите личности има у виду повредиоца права, јер «жели» да он схвати апел превенције садржан у материјалноправним нормама и тиме евентуално предупреди његове противправне радње. Када се овај материјалноправни став (вредност) пренесе на терен колизионог права, колизионоправни израз функције превентивне заштите права личности се огледа у захтеву да починилац буде у позицији да у тренутку свог деловања може утврдити садржину меродавног права, како би могао да схвати апел превенције који је садржан у меродавној материјалноправној норми⁴⁸.

⁴¹ М. von Hinden, *ibid.*, стр. 100.

⁴² *Ibid.*, стр. 104.

⁴³ Види Kropholler, IPR, стр. 31-33; Kegel/Schurig, IPR, стр. 127 и даље; Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudence im internationales Privatrecht, «FS für Lewald», Basel, 1953.

⁴⁴ Тако С. Auer, *ibid.*, стр. 101-109; von Hoffmann, IPR, стр. 448; Kegel/Schurig, IPR, стр. 626.

⁴⁵ Види von Hoffmann, IPR, стр. 448.

⁴⁶ Тако је већ дуго у САД и Енглеској, а од недавно и у Немачкој и Француској. Види В. Водинелић, *ibid.*, стр. 17; М. von Hinden, *ibid.*, стр. 36-37.

⁴⁷ Види О. Станковић/В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд, 1996, стр. 127.

⁴⁸ У том смислу М. von Hinden, *ibid.*, стр. 105.

Имајући у виду изнете ставове, критеријум предвидивости је остварен у местима у којима је информација планирано (у складу са пословањем медијске организације) објављена и примљена к знању од стране тамошење публике⁴⁹ - **тзв. места редовног пријема информације**, док су колизионоправно ирелевантна сва она места у којима је дошло до случајног пријема информације.

Као најозбиљнији приговор колзионоправном критеријуму предвидивости истиче се да се овај критеријум цени једнострано, тј. само из угла штетника, док се интереси оштећеног уопште не узимају у обзир⁵⁰. Интерес оштећеног се, према природи ствари, огледа у поуздању у заштиту оног правног поретка у коме се налазе његова правна добра и законом заштићени интереси⁵¹. Он сам одлучује где ће (у коју државу) сместити своја правна добра и на тај начин утиче на одређење места последице⁵². Отуда се овај његов интерес не може занемарити. Међутим, када је реч о личним добрима односно о правима личности, као што су права на част и углед, и повреди ових права преко масмедија ситуација је унеколико другачија⁵³. Наиме, част и углед се, апстрактно посматрано, не могу локализовати на једну или више територија. Реч је о бестелесним правним добрима која представљају скуп социјалних вредности једног лица које не познају државне границе, већ се односе на цео свет⁵⁴. Њихова локализација је могућа једино у вези са њиховом повредом. У тренутку повреде угледа или части одређује се место налажења ових правних добара и у складу са правом овог места оцењује се деликтна одговорност штетника. Када се права личности вређају преко масмедија повреда се локализује свуда тамо где је штетник (медијска организација) циљно пласирао информацију (место редовног пријема информације). Из оваквог начина локализације личних добара могу се извући два закључка. Прво, сам начин повреде (преко масмедија) имплицира да повреда није примарно у вези са повређеним лицем, већ са публиком, тако да разлика између повреде личног добра и повреде телесних правних добара (нпр. уништење ствари – повреда права својине) постаје очигледна: код повреде личности преко масмедија место последице је случајно за оштећеног, јер он нема утицаја на «налажење» повређених интереса⁵⁵ (за разлику од повреда права својине где он одлучује у коју државу ће ставити ствар). Друго,

⁴⁹ Види Kropholler, IPR, str. 514; T. Kristin, *ibid.*, стр. 142; M. von Hinden, *ibid.*, стр. 110; Junker, IPR, стр. 389.

⁵⁰ Тако Looschelders, *Persönlichkeitsschutz im Fällen mit Auslandsberührung*, ZvglRWiss 95, 1996, стр. 72.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² M. von Hinden, *ibid.*, стр. 102; B. Czempel, *ibid.*, стр. 40.

⁵³ Тако M. von Hinden, *ibid.*, стр. 102-104.

⁵⁴ Види *ibid.*, стр. 80.

⁵⁵ *Ibid.*, стр. 103.

штетник (медијска организација) је тај који одлучује да ли и где ће информација бити пласирана, односно где ће бити место последице. Имајући ово виду, не види се зашто би требало инсистирати на захтеву предвидивости места последице код повреде личних права преко масмедија на страни оштећеног, обзиром да није реално да он очекује заштиту правног поретка чију меродавност према природи деликта не може да предвиди, нити се може видети коју конкретну корист би од тога могао имати⁵⁶. Отуда, захтев предвидивости места последице на страни штетника, код повреде права личности преко масмедија, не иде на уштрб интереса оштећеног.

Према томе, уставноправни принцип заштите слободе мишљења и јавног говора, као демократска и цивилизацијска вредност модерног друштва, добија свој колизионоправни израз у критеријуму предвидивости места последице код повреде права личности преко масмедија, што је, такође, у складу са остварењем функције превентивне заштите права личности. У светлу ових вредности, за медијску организацију су предвидива места редовног пријема информације.

На крају, потребно је нагласити да критеријум предвидивости може водити ограничењу на једно место последице (нпр. ако се часопис редовно пласира само у једној држави) или на више њих (када се дистрибуира у више држава). Проблем примене више конкурирајућих права места редовног пријема информације једни решавају принципом повољнијег права у оквиру правила убиквитета⁵⁷, док други принципом мозаичног оцењивања⁵⁸.

2. Уобичајено боравиште оштећеног

Други критеријум ограничавања места последице је место уобичајеног боравишта повређеног. Сматра се да колизионоправно релевантно место последице треба локализовати у месту у којем повређени има уобичајено боравиште. При том се разликују они аутори који, независно од области (држава) редовног пријема информације, сматрају да треба применити место уобичајеног боравишта оштећеног из разлога што су лична права неодвојива од саме личности⁵⁹, и они који полазе од места редовног пријема (предвидивих места последице), при чему као тежишну тачку сматрају оно

⁵⁶ Ibid., стр. 104.

⁵⁷ Види, нпр., Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 429.

⁵⁸ Види нпр. S. Löffler, *ibid.*, стр. 139-141. Принцип мозаичног оцењивања значи да ће се применити свако од меродавних права места последице понаособ за обим штете који је у дотичном месту (држави) настао.

⁵⁹ Тако Staundinger/von Hoffmann, стр. 266.

место редовног пријема у коме повређени има уобичајено боравиште, јер управо тамо губитак његове части и угледа има најснажније дејство⁶⁰.

Први став се критикује из два разлога. Прво, када место уобичајеног боравишта није у оквиру области редовног пријема информације, сматра се да није предвидиво за штетника⁶¹. Код повреде права личности преко масмедија штетник није примарно у вези са повређеним, већ са публиком, тако да се предвидивим местом последице могу сматрати само она места где је информација планирано примљена. Ако уобичајено боравиште оштећеног није уједно и место редовног пријема информације, оно је непредвидиво за штетника. Друго, могуће је да у месту уобичајеног боравишта оштећеног информација није уопште примљена к знању, да, дакле, у том месту није ни дошло до повреде права личности⁶². Нпр. ако би часопис који се пласира у Србији и БиХ објавио вређајуће и нетачне информације о Мајклу Дагласу, да ли би било правично да Мајкл Даглас пред нашим судом може захтевати примену права САД као права места у коме има уобичајено боравиште, обзиром да те информације није примила к знању америчка публика? Ако би се прихватило ово решење, онда би повреда морала да се фингира у месту уобичајеног боравишта повређеног.

Други став се, такође, критикује из два разлога. Прво, у месту уобичајеног боравишта не мора у сваком случају повреда најснажније погодити повређеног, како тврде присталице овог става. Када је, примера ради, реч о славним и познатим личностима, чест је случај да оне бирају места свога редовног боравка у државама у којима су мање познате и где могу у миру да поровде свакодневницу, док свој друштвени и пословни миље концентришу на неком другом месту. У том случају оне не би имале интерес за применом права уобичајеног боравишта⁶³. Друго, овај став не нуди решење за ситуације када се уобичајено боравиште повређеног налази изван области редовног пријема информације.

3. «Познатост»

Као трећи критеријум ограничења спомиње се «познатост» личности (оштећеног). Један део доктрине, позивајући се на *Shevill-case*⁶⁴ Европског

⁶⁰ Види В. Водинелић, *ibid.*, стр. 117.

⁶¹ Тако Т. Kristin, *ibid.*, стр. 142. Супротно Staundinger/von Hoffmann, стр. 266 који сматра да штетник увек може да рачуна са правом уобичајеног боравишта (пребивалишта) оштећеног без обзира где се оно налази, јер је уобичајено да он познаје животну средину повређеног лица, односно при пажљивијем истраживању би морао да је познаје.

⁶² У том смислу М. von Hinden, *ibid.*, стр. 86.

⁶³ Т. Kristin, *ibid.*, стр. 142.

⁶⁴ ES 7.3.1995 – Rs. C 68/93, *Shevill/Presse Alliance*, Slg. 1995 I 415 (nr. 29). Европски суд правде је у тзв. *Shevill-case*, сходно чл. 5 (3) Бриселске конвенције о

суда правде, сматра да број места последице код повреде личних права путем масмедија треба ограничити тако што би била релеватна само она места редовног пријема информације у којима је повређени познат⁶⁵. Иза критеријума познатости се, у ствари, крије критеријум штете, јер се полази од претпоставке да повређени највећу штету трпи управо у државама у којима је познат⁶⁶.

Овај став се критикује из разлога што би се примена критеријума познатости различито одразила на «познате» и «непознате»⁶⁷. Ако би, на пример, о некој познатој глумици на нашим просторима, часопис који се дистрибуира у свим бившим републикама СФРЈ објавио вређајуће и нетачне информације о њеном приватном животу, она би се могла позивати на примену свих ових права јер је у свим тим државама позната. Али, ако би неким (пуким) случајем исти часопис објавио информације које вређају мој углед (асистента приправника из Крагујевца), ја бих се могао позивати само на право Србије, обзиром да ме једино ту одговарајући број људи познаје. Отуда следи да су познате личности у предности, јер би се оне могле позивати на примену више права места последице и сходно принципу повољнијег права изабрати за себе најповољније право, док би непознате личности могле тражити заштиту свог личног права, најчешће, само према праву своје домовине⁶⁸. Најзад, истиче се да познатост треба да има само материјалноправни значај и да се узима у обзир приликом утврђења штете и одмеравања њене накнаде⁶⁹.

В. О критеријумима локализације у нашем праву и закључна оцена

Као што можемо видети проблем локализације места последице код повреде личних права преко масмедија, није нимало једноставан. Шта више, за сваки од горе изнетих ставова се може наћи нека судска одлука у упоредном праву која га у мањој или већој мери поткрепљује. Поставља се

надлежности и признању одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968, одлучио да се може засновати надлежност код повреде угледа неког лица путем штампе само у оним местима објављивања у којима је дотични познат.

⁶⁵ Види Р. Huber, *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien im Rahmen des Europäischen Zivilprozessrechts*, Anmerkung zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 7. März 1995 (Rechtssache C-68/93 – Fiona Shevill u.a./Presse Alliance SA), *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, 1996, стр. 302 (цитирано према М. von Hinden, *ibid.*, стр. 88 (фн. 46) и В. Водинелић, *ibid.*, стр. 84 (фн. 128)).

⁶⁶ *Ibid.*; Види и поменуто Shevill одлуку.

⁶⁷ Тако Т. Kristin, *ibid.*, стр. 139; М. von Hinden, *ibid.*, стр. 89.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, стр. 94; S. Löffler, *ibid.*, стр. 258.

питање које решење треба усвојити за наше право? Одговор на ово питање посебно компликује чињеница да наши судови до сада нису имали прилике да се баве овим питањима, док је у доктрини само једна озбиљна студија⁷⁰ посвећена колизионоправним аспектима повреде личних права у оквиру које су обрађена нека од овде постављених питања.

Према нашем мишљењу, и у нашем међународном деликтном праву критеријум предвидивости би требало да представља позитивни колизионоправни принцип на основу којег се локализује место последице код повреде права личности преко масмедија. Иако тумачење сходно уставу (као посебна врста тумачења) није манир наших судова, мишљења смо да не постоје никакве препреке да се колизионе норме нашег међународног приватног права, па и правило *lex loci delicti commissi*, тумаче у складу са нашим уставноправним нормама и материјалноправним вредностима нашег грађанског права. Сходно томе, критеријум предвидивости места последице има свој полазни основ у начелу заштите поверења као субјективном изразу општег принципа правне сигурности који се изводи из уставноправног начела поделе власти који је прокламован у члану 4. Устава Републике Србије⁷¹, али и из осталих одредби нашег Устава, особито одредбе из члана 3. којим се прокламује принцип владавине права⁷². Када је реч о повредама права личности преко масмедија овај критеријум се посебно оправдава уставноправним принципом слободе мишљења и изражавања који је прокламован у чл. 46. Устава Републике Србије, тако да ово уставноправно начело добија свој колизионоправни израз у критеријуму предвидивости.

Такође, сматрамо да функција превентивне заштите материјалног права личности долази до изражаја и у нашем праву. Наиме, у нашем облигационим праву нематеријална штета због повреде права личности може се досудити у новчаном облику, при чему се наглашава да се циљ ове накнаде не састоји у репарацији, већ у сатисфакцији оштећеног, тако да приликом одређења висине накнаде треба водити рачуна да не дође до комерцијализације личних добара⁷³. Истицањем функције задовољења оштећеног не значи да је

⁷⁰ В. Водинелић, Међународно приватно право личности, Београд, 2003.

⁷¹ Види чл. 4. Устава Републике Србије.

⁷² Принципи владавине права заправо на најјаснији начин јемчи правну сигурност у нашем правном поретку. Чл. 3. Устава Републике Србије: (1) „Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима. (2) Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону“.

⁷³ Види Ј. Радишић, Облигационо право, Београд, 2000, стр. 281; Ж. Ђорђевић/В. Станковић, Облигационо право, Београд, 1986, стр. 460-461; О. Станковић, Новчана накнада неимовинске штете, Београд, 1968, стр. 177-178. Види и чл. 200. (ст. 1. и 2.) Закона о облигационим односима из кога произилази да повређени има право на правичну накнаду чију ће висину суд одредити водећи рачуна о значају

функција превенције занемарена. Она је само у другом плану. Сама претња новчаном накнадом, без обзира на њену висину, представља вид превентивног деловања на потенцијалне повредиоце⁷⁴. Новчана сатисфакција на страни оштећеног огледа се, дакле, у превенцији понашања штетника, без обзира што одмеравање висине накнаде у нашој судској пракси⁷⁵ није тако високо као, на пример, у англосаксонским правима⁷⁶. Новчану накнаду нематеријалне (као и материјалне) штете због објављивања нетачних информација преко средстава јавног информисања предвиђа и Закон о јавном информисању (чл. 79.)⁷⁷. Поред тога, наше облигационо право познаје личноправни захтев за пропуштање (чл. 157. ЗОО)⁷⁸ чији је циљ увек

повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

⁷⁴ Проф. Драгољуб Стојановић истиче да «у области нематеријалне штете, задатак права није лечење већ превенција». Види Коментар Закона о облигационим односима, Београд, 1995, коментар уз чл. 200. ЗОО, стр. 470.

⁷⁵ Види Пресуду Врховног суда Србије, Гж. 13/2004 од 12.2.2004. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2004, стр. 87; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 113/03 од 6.3.2002.г.; Решење Окружног суда у Новом Саду, бр. Гж. 37/00 од 16.3.2000.

⁷⁶ У англосаксонским правима функција новчане накнаде неимовинске штете не састоји се само у сатисфакцији оштећеног, већ и у кажњавању штетника, због чега функција превенције посебно долази до изражаја (тзв. *punitive damages*, види више код Staundinger/von Hoffmann, стр. 155-157). Новчана накнада неимовинске штете као облик приватне казне никада није била прихваћена у нашем праву, као ни у већини континенталних правних система. Када би наш суд дошао у ситуацију да примени право САД на утврђење новчане накнаде неимовинске штете, он би примену овог права одбио позивајући се на јавни поредак, јер је функција кажњавања не спојива са циљевима које жели да оствари наше право вануговорне одговорности. О накнади неимовинске штете као приватне казне види и код О.Станковић, *ibid.*, стр. 55 и даље.

⁷⁷ Чл. 79. Закона о јавном информисању: «Свако лице на које се односи нетачна, непотпуна или друга информација чије је објављивање у складу са овим законом забрањено, као и лице коме није објављена исправка, одговор или друга информација чије објављивање има право да тражи од јавног гласила, у складу са овим законом, а које због њеног објављивања, односно необјављивања трпи штету, има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете у складу са општим прописима и одредбама овог закона, независно од других правних средстава која том лицу стоје на располагању.»

⁷⁸ Чл. 157. ЗОО: «(1) Свако има право захтевати од суда или другог надлежног органа да нареди престанак радње којом се повређује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности. (2) Суд, односно други надлежни орган може наредити престанак радње под претњом плаћања извесно новчане своте, одређене укупно или по јединици времена, у корист повређеног.»

превентиван⁷⁹. Према томе, треба узети да функција превенције код повреде права личности преко традиционалних масмедија долази до изражаја у нашем облигационом праву, што има за последицу да на колизионоправном нивоу починилац буде у позицији да у тренутку свог деловања може утврдити садржину меродавног права, како би могао да схвати апел превенције који је садржан у меродавној материјалноправној норми.

Критеријум предвидивости као колизионоправни израз начела слободе мишљења и изражавања, подупрет функцијом превенције, ограничава број места последице код повреда права личности преко масмедија на она која се налазе у сфери утицаја медијске организације. То су, видели смо, места редовног пријема информације. Ипак, сматрамо да предвидивост треба још више конкретизовати (објективизовати), тако да се предвидивим сматрају *само она места редовној пријема чијој је јавности информација првенствено намењена*. Тако, на пример, национални дневни лист «Вечерње новости» се дистрибуира у 100 000 примерака у нашој земљи, а незнатни број примерака се шаље у поједине стране државе (нпр. 900 примерака у Немачку, 600 у Шведску) редовно с циљем да их читају наши људи који тамо бораве (нпр. наши држављани који раде у нашим конзулатима и амбасадама, као и они који су на привременом раду у иностранству). Сасвим је јасно да је овај лист првенствено намењен нашој домаћој јавности, без обзира на «незнатно пласирање» у страним државама. Према томе, колизионоправно релевантно место последице би било у Србији. Али, треба нагласити да у сваком конкретном случају треба вредновати *«усмерености (намењености) информације одређеној јавности»*, *«обим пласирања информације»*⁸⁰ и *«незнајности пласирања информације»*, што може представљати сложен задатак. Према нашем мишљењу, неки од критеријума за тумачење ових правних стандарда били би број објављених примерака када је реч о деликтима штампе, језик на коме се пласира информација, сама садржина информације и сл.

Иако је у упоредној доктрини и пракси општи тренд да се применом додатних критеријума (уобичајено боравиште, познатост) тражи тежишна тачка везивања за место последице, према нашем мишљењу ови критеријуми се не могу прихватити у нашем међународно деликтном праву из неколико

⁷⁹ Тужба за пропуштање објављивања информације је регулисана и Законом о јавном информисању у чл. 71.: «Ако постоји конкретна опасност поновног објављивања, лице може тужбом захтевати да суд забрани одговорном уреднику да поново објави неистиниту, непотпуну или другу недопуштену информацију која вређа његово право, као и да му запрети плаћањем примерене своте новца предлагачу за случај да поступи противно забрани.»

⁸⁰ М. von Hinden, *ibid.*, стр. 109-110 предлаже да место редовног пријема треба уједно да буде и место најзначајнијег обима пласирања информације, при чему треба занемарити места незнатног пласирања информације.

разлога. Прво, сам начин повреде права личности – преко медија – имплицира да је последица код ових деликата у примарној вези са публиком која прима информације, а не са повређеним лицем. Сходно томе, ако се информација објављује (пласира) у две или више држава чијој је публици и намењена, сматра се да штетник има у виду уставноправни принцип слободе јавног говора и изражавања мишљења и његову конкретизацију у грађанскоправним нормама свих ових држава. Тражењем тежишног везивања могло би се догодити да повреда овог принципа у некој од ових држава буде занемарена. Друго, уобичајеном боравишту се прибегава у циљу колизионоправног уважавања интереса оштећеног. Парадоксално је, према нашем мишљењу, да се позивањем на интересе оштећеног ограничава ризик одговорности штетника, тј. да се смањује број потенцијално меродавних права места последице. То би се противило смислу чл. 28. ст. 1. и 3. ЗРСЗ који безрезервно следи принцип *favor leas*. Најзад, видели смо да критеријум познатости води колизионоправној неједнакости познатих и непознатих лица која се не може оправдати.

Према томе, приликом одређења места последице код повреде права личности преко масмедија треба првенствено имати у виду уставноправно начело слободе мишљења и изражавања које служи заштити интереса и штетника и оштећеног. Овим начелом је, с једне стране, одређена граница слободног деловања медијске организације, а, с друге стране, граница заштите личности оштећеног⁸¹. Његов колизионоправни израз у виду критеријума предвидивости води локализацији последице у месту редовног пријема информације, при чему треба водити рачуна да је информација тамошњој публици и намењена. Када предвидивост води конкуренцији више меродавних права места редовног пријема, примениће се сходно чл. 28. ст. 1. ЗРСЗ повољније право за оштећеног⁸².

⁸¹ У чл. 26. ст. 2. Устава Републике Србије је прописано да се «право на слободу изражавања може (се) ограничити законом, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, ...».

⁸² Тако и Варади/Бордаш/Кнежевић, МПП, стр. 429.

*M. Sc. Slavko Djordjevic,
an assistant*

THE CONSEQUENCES OF THE VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS BY MEDIA

This work deals with the determining of the places where the consequences of the violation of personal rights by mass media occur. The very act of violation (publication or broadcasting in mass media), as well as the nature of the protected good (personal good) implies that the consequences of this damage may appear at several places. Firstly, we attempted to define the place of the consequences of civil offences in international laws, where we made a clear distinction between the place of violation of the legal good and the place of damage, and thus concluded that when a personal right had been violated by mass media, only the place of damage of legal good may be of legal significance related to possible collision. Then, using the legal definition of the place of damage related to the violation of personal rights, we attempted to define relevant criteria for limiting the number of places of these consequences. These criteria are: the expected place of consequences, the usual place of residence of the aggrieved and possible familiarity with the aggrieved. We think that only the criterion of expectancy is reliable enough for drawing a dividing line between the relevant and irrelevant places of consequences and their legal collision. We also believe that this criterion should be taken as a positive law principle in our tort law, which is based on the concept of the protection of trust as a subjective expression of the general principle of legal safety. This principle is derived from the constitutional principle of the division of power (Art. 4 of the Republic of Serbia Constitution), as well as other Constitutional regulations, especially the one from Art 3. which proclaims the rule of law. As for the violation of personal rights by mass media, this criterion is particularly justified by a constitutional principle of freedom of thought and expression (Art. 46 of RS Constitution) and in the preventive protection of personal rights in our material law.

РЕВИЗИЈА ПРОТИВ ПРЕСУДЕ-ОПШТА РАЗМАТРАЊА

УВОД

Установа правноснажности¹ заснива се на потреби да се постигне извесност о питању постојања или не постојања субјективног права поводом кога је дошло до парнице. Овакву природу правноснажности не треба схватити тако да се тачност одлуке којом је спор окончан не може никад довести у питање. У неким случајевима би њена неизмењивост противречила сврси самог парничног поступка – заштити субјективних права. И поред свих гаранција које процесне, а онда и исправно примењене материјално правне норме пружају за законитост поступања суда и тачност саме одлуке, има и ситуација када се морају уважити оправдани разлози који условљавају потребу испитивања и правноснажних одлука. Разлог да правни систем допушта испитивање правноснажних судских одлука је захтев да се обезбеди највиши степен законитости и правичности самог тока суђења и одлуке која му следи.

Поступање и одлука првостепеног суда, па и поступање инстанционог суда по редовном правном леку, не пружа, увек најчвршће гаранције да су утврђења из судске одлуке тачна. Правни систем би био несавршен када не би садржао процесна средства којима се под прописаним условима омогућује испитивање правноснажне одлуке. Таква правна средства су ванредни правни лекови, којима се отклањају могуће неправилности у процедури и примени материјалног права.

Сходно претходно реченом, и у складу са ставом да о ревизији² постоји „обесхрабрујуће велики број радова“³, што указује на врло сложену проблематику овог правног лека, предмет овог рада биће општа разматрања о

¹ Наступањем материјалне правноснажности одлука постаје обавезујућа за суд и странке. Такође, на основу принципа NE BIS IN IDEM, не може се више водити поступак у истој правној ствари и између истих странака (RES IUDICATA).

² У нашем позитивном праву постоје следеће врсте ревизије: ревизија против пресуде, ревизија против решења, директна ревизија и ванредна ревизија.

³ Х. Е. Хенке-наведено према, З.Ивошевић: „Ревизијски разлози“, Судска пракса, бр. 1-2, Београд, 1994.год, стр.11.

ревизији против пресуде кроз сагледавање појма и карактеристика, дозвољености, разлога, поступка и одлука везаних за овај правни лек.

Појам и карактеристике

Ревизија је ванредни правни лек⁴ који се може изјавити против правноснажне пресуде донесене у другостепеном поступку.

Основна сврха ревизије, уз оцену законитости одлука нижих судова, јесте да ревизијски суд формулише ставове о правним питањима и тако остварује сврху уједначавања судске праксе, што је од изузетног значаја за стабилност судског, али и правног система уопште.⁵

По својим карактеристикама ревизија је ограничен, преклузиван, деволутиван (или ремонстративан), несуспензиван и двостран правни лек. Ревизија је комплементаран правни лек⁶ са захтевом за заштиту законитости.

Ревизија је ограничен правни лек у двоструком смислу: може се изјавити само против одређених одлука и из одређених разлога. Она се, пре свега, може изјавити само против одређених одлука другостепеног суда – против правноснажних пресуда другостепеног суда. Против правноснажне пресуде коју је донео првостепени суд ревизија се не може изјавити.⁷ Ревизија је

⁴ У погледу места у систему правних лекова, у упоредном праву, не постоји јединствен третман ревизије. Разликују се: 1. земље које јој дају статус редовног правног лека (Немачка, Аустрија, земље скандинавског права, Италија); 2. већи број страних права одређују ревизију као ванредни правни лек (Француска, Белгија, Холандија), као и Англосаксонске земље код којих је овакав статус ревизије последица судског допуштања, као правила. В. Ракић-Водинелић, Ревизија против пресуде, Нови Сад, 1995. год, стр. 74.

⁵ У Англосаксонским правима читав прецедентни систем, у много јачој мери, наводи судове да једнообразно одлучују. Према томе, правни лек највишем суду није ни једини, ни најважнији инструмент за уједначавање праксе. Он, несумњиво, има и ту улогу, но она је, ипак, у другом плану. Заштита приватног интереса, поготово кад је он имовински, на првом је месту. В. Ракић-Водинелић, *op.cit.* стр. 36.

⁶ Законом о редовним судовима СРС из 1989. год. (СЛ. гласник СРС, 45/89 од 30.09.1989. год.), иако организациони закон, био је уведен у систем правних лекова један нови правни лек-ревизија против одлуке Врховног суда Србије. Овај лек могао се изјавити само против одлука донесених у поступку о имовинским споровима између Републике и аутономне покрајине односно између покрајина. За разлику од ревизије овај лек се могао изјавити само због материјалноправних повреда, није ограничен вредносним критеријумом и није био комплементаран са захтевом за заштиту законитости. Видети, Г. Станковић: „Ревизија против одлуке Врховног суда Србије“, зборник радова Правног факултета у Нишу, XXX, Ниш, 1990. год, стр. 107-117.

⁷ Ако је првостепена пресуда постала правноснажна јер ни једна од странака није изјавила жалбу или је жалба била одбачена као неблагоприятна или недопуштена,

допуштена само ако је претходно била изјављена жалба на првостепену пресуду о којој је другостепени суд одлучио пресудом.⁸ Ревизијом се може побијати само другостепена пресуда донесена у поступку по жалби.⁹ Овакво ограничење ревизије у погледу могућности побијања одређених одлука је последица начела забране „прескакања“ правних лекова.¹⁰

Чињеница да се не може изјавити против свих другостепених пресуда чини, такође, ревизију ограниченим правним леком.

Ревизија је ограничена јер се може изјавити само из одређених разлога: због битних повреда одредаба Закона о парничном поступку¹¹ и због погрешне примене материјалног права.

Могућност да се ревизија изјави само у одређеном року, чини овај правни лек и у том погледу ограниченим. Ревизија се може изјавити у року од 30 дана од дана достављања другостепене правноснажне пресуде. Она је преклузиван правни лек, јер истеком рока који је предвиђен за изјављивање ревизије, губи се право на овај правни лек (чл.394.ст.1.ЗПП).

Ревизија је, по правилу, деволутиван правни лек. Она има деволутиван карактер кад се, као другостепени суд јавља окружни суд и кад Врховни суд поступа као ревизијски суд. У случају када окружни судови поступају као првостепени, а Врховни суд поступа као другостепени, јер апелациони судови нису почели да функционишу, ревизија се нужно јавља као ремонстративни правни лек.¹² Карактер деволутивног правног лека у потпуности ревизија ће имати кад буду установљени апелациони, као другостепени судови, док ће општински и окружни судови бити првостепени.

По природи ствари ревизија нема суспензивно дејство јер се изјављује против правноснажне одлуке. Улагање ревизије не утиче на

она се не може побијати ревизијом јер се не ради о правноснажној пресуди којом је окончан другостепени поступак.

⁸ Другостепени суд одлучује пресудом кад одбија изјављену жалбу, као неосновану, и потврђује првостепену пресуду и кад преиначује првостепену пресуду.

⁹ Евантуално одступање била би примена тзв. директне ревизије чијом употребом може да дође, под одређеним условима, до "прескакања" жалбе као редовног правног лека. Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007.год. стр.504. и 507.

¹⁰ Ревизијом се не може „прескакати“ законом утврђен редослед подношења правних лекова. На њу има право свака странка, без обзира на то је ли она, или њен противник, изјавио жалбу против првостепене пресуде. С. Трива и М. Дика, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 2004. стр. 720.

¹¹ Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр.125/04. У даљем тексту ЗПП.

¹² Видети, Б. Старовић и Р. Кеча, Грађанско процесно право, Нови Сад, 2004. год. стр. 428.

правноснажност одлуке нити на могућност да се на основу ње приступи принудном извршењу. Преовлађује став да одлука против које је употребљена ревизија остаје правноснажна до момента када се покаже да је изјављени правни лек основан. Из овог става могло би се закључити да је и поступак по ревизији само наставак ранијег поступка.¹³

Са ревизијом се упознаје противник подносиоца да би могао да одговори на изјављену ревизију, па је сходно томе ревизија двострани правни лек (чл.402.ст.1.ЗПП).

Ревизија је комплементаран правни лек са захтевом за заштиту законитости и из тог разлога се доставља и надлежном јавном тужиоцу (чл.402.ст.1. и 2.ЗПП). Укључивање надлежног јавног тужиоца у поступак по ревизији одговара функцијама јавног тужилаштва у вези са заштитом правног поретка и друштвеног интереса, заштите уставности и законитости. Ово укључивање може да има вишеструки значај за рад јавног тужилаштва и суда. Стварају се, с једне стране, могућности увида у судске одлуке и ставове ревизијског суда, а са друге стране у овом поступку обезбеђује се и потпунија сарадња суда и јавног тужилаштва на заједничком задатку обезбеђивања пуне заштите правног поретка и законитости.¹⁴

Дозвољеност ревизије

Ревизија је дозвољена¹⁵ само против правноснажне пресуде коју је донео другостепени суд. Истовремено, ревизија нија дозвољена против одлука које су донете у појединим посебним парничним поступцима.¹⁶

Правноснажна пресуда другостепеног суда може се побијати ревизијом само у колико се ради о правним стварима у којима је ревизија дозвољена, што значи да се ревизија не може изјавити против свих другостепених правноснажних пресуда. Дозвољеност ревизије зависи од врсте правне ствари (каузални критеријум) и од вредности предмета спора (вредносни критеријум).¹⁷

¹³ Видети, Д. Палачковић, Парнично процесно право, Крагујевац, 2004. год. стр. 276.

¹⁴ Видети, Р. Лучић: „Ванредни правни лекови у парничном поступку“, Правни живот, бр. 12., Београд, 1979. год. стр. 6-7.

¹⁵ Постоји чак и мишљење по коме треба разликовати појмове допуштености и дозвољености ревизије. Видети, Д. Радоман: „Проблеми ревизије као правног средства“, Одвјетник, бр. 1-2, Загреб, 1970. г. стр. 14-15.

¹⁶ Ревизија није дозвољена у споровима због сметања државине (чл.450.ст.5.ЗПП) као и у споровима мале вредности (чл.478.ст.6.ЗПП).

¹⁷ Видети, С. Трива и М. Дика, *op.cit.* стр. 721.

Ревизија није дозвољена када се ради о имовинскоправним парницама у којима се тужбени захтев односи на потраживања у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе ако вредност предмета спора побијаног дела пресуде не прелази износ од 500.000 динара (чл. 394. ст. 2. ЗПП).

Такође, ревизија није дозвољена када се ради о имовинскоправним парницама у којима се тужбени захтев не односи на новчано потраживање, на предају ствари или на извршење неке друге чинидбе ако вредност предмета спора не прелази износ од 500.000 динара (чл. 394. ст. 3. ЗПП).¹⁸

Кад су у питању одређене врсте имовинско правних ствари, без обзира на вредност предмета спора, ревизија је увек дозвољена. То су следећи случајеви: 1. парнице о праву на издржавање или парнице о праву на укидање издржавања, 2. парнице о праву на накнаду штете због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања, 3. парнице поводом имовинских спорова који настану из противуставних или противзаконитих појединачних аката и радњи којима се правна или физичка лица зависно од седишта, односно пребивалишта стављају у неравноправан положај на јединственом тржишту или на други начин нарушава јединство тржишта, укључујући и парнице о накнади штете, која се проузрокује дискриминационим и монополистичким актима, 4. парнице о споровим због повреде ауторског права, заштите и употребе проналазака и техничких унапређења, узорака, модела и жигова, фирме или назива, као и о споровима због нелојалне утакмице и монополистичког понашања кад се не односе на имовинскоправни захтев (чл. 394. ст. 4. т. 1-4. ЗПП).

Ревизија је дозвољена и у појединим посебним парничним поступцима¹⁹ - у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа (чл. 439. ЗПП) и у парницама поводом колективних уговора (чл. 445. ЗПП). У парницама које се односе на решавање породичноправних спорова ревизија је увек дозвољена осим кад је одредбама Породичног закона²⁰ изричито искључена.²¹

¹⁸ Овим правилима спроводи се, у ствари, разлика између спорова у којима је, с обзиром на природу предмета спора, пресуду могуће напасти и делимично и спорова у којима пресуда може бити нападнута само потпуно. Видети, Б. Познић и В. Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 1999. г. стр. 310.

¹⁹ Ревизија у привредним споровима није дозвољена ако вредност предмета спора побијаног дела правноснажне пресуде не прелази 2.500.000 динара. Видети чл. 486. ст.1. и 2. ЗПП.

²⁰ Породични закон, „Службени гласник РС“, бр. 18/05. У даљем тексту ПЗ.

²¹ По самом Породичном закону ревизија није дозвољена у парницама за поништај и развод брака. Видети чл. 227. ст. 2. ПЗ.

Разлози за ревизију

Ревизија се може изјавити само због: појединих битних повреда одредаба парничног поступка и погрешне примене материјалног права.²²

Ревизија се може изјавити: 1. због битних повреда одредаба парничног поступка, осим због повреде правила о стварној и месној надлежности (чл. 361. ст. 2. т. 4.), 2. због битних повреда одредаба парничног поступка које су учињене у поступку пред другостепеним судом, 3. због погрешне примене материјалног права, 4. због прекорачења тужбеног захтева само ако је та повреда учињена тек у поступку пред другостепеним судом (чл. 398. ЗПП).

До битних повреда одредаба парничног поступка услед којих се ревизија може изјавити долази у поступку пред првостепеним или пред другостепеним судом. Процесне повреде из првостепеног поступка су све оне битне повреде одредаба парничног поступка које увек представљају разлог за жалбу,²³ осим кад се ради о повредама правила о стварној и месној надлежности.²⁴

Ревизија се може изјавити и због битних повреда одредаба парничног поступка уколико су учињене у поступку пред другостепеним судом, кад он није применио или је неправилно применио неко процесно правило, а то је могло бити од утицаја на доношење законите и правилне одлуке.²⁵

Прекорачење тужбеног захтева²⁶ такође може бити разлог за изјављивање ревизије, само ако је та повреда учињена тек у поступку пред

²² Погрешна примена материјалног права постоји кад суд није применио одредбу материјалног права коју је требао да примени или кад такву одредбу није правилно применио. Видети чл. 363. ЗПП.

²³ Ове повреде су одређене таксативно. Њихово постојање није условљено никаквим допунским захтевима, па свака од њих, чим се деси, делује на валидност побијане пресуде. Због њихове ригидности називају се разлозима ништавости. Видети, А. Јакшић, Грађанско процесно право, Уводне теме и парнични поступак, Београд, 2006. г. стр. 579.

²⁴ Ове повреде по оцени законодавца не утичу на правилност правноснажне одлуке и зато се због њих не може изјавити ревизија. Видети чл. 398. ст. 1. т. 1. у вези са чл. 361. ст. 2. т. 4. ЗПП.

²⁵ Кад су у питању релативно битне повреде парничне процедуре учињене у првостепеном поступку, ревизија је и услед њиховог постојања допуштена када је на њих странка указивала жалбом, а другостепени суд их није узео у обзир или их није уважио. Видети, Д. Палачковић, *op. cit.* стр. 278.

²⁶ Прекорачење тужбеног захтева је самостални својеврсни ревизијски разлог. Његова својеврсност је у томе што су у њему измешане особине релативно битних и апсолутно битних повреда парничног поступка. Прекорачење фигурира као релативно битна повреда тиме што се везује само за поступак пред другостепеним судом. Прекорачење фигурира као апсолутно битна повреда парничног поступка

другостепеним судом. О прекорачењу тужбеног захтева²⁷ суд не пази по службеној дужности, него само ако странка на то укаже, тако да та повреда има значај повреде која може да буде битна само по оцени суда.²⁸

Против пресуде донесене у другостепеном поступку, којом се потврђује пресуда на основу признања или на основу одрицања, ревизија се може изјавити само због процесних недостатака који су настали у другостепеном поступку. Другостепена пресуда којом се потврђује првостепена пресуда на основу признања или одрицања не може се побијати због неправилне примене материјалног права јер се она не доноси на основу примене материјалног права.²⁹ Ове пресуде, које су последица диспозитивних парничних радњи странака, доносе се применом процесних правила.³⁰

И погрешна примена материјалног права³¹ представља разлог за изјављивање ревизије. Из овог разлога, без ограничења, ревизија се увек може изјавити, без обзира да ли је у питању интерпретациона или супсумциона грешка, као и да ли је повреда настала у првостепеном или другостепеном поступку.³²

Овај разлог се може тичати и страног права, али не директно него преко примене домаћег прописа који уређује примену страног права (нпр. начин обавештавања о садржини тог права, реципроцитет и сл.).³³

Ревизија се не може изјавити због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.³⁴ Материјална неисправност одлуке није разлог за

тиме што увек и без допунских услова утиче на егзистенцију побијане пресуде. Видети, З. Ивошевић, *op. cit.* стр. 16-17.

²⁷ Закон о парничном поступку разликује квантитативно и квалитативно прекорачење. Квантитативно прекорачење постоји када је досуђено више од онога што је тражено тужбом, а квалитативно прекорачење постоји када је одлучено о нечем другом, а не о ономе што је тужбом тражено. Видети чл. 408. ЗПП.

²⁸ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 509.

²⁹ Постоји и супротно мишљење по коме се ова пресуда може побијати и због погрешне примене материјалног права, ако се стане на становиште да питање давања изјаве о признању, односно одрицању од тужбеног захтева има карактер правних питања. Видети, А. Јакшић, *op. cit.* стр. 580.

³⁰ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 510.

³¹ Под материјалним правом се подразумевају одредбе устава, закона, подзаконских аката, ратификоване међународне конвенције, узансе, обичаји, стандарди, тарифе. Видети, З. Ивошевић, *op. cit.* стр. 14.

³² Видети, М. Марковић: „Правноснажност и ванредни правни лекови у парничном поступку“, Привредно правни приручник, бр. 8., Београд, 1986, стр. 31.

³³ Видети, В. Ракић-Водинелић, *op. cit.* стр. 172-176.

³⁴ У скандинавским правима у ревизијском поступку не прави се разлика између чињеничних и правних питања, и једна и друга се могу покретати. У принципу

ревизију јер је материјална исправност одлуке била предмет контроле и у првостепеном и у другостепеном поступку. Сматра се да су две редовне судске инстанце довољне за контролу материјалне исправности одлуке.³⁵

Погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање не може бити разлог за изјављивање ревизије јер се у поступку по ревизији одлучује о правним питањима.³⁶ Међутим, ако је због погрешне примене материјалног права чињенично стање било непотпуно утврђено, то ће бити разлог о коме ће ревизијски суд водити рачуна по службеној дужности. И кад се ради о тзв. дискриминационим парницама, ревизијски суд по службеној дужности води рачуна и о материјалној исправности побијане одлуке.³⁷

С обзиром на то да ревизијски суд може одлучивати само на подлози оног чињеничног и доказног процесног материјала који је стајао на располагању првостепеном и другостепеном суду, те с обзиром на то да се ревизија не може изјавити због неправилно утврђеног чињеничног стања, оправдано је што се у њој не могу износити нове чињенице и предлагати нови докази од којих зависи оцена основаности тужбеног захтева. У ревизијском поступку могу се износити нове чињенице и предлагати нови докази само ако се они односе на битне повреде одредби парничног поступка.³⁸

Поступак по ревизији

О ревизији увек одлучује Врховни суд Србије.³⁹ Кад је предмет побијања одлука нижестепеног суда, Врховни суд одлучује о ревизији у већу од пет судија (чл. 38. ст. 2. ЗПП). Ако је предмет побијања другостепена одлука коју је донео сам Врховни суд, о ревизији одлучује веће састављено од седам судија (чл. 38. ст. 3. ЗПП).

важи исти систем разлога као за жалбу. Због тога су правне вредности које се ревизијом требају да остваре специфичне, па је сходно томе очигледан приоритет заштита интереса странке. Видети, В. Ракић-Водинелић, *op. cit.* стр. 132.

³⁵ Видети, С. Трива и М. Дика, *op. cit.* стр. 723.

³⁶ Разграничење чињеница од правних питања је вечито питање ревизије које не може никада у потпуности да се реши задовољавајуће на апстрактан начин. У правној пракси, примећује се тенденција проширења инвеституре ревизијског суда и на она питања која се, по правилима науке, сматрају класично чињеничним. А. Јакшић, *op. cit.* стр. 511.

³⁷ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 511.

³⁸ С. Трива и М. Дика, *op. cit.* стр. 731.

³⁹ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/06. У тексту устава говори се о Врховном касационом суду као највишем суду у Републици Србији. Видети чл. 143. ст. 4. и 5. Устава Републике Србије.

Странка која је незадовољна правноснажном пресудом другостепеног суда изјављује ревизију.

У поступку по ревизији предвиђено је обавезно адвокатско заступање (чл. 84. ст. 2. ЗПП).

Ограничење постулативне способности у поступку по ревизији и увођење обавезног адвокатског заступања било је мотивисано посебним правно-политичким и правно-техничким разлозима.⁴⁰

Један од разлога било је настојање законодавца да парничарима омогући квалификовано и квалитетно заступање пред највишом судском инстанцом ради оптималног и ефективног остваривања њихових интереса и њиховог права на правну заштиту. Увођењем обавезног адвокатског заступања, све странке су изједначене у праву да буду стручно заступане и елиминисана је могућност заступања од стране неквалификованих пуномоћника, те су и на тај начин заштићени њихови интереси.⁴¹

Адвокати, као професионални заступници, вршењем своје функције, требало би да омогућавају, по ставу законодавца, да се квалитетно оствари контрола законитости у поступку пред највишом судском инстанцом у чијем су фокусу искључиво правна питања. Осим тога, адвокат може да помогне странци која је незадовољна судском одлуком да схвати да практично нема места изјављивању ванредног правног лека јер нису испуњени законски услови, да својим саветом спречи да странка донесе нерационалну одлуку и да на тај начин избегне непотребне трошкове евентуалног покретања поступка по овом ванредном правном леку.⁴²

Други разлог који је мотивисао законодавца био је заштита јавног интереса-настојање да се омогући што квалитетније решавање спора у поступку контроле законитости, пружање законите правне заштите у циљу заштите правног поретка и обезбеђивање помоћи суду у остваривању принципа суђења у разумном року. Стручно заступање које врше професионални заступници треба да обезбеди, поред бољег квалитета правне заштите, реализацију интереса самог судског система на плану убрзања поступка и ажурност и растеређивање највише судске инстанце великог броја неосновано изјављених правних лекова.⁴³ Увођењем обавезног адвокатског

⁴⁰ Г. Станковић: „Обавезно адвокатско заступање у поступку по ревизији и захтеву за заштиту законитости“, www.informator.co.yu/informator/tekstovi/tema-1206.htm.

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

⁴³ У стручној експертизи нацрта ЗПП-а, која је вршена у оквиру Савета Европе један од угледних рецензена је навео да је обавезно адвокатско заступање у поступку по ревизији веома похвално јер једино ангажовање адвоката гарантује да је поступак у складу са правилима парничног поступка.

заступања, истовремено је елиминисана могућност заступања од стране надриписара.⁴⁴

Према ставу законодавца, управо на овај начин се конкретизује право на закониту, једнаку и правичну заштиту предвиђено у члану 2.ЗПП, у одредби члана 6. Европске конвенције⁴⁵ и члана 36. Устава Републике Србије.⁴⁶

Поступак поводом ревизије одвија се пред првостепеним и пред ревизијским судом.Ревизија се подноси суду који је изрекао првостепену пресуду (чл. 400. ЗПП).

Првостепени суд је овлашћен да испита да ли је изјављена ревизија благовремена, потпуна, и допуштена. Неблаговремену, непотпуну или недозвољену ревизију првостепени суд ће одбацити без одржавања рочишта. Ревизија је неблаговремена ако је изјављена по протеку рока од тридесет дана од дана достављања преписа пресуде, а непотпуна ако не садржи означавање пресуде која се побија ревизијом и потпис адвоката.⁴⁷

Ревизија је недозвољена: 1. ако је није изјавило овлашћено лице, 2. ако је ревизију изјавило лице које није адвокат, 3. ако је ревизију изјавило лице које је одустало од ревизије, 4. ако лице које је изјавило ревизију нема правни интерес за подношење ревизије, 5. ако је ревизија изјављена против пресуде која се не може побијати ревизијом (чл. 401. ЗПП-а).

Кад је ревизија благовремена, потпуна и допуштена, председник већа доставља примерак ревизије противној странци на одговор и јавном тужиоцу у року од осам дана. Јавном тужиоцу се, уз примерак ревизије, доставља и препис пресуде против које је изјављена ревизија. Противна странка има право да изјави одговор на ревизију у року од петнаест дана од дана достављања ревизије.По пријему одговора или по протоку рока за одговор, првостепени суд доставља ревизију и одговор са свим списима ревизијском суду преко другостепеног суда у року од петнаест дана (чл. 402. ЗПП-а).

Ревизијски суд испитује најпре да ли је ревизија допуштена. Неблаговремену, непотпуну или недопуштену ревизију ревизијски суд одбацује решењем ако је то препустио да учини првостепени суд. Ревизијски суд даље испитује да ли је ревизија дозвољена и основана.⁴⁸

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са протоколом бр.11. „Службени лист СЦГ“, међународни уговори, бр. 9/03, стр. 16.

⁴⁶ И Уставни суд Србије био је у позицији да се изјашњава о уставности одредбе ЗПП-а о обавезном адвокатском заступању. Видети Одлуку Уставног суда Србије бр. 2795. од 28. 09. 2006. г, „Службени гласник РС“, бр. 106/06. од 24. 11. 2006. г.

⁴⁷ Исто се поступа као и код жалбе.Видети члан 411. ЗПП-а у вези са чланом 357. и 358.ЗПП-а.

⁴⁸ Видети чл. 404.ЗПП.

Уколико је ревизија дозвољена, ревизијски суд испитује побијану пресуду само у оном делу у коме се она побија ревизијом и у границама разлога наведених у ревизији, пазећи по службеној дужности само на битну повреду одредаба парничног поступка која се односи на страначку способност, парничну способност и уредност заступања, уколико се оне односе на подносиоца ревизије.⁴⁹

Ревизијски суд одлучује без расправе, у нејавној седници, што је и разумљиво јер се одлучује о питањима чисто правне природе.⁵⁰

Одлука ревизијског суда се доставља првостепеном суду преко другостепеног суда. Првостепени суд доставља одлуку по ревизији странкама. Примерак одлуке ревизијског суда доставља се и јавном тужиоцу.⁵¹

Одлуке ревизијског суда

Овлашћења ревизијског суда могу се поделити на касаторна и ревизиона (реформаторна).⁵²

Ревизијски суд има касаторна овлашћења кад утврди да постоје битне повреду парничног поступка које представљају разлог за изјављивање ревизије или о којима ревизијски суд води рачуна по службеној дужности. У том случају ревизијски суд доноси решење којим укида у целини или делимично пресуду другостепеног и првостепеног суда или само пресуду другостепеног и предмет враћа на поновно суђење истом или другом већу првостепеног или другостепеног суда, односно другом надлежном суду (чл. 406. ст. 1. ЗПП).

Уколико утврди да је одлучено о захтеву који не спада у судску надлежност, да је одлучено о захтеву по тужби која је подигнута после законом прописаног рока, да је одлучено о захтеву о коме је већ раније правноснажно одлучено или је закључено судско поравнање, ревизијски суд ће решењем укинути донесене одлуке и одбацити тужбу (чл. 406. ст. 2. ЗПП).

Кад ревизијски суд утврди да је у претходном првостепеном или другостепеном поступку, одлучивано и ако су постојале процесне сметње у погледу страначке или парничне способности или уредног заступања и тичу се странке која је изјавила ревизију, ревизијски суд ће, с обзиром на

⁴⁹ Видети чл. 399. ЗПП.

⁵⁰ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 511.

⁵¹ Видети чл. 410. ЗПП.

⁵² Ревизионо овлашћење се односи на могућност да се донесе нова одлука о предмету спора, а касаторно овлашћење на могућност само да се укине одлука нижег суда и предмет врати на поновно расправљање и одлучивање. Видети, В. Ракић-Водинелић, *op. cit.* стр. 19-33.

природу повреде, укинути у целини или делимично донесене одлуке и одбацити тужбу или ће предмет вратити на поновно суђење (чл. 406. ст. 1. и 2. ЗПП).

Ако утврди да је другостепеном пресудом прекорачен тужбени захтев тиме што је досуђено више од онога што је тражено, ревизијски суд ће укинути другостепену пресуду у делу у коме је прекорачен тужбени захтев. Ако је прекорачен тужбени захтев тако што је одлучено о нечем другом, а не о ономе што је тужбом тражено, ревизијски суд ће укинути другостепену пресуду и предмет вратити на поновно суђење (чл. 408. ЗПП).

Ако ревизијски суд нађе да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено и да због тога нема услова за преиначење побијане пресуде, решењем ће усвојити ревизију, укинути у целини или делимично пресуду првостепеног и другостепеног суда или само пресуду другостепеног и предмет вратити на поновно суђење истом или другом већу првостепеног, односно другостепеног суда (чл. 407. ст. 2. ЗПП).

Ревизиона овлашћења ревизијског суда су доста уска јер он може само да преиначи другостепену пресуду ако је она резултат погрешне примене материјалног права (чл. 407. ст. 1. ЗПП).

Поводом ревизије ревизијски суд одлучује решењем и пресудом.

Решење доноси: 1. кад одбацује ревизију као неблаговремену, непотпуну или недопуштену ако то не учини првостепени суд, 2. кад усваја ревизију и укида нападнуту пресуду и предмет враћа надлежном nižем суду на поновно суђење, 3. кад усваја ревизију, укида побијану пресуду и одбацује тужбу, 4. кад усваја ревизију и укида побијану пресуду због прекорачења тужбеног захтева.⁵³

Пресуду доноси: 1. кад одбија ревизију као неосновану и 2. кад усваја ревизију и преиначује побијану пресуду због неправилне примене материјалног права.⁵⁴

Закључак

Ревизија, као правни лек, у нашем процесном систему имала је у различитим периодима сасвим различита својства, односно правне карактеристике. Дуго времена ревизија је била редовно правно средство против другостепених пресуда, затим су промене ишле у правцу ограничења њене примене у овом облику, а наредни корак је био њено сврставање у ред ванредних правних лекова. У тренутку писања овог рада ревизија је још увек ванредни правни лек, међутим већ увелико је

⁵³ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 512.

⁵⁴ Г. Станковић, *op. cit.* стр. 513.

актуелна идеја промене постојеће регулативе у правцу њеног поновног сврставања у ред редовних правних лекова.

При предлагању извесних нових решења, побољшања и изношења евентуалне критике увек треба поћи од тренутно важећег уређења ревизије. Постојеће решење којим је у области ревизијског права ограничена постулативна способност и уведено обавезно адвокатско заступање у поступку по ревизији било је мотивисано посебним правно-политичким и правно-техничким разлозима. Евидентне су многе позитивне карактеристике оваквог решења којима се законодавац руководио. Али исто тако евидентне су и одговарајуће недоумице и питања која се намећу у погледу овог решења. Нису ли оваквим решењем, дипломирани правници са положеним правосудним испитом, који су у радном односу код привредних субјеката, дискриминисани у односу на адвокате, иако имају исте квалификације, јер они не могу да заступају своје послодавце, који су у тој ситуацији принуђени да ангажују адвокате? Може ли овакво решење да доведе до тога, с обзиром да је наша земља у фази транзиције и да су веома актуелне приватизације кроз које може да дође до промене власника привредних субјеката, да дипломирани правници са положеним правосудним испитом остану без посла, с обзиром да по овом решењу они не могу оно што адвокати могу, упркос истој квалификацији? На једној страни, из наведеног се намећу питања адвокатских хонорара, односно трошкова обавезног адвокатског заступања, а на другој страни се намеће питање савесности, односно понашања самих адвоката. Ланчано, уз цео овај низ питања која се постављају везано за ово законско решење, поставља се и питање не дира ли се овим решењем у слободу избора пуномоћника. То су све питања или само размишљања на која пракса и време треба да дају одговоре.

Наведени став, постављено питање или само размишљање, представља запажање до кога се дошло обрадом ове теме, а никако претенциозну жељу за критиковањем законодавца и самог закона, јер је несумњиво да постојећа решења представљају, ако ништа друго, оно покушај да се оствари побољшање у области ревизијског права. Оно што је евидентно, је да се код нас већ довољно експериментисало са овим правним леком и то увек на релативно кратак рок. Да би се, међутим оценила оправданост, сврсисходност као и ефикасност уређења једног правног института потребно је да прође много више времена него што смо то нашим досадашњим ревизијама допуштали.

Milan Maric,
an assistant

JUDGEMENTS' REVISIONS – GENERAL OVERVIEW

The theme of this work is a general overview on judgements' revisions.

The introductory part speaks in general about judgements becoming effective and outstanding legal remedies, summing up the entire work structure.

The part of the work entitled "Concept and characteristics" speaks about the concept and purpose of judgements' revisions, as well as their basic characteristics that make them limited, preclusive, devaluative, non-suspensive and two-sided legal remedies.

The next part, called "Permissibility of revision" describes in details in what cases and under what conditions a revision is permissible and when this legal remedy is not allowed.

The next part of the work speaks about the reasons for resorting to revision. Two major groups of reasons have emerged: when key rules of civil procedure have been violated and when the material law has been inadequately applied. Every reason is further elaborated.

The part entitled "Revision procedure" describes in general the procedural steps underling the mandatory presence of a legal representative. The part also briefly deals with the issue of jurisdiction and the composition of the revision court depending on the type of the contested decision.

In the part of this work that speaks about decisions, a distinction is made between cassatory and revisory authority of revision courts, as well as between the decisions given in the form of decrees and judgements. This part also describes the decisions made by the revision court.

The final part of this work brings concluding opinions as well some perceptions of the author on this matter.