

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

ПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ И
СТАНДАРДИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И
САВЕТА ЕВРОПЕ

Књига IV

ПРИРЕДИО:
Проф. др Станко Бејатовић

Крагујевац
2009.

**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 Ивана Симовић-Хибер

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Миодраг Мићовић

ПРИРЕДИО: Проф. др Станко Бејатовић

ШТАМПА: Правни факултет Крагујевац
ТИРАЖ: 200 примерака

ISBN 978-86 - 7623 - 010 - 5

Штампање Зборника подржало Министарство науке и технолошког
развоја Републике Србије

ПРЕДГОВОР

Једна од особености стања правног система Републике Србије, у времену чији смо савременици, јесте и рад на окончању његове реформе. О разлозима овог посла, као и разлозима његовог што квалитетнијег окончања, сувишно је говорити. Све је већ поодавно кристално јасно. Међутим, и поред тога треба, и овом приликом, још једном истаћи чињеницу која мора бити стално присутна у раду на окончању реформе правног система Републике Србије. Она је резултат једног од садашњих приоритета наше државе као целине, а то је њено пуноправно чланство у Европској унији. Један од незаобилазних услова који мора да буде испуњен ако хоћемо (а морамо) да стигнемо до тог циља је потпуно усаглашавање нашег правног система са правним системом Европске уније израженим, пре свега, у општеприхваћеним правним стандардима исте, као и општеприхваћеним правним стандардима Савета Европе. Управо имајући у виду овакав значај испуњења овог услова како за државу као целину тако и за све њене субјекте (грађане и правна лица) сасвим је нормално да ова проблематика представља приоритет у деловању не само најзначајнијих владиних и невладиних асоцијација и других правних субјеката већ и сваког њеног грађанина. Полазећи од овог, а у жељи да дамо што већи допринос процесу усаглашавања правног система Републике Србије са општеприхваћеним правним стандардима Европске уније и Савета Европе, а тиме и да дамо свој допринос испуњености услова за наше пуноправно чланство у заједници којој смо суштински увек припадали, већ четврту годину интензивно радимо на научно - истраживачком пројекту који треба да да одговор на два кључна питања текућег процеса усаглашавања нашег правног система са општеприхваћеним правним стандардима Европске уније и Савета Европе. Прво питање се тиче анализе досадашњег степена усаглашености правног система Републике Србије са овим стандардима, а друго давање предлога за постизање потпуног степена хармонизације правног система Републике Србије са стандардима који представљају предмет анализе у раду на овом пројекту. И управо захваљујући овом раду, након четири године изучавања ове проблематике, дошли смо до нових резултата рада како по питању утврђивања степена усаглашености тако и по питању путева и начина потпуне хармонизације правног система Републике Србије са општеприхваћеним правним стандардима Европске Уније и Савета Европе, и исте чинимо, путем овог (четвртог по реду) зборника радова доступним нашој стручној и не само стручној јавности.

Презентујући постигнуте резултате у раду на овом пројекту нашој стручној, и не само стручној, јавности дубоко смо убеђени, а то нам је и искрена жеља, да ће радови који се објављују у овом зборнику а који су резултат рада на истоименом научно-истраживачком пројекту бити од не

малог значаја како за адекватно сагледавање степена усаглашености тако и путоказ начина потпуне хармонизације правног система Републике Србије са правним системом Европске уније. Ако стручна критика радова објављених у овом зборнику покаже да су испуњена наша очекивања то ће учесницима рада на овом пројекту бити не само пуна сатисфакција за сав до сада уложени рад већ и подстрек за наш предстојећи рад на изучавању ове надасве актуелне проблематике наше државе као целине. Искрено се надамо да смо, с обзиром на садржај зборника, успели да остваримо све задате циљеве и да ће овај зборник бити незаобилазна стручна литература у расправи о било ком питању које се тиче проблематике која чини њен предмет. У још искренијем очекивању да ће наша нада бити остварена и да ће наша стручна јавност потврдити наша очекивања о оцени квалитета овог зборника, аутори радова као чланови научно-истраживачког тима изражавају посебну захвалност Министарству за науку и технолошки развој Републике Србије што је прихватило и четврту годину узастопног рада на овом пројекту и што је одобрило финансијска средства за штампање овог зборника радова. Без овакве помоћи рад на пројекту било би немогуће реализовати, а без резултата рада на овом пројекту Република Србија би остала ускраћена за једну свестрану анализу проблематике која, као што је то истакнуто већ на самом почетку предговора, представља један од приоритета у остваривању предуслова који воде до пуноправног чланства у Европску унију и који као такви сврставају Србију у ред држава уређених по стандардима заједнице чији ћемо, надајмо се у времену које представља нашу блиску будућност, постати и формалан члан.

У Крагујевцу, .
новембра месеца 2009. год

Проф. др Станко Бејатовић

САДРЖАЈ

Одељак I

ПРАВНА ИСТОРИЈА

1. Др Марко Павловић, редовни професор КНЕЗ МИХАИЛОВИ УГОВОРИ СА СУСЕДИМА.....	3

Одељак II

УПРАВНО И РАДНО ПРАВО

1. Др Невенка Бачанин, редовни професор О ИНСПЕКЦИЈСКОМ НАДЗОРУ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ	27
2. Мр Зоран Јовановић, асистент ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ КАО ОБЛИК ВРШЕЊА ПОСЛОВА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	37
3. Др Радоје Брковић, редовни професор ПОСЛОВНИ ТРАНСФЕРИ У КОНТЕКСТУ СТЕЧАЈА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	55
4. Мр Бојан Урдаревић, асистент АТИПИЧНЕ ФОРМЕ ЗАПОШЉАВАЊА У УСЛОВИМА ГЛОБАЛНЕ ЕКОНОМСКЕ КРИЗЕ	71

Одељак III

КРИВИЧНО ПРАВО

1. Др Станко Бејатовић, редовни професор СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ И ДРУГЕ ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ КАО ИНСТРУМЕНТИ НОРМАТИВНЕ ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА	85
2. Др Бранислав Симоновић, редовни професор ПРАВНИ АСПЕКТИ АЛТЕРНАТИВНОГ СЕКТОРА БЕЗБЕДНОСТИ У СРБИЈИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ	107
3. Др Снежана Соковић, редовни професор ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У Р СРБИЈИ: ПРАВНИ ОКВИР, ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ И ОРГАНИЗАЦИЈА	123

II

4. Др Ивана Симовић Хибер, редовни професор ОСНОВНИ ТЕОРИЈСКИ МОДЕЛ УЧИНИОЦА КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ДЕСТАБИЛИЗУЈУЋИ ИЗУЗЕЦИ	143
5. Др Божидар Бановић, ванредни професор ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА ХАПШЕЊЕ КАО ОБЛИК МЕЂУНАРОДНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ПОМОЋИ	161
6. Марија Јовановић, сарадник у настави СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ.....	181

Одељак IV

ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. Др Нина Планојевић, доцент ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕОВЛАШЋЕНОГ РАСПОЛАГАЊА ХАРТИЈАМА ОД ВРЕДНОСТИ	205
2. Мр Срђан Владетић, асистент ФИДУЦИЈАРНА СВОЈИНА У ЦРНОЈ ГОРИ	217
3. Марија Мићковић, сарадник у настави ОДРЖАЈ ПОЗИТИВНО-ПРАВНО И ПО НАЦРТУ ЗАКОНИКА О СВОЈИНИ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА СРБИЈЕ	227

Одељак V

ПОРОДИЧНО И НАСЛЕДНО ПРАВО

1. Др Зоран Поњавић, редовни професор ПРИВАТИЗАЦИЈА ПОРЕКЛА -Уговорно регулисање порекла детета према родитељима	245
2. Др Драгица Живојиновић, ванредни професор НИШТАВОСТ ФАЛСИФИКОВАНОГ ЗАВЕШТАЊА	259
3. Мр Вељко Влашкивић, асистент ОСВРТ НА ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ О УСВОЈЕЊУ ИЗ 2008. ГОДИНЕ	269
4. Бојана Мићовић, сарадник у настави ПРЕСТАНАК БРАЧНОГ УГОВОРА	285

Одељак VI

ПРИВРЕДНО ПРАВО

1. Др Миодраг Мићовић, редовни професор ДИРЕКТИВА ЕУ 2008/48 И ЗАШТИТА КОРИСНИКА ПОТРОШАЧКОГ КРЕДИТА.....	301

2. Зоран Вуковић, асистент-приправник ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД ПОТРОШАЧКОГ УГОВОРА У СВЕТЛУ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА И НАЦРТА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА СРБИЈЕ	313

Одељак VII

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

1. Др Радован Вукадиновић, редовни професор ПОСАО ФОРФЕТИРАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРОМЕТУ	339
2. Др Душица Палачковић, редовни професор СУД ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА СЛУЖБЕНИЧКЕ СПОРОВЕ (EUROPEAN UNION CIVIL SERVICE TRIBUNAL) - надлежност и општа правила тока поступка	351
3. Др Милена Петровић, ванредни професор МЕЂУНАРОДНА ЛИТИСПЕНДЕНЦИЈА: РЕШЕЊА СРПСКОГ ПРАВА	365
4. Мр Славко Ђорђевић, асистент ИСКЉУЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ ДОМАЋЕГ СУДА ЗБОГ ИСКЉУЧИВЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СТРАНОГ СУДА	377
5. Милан Марић, асистент-приправник УРЕЂЕЊЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	385
6. Јован Вујичић, сарадник у настави ПОНУДА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ	399
7. Тамара Ђурђић, сарадник у настави ПРЕДУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕМА ПРАВИЛИМА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА	419

Одељак VIII

ПРАВНО-ЕКОНОМСКА ПИТАЊА

1. Др Свето Пурић, редовни професор КВАЛИТЕТ ХРАНЕ КАО УСЛОВ ЗДРАВЉА И ЗДРАВЕ ЕКОЛОГИЈЕ СРПСКЕ ЗБИЉЕ	441
2. Др. Нада Тодоровић, ванредни професор ТРЖИШТЕ ЗА ПРОПУСКНЕ (ПРОЛАЗНЕ) ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ	449
3. Др Јасмина Лабудовић, доцент ИЗВОРИ СРЕДСТАВА ЗА УЛАГАЊЕ КОМПАНИЈА ЗА ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА-.....	459

IV

Одељак IX

РАЗЛИЧИТИ ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ

1. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
СЛОБОДА ОКУПЉАЊА ПРЕМА ЕВРОПСКОЈ
КОНВЕНЦИЈИ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА
И ПОВЕЉИ О ОСНОВНИМ ПРАВИМА ЕУ 479
2. Др Емилија Станковић, ванредни професор
НАСТАВА И ИЗУЧАВАЊЕ РИМСКОГ ПРАВА У СРБИЈИ 493
3. Др Драган Батављевић, ванредни професор
ФЕДЕРАЛИЗАЦИЈА ЕВРОПЕ
И МОГУЋНОСТИ ЗА РЕФОРМУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 505
4. Мр Дејан Матић, асистент
ЈОВАН ФИЛИПОВИЋ, ТВОРАЦ ПРВОГ СИСТЕМА
ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА У СРБИЈИ 527

CONTENT

Chapter I **LEGAL HISTORY**

1. Prof. Dr. Marko Pavlovic, a full-time professor PRINCE MIHAILO'S TREATIES WITH THE NEIGHBORING STATES.....	3

Chapter II **ADMINISTRATIVE LAW AND LABOUR LAW**

1. Prof. Dr. Nevenka Bacanin, a full-time professor ON SUPERVISION IN SERBIAN LEGAL SYSTEM	27
2. M.Sc. Zoran Jovanovic, an assistant PUBLIC AGENCIES AS A FORM OF STATE ADMINISTRATION ACTIVITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA	37
3. Prof. Dr. Radoje Brkovic, a full-time professor BUSINESS TRANSFERS IN THE CONTEXT OF BANKRUPTCY IN COMPARATIVE LAW	55
4. M.Sc. Bojan Urdarevic, an assistant ATYPICAL FORMS OF EMPLOYMENT IN THE CONDITIONS OF THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS	71

Chapter III **CRIMINAL LAW**

1. Prof. Dr. Stanko Bejatovic, a full-time professor AGREEMENT ON PLEADING GUILTY AND OTHER SIMPLIFIED FORMS OF PROCEEDINGS IN CRIMINAL LAW OF SERBIA AS AN INSTRUMENT OF NORMATIVE EFFICENCY OF CRIMINAL PROCEDURE	85
2. Prof. Dr. Branislav Simonovic, a full-time professor LEGAL ASPECTS OF ALTERNATIVE SECURITY SECTOR IN SERBIA AND EUROPEAN STANDARDS	107
3. Prof. Dr. Snezana Sokovic, a full-time professor EXECUTION OF CRIMINAL PENALTIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA: LEGAL FRAMEWORK, BASIC PRINCIPLES AND ORGANIZATION	123

VI

4. Prof. Dr. Ivana Simovic Hiber, a full-time professor THE BASIC THEORETICAL MODEL OF THE CRIMINAL ACT PERPETRATOR AND DESTABILIZING EXCEPTIONS	143
5. Prof. Dr. Bozidar Banovic, an associate professor EUROPEAN ARREST WARRANT AS A FORM OF INTERNATIONAL LEGAL AND CRIMINAL ASSISTANCE	161
6. Marija Jovanovic, an associate GUILTY PLEA AGREEMENT	181

Chapter IV **CIVIL LAW**

1. Dr. Nina Planojevic, a docent CIVIL CONSEQUENCES OF UNAUTHORIZED POSSESSION OF SECURITIES	205
2. M.Sc. Srdjan Vladetic, an assistant FIDUCIARY PROPERTY IN MONTENEGRO	217
3. Marija Mickovic, an associate PRESCRIPTION FROM LEAGL ASPECT AND ACCORDING TO DRAFT CODE ON PROPERTY OF REPUBLIC OF SERBIA	227

Chapter V **FAMILY LAW AND LAW OF SUCCESSION**

1. Prof. Dr. Zoran Ponjavic, a full-time professor PRIVATIZATION OF ORIGIN - Contractual regulation of the child origin towards the parents-	245
2. Prof. Dr. Dragica Zivojinovic, associate professor NULLITY OF THE COUNTERFEIT WILL	259
3. M.Sc. Veljko Vlaskovic, an assistant A REVIEW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON ADOPTION 2008.	269
4. Bojana Micovic, an associate TERMINATION OF THE MARITAL CONTRACT	285

Chapter VI **COMERCIAL LAW**

1. Prof. Dr. Miodrag Micovic, a full-time professor DIRECTIVE EU 2008/48 END THE PROTECTION OF CONSUMER LOAN USERS	301

2. Zoran Vukovic, an assistant	
THE RIGHT OF WITHDRAWAL FROM CONSUMER'S	
CONTRACTIN THE LIGHT OF COMMUNITY LAW	
AND THE CONSUMER PROTECTION BILL OF SERBIA	313

Chapter VII

INTERNATIONAL LAW

1. Prof. Dr. Radovan Vukadinovic, a full-time professor	
FORFEITING IN INTERNATIONAL TRANSACTIONS	339
2. Prof. Dr. Dusica Palackovic, a full-time professor	
EUROPEAN UNION CIVIL SERVICE TRIBUNAL	
- jurisdiction and general rules of the procedure	351
3. Prof. Dr. Milena Petrovic, an associate professor	
INTERNATIONAL LITISPENDENCE: SOLUTIONS	
OF THE SERBIAN LEGAL SYSTEM	365
4. M.Sc. Slavko Djordjevic, an assistant	
EXCLUSION OF JURISDICTION OF DOMESTIC COURT	
BECAUSE OF EXCLUSIVE JURISDICTION OF FOREIGN COURT	377
5. Milan Maric, an assistant	
REGULATION OF THE EUROPEAN COURT	
FOR HUMAN RIGHTS	385
6. Jovan Vujicic, an associate	
OFFER ACCORDING TO UNITED NATIONS	
CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE	
INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)	399
7. Tamara Djurdjic, an associate	
PRECONTRACTUAL LIABILITY ACCORDING TO	
EUROPEAN CONTRACT LAW	419

Chapter VIII

LAW AND ECONOMICS MATTERS

1. Prof. Dr. Sveto Puric, a full-time professor	
QUALITY OF FOOD AS A CONDITION FOR HEALTH	
AND HEALTHY ECOLOGY OF SERBIAN REALITY	441
2. Prof. Dr. Nada Todorovic, an associate professor	
THE MARKET FOR PASS-THROUGH SECURITIES	449
3. Dr. Jasmina Labudovic, a docent	
SOURCES OF INVESTMENTS FOR	
LIFE INSURANCE COMPANIES	459

VIII

Chapter IX

VARIOUS LEGAL ISSUES

1. Prof. Dr. Nenad Djurdjevic, a full-time professor FREEDOM OF ASSEMBLY ACCORDING THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF EU	479
2. Prof. Dr. Emilija Stankovic, an associate professor TEACHING AND RESEARCH OF ROMAN LAW IN SERBIA	493
3. Prof. Dr. Dragan Batavljic, an associate professor FEDERALIZATION OF EUROPE AND POSSIBILITIES FOR EU REFORM	505
4. M.Sc. Dejan Matic, an assistant JOVAN FILIPOVIC, THE CREATOR OF THE FIRST SYSTEM OF PHILOSOPHY OF LAW IN SERBIA	527

Одељак I

Правна историја

*Др Марко Павловић,
редовни професор*

UDK: 949.711"18"

КНЕЗ МИХАИЛОВИ УГОВОРИ СА СУСЕДИМА

Кнез Михаило је био први владар модерне Србије који је, уставно-правно и фактички, успоставио њен *ius contrahendi*. У Преображенском уставу (§10. Устројства Државног савета) налазила се одредба по којој „Књаз једини заступа и представља Србију спрам страни држава. Он закључује уговоре, и прави конвенције...” Прва велика примена ове одредбе, која је за Србију значила манифестацију суверености, био је уговор о регулисању телеграфске службе. Наиме, кнез Михаило је, 21. септембра 1861. потврдио уговор „закључен између правителства србског, аустријског, турског и саједињени књажества молдавског и влашког, о регулирању службе телеграфске”.¹ Србија се, дакле, у овом међународном уговору јављала као равноправна страна уговорница са Турском која је номинално важила за њеног сизерена. Номинални сизерен, пак, на овај начин, постајао је илузорни сизерен, сизерен који индиректно даје међународно признање свом већ бившем вазалу.²

Посебно место у оживотворењу међународног права уговарања имали су, углавном тајни, уговори са представницима суседних народа, односно њихових држава или народних покрета. Низ уговора које је кнез Михаило закључио крајем шездесетих година XIX века пао је у време када је начело народности било ухватило корена у европској политици и наговештавало прекрајање карте Европе по мери нових, националних држава.

Начело народности

До повратка Обреновића на престо Србије дошло је у време када се у међународно право пробијало начело народности, начело по коме је свака нација имала право „да буде уједињена у једној државној заједници”. Револуционарне 1848, у „пролећу народа”, изгледало је да је начело народности пошло на свој победоносни поход. Ускоро (1851), на Торинском универзитету, у једном предавању под називом „О народности као основи међународног права”, Паскале Манчини, чувени италијански публициста и доцније министар спољних послова уједињене Италије, дао

¹ Зборник закона и уредба, XVI, Београд, 1864, стр. 103.

² Још о овоме: М. Павловић, *Преображенски устав - први српски устав*, Крагујевац, 1997, стр. 303-306.

је прву дефиницију народа који без обзира на постојеће границе има право да образује сопствену државу. О значају Манчинијевог предавања сведочила је и посебна протесна нота коју је против њега упутио аустријски посланик при пијемонтском двору. Међутим, за основ своје политике, Наполеон III узео је баш начело народности. Не могавши да, као његов славни имењак, освоји Европу оружјем, он је изгледа хтео „да господари снагом једне моралне идеје и да на тај начин добије престиж једног спасиоца, достојанство једног арбитра у историји”.³

Наполеону III, као владару кога је пратио глас заштитника начела народности, обратио се кнез Михаило на самом почетку друге владавине Обреновића. Он је као престолонаследник Кнежевине Србије поднео Цару Француске Меморандум с понудом о војном савезу против Турске и Аустрије, који би омогућио остварење Србијиних „жеља за увећањем и независношћу”. У Паризу се Кнез нашао 1859, у време француско-аустријског рата, какав дотад није вођен. Тај рат био је јединствен по томе што су Француска и Сардинија, ступајући у борбу са Аустријом, објавиле да се боре за начело народности.⁴ Михаилова посета Паризу није прошла без руске замерке. Један од руских савезника из Кримског рата, неколико година касније, пред либералом В. Јовановићем, прекорно је питао „какови је резултат постигао кнез Михаило, кад је 1859. г. ишао у Париз да придобије благонаклоност Наполеона III?” Кнез Михаило би „много мудрије поступио” да је „као престолонаследник 1859. г. био полагао веће наде на благонаклоност руског цара, него на благонаклоност Наполеона III”. По мишљењу руског великодостојника „државници и политичари Србије требали би да повере бригу о судби Србије и јужних Словена великој и моћној Русији, па да се управљају по њеним саветима. Мала Србија не може у политичком свету имати ауторитета, какови има велика Русија; па ако је да се и постигне споразум са великим силама за повољно решавање ’Источног питања’, па и јужно-словенског проблема, споразум тај може само велика Русија постићи”.⁵

Баш због тога што у Русији није могао наићи на разумевање за начело народности, кнез Михаило је, не запостављајући везу са том силом настојао да Србију повеже са „народносном” Француском. Знало се да је Русија, која је војно сузбила мађарски покрет 1849, и која је сама имала невоље са Пољским краљевством у своме оквиру, остала легитимистичка. Као и свугде, она се и у српском случају није залагала за примену начела

³ М. Миловановић, Начело народности у Међународном Праву и у Међународној Политици, *Отаџбина*, књ. XII, св. 87, 1889, стр. 328-329; И Пржић, Начело народности, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXIII (XL), бр. 6, 1931, стр. 420,421.

⁴ М. Павловић, *Преображенски устави*, стр. 100,144, 146.

⁵ В. Јовановић, *Успомене*, Београд, 1988, стр. 216.

народности. Иако су руски конзули извештавали о томе да су становници све три вере у Босни и Херцеговини „словенског порекла - чисти Срби”, руска дипломатија се није приклонила идеји њиховог уједињења са Србијом.

Већ 1861, сазнало се да Наполеон III није доследан борац за начело народности. Док је у италијанском случају форсирао то начело, у балканским стварима је од њега одступао. Тражећи од Аустрије да Италији уступи Венецију, он јој је обећавао компензацију Босном и Херцеговином. „Талијанска ствар - примећивао је Гарашанин - која се тако јако осмевала угњетеним народностима, као да прети да постане опасност за нашу народност”. Изгледало је да дипломатија полази путем крајње недоследности, „тј. да стварајући нову државу према начелу народности, она оће у исто време да зада смртни ударац другој народности”. Оно што је важило за први Пијемонт, није важило и за други, српски Пијемонт.⁶ То није било у складу са „начелима Наполеоновим о народностима. За учинити једном народу правду са неправдом учињеном другом народу, није никакво начело, ствар остаје иста само што се стање премешта са једног места на друго /.../ тим би се извуко Наполеон из тешкости у Италији за да се увуче Европа у тешкости...” Гарашанин је процењивао да, у једној ствари поводом које интереси осталих великих сила „улазе у најопаснију игру”, Наполеонова венецијанска компензациона комбинација нема већих изгледа на успех.⁷

После низа плебисцита 1861, којима је углавном уједињена Италија, плебисцит као израз начела народности предложен је у случају Шлезвиг-Холштајн, 1864. Наиме, спор између Данске и немачких држава (Аустрије и Пруске) требало је да се реши на Конференцији у Лондону, јуна 1864. Био је то први скуп представника великих сила на коме се покушало са применом начела народног самоопредељења. Ипак, лондонска Конференција није се приклонила овом начелу због неког новог односа према потчињеним народима, него због тога што је народносни принцип ишао у прилог Немцима. Јер, само север Шлезвига био је насељен Данцима. Поводом овог дипломатског предлога плебисцита, стари руски дипломата барон Брунов гневно је узвикнуо: „Шта, зар да тражимо од шлесвишких сељака да трасирају границе у једноме пределу о коме сада већ већа лондонска Конференција ...” Ипак, данско-немачки спор није решен по том начелу, него по сили оружја (која је од почетка стајала у позадини, па и када је предложен плебисцит). Сами Данци су изабрали да два војводства изгубе не споразумом, него ратом. На тај начин оставили су

⁶ В. Вучковић, *Политичка акција Србије у јужнословенским покрајинама Хабсбуршке монархије, 1859-1874*, Београд, 1965, стр. 67-69.

⁷ Љ. Алексић-Пејковић, *Политика Италије према Србији*, Београд, 1979, стр. 117,141.

себи наду да ће силом отето моћи повратити у будућности. Војводства су дата у аустро-пруско сувласништво, а потом (1865), Холштајн је дошао под управу Аустрије, а Шлезвик Пруске.⁸

„Златни сан” и општи устанак

„Златни сан кнеза Михаила” био је да Србији присаједини Босну, Херцеговину и Стару Србију.⁹ До овога је требало да дође општим устанком уз примену начела народности. Тако, у једном плану ослободилачке акције стајало је да „чим се који предел подигне, *шреба њокорносѝ Порѝи да одкаже, /и/ своје саједињење са Србиом да изјави*”.¹⁰ Истоветан начин ујединитељске акције, „по свом личном осећању и уверењу”, саветовао је Србији Гледстон - тадашњи британски министар финансија. Он је Владимиру Јовановићу говорио да Србија „званично избегава све, чиме би могла изазвати против себе званичну Европу, која бди над одржавањем status quo у Источном питању ... Иза званичне Србије званична Европа не престаје замишљати званичну Русију, која, под изговором ослобођења ’Источних хришћана’, тежи ширењу свог господства на Истоку, и ништењу ’европске равнотеже’, па тиме поставља у опасност интересе В. Британије у Азији”. Али, уместо званичне, по Гледстону, могла је да делује незванична Србија. Добровољачке чете, или војници Србије преобучени у добровољце, могли би прелазити у Босну и Херцеговину, „те помагати да се ту организује и развије оружани покрет за народно ослобођење од турског јарма. Ако би се у том покрету успело, Инглеска би прва признала ослобођење народа извојевано револуционарним покретом. Ослобођеној Босни и Херцеговини не би се спорило право да саме слободно одређују себе и своју судбу; те би оне по том праву могле прогласити и своје присаједињење Србији. Тако би Србија могла успети, да ослободи своју угњетену браћу, и с њима се уједини; а да не мора званично ступити у акцију, и тиме изазвати на отпор званичну Европу”.¹¹

Али, истицању начела народности у чисто српском облику стајале су препреке како у сфери политике великих сила, тако и у верским односима на Балкану. Пошто су западне силе гледале у Србији привезак Русије, то је далеко опортунитије било истицати начело народности у југословенском облику. У том смислу Гарашанин је, у јесен 1866. од хрватског верског и

⁸ М. Миловановић, Начело народности, стр. 343,344.

⁹ Љ. Алексић - Пејковић, *Политика Италије*, 304. н.

¹⁰ Атанасије Николић, Мемоар: садашњост и будућност Балканског полуострва, Београд, јули-август 1862, *Србија и ослободилачки покрети на Балкану*, 1856-1878, (приредили В. Крестић - Р. Љушић), Београд, 1983, стр. 281.

¹¹ В. Јовановић, *Успомене*, 119,120.

политичког вође Ј. Ј. Штросмајера тражио изјаву за француску владу о томе како је сагласан са тежњама Србије да оснује југословенску државу, пошто та држава не би била образована само од јужнословенских православца већ и од католика чији би утицај био веома велики и који би био брана руском утицају. У ствари, Штросмајерова изјава требало је да створи утисак како би се будућа југословенска држава више наслањала на Запад него на Исток. Са истом сврхом кнез Михаило је фебруара 1868. одбацивао, пред италијанским конзулом Сковасом, тврђење енглеског конзула да је панславист. Он је уверавао Сковаса да никад не може бити ништа друго до Србин, или, ако се то Европи више свиђа Југословен: „Срби имају своју националност, своју традицију, свој језик, а са Русима немају ништа друго заједничко осим вере; кад би се Српски народ бацио у панславистички океан, нестао би у њему исто као што и река Сава чим се улије у Дунав губи своје име и нестаје без трага.”

У склопу припрема општенородног устанка у Босни, ваљало је радити на приближавању верски раздвојеног становништва. Кнез Михаилов повереник, Атанасије Николић, писао је у једном елаборату да „има много мохамеданаца који су по народности Срби, али вером од ове народности отуђени”, као и да римокатолици у Босни „стоје под упливом аустријским”. Да би се муслимани у Босни придобили за општенородни устанак под вођством Србије, сматрало се да се не сме њиховом аристократском слоју - беговату - „с уништењем претити”, него се мора беговским „фамилијама уверење дати, да они у једној Монархији пропасти не могу”.¹² Такође, сматрало се да треба имати у виду да босански муслимани „воле” да се зову Словенима а не Србима.¹³

Уз потребу придобијања муслиманског католичког елемента у Босни, уочавана је потреба да општенородни устанак подигну чете које би прешле из Србије и Аустрије. Гарашанинов повереник, Тома Ковачевић, примећивао је да се буна у Босни „не може с успехом од стране христијана подићи. Они немају правога ослона, немају способности за то а ни средства” Команданти чета које би прешле из Србије требало је да буду „вешти људи и у Србији рођени, или у недостатку овакови људи, отлични из турски предела; али онаки за које се поуздано зна да су искрено одани идеји да се Србија и Босна с прочим пределима саједини, јер има и у Босни људи који не мисле о таквом јединству”.¹⁴ Напомене сличне Ковачевићевим давао је и Антоније Орешковић. И он је био уверен „да у Босни самој, чрез Бошњаке саме, обшти устанак не може никад бити, и да због тога овај никад и никав успјех не обриче. Ово из сасвим прости узрока: *Јербо се устанак не може никад да орјанизује.* За ово су

¹² *Србија и ослободилачки покрети на Балкану, 1856-1878*, стр. 262,278.

¹³ Миливоје Петровић Блазнавац Илији Гарашанину, 24. јула 1866, АС, ИГ -1583.

¹⁴ В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, стр. 71,75.

организовање нуждни страни елементи, јербо Бошњаци нити способности, нити патриотизма, нити рјешителности, а ни праве воље за ово немају. Житељи ови чрез 400-годишњи притисак изгубили су сваку војничку добродјетел, и само су јошт у стању да буду несложни, и да су невере, па ак се који од њи и усуди гордо да подигне главу, то је само и ово из личног егоизма; он не мисли да обштности служи, него се нада да и он некакав господар постане, и никога да не слуша; због тога је и изишло оно што се у обште каже: те се свака босанска скитница за подсмеј назива војводом.”¹⁵ С обзиром на овакво стање, било је потребно „изван Босне нужну силу организовати која да на разним точакама у босанску земљу упадне, и тамо се на напред уговореном месту, под једну обшту управу, скупи”.

Што се Војне границе тиче, у Србији се рачунало са њеном двоструком употребом. С једне стране, њено наоружано и добро обучено људство требало је да се искористи за ослобођење Босне, а с друге стране, за паралисање евентуалне аустријске интервенције. Слутећи да су граничарски официри католичке вере под утицајем Хрватске и аустријске пропаганде, Гарашанин је почетком 1859, упозоравао: „Чувати се дакле треба и од многи граничарски официра, који су понајвише заузети за ове идеје Штросмајера; но овде се не разумеду и они официри који би се изразили да треба Босну за Србију приуговорљавати. Са оваквим официрима, пошто се о њиховој честитости довољно поверење задобије, треба у споразумлење ступити и постављати им у изглед да ћеду са Србијом и у Србији најбоље своју будућност осигурати.”¹⁶

Гарашанинов „Српски одбор” за националну пропаганду, образован почетком 1862, у коме је главну улогу имао Атанасије Николић радио је на подизању „јаке србске државе” којој би „и Војена граница као природна допуна била”.¹⁷ Зазирући од употребе Границе у споразуму са Хрватима, Гарашанин је покушао да се о употреби Границе договори са Италијанима. Србијин преговарач, који се крајем 1862. обрео у Торину имао је да

¹⁵ Орешковић је још напомињао да „житељи християнске вероисповеди према житељима муамеданске вере стоје као 2 : 1, и опет је оно мањебројније житељство задржало првенство; ово зато што се оно при извесним догађајима брзо скупи и са концентрираном снагом подељене и неспојене християне брзо и лако поништи. Житељство християнске вероисповеди не може да се концентрира, јербо нема места за скупљање, нема главе и нема никакове управе. Цело господарство лежи у рукама муамеданаца...”

¹⁶ В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, стр. 3.

¹⁷ Под управом „Српског одбора” били су пододбори у Глини, Карловцу, Загребу, Пакрацу, Сиску, Славонском Броду, Вуковару, Кленку, Земуну и Панчеву. Задатак ових локалних одбора био је да врбују граничаре за војну службу у Србији, кријумчаре оружје и муницију, а у споразуму са „Кнежевско-србском владом ... предузму навалу у Босну” (В. Крстић, *Историја Срба у Хрватској и Славонији*, 1848-1914, Београд, 1995, стр. 109).

преговара о заједничком српско-италијанском деловању „противу Турака и Аустрије. У таквом случају Србија би имала дејствовати да отворати Граничаре од Италије и да их обрати противу Турске куда би они зацело врло радо пошли. Успјех ове намјере имао би велико значење за обе стране, особито што би он дао удобну прилику да се и Мађари лакше и слободније развијати могу.”

На одржавање тајне везе са Границом, Србија је трошила велика средства, па је било за очекивати да Италија зарад свог интереса покрије део тих трошкова. Сам италијански конзул у Београду, Сковасо, скретао је пажњу својој влади да међу неким вођама непросвећених народа „љубав према отаџбини, ако не заостаје за љубављу према новцу, бар је исто толико јака ... те Србија треба ове да подржава више златом неголи надама”. Италија је кратко време издвајала нека средства „за Хрватску и агента у Србији”, али је неизвесно да ли су она стизала до оних којима су на терену била намењена.¹⁸

Пројекти конфедерација

Пројекти федерација и конфедерација, које би се подигле на рушевинама турске и аустријске империје, јавили су и пре 1848, да би после те године постали све учесталији. Шездесете године, време владавине кнеза Михаила, препуно је тих пројеката. Сви они настали су као плод тежње за применом начела народности и сви су углавном били израз слабости мањих нација да сопственом снагом створе националне државе. Да би се осигурали од мешања великих сила, да би отклонили и одложили међусобне суревњивости и сукобе око граница, и да би удруженим снагама остварили националне програме, званични и незванични представници мањих народа средње и југоисточне Европе излазили су са пројектима федерација и конфедерација.

Идеја дунавске конфедерације

Идеја о дунавској конфедерацији наговештена је у Француској, после пропасти пољског устанка 1830, са истицањем потребе да се удруже народи подунавско-балканског простора. Бројне варијанте, у којима се ова идеја јављала, имале су један циљ: спречавање руског продора на Балкана.

После пропасти револуције 1848, схвативши да се без сарадње са суседним народима не може спречити нека нова интервенција Русије, ни разбити Аустрија, Мађарска емиграција на челу са Кошутом прихватила је идеју о дунавској конфедерацији. По Кошуту би се „словенски прстен,

¹⁸ В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, стр. 91,92; Љ. Алексић - Пејковић, *Политика Италије према Србији*, стр. 120,146.

уместо око руског, обмотао око мађарског прста”. Уз отклањање руске опасности, мађарски емигранти су у овој идеји видели и погодно средство да се избегне доследна примена начела народности, што би Угарску барем преполовило. Стога, историјска Угарска је требало да у дунавску конфедерацију уђе целовита, и да као најразвијенија земља заузме доминантан положај.

Италијанска политика се четрдесетих и педесетих година ломила између три концепције, којима би се подухват италијанског уједињења везао за источно питање. Једна се заснивала на идеји дунавске конфедерације под доминацијом Мађара. Друга је рачунала са стварањем „јужне славије” која би преузела аустријску мисију баријере против Русије. По трећој концепцији саму Аустрију, као антируски бедем, требало је упутити да се прошири на рачун Турске и тако је претворити у Аустро-словенско царство. Између осталих земаља, кнежевина Србија би потпала под власт хабсбуршке круне. Таква Аустрија која би се ширила на Исток, не би више представљала сметњу италијанском уједињењу. Међутим, од ове концепције Кавур је одустао, пошто у време Кримског рата није успео да Аустрију упуту на заузимање Влашке и Молдавије. Уместо подстицања дунавске монархије на ширење, он се одлучио за њено рушење и стварање дунавске конфедерације.¹⁹

Шездесетих година, ослањајући се на мађарску емиграцију, Италија је постала центар пропаганде за дунавску конфедерацију. Конфедерацијом, у коју би ушли Мађари, Румуни, Јужни Словени и Грци, имали би да доминирају Мађари и Грци, пошто се сматрало да су православни Јужни Словени продужена рука Русије. Такође, вођен страхом од Русије, Гледстон је наглашавао како би трајан „словенско-грчки савез” могао рачунати на симпатије Велике Британије. Кошут је, по налогу италијанске владе, марта 1862, у миланском листу *L'Alleanza* изнео предлог за образовање подунавског државног савеза, којим не би биле обухваћене Грчка и Бугарска. Овај државни савез имао би парламент у чију би надлежност спадали, одбрана, спољна политика, царине, трговина, транспорт и комуникације. Целокупност Угарске била би сачувана тако што би „Хрватска” дошла у персоналну унију са Мађарском, а народности би добиле аутономије. Према Кошутовом пројекту, мађарска емиграција је предложила споразум влади Србије, с посебном напоменом да „Мађарска ће помагати у свему увеличање, колико може бити веће Србије, а Србија ће поштовати целокупност територијалну државе Мађарске”²⁰. За Србију је био неприхватљив пројект дунавске конфедерације, којим је требало „да

¹⁹ Љ. Алексић-Пејковић, *Политика Италије према Србији*, стр. 256.

²⁰ Предлог споразума, Торино, 21. I / 22. II 1863, В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, 94.

се утопи у један магловити регионални и народносни конгломерат”²¹ којим су ударане препреке њеној националној мисији.²²

У време аустро-пруског рата (1866), мађарска емиграција је влади Србије опет учинила понуду у смислу дунавске конфедерације: Србија неће дирати „у *старе границе* Мађарске, а Хрватској ће се оставити да се слободно изјасни да ли ће са Мађарском или са Србијом”. За Гарашанина је баш то било спорно, „ако би и Хорвати хтели пре с Мађарском него са Србијом, онда Србија остала би на празно”.²³

Конфедерација Балтик – Јадран

У једном Мемоару владе Србије од 10/22. септембра 1866²⁴, изнет је пројект најшире дунавске конфедерације - конфедерације од Балтичког до Јадранског мора, са око 44.000.000 становника. Разлог за састављање Мемоара, под називом „Мемоар о Турској”, биле су вести о могућем савезу „француско-италијанско-аустријском”. *Мемоар о Турској* требало да буде поднет Наполеону III с циљем сузбијања мисли о ширењу Аустрије на Исток, и зарад указивања Француској да њен прави интерес лежи у стварању велике конфедерације хришћанских народа. У Мемоару се прво указивало на неминовну пропаст Турског царства, које је „подземни вулкан, готов да прсне”. Ако би западне силе одбраниле Турску од општег устанка хришћана, и тиме показале да хоће да их задрже „под јармом, Христијани би се најпосле предали душом и тјелом Русији”. Свако одлагање ослобођења Хришћана само јача руске позиције на Балкану.

Даље, по Мемоару, у Аустрији се није смео гледати наследник Турске, зато што је и сама осуђена на пропаст: „Дух народности што год више јача и побеђује у Европи, то више приводи Аустрију коначном распаду.” Ако би се Аустрија трансформисала у аустро-мађарску заједницу, од ње „отуђили би се коначно Славени, и пропало би политичко јединство монархије”. Претварање Аустрије у федерацију „довели би се у огорчење Мађари и Немци”. Све у свему, испадало је да „није могуће у овом вјеку народног уједињавања постојано утврдити аустријску царевину, која је крпеж не разних целокупних народа него, што је горе, само одломака од великих народа. Нема те системе која би кадра била све их тако задовољити да им се одузме свака жеља за одцјељењем.” Најзад,

²¹ Љ. Алексић - Пејковић, 264.

²² В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, 92.

²³ В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, 204.

²⁴ Мемоар о Турској, АС, ИГ-1573. Састављач Мемоара није потписан. В. Вучковић је дао Мемоар на француском језику, уз напомену да је писан руком Матије Бана, и да је Бан коришћен само као писац и преводилац, пошто се у њега није имало потпуно поверења (*Политичка акција Србије*, стр. 225-234).

Аустрија је својом туркофилском политиком побудила дубоку одвратност балканских Хришћана; она нема ништа чиме би их себи привукла - „и ко мисли да би ови радо пристали да се присаједине овоме царству, тај се љуто вара”.

У Мемоару Француској је додељивана светскоисторијска улога: „Једна Француска у стању је да учини ту велику промену на политичкој карти Европе”, и доведе балканску „страну свијета у потпуно спокојство”. Јер Наполеон III је „већ далеко напред потиснуо дух народности и у његовом смислу започео је велико политичко преображење свијета. Ми очекујемо да Он упуту к свршетку своје гигантско дјело. Ако се то несрећи он заустави, ако пусти још Турску продужити своју жалостну егзистенцију, или изабере Аустрију да јој буде наследник, тад ће се кроз кратко вријеме изпунити пророчанство његовог славног стрица, и Европа постаће, не републиканска, него козачка.”

Народносни покрет уз одлучујући утицај Француске, требало је да буде вођен тако што би се „турски Славени једини конституирали у државу конфедеровану са Румунијом и Грчком, па доцније и Угарском. За заједничку обрану морало би непремјерно повући доцније у ту конфедерацију и Моравце, Чехе и Пољаке. Само на тај начин могуће је постепено отети од Русије 30 милиона Славена, које она још није освојила, и њој по кратком времену противставити јаку конфедерацију народа, протежући се од Балтичког до Јадранског мора, и бројећу не мање од 44 милиона душа”. Конфедерација од Балтика до Јадрана требало је да представља насип „између Германије и Русије”, којим би се одржавале „у балансирању ове две јаке државе. Француска, Шпанска, Италија и сва западна Европа могу бити за свагда осигуране, јер би тада равнотежа европска, од художествене што је сада, била постављена на свој природни основ, изван сваке опасности да буде поремећена”.

Иако је концепт Конфедерације Балтик - Јадран био усмерен против Русије, ова сила се у источном питању тешко могла заобићи. Зато се у Мемоару предлагало да Француска позове петроградски кабинет на заједничку радњу, па ако „овај пристане, све је добивено; ако одбије, он губи од тога часа сву симпатију источних народа...” Међутим, „ако руски кабинет нањуши будућу конфедерацију на цјелом пространству које јој је овдје означено, он ће се непремјено противити, те би могао подићи тегобе и уједињењу Јужних /Турских/ Славена, коју су природно тој конфедерацији први велики стожер”. Због тога је Русима требало изнети „пред очи пројект конфедерације само међу границама Југословена, Румуна, Грка и Мађара, и то под заштитом руско-француском”.

Конфедерацији је прво требало положити „широк и тврд темељ на полуострву Балканском и у источним провинцијама Аустрије; остало ће јој само по себи и скоро припасти и без обштег потреса”. У Мемоару је посебно наглашена могућност да Руси праве сметње југословенском

уједињењу: „Русија, кад би и пристала на садејствовање с француском за гореречену цјел, можда би покушала да се подјеле Југославени на две или три државе с тајним умишљајем да сва Конфедерација узбуди слаба. Треба на сваки начин обићи ту бусију. Уједињење свију Југословена у једну јединту државу неизбјежан је услов за успех свему овом предузећу, коим се на то иде да се одржи међу разложитим границама властољубије Русије и Прајске.”

„Мемоар о Турској” писан је једном руком, а исправљан другом. Тако, првом руком је записано да стварање велике Дунавске конфедерације ће почети конституисањем државе Јужних Словена. Другом руком уместо Јужних Словена стављено је „Турских Словена”. Првом руком је југословенска држава одмах стављена у конфедерацију са Угарском, Румунијом и Грчком; другом руком је укључивање Угарске остављено за доцније. Како је друга рука - рука која исправља - увек важнија од прве - која пише, то испада да је пројект велике Дунавске конфедерације рађен са мањим циљем. Као што је девиза „Балкан балканским народима”, за Михаила значила Србији српске земље, тако је и огромна конструкција велике Дунавске конфедерације требало да послужи остварењу српске државне идеје на простору европске Турске. Њоме је намера Михайлове владе да присаједини Босну, Херцеговину и Стару Србију уклапана у ширу концепцију „профранцуског” прекрајања Европе. Речју, иза идеје о великој конфедерацији, стајала је идеја о „великој” Србији, односно увећаној Србији. То је испољено већ крајем септембра 1866, у уговору о савезу са Црном Гором.

Савез за сједињену Србију

Војно и дипломатски неспремна Србија није могла да искористи пруско-аустријски рат за остварење свог револуционарног плана на Балкану. Али тај рат, који је са победом Пруске донео још једну победу начелу народности, и чије је обнављање изгледало вероватно, подстакао је кнеза Михаила и Гарашанина да убрзаним темпом уђу у завршну припрему за рат с Турском. На тајној седници владе, 28. јула 1866, решено је да се војне припреме окончају за годину дана, а министар иностраних послова да „удеси и настави преговоре с осталим народима у Турској, и с Грчком и Црном Гором, спремајући их на означено дело, у одређеном року, као на нешто извесно”.

За отпочињање преговора са Црном Гором искоришћен је долазак архимандрита Нићифора Дучића, секретара кнеза Николе, који је кнезу Михаилу донео позив за крштење друге Николине кћери. У пратњи кнез Михайловог опуномоћеника, Милоја Лешјанина, Дучић се вратио на Цетиње са нацртом уговора о савезу. С обзиром да се кнез Никола одупирао београдском вођству, Гарашанин није био сигуран да ће и

уговором бити обезбеђена сарадња друге српске државе: „Озбиљна идеја народности српске - писао је том приликом Гарашанин - код њих је ствар споредна према интересима владајућих људи на Цетињу”.²⁵

Занет жељом да се његова династија нађе на престолу сједињених српских земаља, кнез Никола је био незадовољан нацртом уговора о „сливенију Црне Горе са Србијом” којим му нису обезбеђени адекватни добици за жртвовање у корист кнеза Михаила. Ипак, решење је пронађено у моралној и материјалној сатисфакцији за црногорског кнеза. „Нарочито се осигурава - унето је у чл. IV Уговора - сада владајућем Књазу Црне Горе ранг принца од владајуће породице и првенство пред свима пошље владоца и његова законитога сина и нашљедника, ако би таквијег било, као и спомињање имена по црквама пошље владоца.” Истим чланом књазу Црне Горе је гарантована „годишња цивилиста од 20 000 дукатах, остављајући, да се доцније, кад се у укупној српској држави буде решавала цивилиста владоцу, размисли и о сјајнијем положењу Књаза Николе”. Такође, имало је да се утврди „материјално и морално одлично положеније и свију блиски сродника Њ. С. Књаза Црне Горе”. Уговор о савезу између Србије и Црне Горе склопљен је 5. октобра 1866. Њиме су се „Њихове Свјетлости Књаз Србије и Књаз Црне Горе” обавезали „да ће у највећој сагласности и искрености радити, да се што прије спреми устанак противу Турске пак да се цео српски народ у Турској ослободи од турског јарма а у једну српску државу споји” (чл. I). Кнез Никола се посебно обавезао да ће Црну Гору „придружити” „великој Србији” и примити Михаила Обреновића за владоца „цјелокупне српске државе”.²⁶

Стицајем међународних околности првих месеци 1867, поводом Критског устанка и врења у Епиру и Тесалији, изненада се створила могућност остварења српске државне идеје - кнез Михаиловог „знатног сна”, и то без свеопштег балканског устанка. Наиме, у Србији је фебруара 1867. стигла вест да је Франсуска предложила Русији да источно питање „затвори” тиме што би Турска Србији уступила тврђаве, а Грчкој Крит и природне границе. Из Француског предлога могло се извести да је политика буне и подбуњивања пробитачна. Устанак на Криту довео је до предлога да се том острву да аутономија или да се присаједини Грчкој; кад

²⁵ Г. Јакшић - В. Вучковић, *Спољна политика Србије*, 282-284; Н. Христић, *Мемоари*, стр. 484.

²⁶ Чл. 2 Уговора између Србије и Црне Горе гласио је: „Ако са божијом помоћу буде крунисано ово предузеће са подпуним успјехом, то јест да се цео српски народ у Турској ослободи и уједини у будућу велику Србију, онда и под тим условом Књаз Црне Горе свечано обећава да ће Црну Гору придружити и ујединити с том великом државом, признавајући Књаза Михаила за владоца те цјелокупне српске државе”. (Г. Јакшић - В. Вучковић, *Спољна политика Србије*, 486, 487)

су Грци почели да подбуњују Епир и Тесалију, пао је предлог да им се дају „природне границе”. Пратећи ставове француске дипломатије у грчкој ствари, кнез Михаило је дошао на идеју да свој „златни сан” оствари на грчки начин, да „испод руке” подстакне устанак у турским провинцијама са својим сународницима. Тако изазвани устанак у Босни, Херцеговини и Старој Србији изгледао би као чисто унутрашња ствар Турске, па би велике силе морале да се уздрже од војне интервенције. Пошто би устаници затражили своје присаједињење Србији, Порта под притиском дипломатије морала би да на њега пристане, или да крене војску на Србију као жариште устанка. Према процени Орешковића, сачинитеља плана за устанак, победа Србије над противником истрошеним устаницима није могла „сумњи подлегати”.

Иако се у Србији почетком 1867. смерало остварењу српске државне идеје, опет је за то предузеће био потребан ослонац на југословенску идеју. Хрват југословенске оријентације, Орешковић, је у писму наводио да се устаници морају ограничити „само на србско-хрватске провинције у Турској. Што год је тамо србско тежиће природно Србији, а Хрвати, како су сада рђаво расположени према Аустрији, а добро према Србији помоћи ће нам и сами да хрватску страну житеља у Турској повуку још пресудније нама у наручје ...”

Уговор са Штросмајером

Потреба зближавања три верска елемента у Босни од којих је римокатолички био под Штросмајеровим утицајем, као и потреба пребацивања чета из аустријске Војне границе у којој је растао Штросмајеров утицај, изискивала је од кнеза Михаила и његових сарадника да се споразумеју са Штросмајером. До тог споразума је дошло у време француског предлога о грчким „природним границама”. Вероватно такође у марту, пошто је саставио план акције у Босни и Херцеговини, Орешковић је саставио „Програм југословенске политике”, који је Гарашанин имао да предложи Штросмајеру.

У „Програму југословенске политике” важније је било оно што је Гарашанин прецртао и дописао, од онога што је Орешковић написао. Гарашанин је избегавао реч југословенски и то по свој прилици по кнез Михаиловом упутству. Тако, већ почетну напомену Програма - да он настаје „у следству досадашњим нашим договарањима”, и садржи тачке „наше југословенске политике”, Гарашанин је преформулисао избацивши реч „југословенски”. Затим, Орешковић је написао: „Цјел нам је државно уједињење свију југославенских племена... Та ће се држава унутрашње уредити по основама чисто словенским; то јест по основима жупаниске административне аутономије, са усредоточеном политичком владом у којој ће поједнако учествовати најодобранија лица из свију племена”. Гарашанин је

све ово прецртао и дописао: „Цјел нам је ослобођење хришћана под јармом турским стењући, за створити поље ради саједињења свију југославенски племена у једну савезну државу. Уређење савезне државе оставља се времену и учествујућим племенима по удејствованом ослобођењу.”

Док је Гарашанину био циљ ослобођење хришћана од турске власти и стварање услова за југословенску државу, Орешковићу - Гарашаниновом агенту код Штросмајера, и Штросмајеровом агенту код Гарашанина - циљ је био стварање југословенске државе. Док је по Гарашанину држава југословенских народа имала да буде племенска федерација, дупли агент Орешковић био је за југословенску унитарну државу са жупанијском самоуправом. Орешковићев пројект државе био је у складу са Штросмајеровим либерално-католичким југословенством чијем ширењу нису одговарале чвршће племенске међе. Али, пројектујући унитарно уређење југословенске државе, Орешковић је пројектовао конфедералну „политичку владу” са подједнаком заступљеношћу „најодабранијих лица из свију племена”. Такву владу, он је пројектовао и за устаничку Босну и Херцеговину: „Чим устанак буде добро распрострањено образовање се тамо привремена влада, којој ће душа бити неколико Србаља и Хрвата, измјешани са Бошњацима. Ови ће се узети из сва три тамошња вјероисповеданија.” Уместо овог Орешковићевог става, Гарашанин је дописао да ће привремену владу „сачињавати лица из мјестни житеља”, али да она мора бити диктаторска - у рукама „главнокомандујућег војском онога краја, јер без човјека управе у прелазном стању не би се могао устанак одржати”. Даље, у тексту без прецртавања наводило се да би устаничка влада сазвала скупштину која би изјавила „да устаници поштују начело интегритета Турске Царевине, али ишту да *са Србијом заједно* стоје у истом према Царевини одношењу, у коме и ова стоји”.

„Програм југословенске политике” заснивао се на идеји југословенске народности: „Народност хрватска и србска једна је, *југославенска* (словинска); вјера нема се ни најмање у народне ствари мјешати; држави је једини основ народност; вјера нас на троје дјели и раставља зато нам и не може никада принципом за уједињење у једну државу бити, него народност пошто смо једне ...” У погледу начина стварања државе „југословенске народне”, између Орешковића и Гарашанина опет је било разлике. Прихватајући Београд као природни центар ослободилачке и ујединитељске акције, Орешковић је напоменуо да овај има радити „увјек у споразумљењу са Загребом”. Гарашанин је, пак, прецртао обавезу Београда да се споразумева са Загребом, и додао да ће „Загреб подпомагати” Београд. Најзад, Гарашанин је прецртао и Орешковићеву ставку да „Београд ће добивати Бугаре за обшту идеју, а Загреб Словенце. Београд ће упућивати све аустријске Југословене Загребу, а Загреб све турске Београду”.²⁷

²⁷ Програм југословенске политике у Г. Јакшић - В. Вучковић, *Својна политика*

Орешковићево писање и Гарашаниново прецртавање и дописивање садржавали су две верзије политичког југословенства. У обе верзије, оно није представљало циљ, него средство за остварење хрватске односно српске државне идеје. По Орешковићевој верзији, око Загреба су имали да се окупе сви аустријски Југословени, с тим што би Босна и Херцеговина остајале „српско-хрватске”. По Гарашаниновој употребној верзији југословенства, Србији, као југословенском Пијемонту, требало је припојити Босну и Херцеговину. Устанак у Босни и Херцеговини зарад припојења Србији требало је да отпочне у лето, 1867, и то тако што би тамо „испод руке” ушле чете „из Србије, Црне Горе, Далмације, Хрватске и Славоније”.²⁸

Почетком априла 1867, у Београд је донет Штросмајеров пристанак на Гарашанинов предлог споразума. Крајем априла, Штросмајер се сукобио са Царем око хрватског прихватања аустро-угарског дуализма и отпутовао за Париз. Ту је ступио у везу са пољском емиграцијом, рачунајући да ће ова утицати на француску владу, а Француска на бечку владу, да се Монархија федерализује и тиме трајно стабилизује.²⁹ Иако је у „Програму југословенске политике” стајало да ће Хрвати „избјегавати савез с Угарском и Бечом”, Штросмајер је покушавао да створи услове за тај савез. Њему је југословенска идеја, односно ослонац на Кнежевину Србију био потребан у борби за аустро-југословенску федералну јединицу са центром у Загребу. У борби за хрватско-католички државни центар јужнословенског окупљања, он није играо само на карту Србије. Као што Штросмајеру југословенска држава није била циљ, тако она није била циљ ни кнезу Михаилу.

Пројект српско бугарског царства

Потребу укључивања Бугара у Србијин подухват организовања опште-балканског устанка налагао је сам њихов географски положај. Налазећи се на путу за Цариград, Бугари су били потребни за пресецање турских комуникација: „за пресећи комуникацију по внутрености Турске у часу одсудном - наводи се у једном плану - изискује се заузимање ових путова, а у томе би Бугари најбоље садејствовати могли”. Србији је такође ишло у рачун формирање једног бугарског центра који би на себе привукао део турске силе. Међутим, код Бугара није било никакве национално-ослободилачке организације. Тек после Кримског рата, из сна књижевника Раковског о васпостављању некад моћног бугарског царства, рађа се идеја о организовању бугарског национално-ослободилачког покрета. Из Одесе, 1858, Раковски је упутио „Проглас бугарским родољубима о ослобођењу Бугарске”, путем

Србије, 494-498; Исто у В. Вучковић, *Политичка акција Србије*, 273-276.

²⁸ Ј. Јакшић - В. Вучковић, *Својна политика Србије*, 497.

²⁹ V. Krestić, *Srpsko-hrvatski odnosi i jugoslovenska ideja u drugoj polovini XIX veka*, Beograd, 1988, стр. 146,147.

упада чета организованих на страни и уз сарадњу са Србијом. Од јесени 1860. Раковски издаје у Београду „Дунавски лебед” у коме се пише о бугарском препороду и праву на самосталну цркву. Крајем јуна 1862, у престоници Србије, Раковски је образовао „привремено бугарско начелство”. Оно је представљало неку врсту привремене владе у егзилу, која је имала за задатак да решава „све ствари које се тичу опште бугарског устанка”. Имала је печат с натписом „слобода или смрт”. Али, сарадња Раковског са српском владом није потрајала ни годину дана.

У време по оснивању бугарског начелства, Атанасије Николић је написао један Мемоар о стварању „савезног краљевства бугарско - србског”, по коме је требало „на то дејствовати, да Бугари увиде, да интерес младе ’ришћанске државе изискује, да ова буде јака и снажна, а да она то бити не може, ако Бугари са Србима у заједини не буду. Треба Бугаре уверити, да ће они имати своју одвојену краљевину за себе, но да ће по делима иностраним и војеним са Србиом у заједини бити; да ће по томе ове две краљевине са Грчком савезне бити. Тако дакле да ће бити Краљевство Бугарско и Краљевство Србско, но оба или ако могуће буде још и с Грчком да ће под једном савезном управом стајати.” Заједнички краљ био би српски краљ, понајпре с обзиром на то да би „подизање нове династије у Бугарској” наишло „на велике тежкости”.

Српско краљевство у оквиру заједничког царства имало је да послужи српском националном обједињавању: „у оним земљама, где Срби живе, треба се постарати да се ове са Србиом срдачније споје. Ради постижења ове цели треба свакад предосторожно пазити на оджање ’историчког имена провинције; треба имати призрења на провинцијалне институције и интересе; дакле и овде треба избећи једнообразно срезан централизам, задржавајући само савршено народно, црквено, финансијално и судства јединство. Отуда, заједничко земље заступништво у народној скупштини свију Србски’ земаља. По томе би се и краљевство звало „Краљевство свију Срба”, и краљ би имао титулу: „Краљ свију Србски’ земаља, Краљ Босне, Војвода Херцеговине, старе Србије и.т.д.”³⁰

Све до лета 1866, влада Србије није могла да дође у додир са неком бугарском политичком организацијом. Тада стижу вести о једном бугарском комитету у Букурешту, под именом „Добродетелната дружина”. Он је, по препоруци руског амбасадора Игњатијева упутио 14. јануара 1867. Србији предлог под насловом „Програм политичког одношаја Србо-Бугара (Бугаро-Срба) или њихов срдачан споразум”. Њиме се предвиђало уређење будуће заједничке државе која би се звала Бугаро-Србија или Србо-Бугарска. На челу државе био би кнез Михаило. Он би именовао своје министарство „старајући се свагда да у њему буде и Срба и Бугара”. Законодавство би било једно, али

³⁰ Србија и ослободилачки покрети на Балкану, стр. 278,279.

би се објављивало и примењивало у дијалектима. Државна вера била би православна.

У фебруару 1867, једна друга емигрантска организација Бугара у Букурешту - „Тајни бугарски централни комитет” - под утиском вести о преласку Аустрије на дуалистичко уређење, упутила је један Мемоар Султану о образовању турско-бугарске монархије. Глава те државе био би Султан, чијој би се титули Падишаха додала титула цара Бугара. После овога, у априлу, „Добродетелна дружина” је на скупштини око осамдесет емиграната донела „Протокол” као допуну „срдачног споразума”. Заједничка српско-бугарска држава преименована је у југословенско царство. У народно представништво би покрајине слале посланике сразмерно броју становника. Као бугарске покрајине биле су означене Бугарска, Тракија и Македонија. Тиме се од Србије тражило да потпомаже присаједињење Бугарској оних покрајина на које је она или Грчка полагала право. Протокол није одбијен али није потписан од стране српске владе.

УГОВОР С ГРЧКОМ. До склапања најзначајнијег уговора дошло је тешко, што због Грчког форсирања „велике идеје” - идеје обнове Византијског царства, што због Грчког ослањања на западне силе за остварење својих циљева. По запису савременика, „кад је у преговорима долазила реч о Бугарској и Македонији, Грчка је била склона да једна част Бугарске подпадне под Србију, а велика част Македоније да припадне Грчкој. С наше стране није ово примљено. Књаз Михаило имао је намеру да Бугарска буде држава за себе, а од Македоније до да припадне Србији заједно са свим осталим српким деловима”.³¹ У ствари, српско-грчки спор око Македоније водио се уз српско истицање начела народности, и словенске већине у тој покрајини. У уговору склопљеном 26. августа 1867. предвиђено је да ће се приликом утврђивања граница водити рачуна о „вољи народа, који би пошто су припомогли оружаном руком у борби, изјавили свечану жељу, присајединити се једној или другој од високи уговарајући страна или образујући државе одвојене и савезне”.

Преговори и договор са Андријашијем

Кнез Михаилов циљ био је одређен уговором о савезу са Црном Гором: „велика Србија”, „целокупна српска држава”, „сједињена Србија” - то је био Михаилов циљ. Он је, и пре него што је пројектована револуционарна комбинација са Хрватима, имао у виду дипломатску комбинацију за припајање Босне и Херцеговине уз ослонац на Мађаре. Идеја о сарадњи и савезу са Мађарима била је један од кључних елемената кнез Михаиловог плана и пре доласка на престо 1860. Живећи у Бечу и по Европи (1842-1858), кнез Михаило се сусретао са више значајних мађарских политичара, код

³¹ Н. Христић, *Мемоари*, стр. 483.

којих се обавестио о пројекту дунавске (кон)федерације. Увидео је да тај пројект може у модификованом облику да искористи као допунски елемент у својој балканској политици. Убрзо по ступању на престо, кнез Михаило је настојао да утиче на Србе у јужној Угарској да склопе споразум с Мађарима којим би им се осигурала „народност и вера”.³² У ствари, план кнеза Михаила био је да се Срби у Угарској сложе с Мађарима и помогну их у њиховом „еманциповању од Аустрије, како би тај зајам Угарска вратила Србији у њеном еманциповању од Турске”.³³

Врата за кнез Михаилову комбинацију с Мађарима отшкринуо је Ђула Андраши, одмах по добијању мандата за састав угарске владе средином фебруара 1867. Позвавши кнеза Михаила да пошаље свог изасланика у Пешту, Андраши је напоменуо да Србија може имати користи од мађарског утицаја на спољну политику Аустрије. Убрзо је у пештанску мисију послат Никола Крстић, Србин пореклом из Угарске, пештански доктор филозофије и права, тадашњи члан Касационог суда. Овај добро одабрани и код Мађара добро примљени преговарач имао је првенствено да, „не истрчавајући са својим мишљењем”, сазна мађарски „план о радњи” По Гарашаниновим инструкцијама, Крстић је требало да Мађарима скрене пажњу на потребу измирења са Србима и Хрватима, јер „политика Србије не може бити да за себе од Мађара добије неке користи, а с напуштањем главних интереса српских и хрватских”. Затим, требало је изнети мишљење „да и они и ми имамо бојати се једне и исте опасности: Руса и Немаца. Реците им - упућивао је Гарашанин Крстића - да смо ми с Русима једне вере и једног племена, ал зато да волимо себе и да нисмо ради прелити се у њих. Ми смо им благодарни, јер нам чине добра и не можемо јавно против њих бити, јер ће нам постати непријатељи; али зато опет имамо своју народну политику. Мађари, одвојени од нас и сами за себе, неће у стању бити одупрети се навали Руса или Немаца, који ће покушати опет да овладају том земљом, да добију своју стару власт и да дражењем других народности (националних мањина)

³² Кнез Михаило је „налазио је да ће пробитачније бити ако се са Мађарима угоди, да Војводина српска буде саставни део круне мађарске, а да не подпадну под Хрватску. Мислио је да би под Мађарима, ако се с њима уговор и споразум утврди, била осигурана српска народност и њина вера, док напротив код Хрвата то би све Срби брзо изгубили према приликама и струји која је тада код Хрвата ширила се” (Н. Христић, *Мемоари*, 1840-1862, Београд, 2006, стр. 361)

³³ Др. Никола Крстић - *Својеница издана приликом стицања у живој задужбине његовојникове*, Београд, 1908, стр. 46,47. – Једном приликом (1864), Орешковић је тврдио да Србија не тежи освајању, ни вршењу политичког утицаја, преко Дунава и Драве, „тих природних граница Угарске”. Србија је наводно била спремна „да се задовољи народносном самоуправом у две-три жупаније настањене у већини српским становништвом” (В. Вучковић, *Политичка акција*, стр. 120).

слабе Мађаре.” Најзад, Крстић је имао и да покуша „навести разговор о томе да ли би Мађари готови били ступити у федерацију са Србијом”.³⁴

У разговору са Андрашијем, на питање „шта Србија жели”, Н. Крстић је у облику „приватног мишљења” изнео да „Србија мора имати свој народни задатак у томе да српски народ, што је под Турцима, уједини под својом влашћу”. Андраши је признао „основаност и праведност” ове српске жеље, али је напоменуо „да би зло било кад би се Србија решила агресивну политику усвојити и кад би на силу изазвала рат због те ствари”. Андраши је препоручио дипломатска средства и спремност да употреби сав свој утицај како би Порта на миран начин испунила српске жеље. Као што је то претпоставио Гарашанин, он је пошао од наводне заједничке опасности од Русије: „да се Русији стане на пут да не осваја земље на запад, треба да буде држава у средини Европе јака.” По Андрашију та држава требало је да буду Србија и Угарска, „јер да Русија овлада земљама што Угарској припадају, онда се неће задржати ту, но ће ићи даље, па ће и Србија постати њен плен. А да Србија, и други хришћани у Турској – износио је Андраши – не погледају на Русију, треба да се њих друга држава прими, па да настане код Порте да се испуне њихове жеље; а та је држава Угарска, која треба да буде као зид између Србије и српских земаља и између Русије с једне, и Немаца с друге стране.” Андраши је још напоменуо да „Угарској није никако у интересу да своју власт распростре мимо садање њене границе. Угарска има и са овим народима, што су сад у њој, доста главобоље; против здраве паменти радила би, када би тражила да рашири своје границе.” Ако би Аустрија, пак, радила на ширењу граница, Угарска то не би допустила. Најзад, Андраши се пожалио на држање Срба у Бачкој и Банату, дајући Крстићу на знање „да има страха да Срби желе да се отцепе од Угарске, па да српска влада можда радо гледа да се такве жеље међу Србима рађају”. Андраши је пак сматрао да „не би било природно да се Србија шири и на ову страну Дунава, јер би јако раскомадала своју снагу”. Крстић је одговорио да, по његовим сазнањима, „задатак Србији није да шири своју снагу преко Дунава, но само да с оне стране Дунава, дакле на земље старе српске државе, простре своју власт”. Што се Срба у јужној Угарској тиче, Србија жели да они „добију гаранције за своју народну субсистенцију, али Србија неће, ма како се догађаји развили, фактички помагати покрет који би био управљен против Мађара, као што је чинила 1848”. Крстић је закључио да решење лежи у томе да се Порта приволи да Србији преда „управу над старим српским областима Босном, Херцеговином и Старом Србијом”.³⁵

³⁴ Н. Крстић, *Дневник-Јавни животој*, I, Београд, 2005, стр. 298,299. - Н. Крстић се чак заносио мишљу да не би било „немогућно да Мађари пристану да у датим приликама краљ Угарској постане српски владалац” (Исто).

³⁵ Н. Крстић, *Дневник-Јавни животој*, I, стр. 304,306.

ДОГОВОР У ИВАНКИ. У време склапања уговора са Грчком, кнез Михаило је преговарао са Андрашијем, председником угарске владе. Договор о сарадњи између Срба и Мађара, утаначен је на петочасовном састанку, крајем августа, 1867, на Михаиловом поседу Иванка у Угарској. На том састанку Андраши је кнезу Михаилу обећао помоћ да добије део Босне без крви, а кнез Михаило је заузврат морао обећати барем уздражаност у погледу припрема општег балканског устанка, али и у погледу ускраћивања помоћи српској опозицији у Угарској. Резервисан став према Милетићевој опозицији у јужној Угарској био је стална компонента Михаилове политике од повратка на престо. Ослањање на Андрашија у дипломатској акцији добијања већег дела Босне и Херцеговине био је резервни план за несигурне уговоре са непоузданим балканским савезницима.³⁶ Одједи кнез Михаиловог договора са Андрашијем у Иванци трајали су и неколико година после његове смрти. Тако, крајем децембра 1870, аустро-угарски конзул Б. Калај је намеснику Јовану Ристићу предао следећу понуду: „ако би избио рат између Аустрије и Русије Србија се обавезује да према нама /Аустро-Угарској/ задржи пријатељску неутралност. За узврат Аустрија обезбеђује /Србији/ по завршетку рата поседовање Босне и Херцеговине и Старе Србије (границе ће касније бити утврђене) под истим условима под којима је сада Србија везана за Порту. Чим Србији припадну њени поседи део Босне који се простире до Врбаса и Неретве биће прикључен Аустрији.”³⁷

Јануара 1868, склопљен је уговор с Румунијом. Његов основни циљ био је допринос напретку двеју земаља „саобразно њиховим законитим и аутономним правима” (чл. 2). Речју, Србија се, у односима са Румунијом, задовољила њеном благонаклоном неутралношћу.³⁸ У току преговора, румунски агент је изашао са захтевом за Добруцу, али је овај захтев елегантно заобиђен упућивањем Румуна на Грчку и Бугаре „који имају своје комитете у Букурешту”.³⁹

ПОСЛЕДИЦЕ УБИСТВА КНЕЗА. Пред своју смрт кнез Михаило је био дотерао, по речима Гарашанина, „Турску до дувара”. Са његовом смрћу све се из корена променило. Одмах је изгубила значај мрежа балканских уговора

³⁶ Г. Јакшић - В. Вучковић, *Свољна историја Србије за владе кнеза Михаила*, стр. 398-401.

³⁷ Ристић је овој Калајевој белешци „додао још следеће: ако би Србија успела да оружјем освоји покрајину онда ће суверенитет /Турске/ престати и Србија ће се прогласити независном, а Аустрија ће признати ову независност. На ово сам му – забележио је Калај – рекао да не могу ништа одговорити, толико је све то ново и у супротности са свим што су до сада тврдили” (А. Раденић, *Дневник Бењамина Калаја 1868-1875*, Београд-Нови Сад, 1976, стр. 348,349).

³⁸ Г. Јакшић - В. Вучковић, *Свољна историја Србије*, стр. 453,454.

³⁹ „Гарашанин је налазио да Добруца треба Бугарској да припадне, но те своје мисли није изнео ...” (Н. Христић, *Мемоари*, стр. 485)

који су склопљени зарад подршке оновременој реалној српској државној идеји, кнез Михаиловом „златном сну”. Са смрћу кнеза Михаила изгубљена је јака српска личност, привлачна за суседне народе. Наиме, страни посматрачи су јасно уочавали да један део босанских муслимана има симпатије за Србијом, а посебно за кнеза Михаила. Дobar део Бугара је у кнезу Михаилу гледао спасиоца. Књаз Никола му је признавао првенство.

Са смрћу кнеза Михаила Срби су изгубили чинилац равнотеже између југословенске и српске државне идеје. Кнез Михаил је био први и последњи јак српски монарх, који је умео да „флертује” са југословенском идејом у корист српске. Нико после њега није знао и умео да се држи у игри југословенства са дуплим дном, као што је он умео да се носи са Штросмајером. Зато је Штросмајер, поводом кнез Михаилове смрти забележио: „Кнез Михаил добар је био човек, али државник никаки, тер је својом слабошћу и млитавошћу изазвао управо против себе разне елементе земље”.⁴⁰ Оно што је Штросмајер окарактерисао као слабост и млитавост била је у ствари Михаилова отпорност према притворним и претераним хрватским захтевима и њихово усклађивање или подређивање српским интересима. Петнаест година касније (18. марта 1883), када су изгледали преговарачки утисци, Штросмајер се о кнезу Михаилу изразио сасвим супротно написавши Рачком да је „био интимни пријатељ *највећега њихова* (српског) *човека*, покојнога Михајла ...”⁴¹ Кнез Михаилови уговори са суседима указују на државника који је радио за српски рачун, али не и на стварну штету суседима. Био је то државник који је вукао потезе на основу реалних чињеница, клонећи се мегаломанија и српских и суседских.

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

PRINCE MIHAILO'S TREATIES WITH THE NEIGHBORING STATES

Many treaties that Prince Mihailo concluded at the end of the 60's of 19th century came at the time when principle of self-determination was taking its roots in the European politics. Therefore, the principle of position of self-determination during the 1860's was explained at the beginning of this article. After that, the author discusses the idea of Prince Mihailo to achieve his „golden

⁴⁰ Korespondencija Rački – Strossmayer, knj. 1, Zagreb, 1928, str. 67.

⁴¹ Korespondencija Rački – Strossmayer, III, Zagreb, 1930, str. 59.

dream” of union of Serbia with Bosnia, Herzegovina and Old Serbia via general Balkan rebellion, based on the principle of self-determination. This idea was incorporated into the treaty with Montenegro, where the „great Serbia” and „the whole Serbian state” was mentioned. In one of those treaties, one with Bulgarian representatives (dating January 1867) the creation of „Bulgaro-Serbia” or Serbio-Bulgaria was proposed. The ruler of this Serbian Bulgarian empire should have been Prince Mihailo. As an emperor he was supposed to nominate his ministry „taking care that in there should always be both Serbs and Bulgarians” One of the Prince Mihailo’s confidants had an opinion that Serbian kingdom within the Serbian Bulgarian empire could be used for Serbian national integration and reunion.

Most of the treaties concluded with the neighbours, Prince Mihailo’s contract with J.J. Strossmayer, Croatian political and religious leader was created with the highest level of political skills. Draft treaty was created by A. Oreskovic, Garasanin’s agent at Strossmayer, and Strossmayer’s agent at Garasanin. Treaty that was given to Strossmayer (and accepted by him) was made by Garasanin’s corrections and inserted text of what was originally written by Oreskovic. Thus, Garasanin avoided the word „Yugoslavian”, which was obviously done according to Prince Mihailo’s instructions. Furthermore, while according to Garasanin, the state of Yugoslavian people should have been a tribal federation, the double agent Oreskovic was more for Yugoslavian Unitarian state, with the local and regional government, but he also projected non-federal political government with equal representation of „elected ones from all of the tribes”.

During negotiating with Hungarians, Prince Mihailo was keeping the position that he should give help to Hungarians in their emancipation from Austria, and that Hungarians should in return help Serbs in their emancipation from Turkey.

At the late August of 1867, during the secret meeting, Hungarian Prime Minister promised to Prince Mihailo a help in obtaining a part of Bosnia with no bloodbath. In return, Prince Mihailo had to promise, at least, to be sustained related to the preparation of general Balkan rebellion, but also sustained related to helping the Serbian opposition in Hungary. His deal with Andriasi was actually a back up plan for insecure treaties concluded with different Balkan allies.

Prince Mihailo contracts with the neighbouring states are showing to us that he was a politician and a statesman who was working for Serbian interest, but not aiming to damage the neighbours. He was a politician who was making the moves based on facts, staying away from megalomania, both Serbian and those of neighbouring states.

Одељак II

Управно и радно право

О ИНСПЕКЦИЈСКОМ НАДЗОРУ У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

У Републици Србији, према изричитој законској норми, државна управа је део њене извршне власти, онај део који се образује за вршење управних послова у оквиру њених права и дужности. Ове послове законодавац означава изразом »послови државне управе«. Чине је министарства, органи управе у саставу министарстава и посебне организације, а ову организациону целину законодавац обухвата термином »органи државне управе«.¹

Из презентиране законске одредбе могло би се закључити, и то без икаквих потешкоћа, да је законодавац учинио напор да ближе одреди појам државне управе у органском и функционалном смислу.

У органском смислу, државна управа у Републици Србији је целина једне врсте државних органа и једне врсте државних организација. Друкчије речено, њу чине органи управе - министарства и органи управе у саставу министарстава, и посебне (управне) организације.

У функционалном смислу, државна управа у Републици Србији је део њене извршне власти, а образована је управо за вршење управних послова из оквира права и дужности Републике Србије. Ове послове - управне послове, законодавац означава изразом »послови државне управе«.

Док би се у погледу државне управе у органском смислу могао и схватити став законодавца да једним термином обухвати једну врсту државних органа и једну врсту државних организација, јер се органи управе и образују за вршење управних послова, а посебне организације за обављање стручних и са њима повезаних извршних послова чија природа захтева већу самосталност од оне коју имају органи у саставу министарстава, дакле - управних послова, односно стручних и са њима повезаних управних послова, остаје нејасно зашто је између управних послова и послова државне управе ставио знак једнакости. Чини се да није реч о позитивноправној традицији, мада се њен утицај не може занемарити, јер, да јесте, законодавац не би државну управу одредио као део државне власти (извршне власти) који се образује за вршење управних послова. Пре би се могло рећи да је он само учинио први корак у правцу одвајања термина »управни послови« и »послови државне управе«, вероватно под утицајем мишљења већине наших правних

¹ Чл. 1. Закона о државној управи, "Службени гласник Републике Србије" 79/2005. и 101/2007.

писаца, посебно оних који се баве уставним и управним правом. Но, нажалост, ту је и стао. Не умањујући значај оваквог поступка законодавца, а он није мали, остаје жал што није учињен и други, неопходни корак - прецизирање значења ових израза, а могло је и требало је.

Без упуштања у иоле дубљу правну анализу законског одређивања државне управе, обзиром на тему овог рада, ипак се мора приметити да је и овај пут, следећи позитивноправну традицију, законодавац у много чему остао неодређен и недоречен. Мада се мора признати да је инсистирањем на термину »органи државне управе« учинио корак напред у погледу отклањања неспоразума и нејасноћа који прате прецизирање израза »државна управа у органском смислу«, при одређивању функционалног појма државне управе био је мање успешан. Тако је остало нејасно много тога - да ли је, одређујући државну управу као део извршне власти Републике Србије, законодавац мислио на државну управу у органском или функционалном смислу; да ли је државна управа у функционалном смислу, ако под њом подразумева послове државне управе, самостална државна функција или не, а ако јесте, каква јој је правна природа; да ли су сви послови државне управе управни послови или не, а ако јесу, шта им је заједничко обележје, примера ради?

Према изричитој законској одредби, послови државне управе у Републици Србији 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.²

Учествовање у обликовању политике Владе, као посао државне управе, органи државне управе остварују припремањем нацрта закона, других прописа и општих аката за Владу и предлагањем Влади стратегије развоја и других мера којима се политика Владе и обликује.

У оквиру праћења стања, органи државне управе прате и утврђују стање у областима из свог делокруга, проучавају последице утврђеног стања и, зависно од надлежности, или сами предузимају мере или предлажу Влади доношење прописа и предузимање мера на које је овлашћена.

Законе, друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе органи државне управе извршавају доношењем прописа, решавањем у управним стварима, вођењем евиденције, издавањем јавних исправа и предузимањем управних радњи.

У оквиру инспекцијског надзора, као посла државне управе који се уређује посебним законом, органи државне управе испитују спровођење

² Чл. 12-21. Закона о државној управи.

закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.

Органи државне управе се старају о јавним службама тако што се старају да се њихов рад одвија према закону, при чему они врше послове и предузимају мере на које су овлашћени законом.

Код развојних послова органи државне управе подстичу и усмеравају развој у областима из свог делокруга, а према политици Владе.

Коначно, у оквиру вршења осталих стручних послова органи државне управе прикупљају и проучавају податке у областима свога делокруга, сачињавају анализе, извештаје, информације и друге материјале и врше друге стручне послове којима доприносе развој у области свог делокруга.³

Инспекцијски надзор је, како је већ изнето, посао државне управе, један од законом установљених послова делокруга органа државне управе. Реч је о посебном облику правног надзора - правно уређеној целини надзорних овлашћења и поступака проверавања правилности аката и радњи надзираних субјеката.⁴

Инспекцијским надзором у правном систему Републике Србије бавили су се правна доктрина и позитивно право.

Српски писци управног права су, скоро редовно, о инспекцијском надзору писали обрађујући институт управног надзора. При том су, скоро без

³ Уколико би се упоредиле, и то не исцрпно, позитивноправне норме о пословима државне управе у Републици Србији са одредбама раније важећих савезних и републичких прописа по овим пословима, а они су били уређени Уставом СРЈ, Уредбом о образовању савезних министарстава, других савезних органа и организација, Уставом РС и Законом о државној управи у РС, могло би се закључити да између њих постоје знатне разлике у погледу броја и врста послова делокруга органа државне управе.

Видети: Чл. 107. став 1. Устава СРЈ; Чл. 3. Уредбе о образовању савезних министарстава, других савезних органа и организација; Чл. 94. став 2. Устава РС и Чл. 8. Закона о државној управи. Устав СРЈ, »Службени лист СРЈ«, 1/91. и 34/92.

Уредба о образовању савезних министарстава, других савезних органа и организација, »Службени лист СРЈ«, 67/94.

Устав РС, "Службени гласник РС", 1/90.

Закон о државној управи, "Службени гласник РС", 20/92.

⁴ Ваља приметити да се у српској правној доктрини, посебног уставног и управног права контрола и надзор скоро редовно сматрају синонимима. Тако мисле Л. Костић, С. Поповић, Д. Милков и З. Томић. Видети: Костић, Л.: Административно право Краљевине Југославије. III, Надзирање управе, Београд, 1930, стр. 3; Поповић, С., Марковић, Б. и Петровић. М.: Управно право, Београд, 1995., стр. 572., Милков Д.: Управно право, II, Управна делатност, Нови Сад, 1997, стр. 287. и Томић З.: Управно право, Београд, 1998., стр. 48-51.

изузетка, истичући да он представља посебан облик правног надзора, инсистирали на разлици између управног надзора у формалном и материјалном смислу. Први је одређиван као надзор који врше органи управе, према вршиоцу надзора, а други као надзор који се остварује управним овлашћењима над неауторитативним активностима субјеката који се надзиру - према правној природи контролних овлашћења и предмета надзора. Такође, преовлађујући део наше управно правне доктрине сматрао је, и то са правом, да норме нашег позитивног права установљавају формални појам управног надзора, уређујући и његове облике, док се управним надзором у материјалном смислу могао сматрати само инспекцијски надзор, као један од законом предвиђених облика управног надзора.

Тако је Р. Марковић најпре одредио управни надзор као облик општег надзора, односно правног надзора, да би, након тога, подвукао разлику између његовог формалног и материјалног појма. Позивајући се на одредбе Закона о државној управи Србије из 1992. године, овај наш правни писац истиче да је позитивноправни појам управног надзора органски појам, унутар кога се разликују три основна облика. Опредељујући се за материјални појам управног надзора, Р. Марковић закључује да је он »правни надзор који се остварује применом управних овлашћења, тј. овлашћења управне власти, над обављањем неауторитативних активности субјеката који подлежу том облику надзора... Управним надзором, одређеним у материјалном смислу, настаје и развија се типичан управноправни однос... Управни надзор врши се управним методама. Због тога је управни надзор типичан управни посао«.⁵

Обрађујући законске облике управног надзора, овај аутор истиче да инспекцијским надзором »министарства остварују непосредан увид у пословање и поступање предузећа, установа и грађана, у погледу придржавања закона и других прописа и општих аката, изричу управне мере и друге радње за које су овлашћени законом. Овај законски облик управног надзора, будући да има за предмет надзора неауторитативне активности и да се обавља применом управних овлашћења, потпада под материјални (садржински) појам управног надзора« Као општа обележја инспекцијског надзора, сматра Р. Марковић, издвајају се: да се он врши на одређеном подручју неауторитативних активности; од стране специјализованих субјеката; инспекцијским пословима, који се, као послови искључиво државног карактера, начелно не могу поверавати недржавним субјектима; путем посебних метода - инспекцијских прегледа, при чему његови вршиоци располажу посебним овлашћењима.⁶

На сличан начин размишља и З. Томић, који одвојено обрађује позитивноправни појам и облике управног надзора у Србији и суштину

⁵ Марковић, Р.: Управно право, Београд, 1995., стр. 181-182.

⁶ Марковић, Р.: *op.cit.*, стр. 183-184.

управног надзора. Објашњавајући у чему се огледа суштина управног надзора, овај аутор истиче да код управног надзора »доминира управно-контролни рад, правно уређена ауторитативна делатност проверавања правилности (законитост или/и целисходности) аката и радњи контролираних субјеката. Правни утицај при спровођењу управног надзора, највећма у корективном смислу, остварује се поглавито управним актима и управним радњама ... Управни надзор је засебан и важан управни посао, са више грана и облика».⁷

Инспекцијски надзор, као законски облик управног надзора, по мишљењу З. Томића, је «специјализовани управни надзор, који се састоји у непосредном увиду у пословање и поступање недржавних субјеката, грађана, као и органа државне управе, уз предузимање одговарајућих законом прописаних мера. Предмет надзора су њихове неауторитативне активности, у погледу којих се испитује придржавање закона, других прописа и општих аката». Особености инспекцијског надзора, сматра З. Томић, могу се разложити у неколико тачака: «обавља се у више различитих области друштвеног живота - над одређеним стручним пословима... Предузимају га посебни државни органи управе у рангу самосталних органа, или органи у саставу самосталних органа управе, или, пак, подручни органи или организационе јединице министарстава односно инспектората. Вршиоци инспекцијског надзора се уобичајено називају инспекцијске службе, квалификоване и компетентне за те послове... Инспекцијски надзор се врши специфичним методама и овлашћењима».⁸

Идентичан приступ појмовима управног и инспекцијског надзора има и Д. Милков. И по овом правном писцу појам управног надзора се може утврдити ослоном на његове органске и садржинске елементе. Органски појам се утврђује ослоном на његове вршиоце, што је, истиче Д. Милков, било учињено тада важећим прописима, а материјални, ослоном на правну природу контролних овлашћења. Управни надзор, по овом аутору, је надзор који се врши управним овлашћењима, независно од субјекта који га врши.⁹ Инспекцијски надзор, сматра овај аутор, је подврста управног надзора, који се од његових других врста одваја субјектима који га врше, предметом надзора, посебним методама и областима друштвеног живота у којима се обавља.¹⁰

Не заобилазећи чињеницу да се управни надзор може одредити у органском и материјалном смислу, С. Лилић, приклањајући се одредбама позитивног права, под управним надзором подразумева надзор који врши управа. По овом аутору, у управном систему Србије разликују се три основне

⁷ Томић, З.: op.cit., стр. 257.

⁸ Томић, З.: op.cit., стр. 259.

⁹ Милков, Д.: op.cit., стр. 287-288.

¹⁰ Милков, Д.: op.cit., стр. 291-292.

врсте управног надзора, од којих је инспекцијски надзор само једна врста, онај његов облик «који се остварује непосредним увидом у одговарајуће правне и фактичке ситуације. Циљ инспекцијског надзора је како контрола примене закона од стране грађана и правних лица, тако и контрола примене закона од стране самих органа управе. Инспекцијска контрола се обавља посредством инспекцијских служби, које имају своју организацију, делокруг, надлежност и специфична овлашћења... Инспекцијски надзор обављају посебно овлашћена службена лица (инспектори) у посебно прописаном поступку (инспекцијски поступак)».¹¹

Ослонцем на вршиоца надзора, појам управног надзора одређује и П. Димитријевић. Истичући да се у теорији управног права прави разлика између управног надзора и контроле управе, овај аутор управни надзор ипак дефинише као надзор који врши управа. По његовом мишљењу, «суштина управног надзора је да се врши надзор над применом закона у одговарајућој области и то: надзор над законитошћу рада, надзор над законитошћу аката и инспекцијски надзор. Инспекцијски надзор, обухвата разне прегледе, саслушања и узимање изјава, узимање узорака робе и других предмета ради анализе, као и предузимање других радњи и мера (нпр. покретање прекршајног поступка, одузимање ствари и сл.). То је једна врста управног надзора која садржински обухвата: превентивне, корективне и репресивне активности.»¹²

Не пренебрегавајући чињеницу да позитивно право управни надзор одређује ослонцем на његово органско обележје, и М. Влатковић, као и преовлађујући део наше управно правне доктрине, опредељује се за појам управног надзора у материјалном смислу. Управни надзор је, закључује овај аутор, «један од основних дефинишућих послова државне управе (чл. 94. Устава). Управни надзор се састоји у надзору органа државне управе над делатношћу предузећа, установа и других организација, као и поступању грађана у придржавању закона, при чему органи државне управе, као органи надзора, располажу законом утврђеним управним овлашћењима.»¹³ Инспекцијски надзор, сматра М. Влатковић, «састоји се у остваривању непосредног увида органа државне управе у пословање и поступање предузећа, установа и грађана у погледу придржавања закона, других прописа и општих аката у којем надзору ови органи могу да изричу мере и предузимају друге радње за које су овлашћени законом.»¹⁴

Могло би се закључити да је домаћа управноправна доктрина правила разлику између управног надзора у органском и садржинском смислу.

¹¹ Лилић, С.: Управно право, Београд, 1995., стр. 365-366.

¹² Димитријевић, П.: Управно право, Општи део, I, Ниш, 2008., стр. 62-63.

¹³ Влатковић, М.: Управни надзор, Београд, 2006., стр. 47.

¹⁴ Влатковић, М.: *op.cit.*, стр. 200.

Незаобилазећи чињеницу да је наше позитивно право до доношења Закона о државној управи из 2005. управни надзор одређивало ослонцем на његово органско обележје - вршиоца надзора, преовлађујући део српских правних писаца опредељивао се за материјални појам управног надзора, стављајући знак једнакости између управног и инспекцијског надзора.

Уколико се управни и инспекцијски надзор анализирају са аспекта позитивног права, лако се може уочити да је у погледу ових послова органа државне управе законодавац променио свој став.

Наиме, у Закону о државној управи из 1992. управни надзор, као један од послова делокруга органа државне управе, био је дефинисан ослонцем на његово органско обележје - према вршиоцу надзора, а инспекцијски надзор одређен као један од његових облика. Према изричитој законској одредби, министарства су вршила управни надзор:

- надзором над законитошу рада предузећа, установа и других организација, када је то законом утврђено,
- надзором над законитошћу аката предузећа, установа и других организација када они на основу закона решавају о правима, обавезама и правним интересима грађана и других правних лица и
- инспекцијским надзором.¹⁵

Инспекцијски надзор је био одређен као надзор над пословањем и поступањем недржавних организација, органа управе и појединаца који се остваривао непосредним увидом у пословање и поступање контролисаних субјеката, а у погледу њиховог придржавања закона, других прописа и општих аката, при чему је надзорни орган државне управе могао изрећи управне мере и/или предузети управне или друге законом прописане радње. Код инспекцијског надзора неауторитативне активности недржавних организација, органа управе и грађана, као надзираних субјеката, контролисане су применом управних овлашћења.¹⁶

У Закону о државној управи из 2005. презентиран је један друкчији приступ законодавца управном и инспекцијском надзору.

Тако се више међу пословима органа државне управе, а према изричитом ставу законодавца, не налази управни већ само инспекцијски надзор. То никако не значи, нити би се тако смело закључити, да законодавац тиме негира постојање управног надзора у правном систему Србије. Напротив, инсистирањем на инспекцијском надзору, законодавац је коначно одступио од дотадашње позитивноправне традиције одређивања управног надзора ослонцем на његово органско обележје - вршиоца надзора, уводећи у

¹⁵ Чл. 11. Закона о државној управи из 1992.

Закон о државној управи, Службени гласник РС, 20/92, 6/93, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 49/99.

¹⁶ Исто, чл. 14.

позитивно право материјални појам управног надзора. Управни надзор у нашем правно систему законодавац је одредио и уредио ослањајући се на његова садржинска обележја - правну природу надзорних овлашћења и предмет надзора, као инспекцијски надзор.

Тиме је уклоњена раније постојећа разлика између позитивноправног и теоријског појма управног надзора, а инспекцијски надзор од једне врсте законског појма управног надзора постао је његов једини облик, на чему је преовлађујући део наше управне правне доктрине одавно инсистирао.

Надзор над законитошћу рада и надзор над законитошћу аката недржавних орагнизација у правном систему Србије, као врсте управног надзора установљене раније важећим законским прописима, постали су облици правног надзора органа државне управе у нас.

Надзор над законитошћу рада недржавних орагнизација обухваћен је и уређен законским нормама о унутрашњем надзору органа државне управе над другим органима државне управе и имаоцима јавних овлашћења, унутар кога органи државне управе надзиру неуправне, углавном неауторитативне, активности надзираних субјеката, при чему надзор не врше управним овлашћењима.

Надзор над законитошћу аката недржавних орагнизација, као ималаца јавних овлашћења, законским нормама је одређен и уређен као управна контрола управе, у оквиру које органи државне управе управним овлашћењима контролишу правилност управног деловања свих вршилаца управе, па и недржавних орагнизација, кроз жалбену и ванжалбену контролу.

Као законом установљени посао државне управе, прецизније - управни посао, инспекцијски надзор органи државне управе реализују испитујући спровођење закона и других прописа, и то непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, и, зависно од резултата надзора, изричући мере на које су овлашћени.

Као облик правног надзора органа државне управе у нас, инспекцијски надзор се од других облика правног надзора ових државних органа и орагнизација одваја својим специфичним обележјима - предметом надзора, начином вршења надзора, субјектима надзора, њиховим овлашћењима и дужностима и областима у којима се обавља.

Предмет инспекцијског надзора, како је већ истакнуто, су неауторитативне активности физичких и правних лица као надзираних субјеката, односно њихово пословање и поступање у погледу придржавања закона и других прописа, и то у различитим областима друштвеног живота.

Врше га искључиво органи државне управе, а само изузетно, у појединим ситуацијама и посебним областима, и то по посебном законском овлашћењу, његово вршење може бити поверено, не и пренето, органима децентрализованих територијалних заједница. Прецизније, инспекцијски надзор непосредно врше инспектори, као овлашћена квалификована службена лица посебним методима - инспекцијским прегледима, у оквиру

којих инспектори на лицу места остварују непосредан увид у рад надзираних субјеката. У вршењу инспекцијског надзора инспектори су самостални у границама законских овлашћења, снабдени значајним овлашћењима, али и појачаном одговорношћу.

Он се увек обавља ауторитативним активностима - управним овлашћењима, изрицањем мера и предузимањем других законом предвиђених радњи које су бројне и могу се кретати од указивања надзираном субјекту на утврђене неправилности до забране обављања његове делатности.

Коначно, треба подсетити даје инспекцијски надзор у правном систему Републике Србије у позитивноправном смислу уређен одредбама два закона - Закона о државној управи из 1992. и Закона о државној управи из 2005. Наиме, према изричитој законској одредби, инспекцијски надзор у нашем правном систему има бити уређен посебним законом.¹⁷ Но, до његовог доношења, примењују се одредбе Закона о државној управи из 1992. којима се уређује инспекцијски надзор у нас. Те одредбе остају на снази до доношења посебног закона о инспекцијском надзору.¹⁸ Одредбе оба закона уређују само питања која су заједничка свим инспекцијским службама, тако да у специфичности везане за рад појединих инспекција, а које су, углавном, последица њихове природе, уређене посебним законима. За очекивати је да ће и закон о инспекцијском надзору, када буде донет, наставити већ утабаном стазом, обзиром да постојеће решење знатно смањује нормативизам српског правног система, а он је, још увек, у процесу изградње и уобличавања, са крајњим обрисима који се не виде, већ само наслућују.

Prof. Dr. Nevenka Bacanin
a full-time professor

ON SUPERVISION IN SERBIAN LEGAL SYSTEM

The Law on State Administration from 2005 defines the term of state administration in both organic and functional sense. It, according to the law, consists of state administration bodies (administration bodies and special organizations), established for the purpose of administrative activities related to rights and obligations of Republic of Serbia.

¹⁷ Исто, чл. 18. став 2.

¹⁸ Видети: чл. 93. Закона о државној управи из 2005. и чл. 22-23. Закона о државној управи из 1992.

The legal doctrine and positive law have both discussed the inspection supervision in the legal system of the Republic of Serbia.

Serbian administrative and legal doctrine recognized the difference between formal and material supervision a long time ago. Notwithstanding the fact that the legal texts before 2005 defined the administrative supervision exclusively by relying on its organic character, and inspections supervision as one of its forms, the majority of our legal doctrine opted for material term of administrative supervision, thus making the administrative and inspection supervision equal.

Related to inspection supervision, and after the comparative analysis of previously effective legal forms and provisions of the positive laws related to this type of state administration activity, the change in the attitude of the lawmaker is clear- the administrative supervision in our legal system is regulated by relying on its legal characteristics of supervisory powers and the subject of supervision.

As legally regulated administrative activity of the state, the inspection supervision is a form of legal supervision of a state administration body. Within that activity, the state administration bodies inspect law and other regulations enforcement by direct insight in operations and activities of physical persons and legal entities, and, depending on the inspection results, they pronounce measures they have the powers for. It is separated from other forms of legal supervision by its characteristics- field and the manner of supervision, subjects of supervision and their powers and obligations within the fields they are being carried out.

*Мр Зоран Јовановић,
асистент*

UDK: 35.072.6(497.11)

ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ КАО ОБЛИК ВРШЕЊА ПОСЛОВА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Уводне напомене

Развој управе и ширење њених послова налажу потребу за стварањем нових, новим пословима прилагођених статусних облика који су у стању да извршавају нове послове. Поред државне управе у ужем смислу, коју код нас чине органи државне управе (министарства, органи у саставу министарстава, посебне организације), аутономних покрајина, општина, градова и града Београда, којима се послови државне управе поверавају законом, у нашем правном систему, постоје организације које врше поједине послове државне управе који су им поверени законом: јавна предузећа, установе, организације за социјално осигурање, итд. У последњих неколико година, посебним законима, код нас се оснивају и нови статусни облици – сви под називима агенције – које су, по правилу, пословале по прописима о јавним службама. Стварање нових статусних облика који, у оквиру посебних, за њих створених правила, врше поједине послове државне управе јесте честа појава и у страним законодавствима. Већина држава Европске уније у погледу развоја тзв. недржавних субјеката управе – тј. организација изван органа државне управе у ужем смислу речи – има иза себе дуготрајну и обимну праксу и искуства.

На развој недржавних субјеката управе у одређеној мери утиче и традиција. Битан је и начин на који је уређена државна управа у некој држави. Кад је државна управа флексибилно уређена, потреба за оснивањем недржавних субјеката управе релативно је слабија, чак долази до међусобног преплитања и брисања граница између државних и недржавних субјеката. С друге стране, круто и ограничавајуће уређење државне управе изазива стварање и развој посебних, формално уређених и од управе раздвојених организационих облика, који треба да омогуће прилагођавање статусних облика потребама појединих послова.

Закон о јавним агенцијама¹ води смањењу обима послова органа државне управе, тако што ствара могућност да се низ нових послова, који би били сврстани у органе државне управе, сврстају у јавне агенције. Растерећење органа државне управе треба да у први план истакне (тима и побољша) најбитније и суштинске послове органа државне управе: учествовање у обликовању политике Владе, доношење подзаконских прописа и вршење надзорних надлежности. На јавне агенције постепено се и преносе они послови са органа државне управе који могу да се боље, брже и јефтиније врше изван њих. С друге стране, тиме се излази у сусрет потреби за независном регулацијом, тј. управљањем неким подручјем које је независно од краткорочних политичких претензија оличених у Влади и министарствима, наравно, без посезања у дугорочна политичка усмерења државе. Потом, издвајање појединих послова из органа државне управе као класичног механизма власти следи савремено начело јавне управе које при деловању јавне власти, уређењу друштвених односа и пружању услуга захтева употребу најмањег могућег обима силе и вршења власти (начело сразмерности). Измештање послова изван органа државне управе има за циљ да повећа и убрза прилагођеност послова корисницима услуга, што је од изузетног значаја јер може да увећа рационалније и услужније задовољавање њихових потреба и појача њихов надзор над квалитетом и стручности рада тзв. јавног сектора. Ограничен број корисника услуга спречава појаву тзв. закона олигархије, у којој вођство институције доминира над апатичним корисницима и остварује сопствене, партикуларне интересе. Успостављање механизма утицаја корисника услуга на рад јавне агенције треба да то спречи.

Класификација јавних агенција

У Европској Унији агенције добијају, као пренета, нека "ублажена" регулаторна овлашћења од стране Европске комисије. Комисија утврђује стратегију, даје смернице у одређеним областима, а агенције остају задужене за њихову операционализацију чиме се, поред осталог, утиче и на хармонизацију тржишта ЕУ. Што се тиче класификације агенција, Европска комисија раздваја "извршне" од "регулаторних", с тим да се признаје да се та подела не може доследно спровести. Наиме, у ЕУ нема правих, независних регулаторних агенција какве су својствене у унутрашњим правима држава: давање широких дискреционих овлашћења

¹ Етимолошки, агенција (лат. *agentia*) је "пословница неког већег предузећа чији је делокруг ограничен; новинарско предузеће за давање новости дневним листовима; Вујаклија М.: Лексикон страних речи и израза, Просвета, Београд, 1996-97, стр. 7.

агенцијама на нивоу ЕУ нарушила би се њена институционална равнотежа.²

У теорији је присутна и следећа подела јавних агенција у Европској Унији: 1. регулаторне; 2. *"decision-making"*; 3. квазирегулаторне и 4. информативно-координативне.³

Регулаторне агенције су мање самосталне, односно слабије моћи у поређењу са националним регулаторним телима. Европске регулаторне агенције, поред доношења појединачних правних аката, могу и да званично пласирају тј. обављају европска правила која се односе на уређивање одређених области и на њих се могу преносити поједина овлашћења која су Уговором о оснивању дата Европској комисији. Друга група јавних агенција, *"decision-making"*, такође могу да доносе појединачне правно обавезујуће одлуке, али немају друге ингеренције које су својствене регулаторним агенцијама. Квазирегулаторним агенцијама се признају овлашћења за израду нацрта прописа у припадајућим областима. Оне, такође, дају препоруке Комисији за доношење одговарајућих одлука које формалноправно не обавезују, али црпу снагу из стручног ауторитета те врсте агенција. И на крају, улога тзв. информативно-координативних европских јавних агенција произилази већ из њиховог назива.⁴

По мишљењу професора Зорана Томића, прво могуће разврставање агенција уопште је на профитне (добитне) и непрофитне (недобитне), с обзиром на преовлађујућу сврху њиховог деловања.⁵ Даља класификација непрофитних агенција у јавноправном смислу могла би да буде: А) Према миљеу где се оснивају - у оквиру државног управног апарата, или ван њега: 1. прве, управне - имају управно-извршну, а не регулаторну природу; припадају извршној грани власти, државној управи; 2. друге (изван државног апарата), тј. оне јавне - оснивају се било као чисто *"извршне"*, било као *"регулаторно-извршне"*. Б) Према карактеру своје мисије: 1. извршне - самосталне или несамосталне и 2. регулаторно-извршне, по правилу независне јавне агенције. Можемо закључити да, по логици ствари, нема правих независних јавних агенција у ЕУ, као ни у самом саставу националних државних апарата.⁶

² Томић З.: Управне и јавне агенције у Србији, Класификација и правни положај, Право и Привреда, Часопис за привредноправну теорију и праксу, број 5-8/2008, Београд, стр. 415.

³ Исто.

⁴ Исто, стр. 415-416.

⁵ Исто, стр. 416.

⁶ Исто.

Услови за оснивање јавне агенције и својства јавне агенције

Закон о јавним агенцијама⁷ је системски закон који уређује нов статусни облик ималаца јавних овлашћења и одређује правила за њихов рад. Требало би да битно побољша законодавну уређеност тзв. јавног сектора и буде важан корак ка заокруживању институционалних облика који врше послове државне управе. Због многих посебности које је било потребно саобразити и унети у један организациони облик – јавну агенцију, Закон је релативно опште природе и одређује само основне оквире потребне за оснивање и рад јавних агенција. Јавна агенција дефинише се као организација (са положајем правног лица) која врши развојне, стручне или регулаторне послове од општег интереса.⁸ Оно што је чини правним лицем јавног права јесте природа послова: јавна агенција задовољава општи а не приватни интерес; корисницима пружа услуге без посредовања тржишта; сврха њеног пословања није стицање добити – стога и подлеже посебном правном режиму. Јавна агенција може да се оснује на основу посебног овлашћења у подручном закону, који Закон назива *посебним законом*.⁹ Закон о јавним агенцијама је статусни закон који омогућава да се на основу подручног (посебног) закона, актом оснивача, оснује јавна агенција. У подручном (посебном) закону не би се уређивала статусна питања јавних агенција. Посебним законом би се уређивале посебности неке области друштвеног живота и, ако је то потребно, предвидело би се оснивање јавне агенције, одредила сврха њеног оснивања, послови, као и послови државне управе који јој се поверавају. При доношењу подручног закона, законодавац мора да одлучи да ли постоји потреба за оснивањем јавне агенције. При томе мора да успостави јасну везу између послова јавне агенције и суштинских питања друштвене области у којој се оснива јавна агенција. Кад се посебним законом предвиди оснивање јавне агенције – сва остала питања уређивала би се актом о оснивању јавне агенције, сходно Закону.¹⁰ Могуће је, такође, и да се посебним законом оснују јавне агенције које не би биле саображене Закону, тј. које би биле потпуно или делимично друкчије уређене но што чини Закон.¹¹ Били би то посебним пословима прилагођени облици јавних агенција, као изузеци од општих правила прописаних Законом: наравно, такав закон морао би садржавати опсежне

⁷ Закон о јавним агенцијама ("Службени гласник РС", бр. 18/2005).

⁸ Члан 1. став 1.

⁹ Члан 2. став 2.

¹⁰ Члан 2. став 2. у вези са чланом 9.

¹¹ Члан 1. став 2.

одредбе које би детаљно изразиле у најмању руку организационе посебности такве јавне агенције.

Закон прописује два услова којима се ваља руководити кад се предвиђа оснивање јавне агенције. Посреди су услови без чијег испуњења посебним законом не би требало бити предвиђено оснивање јавне агенције. Прво, потребно је да јавна агенција делује и своју сврху испуњава у релативно аутономној друштвеној области, која не захтева сталан и непосредан политички надзор преко министарства и Владе.¹² Из тога произлази и ширина аутономије јавне агенције, јер онда нема потребе да се јавна агенција налази у сталном контакту и координацији са министарствима, што поспешује њену самосталност. Аутономија друштвене области јесте, према томе, истовремено и услов за оснивање јавне агенције и услов без кога нема самосталности јавне агенције. О испуњавању тог услова треба добро водити рачуна, јер би осамостаљивање једне институције (овде јавне агенције) у области у којој то није пожељно са становишта државе умањило могућност сталне хоризонталне координације послова и угрозило несметан развој области. Други услов је тај да област, у којој јавна агенција треба да делује, пружа довољно широк простор за самостално и независно одлучивање, за развијање и вођење сопствене иницијативе и оживотворење потреба корисника услуга јавне агенције. Другим речима, да јавна агенција може боље и успешније вршити послове него орган државне управе, нарочито ако се ти послови у целини или претежно финансирају из цене коју плаћају корисници услуга.¹³ У супротном, нема потребе за стварањем јавне агенције, већ послови треба да буду у домену органа државне управе. Због свега, нужно је да се у сваком појединачном случају јасно одреди сврха постојања јавне агенције и тиме усмере њени послови, чиме се, истовремено, постиже делотворност рада, али и потребан надзор над постизањем сврхе јавне агенције.

Својства јавне агенције по Закону следе основне особености које одликују јавне агенције у другим државама. Јавне агенције оснивају се актом власти, схваћено у ужем смислу речи. Имају положај правног лица (који стичу уписом у судски регистар). Руковођење јавном агенцијом је у рукама лица која нису именована према политичким мерилима већ искључиво према стручним мерилима. Руководство јавне агенције именују органи власти и, под одређеним условима, и корисници услуга јавне агенције. Оснивачка права нису преносива. Јавне агенције се финансирају на посебан начин.

Јавна агенција је правно лице (тај статус стиче уписом у судски регистар) које врши развојне послове (развојна јавна агенција), стручне и

¹² Члан 2. став 1.

¹³ Члан 2. став 1.

аналитичке послове (стручна јавна агенција), или уређује правне односе (регулаторна јавна агенција). При вршењу својих послова јавна агенција је самостална¹⁴. Најпре, она је самостална у односу на Владу: низ овлашћења која Влада има према органима државне управе, нема према јавним агенцијама; у закону се изричито указује на непостојање овлашћења Владе да усмерава рад јавне агенције и да га усклађује са органима државне управе,¹⁵ као што може да чини са радом министарстава и посебних организација (органа државне управе). Самосталност јавне агенције заснива се на стручној природи њених послова и експертској аполитичности руковођења њоме, што искључује могућност да се простор унутар јавне агенције претвори у поприште доношења одлука о стратешким политичким питањима. Независност од краткорочних политичких циљева и претензија јесте инструмент који омогућује да јавна агенција остане у домену стручних послова. Независност јавне агенције се изражава преко: 1) организационе независности – јавна агенција није непосредно подређена Влади нити било ком органу државне управе; она и не улази у систем органа државне управе; 2) функционалне независности – овлашћења јавне агенције и правила по којима она поступа одређена су Законом, чиме се спречава стварање слободног простора у коме би оснивач јавне агенције или корисници њених услуга могли да остваре искључујући утицај на одлучивање унутар јавне агенције; 3) персоналне независности – Закон прецизно уређује поступак и услове за именовање чланова управног одбора и директора јавне агенције и детаљно одређује разлоге и поступак за њихово разрешење, чиме искључује било какав облик њихове политичке одговорности и штити рад и пословање јавне агенције од промена у политичкој власти, тј. у Народној скупштини и Влади и 4) финансијске независности – јавна агенција се претежно самостално финансира, од цена за услуге које пружа корисницима (са тачно одређеним мерилима и правилима за одређивање цене).

Јавна агенција се оснива актом власти, који Закон назива актом о оснивању,¹⁶ наравно, ако не буде основана самим законом, што је могућност коју Закон не спречава. Поред Републике Србије оснивач јавне агенције може бити и аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе.¹⁷ Оснивачка права у име Републике Србије – тиме и право на доношење оснивачког акта у име Републике Србије – врши Влада.¹⁸ То што оснивачка права врши Влада тј. колективни орган, а не функционер

¹⁴ Члан 4. став 1.

¹⁵ Члан 4. став 2.

¹⁶ Члан 9. став 1.

¹⁷ Члан 55.

¹⁸ Члан 8. став 1.

(министар), повећава независност јавне агенције. Конкретне одлуке које Влада доноси у вршењу оснивачких права предлаже јој министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције,¹⁹ односно сва министарства споразумно ако су послови јавне агенције у делокругу више њих.²⁰ Изузетак од тог правила могућ је само кад је овим или посебним законом друкчије одређено (овим законом то је учињено у погледу покретања и вођења поступка за разрешење члана управног одбора и директора.²¹ Општи карактер Закона омогућује и друкчије решење, тј. да оснивачка права у име Републике Србије врши Народна скупштина. Закон даље уређује садржину оснивачког акта, средства за оснивање јавне агенције и упис јавне агенције у судски регистар.²²

Органи јавне агенције

Закон одређује органе јавне агенције, услове за њихово именовање и разрешење, надлежности и одговорности. Органи јавне агенције су управни одбор и директор.²³ Директор је орган оперативног, а управни одбор орган стратешког одлучивања. Посебним законом се може предвидети да јавна агенција има и сасвим друге органе, још неки орган или да управни одбор и директор имају друкчији делокруг од делокруга који је одређен Законом.²⁴ Директор је подређен управном одбору, не само због тога што је дужан да се придржава усмерења управног одбора, већ и зато што је на захтев управног одбора обавезан да му поднесе извештај о раду.²⁵ Чланови управног одбора и директор јесу функционери у смислу Закона о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција²⁶ али се, ради спречавања настанака нових сукоба интереса који могу бити својствени само јавним агенцијама, прописује да се забране и обавезе којима се спречава настанак сукоба интереса могу проширити посебним законом или актом о оснивању јавне агенције.²⁷

Управни одбор јавне агенције доноси опште акте (како регулаторне, тј. екстерне, тако и интерне, тј. акте о пословању јавне агенције, са изузетком правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у

¹⁹ Члан 8. став 2.

²⁰ Члан 8. став 3.

²¹ Члан 32. став 1. и 2.

²² Члан 9, 10. и 11.

²³ Члан 13. став 1.

²⁴ Члан 13. став 2.

²⁵ Члан 23. став 2.

²⁶ Видети: Закон о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција ("Службени гласник РС", бр. 43/04).

²⁷ Члан 14.

јавној агенцији, који доноси директор), одређује стратегију јавне агенције преко програма рада, подноси оснивачу извештај о раду и надзире рад директора и даје му инструкције за рад.²⁸ Састављен је од независних стручњака који се, по правилу, именују на пет година²⁹ и којих има од три до седам, сходно броју одређеним актом о оснивању јавне агенције.³⁰ Услови за њихово именовање су строги. Прописана је и стриктна неспојивост функција и заштита од сукоба интереса, што треба да обезбеди независност и стручност рада јавне агенције.³¹ Правило је да чланове управног одбора именује оснивач.³² Будући да пренос управних послова са органа државне управе на јавне агенције не сме ослабити положај корисника услуга, ни водити у превласт и искључујући утицај корисника на рад јавних агенција, будући да јавна агенција делује у општем интересу, ширем од интереса корисника њених услуга – учешће корисника услуга у управљању јавном агенцијом у коме би они имали преовлађујући утицај на одлучивање у јавној агенцији било би недопуштено (уместо општег интереса тада би могли доћи до изражаја посебни интереси група корисника, што би било у супротности са положајем јавне агенције као инструмента остваривања општег интереса). Отуда Закон предвиђа да корисници могу имати своје представнике у управном одбору јавне агенције само ако је то предвиђено актом о оснивању јавне агенције, али и тада највише до половине чланова, што гарантује њихов утицај, али и спречава да они наметну искључиво свој интерес.³³ Представнике корисника именује или оснивач на основу предлога њихових интересних удружења ако постоје, или на основу јавног конкурса ако интересна удружења не постоје,³⁴ или их именују корисници сами, непосредним гласањем и тајним изборима.³⁵ Корисници тиме добијају право на управљање јавном агенцијом и истовремено представљају нужну везу с онима којима су намењене услуге јавне агенције. При томе ваља водити рачуна о томе да су непосредни корисници услуга јавних агенција само делимично и крајњи корисници услуга (насталих резултата). Инсистирање на интересу непосредних корисника могло би да води запостављању интереса и дискриминацији крајњих корисника. На пример, јавна агенција неки монополски сектор привреде не сме регулисати превасходно у корист предузећа која послују у том монополском сектору, мада су та предузећа у

²⁸ Члан 15. став 1.

²⁹ Члан 16. и 17.

³⁰ Члан 16. став 3.

³¹ Члан 16. став 1.

³² Члан 16. став 2.

³³ Члан 18. став 1.

³⁴ Члан 18. став 2.

³⁵ Члан 18. став 3.

исто време и непосредни корисници услуга јавне агенције, већ их јавна агенција мора регулисати у корист крајњих корисника услуга тих предузећа, тј. грађана. Стога је прописана забрана да постојећи или могући корисници финансијских подстицаја или средстава које додељује јавна агенција буду чланови управног одбора.³⁶ Уместо њих у управни одбор се, по правилу, именују представници корисника којима су намењене услуге корисника финансијских подстицаја или средстава.³⁷

Управни одбор има председника, кога именује оснивач, између чланова управног одбора које је именовао.³⁸ Управни одбор доноси одлуке већином гласова свих својих чланова.³⁹

Други орган јавне агенције је директор. Директор руководи радом и пословањем јавне агенције, представља и заступа је и доноси појединачне акте, укључујући и управне акте којима се спроводе поверени послови државне управе.⁴⁰ Од општих интерних аката директор доноси правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у јавној агенцији.⁴¹ Директора именује оснивач, пошто управни одбор претходно спроведе поступак јавног конкурса и састави листу кандидата који су постигли потребне резултате у изборном поступку. Мандат директора је пет година, а посебним законом може бити одређен и краћи мандат.⁴² Услов за именовање директора уређује Закон и они треба да јемче његову стручност.⁴³ Истој сврси служи и детаљно прописивање јавног конкурса за именовање директора.⁴⁴ Поступак јавног конкурса би требало да омогући једнаку доступност места директора јавне агенције и именовање неког од најспособнијих кандидата. Да то не би остало само декларативно начело, предвиђено је право кандидата који није именован на судску заштиту у управном спору.⁴⁵ У случају превременог престанка мандата, дужност директора јавне агенције врши лице које оснивач именује без јавног конкурса, на предлог управног одбора, али најдуже на шест месеци.⁴⁶ Временско ограничење вршења дужности директора треба да спречи заобилажење институције конкурса и политизацију дужности директора. Заштитне природе је и правило према

³⁶ Члан 19. став 1.

³⁷ Члан 19. став 2.

³⁸ Члан 20. став 1.

³⁹ Члан 20. став 2.

⁴⁰ Члан 21. став 1.

⁴¹ Члан 21. став 2.

⁴² Члан 21. став 3.

⁴³ Члан 22.

⁴⁴ Члан 24-29.

⁴⁵ Члан 29. став 2.

⁴⁶ Члан 33. став 1.

коме и вршилац дужности директора мора да испуњава све услове за именовање директора.⁴⁷

Разлози за разрешење члана управног одбора и директора уређени су Законом.⁴⁸ Готово да су исти будући да је у оба случаја реч о експертским положајима, с тим што се за разрешење директора додаје још један разлог који произлази из његове пословодне функције: ако несавесним или неправилним радом проузрокује већу штету јавној агенцији, или тако занемарује, или несавесно извршава своје обавезе да су настале, или могу настати веће сметње у раду јавне агенције.⁴⁹ Одлуку о томе да ли постоје или не постоје разлози за разрешење доноси оснивач,⁵⁰ а кад се утврди постојање разлога за разрешење оснивач доноси решење о разрешењу. Поступак у коме се утврђује чињенично стање које је релевантно за доношење одлуке о томе хоће ли члан управног одбора односно директор бити разрешен или не, покреће и води министарство у чијем делокругу је претежни део послова јавне агенције (ако су послови јавне агенције у делокругу два или више министарства), по службеној дужности или на захтев оснивача.⁵¹ Министарство је дужно да покрене поступак за разрешење на захтев управног одбора.⁵² Министарство, које води поступак, дужно је да претходно утврди чињенице везане за постојање разлога за разрешење и да члану управног одбора односно директору пружи могућност да се изјасни о чињеницама које га терете и да изнесе своју одбрану.⁵³ Кад утврди све потребне чињенице, министарство све списе доставља оснивачу и предлаже му доношење одговарајућег решења.⁵⁴ Оснивач није везан предлогом министарства. На решење о разрешењу допуштена је тужба у управном спору, чиме се штити неполитичност положаја члана управног одбора и директора.⁵⁵

Послови јавне агенције

Јавне агенције се могу основати у различитим облицима. Сваки од облика саображен је посебности послова које јавна агенција треба да врши. Није било могуће поставити начело искључивости према коме би се за једну врсту послова могао установити само један облик јавних агенција.

⁴⁷ Члан 33. став 2.

⁴⁸ Члан 31. став 1. и 2.

⁴⁹ Члан 31. став 2.

⁵⁰ Члан 31. став 3.

⁵¹ Члан 32. став 1.

⁵² Члан 32. став 2.

⁵³ Члан 32. став 3.

⁵⁴ Члан 32. став 3.

⁵⁵ Члан 32. став 4.

Оснивање јавне агенције могуће је како за вршење свих послова, тако и за комбинацију више послова који су Законом предвиђени.⁵⁶ Према мерилу искључивости или пак претежности врсте послова јавне агенције (према функционалном, а не подручном мерилу) одређује се и облик јавне агенције, тако да се она сврстава или у јавну регулаторну, или у јавну развојну, или у јавну стручну агенцију. На пример, ако је једна јавна агенција основана у сврху развоја једне области, она при томе може доносити и опште акте, а да то не утиче на њену природу развојне јавне агенције. Разликовање између облика јавних агенција значајно је пре свега зато што се унутрашња организација јавне агенције прилагођава посебностима њених послова. Битно је и због тога што се постојање регулаторне јавне агенције не може ни замислити без поверавања јавних овлашћења, док строго стручне и развојне јавне агенције могу постојати и без поверавања јавних овлашћења. Закон одређује основне особености појединих врста послова јавних агенција. Регулаторни послови су послови издавања општих аката којима се разрађују правни односи ширег значаја и послови доношења појединачних правних аката, ако то допушта посебан закон на коме се заснива оснивање јавне агенције. Развојни послови обухватају саветовање, стручне развојне послове, распоређивање и додељивање финансијских подстицаја и других средстава корисницима услуга јавне агенције и доношење мера из надлежности јавне агенције (које се одређују посебним законом).⁵⁷ Јавна агенција и код развојних послова и додела финансијских подстицаја делује као недобитна организација, за разлику од фондова као добитних организација. Аналитички и стручни послови одређују се према сврси оснивања јавне агенције. Поред тога, јавна агенција може да врши и друге послове који су повезани са сврхом њеног оснивања.⁵⁸ Тиме, међутим, јавна агенција не поприма природу добитне организације.

Јавној агенцији могу се поверити сви послови државне управе одређени Законом (код регулаторних јавних агенција обавезно је поверавање права на доношење подзаконских и појединачних аката, код развојних и стручних није обавезно да им буде поверен неки посао државне управе). Сврха поверавања послова државне управе јесте да се јавна агенција снабде инструментима који су јој потребни за потпуно и делотворно вршење послова и да омогући спровођење јавног интереса. Послови државне управе, који могу бити поверени јавној агенцији, крећу се у домену уставних решења и праксе земаља Европске уније: јавној агенцији се најпре може поверити доношење подзаконских прописа, тзв. регулаторно јавно овлашћење. Суштина регулаторних јавних агенција и

⁵⁶ Члан 35. став 1.

⁵⁷ Члан 36. став 2.

⁵⁸ Члан 35. став 2.

јесте у томе што се њихов основни посао (доношење подзаконских прописа) састоји од поверених овлашћења државне управе. Јавним агенцијама не може бити поверен инспекцијски надзор: он остаје у домену надлежности министарстава, тј. органа државне управе, а може бити поверен једино аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе у процесу деконцентрације власти.

Регулаторни послови се састоје од права јавне агенције на доношење подзаконских прописа којима се извршавају закони или општи акти Народне скупштине или Владе.⁵⁹ Јавна агенција, према томе, није овлашћена да самостално уреди друштвени однос. Она може доносити само опште акте који, по своме називу и природи, одговарају општим актима које доносе органи државне управе (правилници, наредбе, упутства) и само кад је за њихово доношење изричито овлашћена у закону или општем акту Владе. Јавна агенција не може, дакле, доносити ни опште акте који би се уподобили актима које доноси Влада (тада би могла да изведе право на тзв. спонтане уредбе). Прописује се посебан надзорни поступак коме јавна агенција подлеже у вршењу регулаторних послова и који улази у домен оснивачких права Републике Србије. Пре објављивања регулаторног општег акта, јавна агенција је дужна да општи акт достави надлежном министарству, које јој може указати на то да општи акт није сагласан Уставу или закону или општем акту Владе и предложити јој начин на који се та несагласност уклања.⁶⁰ Ако јавна агенција не усвоји предлог министарства, може објавити свој пропис, који онда ступа на снагу, а министарство је дужно да предложи оснивачу (Влади) да обустави од извршења пропис јавне агенције и покрене поступак за оцену његове уставности и законитости.⁶¹ Као што се види, положај јавне агенције овде је више независан према Влади, него што је то положај органа државне управе. Док Влада има право да поништи пропис органа државне управе, за који сматра да није уставан, заснован на закону или њеном општем акту, пропис јавне агенције може то само обуставити од извршења, а одлуку о уставности или неуставности прописа доноси Уставни суд. Следећи посао државне управе, који се може поверити јавној агенцији, јесте доношење управних аката у првом степену, што је, такође, по својој природи регулаторни посао.⁶² Управне акте доноси директор јавне агенције, а кад је на управне акте допуштена жалба, о њој одлучује министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције.⁶³

⁵⁹ Члан 37.

⁶⁰ Члан 43. став 1.

⁶¹ Члан 43. став 2.

⁶² Члан 38. став 1.

⁶³ Члан 38. став 3.

Рационалност и стручност деловања јавних агенција захтева да у области коју агенција уређује буду што више заокружени сви послови потребни за испуњење сврхе оснивања јавне агенције. Због тога Закон предвиђа могућност да јавна агенција надзире наменско и сврсисходно коришћење додељених финансијских средстава и подстицаја и стручност и сврсисходност рада других лица одређених посебним законом или актом о оснивању јавне агенције.⁶⁴ Ово ће најчешће бити случај са развојним јавним агенцијама које, по недобитном принципу, додељују финансијске подстицаје. Мере које при томе јавна агенција може донети уређују се посебним законом (рецимо, одузимање додељене субвенције ако се средства ненаменски или несврсисходно користе итд.). Јавна агенција је дужна да састави извештај о надзору и заснује га на потребној документацији и изјашњењу странака. Будући да овде није посреди инспекцијски надзор, јавна агенција доставља извештај о надзору министарству у чијем су делокругу послови јавне агенције,⁶⁵ које после тога може предузети инспекцијски надзор ако сматра да за њиме има потребе. Наравно, ако се послови јавне агенције простиру на делокруг више министарстава, извештај се доставља само оном или оним министарствима у чијем делокругу су послови које је јавна агенција надзирала.

Јавна агенција, која наплаћује своје услуге, издаје тарифу којом одређује цену услуге коју пружа корисницима.⁶⁶ Према препорукама ОЕБС-а (*Public Management Service*, 1998) о смерницама за обрачунавање услуга управе корисницима, прописано је да се цена услуге одређује у односу на покривање трошкова поједине услуге у целини, што наравно мора да се заснива на одговарајућем обрачуну и одређивању извора финансирања. Тарифа ступа на снагу када се с њом сагласи оснивач и после објављивања у службеном гласилу.⁶⁷ Пре одређивања тарифе, управни одбор јавне агенције саставља предлог цене, који објављује у дневном јавном гласилу, које излази на територији целе Републике Србије ради саветовања са корисницима услуга (и захтева мишљење ресорних министарстава), чиме се омогућује изјашњавање корисника о предложеним ценама. Исход саветовања – израженог преко примедба и предлога корисника – не утиче на доношење тарифе од стране управног одбора (за то корисници могу да употребе своје представнике у управном одбору јавне агенције), већ је пре свега реч о разматрању рационалности и разлога за промене у тарифи и смањењу отпора и неразумевања од стране

⁶⁴ Члан 39. став 1.

⁶⁵ Члан 39. став 3.

⁶⁶ Члан 40.

⁶⁷ Члан 40. став 5.

корисника. После окончаног саветовања, управни одбор трансформише предлог тарифе у тарифу коју доставља оснивачу на сагласност,⁶⁸ уз обавезу да уз тарифу оснивачу достави и образложење зашто нису прихваћене примедбе и предлози корисника услуга и мишљења ресорних министарстава.

Јавна агенција ужива слободу унутрашњег уређивања и може донети све акте који су јој потребни за рад и пословање: једино ограничење је да они морају бити сагласни посебном закону и акту о оснивању. Посреди су интерни акти јавне агенције, који своје дејство производе само унутар јавне агенције и ваља их разликовати од екстерних општих аката (прописа) јавне агенције, којима се уређују спољашњи односи (тј. извршавају регулаторна јавна овлашћења).

Заштита општег интереса у раду јавних агенција

Независност јавне агенције није могуће увећати до те мере да се искључи утицај државне власти и корисника услуга. У супротном, било би прекршено начело владавине права и социјалне државе и поражена сврха због које се неки посао државне управе измешта са органа државне управе на јавну агенцију. Остваривање дугорочних политичких циљева јесте нужан елеменат рада јавних агенција. Оне се и оснивају у сврхе дугорочног вршења општих интереса, а одређивање општих интереса јесте у надлежности државе и државне власти. Стога је подређеност јавних агенција општем интересу чинилац који спречава претерано осамостаљивање јавних агенција и намеће потребу за утицајем власти (углавном извршне) на њихов рад. Интервенција државне власти служи пре свега заштити општег интереса, али и заштити интереса корисника услуга, којима се тиме обезбеђује спровођење њихових интереса, што би било искључено ако би јавне агенције биле затворен систем и потпуно независне од државне власти.

У заштити општег интереса оснивач има две основне надлежности. Прва надлежност односи се на његово право да именује и разрешава чланове органа јавне агенције (чланове управног одбора и директора). Друга надлежност тиче се права оснивача да даје сагласност на најбитније одлуке јавне агенције: на годишњи програм рада, финансијски план, тарифу, расподелу вишка прихода над расходима, итд. Посреди су овлашћења која врши Влада (као заступник Републике Србије, ако посебним законом није одређено да неко други извршава оснивачка права).

Остала овлашћења, којима се штити јавни интерес, врше министарства, јер се налазе у домену надзора, како над финансијским и рачуноводственим пословањем јавне агенције, тако и над њеним радом, као и над применом

⁶⁸ Члан 40. став 4.

других прописа.⁶⁹ Од питања које се надзире зависи и надлежност министарства. Рад јавне агенције у повереним пословима државне управе надзире министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције (или више њих, зависно од послова јавне агенције). Наменско и законито коришћење средстава јавне агенције, примену прописа којима се уређују јавне финансије и финансијско, материјално и рачуноводствено пословање надзире министарство надлежно за послове финансија. Примену прописа о канцеларијском пословању, употреби службеног језика и писма, пословању са странкама и корисницима, ажурност решавања у управном поступку итд. надзире министарство надлежно за послове управе.⁷⁰

Годишњи програм рада јавне агенције подлеже сагласности оснивача и њиме се одређују основни циљеви јавне агенције за наредну годину и начини њиховог постизања.⁷¹ Исто важи и за финансијски план јавне агенције.⁷² И на финансијски план јавне агенције оснивач даје сагласност.⁷³ Годишњи програм садржи у себи и део о предлогу мера за делотворнији рад и економичније коришћење средстава.⁷⁴ На неки начин, то је нашим приликама прилагођена тзв. "изјава" о стратегији коју је прва увела Република Ирска (*Statement of strategy*) и која садржи одговоре на кључна питања: "Зашто постојимо и какав је наш допринос општем развоју?", "Какве треба да буду наше мере за квалитетан рад у односу са јавношћу и корисницима?" и "Како ћемо обезбедити делотворну употребу средстава да бисмо достигли одређен циљ?".⁷⁵ Преко кратког прегледа годишњег програма рада (заправо изјаве о годишњој стратегији јавне агенције), са којим се упознају јавност, корисници и запослени у јавној агенцији, положај јавне агенције представља се свима који су заинтересовани за њен рад.⁷⁶

Однос јавне агенције са корисницима

Посебна новина је то што Закон нарочито детаљно уређује односе јавне агенције са корисницима њених услуга. Нормира се тзв. принцип отворености. Најпре се уређује начело јавности рада јавне агенције, под којим се разумеју пре свега различити облици комуникације између јавне

⁶⁹ Члан 44.

⁷⁰ Члан 44.

⁷¹ Члан 45. став 2.

⁷² Члан 45. став 1.

⁷³ Члан 45. став 1.

⁷⁴ Члан 45. став 3.

⁷⁵ Видети: <http://www.defence.ie/website.nsf/home+page?openform> (страница посећена 5. јула 2009.).

⁷⁶ Члан 47. став 2. тачка 2.

агенције и корисника. Регулишу се подаци о којима се корисници обавештавају и начин на који се то чини. Јавна агенција је дужна да на примерен начин обавештава кориснике о свом раду, пословима и надлежностима, о правима и обавезама корисника и о другим значајним околностима које утичу на односе са корисницима, при чему су основне обавезе обавештавања потанко одређене.⁷⁷ За јавност рада одговара директор јавне агенције.⁷⁸ Други вид начела отворености јесте постојање механизма преко којих јавна агенција сазнаје мишљење корисника услуга о себи самој, прикупља тзв. повратне информације о своме раду: најмање једном годишње јавна агенција мора да омогући корисницима да јој изразе мишљење о њеном раду и предложи начин побољшавања њеног рада, о чему саставља посебан извештај и уноси га у извештај о своме раду.⁷⁹ Примедбе и предлоге корисника у вези са радом јавне агенције разматра члан управног одбора кога на то овласти управни одбор јавне агенције, на једну годину.⁸⁰ Он не доноси никакве акте, али о својим закључцима обавештава корисника, директора, управни одбор и лице на које се примедба односи. Радно време јавне агенције прилагођава се потребама корисника услуга.⁸¹

Закључак

Јавне агенције су посебан облик вршења послова државне управе када су им они поверени као јавна овлашћења. Могу да врше послове доношења подзаконских аката, решавања у управним стварима у првом степену и издавања јавних исправа и вођење јавних евиденција. Јавне агенције су недржавни субјекти управе и према закону врше послове тзв. непосредне управе, када су на њих пренети као управна овлашћења.

Закон о јавним агенцијама је на квалитетан начин уредио јавне агенције као нов организациони облик носилаца управних овлашћења, обезбедио висок степен организационе независности и функционалне самосталности и извршио значајно растерећење органа државне управе јер је омогућио да се низ нових послова, које захтева друштвени развој, а које би иначе вршили органи државне управе, ставе у надлежност јавних агенција, посебно када су упитању послови стручног и развојног карактера.

⁷⁷ Члан 47. став 1. и 2.

⁷⁸ Члан 47. став 3.

⁷⁹ Члан 48. став 3.

⁸⁰ Члан 49. став 2.

⁸¹ Члан 48. став 2.

*M.Sc. Zoran Jovanovic,
an assistant*

PUBLIC AGENCIES AS A FORM OF STATE ADMINISTRATION ACTIVITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Public agencies are the special form of state administration activities performance in the case those are public powers. They can adopt by-laws, decide on first-degree administrative matters, issue public identification documents and keep the public records. Public agencies are non-state subjects of administration and according to law they perform the activities of the so called direct administration.

The Law on Public Agencies has regulated the public agencies in a good way as a new organizational form of administrative powers carriers and has enabled the high level of organizational and functional independence and has taken away the significant burden from the state administration as it enabled many administrative procedures to be performed by public agencies instead of state administration, primarily in terms of expert and development activities.

ПОСЛОВНИ ТРАНСФЕРИ У КОНТЕКСТУ СТЕЧАЈА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Уводне напомене

Етимолошко значење речи стечај (*concursum*) долази отуд што се овде стичу (конкуришу) захтеви више поверилаца који траже намирење. Када не би било више поверилаца, не би било генералне егзекуције, него посебне, па самим тим не би било ни стечаја.¹

Стечај је институт колективног намирења поверилаца генералним извршењем на имовини стечајног дужника чиме он престаје да постоји као субјект права.²

Стечај се може дефинисати и као начин правног регулисања инсолвентности, којим се обезбеђује сразмерно намирење поверилаца инсолвентног дужника продајом његове имовине, што доводи до његовог елиминисања из привредног пословања, односно његове ликвидације као правног субјекта.

Овакво одређење појма стечаја је најопштије и свеобухватно, али не и једино могуће. Код стечаја се истичу, па и укрштају елементи компанијског, грађанско-процесног и радног права.

Са материјалног становишта стечај представља правно стање у коме се налази дужник који је обуставио плаћање доспелих тражбина услед инсолвентности, с једне стране, и његових поверилаца чији су интереси изражени у захтеву за намирење тих тражбина, с друге стране.

У формалном смислу, стечај је судски поступак у коме се врши колективно намирење свих поверилаца из имовине инсолвентног дужника. Поступак спроводи суд, у складу са законом, ради утврђивања потраживања према инсолвентном дужнику, уновчења његове имовине и процентуалног намирења поверилаца у односу на потраживања сваког од њих. Окончањем стечајног поступка престаје да постоји и стечајни дужник.

Стечајем се реализују два циља: први, да се истовремено и сразмерно намире повериоци, и други, да се из привредног и правног промета

¹ Р. Лукић, Основи стечајног права с поступком за принудно поравнавање ван стечаја, Београд, 1938, стр. 4

² М. Васиљевић, Компанијско право, Београд, 2007, стр. 594.

елиминира дужничка компанија која није у стању да своју привредну делатност обавља на легалан и друштвено прихватљив начин.

Када се сублимира све напред изложено, можемо рећи да је стечај посебна врста судског поступка који се спроводи над инсолвентним дужником ради заштите поверилачких и друштвених интереса, уновчавањем укупне имовине која му у тренутку отварања стечаја припада, ради истовременог и сразмерног намирења поверилаца, чиме дужник престаје да постоји као субјекат у праву.

Заштита потраживања зарада и других примања радника регулисана је универзалним међународним, европским комунитарним радним стандардима и националним законодавством.

Међународна организација рада усвојила је Конвенцију број 173. о заштити потраживања радника у случају платежне неспособности (инсолвентности) послодавца³.

Осим ове Конвенције донета је и Препорука број 180. којом се „употпуњује“⁴ наведена Конвенција⁵.

У пракси примене одредаба ове Конвенције врло је важно одредити значење појма „платежна способност“. Анализом општих одредаба (чл. 1) Конвенције може се закључити да се под „платежном неспособношћу“ подразумева ситуација када се, у складу са националним законодавством и праксом, отвара поступак о активи послодавца с намером да се колективно обештете његови повериоци.

Из одредаба Конвенције произилази да постоје два метода помоћу којих се може обезбедити заштита потраживања радника у случају стечаја: метод првенства (II део Конвенције - чл. 6-8) и јемство (III део Конвенције). Који ће метод заштите потраживања радника применити држава чланица МОР-а, која изврши ратификацију наведене Конвенције искључиво је право државе, а што произилази из чл. 3 наведене Конвенције.⁶

Осим одредаба наведене Конвенције, треба поменути и Директиву Савета Европске Уније о стечајном поступку, и Директиву бр. 80/987 о инсолвентности послодавца⁷. Обе директиве донете су у циљу настанка

³ Конвенција је усвојена на седамдесет деветом заседању Конференције 1992. године; пре усвајања ове Конвенције одређени сегменти заштите потраживања радника регулисани су: Конвенцијом бр. 17. о обештећењу несрећних случајева при раду из 1925. године и Конвенцијом број 95. о заштити надница из 1949. године.

⁴ Б. Лубарда, Европско радно право, Подгорица, 2004, стр.297; и препорука је донета 1992.године.

⁵ До 31.децембра 2008.године Конвенција има 19 ратификација.; Србија није ратификовала Конвенцију.

⁶ Б. Шундерић, Право Међународне организације рада, Београд, 2001, стр.498.

⁷ <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/cha/c10810.htm>

процеса политичког и економског уједињења Европске Уније који захтева унификацију законске регулативе земаља чланица. То би требало да допринесе изградњи стандарда којих ће бити у обавези да се придржавају све земље које претендују да се овој интеграцији придруже.

Директива о стечајном поступку донета је 29. маја 2000. године, а ступила је на снагу 31. маја 2002. године. Директива предвиђа покретање главног стечајног поступка у земљи чланици где је центар дужникових главних интереса. Да би се ублажила разноликост интереса овај акт допушта покретање стечајног поступка који би се одвијао паралелно са главним поступком. Права поверилаца штите се на начин што им се омогућава подношење одштетног захтева, како у главном, тако и у свим осталим споредним поступцима.

Директива бр. 80/987 о инсолвентности послодавца донета је још 20. октобра 1980. године и односи се на тужбе запослених из уговора о раду или радног односа, а поводом послодавца који су инсолвентни. Помињу се и „гарантне установе“ које треба да обезбеде плаћање запосленима по основу инсолвентности послодавца. Државе чланице могу да ограниче овлашћења ових институција под одређеним условима. Истовремено, државе чланице могу да примене или пак уведу, и неке друге мере које ће бити у корист радника.⁸

У Србији потраживања радника у случају стечајног поступка регулисана су Законом о раду (IX, чл. 124-146) и Законом о стечајном поступку⁹ из 2004. године (посебно део који се односи на утврђивање потраживања - VII). Наведеним законима углавном су уважени универзални и европски комунитарни стандарди, без обзира што Србија није ратификовала Конвенцију бр. 173 нити је пак чланице Европске Уније. У наредним излагањима више пажње ћемо посветити правима запослених у случају трансфера предузећа, при чему ћемо посебно анализирати праксу која се примењује у Великој Британији, Немачкој, Белгији и Холандији - државама које примењују одредбе директиве Европске Економске Заједнице 77/187.

Наиме, из искустава наведених европских држава могу се извући значајне поуке које могу бити од вишеструке користи послодавцима, радницима и јавној власти у Србији када се ради о пословним трансферима у случају стечаја.

⁸ Б. Лубарда, *op.cit.*, стр. 297-304.

⁹ Закон о стечају у форми у којој га примењује савремени свет први пут је уведен од стране Гаја Јулија Цезара у старом Риму са циљевима који су до данашњег дана непромењени.

1. Пословни трансфери у контексту стечаја

Доста често се дешава да у току стечајног поступка стечајни управник одлучи да компанија (или део компаније) којом је руководио буде продата и пренесена на треће лице. У наредним излагањима размотрићемо у којој мери на овакав трансфер утичу државни или европски прописи у погледу права и обавеза радника. С тим у вези Комисија Европске заједнице је 1977. год. пратећи модел постојећих законских одредби у Француској и Немачкој по питању права радника у случају трансфера предузећа, направила значајан корак напред у овој области. Директивом 77/187¹⁰ утврђено је да се права и обавезе послодавца-претходника који произилазе из уговора о раду са правног гледишта преносе на послодавца-следбеника због пословног трансфера. Главна сврха Директиве јесте да осигура да реструктурирање предузећа путем преноса на треће лице нема неповољне последице по раднике. Отпуштање засновано искључиво на самом трансферу је ништавно; ипак, прописи не спречавају отпуштање из економских, техничких или организационих разлога¹¹. Директива стога непобитно пружа заштиту радницима који су погођени пословним трансфером.¹²

Убрзо након ступања на снагу, ипак, јавила се недоумица да ли се Директива такође односи на ситуације везане за стечај. Ово је коначно довело до пресуде Европског суда правде из које се види да се сама Директива не односи на трансфере који произилазе из стечаја.¹³ По мишљењу Суда, образложење које стоји иза ове одлуке јесте да када би се Директива односила и на ситуације стечаја европски законодавци би у том смислу укључили изричит пропис, с обзиром на значајне разлике у прописима којима се регулише стечај у појединим државама чланицама. Суд је ипак додао да државе чланице имају слободу да примене начела Директиве (делимично) на сопствену иницијативу у сваком случају стечаја.

Године 1998. директива 77/178 је допуњена директивом 98/50.¹⁴ Обе директиве су консолидоване директивом савета 2001/23.¹⁵ Након измене директиве 1998. јасно је утврђено да се суштинске одредбе члана 3 и 4

¹⁰ Директива 77/187/Европска економска заједница[1997] OJ L61/126; „трансфер је пренос економског ентитета који задржава свој идентитет“ – Б.Лубарда, op.cit, страна 284.

¹¹ Видети члан 4(1) Директиве; cf. Суд правде Европске заједнице предмет 101/87 *Bork International* [1988] Европски судски извештај 3057; такође Pollard D., *Industrial Law Journal* 1996/25, стр. 207-210.

¹² Комисија Европске заједнице, COM (94) 300 final, 08.09.1994, p.1

¹³ Суд Правде Европске заједнице предмет 135/83 *Abels* [1985] Европски судски извештај 469; NJ 1985, 900

¹⁴ Директива 98/50/ЕС [1998] OJ L201/88.

¹⁵ Директива 2001/23/ЕС [2001] OJ L 82/16.

Директиве не односе на случај стечаја. Међутим, државе чланице имају слободу да одлуче другачије, бирајући између различитих алтернатива у директиви. Остале одредбе Директиве, посебно члан 5 и 6 (информације и консултације), одсада су такође применљиве у стечају. Штавише, на основу Члана 4а(4) Директиве 98/50 државе чланице су позване да предузму одговарајуће мере против сваког облика злоупотребе стечајног поступка којим би се могла ускратити права запослених која им припадају у складу са Директивом.

У даљем излагању навешће се до које су мере, у четири проучавана правна система (Немачка, Белгија, Британија и Холандија) Директиве 77/187 и 98/50 спроведене и колико су применљиве у случају стечаја.

2. Пословни трансфери повезани са стечајем у Немачкој

У Немачкој је већ постојала законска одредба, пре ступања на снагу Директиве 77/187, којом је утврђено да се у случају пословног трансфера права и обавезе који произилазе из уговора о раду преносе на цесионара: параграф 613а *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Овај члан је измењен 1980. како би се обезбедили други аспекти Директиве Европске Уније¹⁶. Крајем 1970-их и почетком 1980-их јавило се питање да ли је правило из параграфа 613а BGB применљиво и у трансферима везаним за стечај. На пример, *Bundesarbeitsgericht (BAI)* одређује да је параграф 613а BGB применљив и у ситуацији стечаја али и додаје ограничење одговорности у овом контексту¹⁷, у смислу да је цесионар одговоран само за потраживања која су се јавила после датума стечајне пресуде (такозвани *Neuschulden*). Цесионар није одговоран за потраживања која су постојала и пре датума стечаја. Сврха овог ограничења одговорности¹⁸ јесте да се избегне могућност да потенцијалне купце од куповине предузећа у стечају одвраћа то што би им могао бити наметнут терет дуговања која потичу из периода пре стечаја¹⁹.

Упркос томе што се применљивост параграфа 613а BGB тумачи у вези са ограничењем одговорности, нису решени сви проблеми који су повезани са тим. Чињеница да цесионар предузећа у стечају ипак мора да преузме сву радну снагу и даље је схватана као препрека. Свако касније смањење радне

¹⁶ EG-Anpassungsgesetz од 13. августа 1980, BG Bl. I, p. 1308.

¹⁷ Видети BAG 17.1.1980., AP No. 18 у вези са §613а BGB, NJW 1980, 1124. такође BAG 20.11.1984, AP No. 38 у вези са §613а BGB, DB 1985, 1135 и BAG 4.12.1986, AP No. 56 у вези са §613а BGB.

¹⁸ Schumacher R., Business Transfers and Insolvency, *Industrial Law Journal* 1994/23(1), pp. 101-107 at p. 103, i Kania T., EK §113 Betr VG Rn. 47, p. 835.

¹⁹ Видети BGBL I 1991 §54(858) и Stein L., Betriebsübergang im Gesamtvollstreckungsverfahren, EuZW 1992/16, стр. 506.

снаге било је могуће само кроз немачки (стриктни) закон о отпуштању²⁰. Ситуација која је и даље не превише привлачна за потенцијалне купце и може их стога још увек одбијати – за последицу има, како стоји у образложењу, непотребно ниске понуде за делове предузећа које се продаје у стечају, што је лоше и за економију и за запосленост²¹. Према томе, у новим законским прописима о стечају законодавци су, почевши од 1. октобра 1996/1. јануара 1999. у параграфима 125-128 *Insolvenzordnung (InsO)*, отишли још један корак напред у погледу применљивости параграфа 613а BGB.

У начелу, правоваљаност параграфа 613а BGB у случају стечаја је задржана. Ипак, како би се олакшало смањење радне снаге и привукли потенцијални купци предузећа у стечају ново законодавство уводи ублажавање заштите запослених у случају трансфера у стечају. У том циљу, параграф 128 (1) InsO потврђује да су правила у параграфима 125-127 InsO о селективном отпуштању, такође применљива у случају промена у предузећу које заправо нису биле спроведене док предузеће није продато.

Без ове одредбе, купац би морао да чека док извршилац стечаја спроведе промене пре него што преузме предузеће јер би иначе прилика за поједностављено отпуштање била изгубљена.²² Штавише, под параграфом 128(2) InsO је законска претпоставка да узрок отпуштања у току трансфера у стечају није сам трансфер. У таквим случајевима на отпуштеном раднику је да докаже супротно.²³

3. Пословни трансфери повезани са стечајем у Белгији

Пре ступања на снагу Директиве 77/187 у Белгији није било никаквих законских прописа који штите запослене у случају трансфера предузећа. Директива је спроведена у дело Колективним споразумом закљученим 1985. унутар *Nationale Arbeidsraad (NAR)* а затим је декретом одређена као генерално обавезујућа, што значи да је обавезујућа на нивоу свих белгијских предузећа и индустрије²⁴. Овај споразум штити права запослених у случају промене идентитета физичког или правног лица које управља предузећем. Као што се захтева у Директиви, Споразум предвиђа

²⁰ Jacobs A.T.J.M., *Insolventierecht en sociaal recht – naar een nieuw evenwicht*, TvI 1998/7, стр 160.

²¹ На пример, Mönning R.-D., *Betriebsfortführung in der insolvenz*, Cologne 199 стр. 217 - у овом контексту још под називом " Дамоклов мач" који виси над главом потенцијалног преузимаача.

²² Balz M., *Die neue Insolvenzgesetze*, Düsseldorf, 1995, стр. 226.

²³ Pick E., *Die (neue) Insolvenzordnung – ein Überblick*, NJW, 1995/15, стр. 993 и Duwell J., *op. cit.*, стр. 1122.

²⁴ *Nationale Arbeidsraad Collective Agreement No. 32bis*, pronounced generally applicable by Royal Decree of 25 July 1985 (BS, 9-8-1985).

да је цесионар послодавац обавезан да се придржава постојећих уговора о раду. Према члану 7 произилази да права радника изведена из уговора о раду морају остати сачувана.

Што се тиче питања применљивости прописа Споразума о трансферима у вези са стечајем, Белгија је прихватила неутралну позицију.

С једне стране, у Белгији се подразумева да на основу судске праксе Европског суда правде прописи о аутоматском трансферу у заглављу II Колективног споразума нису применљиви у трансферима у вези са стечајем, што значи да цесионар има слободу да одлучи да ли ће запослени прећи у његову службу, и ако је тако који запослени²⁵. Насупрот ситуацији код нормалног трансфера, дакле, у ситуацији везаној за стечај запослени немају права да буду премештени код новог послодавца.²⁶

С друге стране, у Белгији се сматра логичним да све док запослени могу да задрже свој посао као последицу чињенице да се трансфер предузећа у ком су запослени врши због стечаја, ти запослени треба да уживају исте користи после стечаја као запослени у трансферима везаним за други контекст, што значи да њихова права и обавезе који проистичу из уговора о раду остају непромењени с обзиром на цесионара.²⁷ Према томе, цесионар је обавезан:

- да примени заједнички договорене или практиковане опште одредбе запослења које је примењивао послодавац у стечају, а да ниједан споразум са синдикатима не одступа од њих;
- што се тиче појединачно договорених општих одредби о запослењу, да у сваком случају укључи радни стаж код претходног послодавца у прорачунавању отказног рока и компензације за отпуштање.²⁸

Ови посебни споразуми изложени у заглављу III Колективног споразума бр. 32бис су применљиви уколико се трансфер предузећа изврши у року од шест месеци од датума одласка у стечај и уколико поновно упослење отпочне у року од шест месеци од датума трансфера. Споразуми се односе само на оне који су на дан стечаја били запослени или приправници код лица које је банкротирало (не радници агенције) и такође у зависности од одређених услова, на запослене који су отпуштени не више од месец дана пре стечаја.²⁹

²⁵ Видети чланове 6 и 12 Nationale Arbeidsraad Collective Agreement No. 32bis.

²⁶ Blanpain R. i Vanachter O., Schets van het Belgische arbeidsrecht, Bruges 1997, p. 198.

²⁷ Sociaal Commentaarboekje 1996-97, Diegem, 1997, стр. 263.

²⁸ Видети чланове 11-15 Title III Nationale Arbeidsraad Collective Agreement No. 32bis.

²⁹ Видети члан 11 Nationale Arbeidsraad Collective Agreement No. 32bis.

Запослени који су прешли код цесионара под овим споразумом могу да поднесу непосредан захтев за краткорочну исплату што им омогућава Закон од 12. априла 1985.³⁰ за период током којег је њихова служба била прекинута. Ова исплата би требало да надомести изгубљени приход током тог периода и исплаћује га *Sluitingsfond*.³¹ Процедура за подношење захтева за краткорочну исплату је регулисана у члану 11 Закона из 1985. и са њим је повезан Краљевски декрет од 17. јула 1985.³² Да би могао да буде биран, запослени мора да задовољи два услова:

- на дан стечаја мора да буде под уговором о раду или о приправничкој служби, или да је отпуштен претходног месеца са правом на компензацију због отказа која тада није исплаћена или је исплаћена делимично;
- мора бити премештен у време трансфера средстава или у року од шест месеци отада.³³

Износ краткорочне исплате једнак је бруто плати коју је запослени претходно примао, под условом да максимални месечни износ буде 1825 евра.³⁴ Период током ког се има исплатити јесте интервал између престанка пословне активности предузећа и почетка службе код новог послодавца.³⁵ Право на исплату се повећава уколико запослени не успе да искористи прилику да буде примљен у службу код цесионара,³⁶ и такође ако током транзиционог периода запослени обавља плаћени посао за извршиоца стечаја или за треће лице. Осим тога, не плаћа се уколико *Sluitingsfond* већ исплаћује накнаду због отказа.³⁷ Прималац једнократне исплате унапред искључује исплату компензације по основу затварања компаније.³⁸

³⁰ BS, 19-6-1985.

³¹ Чланови 1 и 9 Закона од 12. априла 1985, BS, 19-6-1985. Уколико *Sluitingsfonds* исплати краткорочну исплату, насупрот осталих захтева за надокнаду последични захтев наспрам имовине у стечају није преференцијалан.

³² BS, 21-8-1985.

³³ Члан 5 Закона од 12. априла 1985, BS, 19-6-1985.

³⁴ Члан 5 Закона од 12. априла 1985, BS, 19-6-1985.

³⁵ Члан 5 Закона од 12. априла 1985, BS, 19-6-1985.

³⁶ Rasschaert K. Vezs F. and van Hoogenbemt H., in: *faillissement & Gerechtiglijk akkoord: Het nieuwe recht*, Kluwer Belgium 1998,, стр. 263

³⁷ Члан 7 Закона од 12. априла 1985, BS, 19-6-1985.

³⁸ Радник ипак може да тражи надокнаду за отпуштање на рачун свог претходног послодавца иако је примио отпремнину. Да би то урадио, радник мора свој захтев да поднесе у стечајном поступку свог претходног послодавца. Видети *Arbeidshof Brussels* 6. април 1990., *Soc. Kron.*, 1991, 28.

4. Пословни трансфери повезани са стечајем у Британији

Исто тако у Британији, у тренутку ступања на снагу Директиве 77/187 није било законских одредби по питању права запослених у случају трансфера предузећа. Директива је касније извршена кроз увођење *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (TUPE)* - Прописа о трансферу предузећа (Заштита запослених).³⁹ У сагласности са Директивом *TUPE* утврђује да у случају трансфера предузећа права и обавезе који проистичу из уговора о раду преносе се са уступиоца на цесионара.⁴⁰ Отпуштање због трансфера предузећа није дозвољено; у складу са одељком 8 *TUPE* третира се као неоправдано отпуштање.

Што се тиче трансфера предузећа у стечају, став који су заузели у Британији, баш као и у Белгији, јесте да купац предузећа има слободу да бира да ли жели да преузме запослене, и ако је тако које запослене.⁴¹ У том смислу, дакле, нема аутоматског трансфера радне снаге у случају трансфера предузећа. Али све док је радна снага узета у службу код послодавца цесионара, овај потоњи мора да се придржава права и обавеза "пренетих" запослених.

5. Пословни трансфери повезани са стечајем у Холандији

У Холандији такође у тренутку ступања на снагу Директиве 77/187 није било законодавних одредби које су се спроводиле по питању права запослених у случају трансфера предузећа. Директива је затим уведена у национално законодавство уметањем чланова 1639aa *et seq* BW, сада чланова 7:662-666 BW.⁴² У сагласности са Директивом у члану 7:663 BW изложено је да се у случају трансфера предузећа права и обавезе који проистичу из односа запослености међу запосленима који раде у предузећу и послодавца (који врши трансфер предузећа) у правном смислу преносе на новог власника.

Применљивост или не ових одредби на трансфере у случају стечајног поступка постало је тема жестоке расправе у Холандији 1980-их.⁴³ Не само по

³⁹ Допуњен 1992. (TULR(C)A) i 1995. (SI 1995/2587).

⁴⁰ Видети одељак 5 *TUPE*; cf. Jefferson M. *Principles of Employment Law*, London 1997, p. 328.

⁴¹ Jefferson M., *op. cit.*, p. 333.

⁴² Закон од 15. маја 1981, *Stb.* 1981, 400.

⁴³ За кратак преглед, видети Lodder H., *De artikelen 1639aa e.v. BW en het faillissement*, *Ars Aequi* 1988/4, стр. 223.

питању да ли су BW одредбе применљиве већ и да ли би, ако је одговор потврдан, оне гарантне институције ослободиле обавезе да преузму исплату пасиве претходног послодавца у случају његове немогућности да исплати.⁴⁴ Потврђено је да ако би BW одредбе биле применљиве у случају стечаја то би значило да би потенцијални купци (дела) предузећа под стечајем били одвраћени од поступка ако се постојећи уговори о раду аутоматски преносе на предузеће које они стичу, намећући им дуговања предузећа над којим се врши трансфер са свим запосленима. То би умањило шансе за успешан трансфер што би се неповољно одразило на запосленост.⁴⁵ Проблематичност је затим довела до расправа, у вези са којима су разни судови⁴⁶ поднели препоруке за прелиминарну одлуку о случају Европског Суда Правде. Као одговор на то Суд је 1985. пресудио да Директива 77/187 није применљива у случају трансфера повезаног са стечајем.⁴⁷ Ово ипак није само по себи дефинитивно утврдило да ли је овакво тумачење валидно и у Холандији, али убрзо потом *Hoge Raad* је пресудио да BW чланови о трансферима предузећа нису применљиви у ситуацијама повезаним са стечајем.⁴⁸ На плану поновне кодификације Радног права у Књизи 7 BW ова одлука је од стране законодавца регистрована као данашњи члан 7:666 BW. Иза овога у Холандији је створен правни положај који се разликује од оног у преостале три проучаване државе. Не само да је цесионар који стиче предузеће под стечајем слободан, по холандском закону, да бира да ли ће његово предузеће преузети запослене, и ако је тако које запослене, већ он није обавезан да запосленима који су пребачени у његово предузеће и даље нуди иста права и обавезе какве су имали код претходног послодавца. Укратко, у трансферу предузећа у стечају цесионар има потпуну слободу.

Критике ситуације као што је у Холандији свакако су биле интензивне током протеклих година.⁴⁹

⁴⁴ Видети с тим у вези *CRvB 29 April 1986, WW 1983/714, RSV 1986/171*.

⁴⁵ *van het Kaar R.H. i Knecht R., Doorstart na faillissement: de positie van wrknemers*, NJB 1996/39, str. 1624; *Christie D., Arbeidsovereenkomst Kluwer, Afdeling 8, Rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming*, Suppl. 175, April 1997, члан 7:666-1 и *Joosen E.P.M., Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Deventer, 1998, стр. 204.

⁴⁶ На пример, *Rechtbank Den Haag* (16 August 1983, NJ 1984, 356) и *Kantonrecht Rotterdam* (25 August 1983, NJ 1984, 357).

⁴⁷ У три случаја одлучено је истог дана: *ECJ 7 February 1985, NJ 1985, 900-902*.

⁴⁸ *HR 30 October 1987, NJ 1988, 191*.

⁴⁹ Видети, на пример *van Eeghen L.J., Verkenning van belangen bij doorstart na faillissement*, TVVS 1996/4, pp. 93-98; *Lennarts M.L. i van Straalen P.W., Toepassing van de artt. 7A: 1639aa e.v. BW, ook in faillissement?*, TVVS 1997/1. pp. 1-6; *Vriesendorp R.D., Doorstarten en onbehoorlijk bestuur*, in: *Vriesendorp R.D. (ed.), Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Insolad Jaarboek 1997, Deventer, 1997,

Аргументи којима се, уз варирајући ниво опреза, заступа делимична применљивост правног режима утврђеног у члановима 7:662 ff. BW у случају трансфера везаних за стечај у међувремену су унапређени од стране једног броја аутора.⁵⁰ У пракси, међутим, било је мало доказа о било каквој промени у приступу. Једини знаци се могу приметити у чињеници да је неколико првостепених судова у случају запосленог који је првобитно узет у службу од стране купца предузећа у стечају али је затим ипак отпуштен показало тенденцију да урачуна његов радни стаж код послодавца који је банкротирао приликом израчунавања његове надокнаде због отпуштања које је уследило.⁵¹ Штавише, разумљиво је да су чланови 7:662 ff. BW ипак применљиви у ситуацији чисто "техничког" или "оркестрираног" стечаја.⁵² Свакако је све распрострањеније мишљење којим се захтева још мера против "непоштеног стечајног поступка", што се такође тражи у оквиру нове Директиве 2001/23/EC (пређашња Директива 98/50).⁵³

pp. 65-82. Cf. de Ranitz S.H., Beroepsethiek in insolventieland, *Advocatenblad* 1995/5, pp. 198-200 i the TVVS special issue "Doorstart", TVVS 1997/7, plus van Straalen P.W., Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, Deventer, 1996, поглавље 6 и нарочито §6.6 и 6.7.

⁵⁰ Grapperhaus F.B.J., *ArbeidsRecht* 1996/71, стр. 12; Luttmer-Kat A.M., *TvI* 1997/2, стр. 47; Joosen E.P.M., *op. cit.*, стр. 205-207 као и неки од аутора поменутих у претходниј фусноти.

⁵¹ Kantongerecht Leiden 22 March 1995, reg. No. 89/95, Kantongerecht Utrecht 3 May 1995, reg. No. 43598 и Kantongerecht Groningen 29 September 1995, JAR 1996/103. Cf. Lasschuit D., De Wet Overgang Ondernemingen en faillissement, *Advocatenblad* 1996/4, стр. 151 и Knüppe B.F.M., De doorstart en de Richtlijnen 77/187/EEC и 98/50/EC, у: A.M. Luttmer-Kat (ed.) *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Insload Jaarboek 1999., стр. 58.

⁵² Cf. Rechtbank Utrecht 9 December 1992, JAR 1993/57; Hof Den Haag 10 January 1996, JOR 1996/16 (Ammerlaan); Vriesendorp R.D., у : Vriesendorp R.D. (ed.) *in TvI 2000 (Fokkerspecial)*, pp. 67 ff.: Loesberg E., у: Luttmer-Kat A.M. (ed.), *op.cit.*, p.20. Поред тешкоћа да се овде пронађе неопходан доказ, проблем често остаје у томе што је правно лице ипак у стању престанка исплате и што је стечај стога неизбежан (чланови 1 и 6(3) Fw.); cf. напомена Kortmann S.C.J.J. у JOR 1996/16.

⁵³ Видети члан 5(4) Директиве 2001/23/EC. У вези са овим видети, између осталих: Vriesendorp R.D. (ed.) *op.cit.*, pp. 78-81; van Straalen P.W., *op.cit.*, p. 106; Bloemarts J.C.M.G., у: Luttmer-Kat A.M. (ed.) *op.cit.*, p. 74; van der Voet G.W., *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming*, Rotterdam, 2000. Опрезан став је заузео Knüppe B.F.M., у: Luttmer-Kat A.M. (ed.), *op.cit.*, p. 57 ; видети такође van der Voet G.W., *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming*, Rotterdam, 2000.

6. Поређење различитих система по питању пословних трансфера у стечају

У све четири проучаване земље суштинска идеја која је у основи Директиве 2001/23/ЕС (пређашње Директиве 77/187/ЕЕС и 98/50/ЕС) – ретенција права запослених у случају трансфера предузећа – наишла је на сурову реалност стечаја. Укључивање ситуација везаних за стечај у бескомпромисну примену те идеје обесхрабрило би потенцијалне купце предузећа у стечају, што није у интересу ни запослених ни поверилаца. Према томе исто то важи у случају запослености и економије уопште. Стога не чуди да је применљивост прописа о трансферу предузећа у контексту стечаја била предмет клаузула. Штавише, пресуде које је донео Европски суд правде 1985. пружиле су слободу за то. Систем у ком је та слобода доведена до крајњих граница јесте холандски закон: прво од стране судова а затим од стране законодаваца. Они су прилично категорично установили да се прописи о заштити права запослених не примењују у трансферима који проистичу из стечаја. У поређењу са другим земљама које су овде проучаване ово би се могло описати као "претераност", пошто су се потоње све определиле за мање екстремна, неутрална решења.

У Белгији и Британији, премда је неприменљивост прописа Директиве о случају инсолвентности узета као полазна тачка такође постоји одредба по којој се ови прописи морају примењивати делимично у правном положају запослених који су узети у службу од стране купца дела предузећа као последице стечаја. У случају Белгије такође је приметно да систем пружа привлачну "краткорочну исплату" за запослене који су затим узети у службу код купца предузећа у стечају. У Немачкој, кренули су у супрот-ном правцу како би најзад дошли до нечега што исто тако представља средишњу позицију.

Становиште које су заузели јесте да су, у принципу, прописи о трансферу предузећа применљиви и на трансфере повезане са стечајем. Међутим, ова применљивост није безусловна, јер су судови прво наметнули ограничење одговорности у том контексту а онда, недавно, законодавци су увели смањење заштите од отпуштања која је обезбеђена оним запосленима који су пребачени код новог послодавца.

Извршење Директиве у Холандији тешко може да се пореди са овим другим националним одредбама.

7. Најновије стање ситуације

Један број правних система даје покриће за поступак за реорганизацију који функционише као врста "пре-стечајног" стања, као што је *surséance van betaling* поступак у Холандији [судско допуштење да се суспендује исплата дуговања са намером да се дође до споразума]. Ово намеће питање да ли

изузимање ситуација инсолвентности из одредби Директиве о трансферима такође важи у случају таквих пре-стечајних поступака. Ако је одговор негативан, тиме се продубљује разлика између инсолвентности и поступка за реорганизацију.

Деведесетих година Европски суд правде је пресудио да се Директива 77/187 примењује и у случају трансфера у контексту поступка о реорганизацији.⁵⁴ Ипак у оквиру допуњене Директиве 98/50 (сада: Директива 2001/23/ЕЦ) припојен је одређени степен слободе за Државе чланице како би се ти поступци изузели из општих прописа о трансферима. Ово ново стање ситуације подстиче националне законодавце да размотре да ли желе да искористе ову нову прилику и да, с тим у вези, размисле да ли желе да задрже свој постојећи закон о питању применљивости прописа о трансферу у фази стечаја. У међувремену расправа о том питању је у току у Холандији, као и свугде.⁵⁵

Закључак

Стечај је врло сложен правни институт и категорија тржишне привреде. Сваки стечај је поремећај на тржишту. Стечај је посебна врста правне санкције чије последице, између осталих субјеката трпе и радници. С тога, потребно је прописати нове, ефикасније и строжије санкције за злонамерне проузроковаче стечаја, при чему је неопходна потпунија и правичнија заштита радника који су запослени код стечајног дужника. Према анализираној судској пракси у земљама које су у транзицији дошло се до закључака да су присутне одређене злоупотребе нарочито код тзв. „породичног круга“ (нпр. жена или син откупљују стечајног дужника чији је власник отац или пак неки други члан уже породице). Предлог је да се у тим земљама повећа ефикасност синдиката, организација и удружења послодаваца а с циљем да се спрече разне злоупотребе. У том смислу добра су искуства неких развијених држава да се саставе тзв. „црне листе“ лица која не могу бити, за одређено време, оснивачи, чланови менаџмента ни стечајни управници; у тим земљама доста се пажње посвећује пословној етици стечајног управника.

Закон о стечајном поступку у Србији из 2004. године, доста је ефикаснији у односу на раније законе када се ради о стечајној процедури. Основна поставка овог закона јесте једноставнији и ефикаснији стечајни поступак.

⁵⁴ Видети предмет C-362/89 *d'Urso* [1991] ECR I-4105 и предмет C-472/93 *Spano* [1995] ECR I-4321; cf. Beltzer R., Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie, in: v.d. Heijden P.F. et. al., Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid, Deventer, 1999, pp. 92-94.

⁵⁵ Видети, скорије, Beltzer R., *loc.cit.*, p. 81 и van Straalen P.W., *op.cit.*, поглавље 6.

Међутим, наши судови су традиционално неефикасни и углавном они нису оспособљени да подрже основну поставку наведеног закона.

Из ових разлога биће потребно да се реорганизује судска процедура нарочито у делу који се односи на доказивање вредности обавезе стечајног дужника. У нашим околностима стечај се најчешће тумачи као „крах“ фирме, међутим, у тржишној економији није тако. У развијеним државама стечај се најчешће јавља као тест верификације способности компаније да опстане. Нормално ако тај тест успе онда се предузимају правне радње које ће допринети да компанија опстане, али сигурно у промењеним правним околностима а што је итекако важно за остваривање потраживања која припадају повериоцима стечајног дужника. Сматрамо да се у Србији морају уважити позитивна искуства у вези пословног трансфера у току стечајног поступка који се примењује у наведеним европским државама. Потребно је још више упростити стечајни поступак. Осим тога потребно је адекватније регулисати статус фонда солидарности при чему се треба поштовати упутство Савета ЕЕЗ број 80/987. Треба прецизно дефинисати однос стечајног поступка и поступка реорганизације компаније јер постојећи српски Закон о стечајном поступку, наведено питање није регулисао на начин који би давао већу правну сигурност стечајним повериоцима за остварење својих потраживања.

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

BUSINESS TRANSFERS IN THE CONTEXT OF BANKRUPTCY IN COMPARATIVE LAW

This article is related to a legal consequences of bankruptcy, and what happens to the employees when a business is sold. The first thing to know is how the business has been sold. A registered company is recognized in law as a legal person with pretty well the same capacities as a human person, but it is controlled by human persons, the shareholders. If a company is being sold, the normal way of doing it is for a majority of the shares to be from seller to buyer. So far, as employees are concerned, this kind of deal has no legal implications for their employment.

At common law a contract of employment is personal, so a change in employer would amount to a termination of the first contract and entering a new one. Such a change could not be forced on a employee against her will because it would offend the general principle referred to against forced labour. The new owner of the business have a choice about whether to take on the employees, and if they are not

taken on, they could claim a redundancy payment from their former employer. However, this position was radically altered by the Transfer of Undertakings Regulations 1981, which were passed in order to implement the Acquired Rights Directive (77/187/EEC).

Current Law on Bankruptcy in Serbia is much more efficient than former law in this field, mostly because the procedure itself is more flexible and faster. The problem is within the court system which is not yet adopted to new regulations, so basic principles of above mentioned law can not be fully implemented.

*Мр Бојан Урдаревић,
асистент*

UDK: 338.124.4:349.2

АТИПИЧНЕ ФОРМЕ ЗАПОШЉАВАЊА У УСЛОВИМА ГЛОБАЛНЕ ЕКОНОМСКЕ КРИЗЕ

1. Запошљавање и економско социјална основа

Међународна организација рада, као специјализована агенција Организације уједињених нација за широку област радног и уопште социјалног права, запошљавању, незапослености и економском развоју константно посвећује пуну пажњу у својој истраживачкој, нормативној и практичној делатности. Тако она, између осталог, обавезује све државе чланице које су ратификовале њену Конвенцију бр 122 о политици запошљавања усвојену 1964. на унапред одређене активности. Ради подстицаја економског рада и развоја, подизања животног стандарда, удовољавања потребама радне снаге, решавања проблема незапослености и недовољне запослености те државе ће формулисати и примењивати као основни циљ, активну политику пуне, уносне и слободно изабране запослености. Она треба да настоји да гарантује да : а) ће запослења бити за све оне који га траже; б) ће запослење бити што је могуће више уносно; ц) да ће постојати слободан избор запослења укључујући и могућност за сваког радника да стиче квалификације за обављање изабраног посла које ће користити заједно са својим талентом и д) неће постојати никакав вид дискриминације.

Четврт века касније Међународна организација рада се ангажује на унапређивању запошљавања и заштити од незапослености усвајањем истоимене Конвенције бр. 168 из 1988. године. Овим актом обавезују се државе да формулишу, као примарни задатак, политику која има за циљ унапређивање пуног, продуктивног и слободно изабраног запослења, свим одговарајућим средствима, укључујући и социјално осигурање. Ова средства треба да обухвате конкретне службе за запошљавање, професионално усмеравање и образовање.

Назначена суштинска опредељења Међународне организације рада усвојена су и у бројним документима универзалног, регионалног и националног карактера укључујући и двостране међународне радноправне уговоре. На овом месту, међутим, основано је подсетити се да од прокламације до реализације може бити веома дугачак пут.

Масовна и дуготрајна незапосленост претежно младих и школованих људи који траже прво запослење већ више деценија неумитна је животна

реалност. Али, ипак проблем незапослености код нас никад није имао тако широке димензије као сада.

Према последњим подацима Националне служба за запошљавање очекује се да стопа незапослености у Србији до краја 2009. године порасте са 14 на 18% као директна последица светске економске кризе. Ово није ситуација само у Србији, већ и у осталим земљама Европе које још увек трагају за неким од начина изласка из кризе.

Посебан проблем у Србији је у томе што и после једне деценије транзиције привреда није покренута, привредни резултати су лоши. Ни грађани ни привредници не могу да издрже неолибералну шок терапију. Индустриска производња за првих шест месеци 2009. године је у паду, а спољнотрговински дефицит у првих седам месеци ове године износи око 3 милијарде евра.

2. Типологија запошљавања, појмовна прецизирања, радноправна значења и домаћај

У тежњама милиона људи, из разумљивих егзистенцијалних разлога, добити запослење, тј. засновати радни однос доживљава се као вредност највишег ранга. По правилу се радни однос заснива са трајањем за унапред неодређено време и са пуним радним временом. То је и најпожељнија солуција дуго изграђивана и учвршћивана коју актуелно радно право, међународно и национално, уређује и обезбеђује као тип ситуацију која се примењује на огромну већину радника и службеника широм света. Захваљујући заштитној функцији радног права, више окренутој раднику као економски слабијем субјекту радног односа у поређењу са послодавцем, ова тип ситуација у знатној мери гарантује сталност и стабилност запослења, а што је исто толико значајно као и само запошљавање. Означена тип ситуација би дакле, посматрано са методолошког, логичког и садржинског аспекта, могла бити названа типичним запошљавањем. Уз овај квалификатив ту и тамо се још срећу и називи: "стандардно", "редовно", "трајно", "пуно", "уобичајено", "нормално" запошљавање и слично. Изгледа, међутим, да појам "типично запошљавање" највише одговара природи ствари.

Следствено реченом, други важећим правилом допуштени начини запошљавања могу представљати изузетке од правила и бити квалификовани као атипично запошљавање, понекад названо и "несигурно", "делимично", "привремено", "провизорно", "флексибилно" запошљавање и томе слично.

Има разлога за веровање да сваки од поменутих назива носи у себи део истине али је, за изузетке од важећих правила за типично запослење, најадекватнији назив "атипично запослење". Према расположивим сазнањима из најновијих научних истраживања назив "атипично

запослење" користи се, као доминирајући, у најразвијенијим земљама као што су чланице Европске уније¹, Јапан, САД, Канада, Мексико².

2.1. Појам атипичног запослења и његов домаћај

а) Дефиниција атипичног запослења

Посматрано са радноправног становишта запошљавање уопште, па и атипично, претпоставља заснивање радног односа тј. бављење зависним радом за плату. Због тога тражење дефиниције атипичног запослења започиње типичним запошљавањем тј. "стандардним" радним односом. Тај однос претпоставља одређене битне карактеристике: радника запосленог на зависном раду; на неодређено време (трајно у релативном смислу речи) и са пуним радним временом. Такав модел плаћеног, стандардног, запослења са пуним радним временом, историјски посматрано постепено се изграђује, учвршћује и користи још од настанка законодавства о раду. Њиме је и у актуелно време окарактерисан положај огромне већине запослених радника и службеника у свим областима: индустрији, саобраћају, финансијама, трговини, социјалним службама, државним институцијама, здравству, образовању, култури итд.

У контексту реченог "атипично запослење" могло би се дефинисати као стање које се не подудара са идејом типичног запослења са пуним радним временом. Уопштено гледано, атипично запослење обухвата запослење са делимичним (непуним) радним временом и запослење на одређено време (по правилу краткотрајно). У том смислу постоји тенденција да се радни однос са непуним радним временом одређује као рад који је краћи од пуног радног времена.³ Од тога полази и српски законодавац, који дефинише радни однос са непуним радним временом као радно време краће од пуног радног времена. Како у нашем позитивном радном праву, пуно радно време износи 40 часова недељно, могуће је закључити да је радни однос са непуним радним временом онај који не може трајати дуже од 39 часова недељно. Важно је нагласити да постоје и одређени изузеци од овог правила и то: а) у случају радног односа малолетника који се запошљавају са пуним радним временом, оно не може трајати дуже од 35 часова недељно и б) социјални партнери колективним

¹ Види нпр. D Grip, J. Hoozemans, E. Willems са Универзитета у Мастрихту: *L'emploi atypique dans L'Union europeenne*, Revue internationale du travail, Женева, N 1/1997, стр. 55-79.

² D. Matte (redacteur): *L'evolution l'emploi atypique au Quebec*, Le marche du travail Gouvernement du Quebec, 1998, стр. 1-88.

³ International Labor Organization, Part-time work, 80th Session 1993, Report V, International Labor Conference, Geneva, 1992, стр. 5

уговором или правилником о раду могу да утврде радно време краће од 40, али не краће од 36 часова недељно и тада постоји правна фикција о постојању пуног радног времена.⁴

б) Домашај појма "атипично запошљавање"

Ово питање би могло бити од великог начелног и практичног значаја због критеријума за разграничење типичног од атипичног запошљавања, али и модалитета атипичног запошљавања и њихових специфичности.

Одлучујући критеријуми за разликовање типичног од атипичног запошљавања су: 1. обављање зависног рада, 2. пуно радно време и 3. радни однос заснован на неодређено време (трајни). Друге могуће специфичности појединих врста радних односа као нпр. место извршавања преузетих радноправних обавеза према послодавцу (интерни, спољни, радници код куће, кућно помоћно особље), крвно сродство радника и послодавца и др. остају изван правно релевантних критеријума за класификацију и разграничавање типичног од атипичног запошљавања.

Обзиром на речено постоји висок степен сагласности око тога да се домашај атипичног запошљавања протеже на запослење са делимичним радним временом и на радни однос заснован на одређено време (привремени). У новије време се наведеним модалитетима додаје и појам тзв. "самозапошљавања", независног рада "за свој рачун" мотивисаног жељом да се "буде свој сопствени послодавац" на челу свога предузећа. Понегде се, међутим, ова материја обрађује изван оквира атипичног запошљавања или субординираног рада уопште. Развој приватног сектора и убрзано јачање приватног предузетништва намећу и тржишни услови привређивања. Тим циљевима, између осталог, подређује се и законска регулатива.

Уколико бисмо покушали да извршимо селекцију, у овом тренутку најзаступљенијих атипичних облика радног ангажовања, ту би спадали: запошљавање са скраћеним радним временом; рад код куће; повремено и привремено запошљавање; самозапошљавање; рад преко викенда; рад за помоћ у кући; рад преко интернета и рад на даљину.

Употребљени изрази у набрајању, као што се види, остављају утисак недовољне сигурности, у поимању термилолошких радноправних стандарда. Сличан утисак се стиче код недовољног респектовања двостраног карактера радног односа са легитимно признатим интересима радника, али и послодавца без чије сагласности воља нема ни настанка, ни опстанка радног односа. Утисак би важио и за некритичко преузимање наведеног под претпоставком да смо све то исправно разумели.

⁴ Види члан 50. став 2-3. Закона о раду („Службени гласник РС“, бр. 24/05 и 61/05).

У радном праву доскорашње Југославије (наука и регулатива), као и у бројним другим земљама, историјски посматрано, радноправни институти везани за атипично запошљавање, почевши од завршетка Првог светског рата, третирају се, сагласно старом латинском правилу "*sedes materinae*", тј. тамо где спадају по природи ствари, а не под називом "атипично запошљавање" због чега се, код недовољно упућених, понекад може прочитати да се необрађују довољно, или чак уопште.

Следствено реченом већина питања обрађује се уз институт "радни однос" на одређено и неодређено време, код приватног послодавца физичког лица, укључујући кућно помоћно особље и дилему може ли бити радно односа између сродника – посебно брачних другова, радни односи интерних, спољних сарадника и радника код куће као и питање ради извршавања којих послова се не заснива радни него грађанско правни однос путем уговора о делу? Уз институте : "радно време", "распоређивање радника на радна места" нарочито на она са повећаним опасностима, "заштита на раду" и слично третирају се радни односи по дужини радног времена: пуно, скраћено (изједначено са пуним) и делимично (непуно). У "социјалном осигурању" срећемо се са припадницима самосталних професионалних делатности и другим лицима која се баве независним радом у своје име, за свој рачун и на сопствени ризик, укључујући и тзв. "самозапошљавање"⁵. О неким од поменутих појединости биће још речи.

в) Модалитети атипичног запошљавања

Појам "запошљавање" у свом редовном и најшире прихваћеном значењу, као радноправни стандард, претпоставља радника или службеника у радном односу који се бави зависним радом за послодавца. Према члану 5 став 1 Закона о раду Србије, под запосленим лицем сматра се физичко лице које је у радном односу код послодавца". При томе се трајно запослење и пуно радно време сматрају релевантним критеријумима за међусобну диференцијацију типичног од атипичног запошљавања док зависни рад за послодавца одваја свако запослење од независног рада за свој рачун, укључујући и тзв. самозапошљавање. Међутим, овим се још не каже да између зависног и независног рада нема додирних тачака, чак и међузависности. Многи "самозапослени", ако би добили шансу, прихватили би трајно и пуно запослење. Исто тако није реткост да се напусти трајно и пуно запослење и пређе се на систем независног рада за свој рачун.

⁵ Види др А. Балтић и др М. Деспотовић, Основи радног права Југославије, Савремена администрација, Београд, 1981. стр. 158-199, 213-231-443-538.

За разлику од увек вољног (*volontaire*) типичног запослења, атипично запослење је у већини случајева невољно (*involontaire*) и изнуђено немогућношћу добијања трајног запослења са пуним радним временом и социјално економским приликама незапослених радника. Таквих је, на пример, у Канади крајем 1980, било две трећине међу укупно запосленима на одређено време⁶. И аналитичари атипичног запошљавања у Северној Америци (Мексико, САД и Канада), као и многе европске студије истичу да су бројне особе у радном односу са делимичним или непотпуним радним временом и ако би желеле више радити са пуним. Посебну пажњу треба посветити промовисању једнакости за угрожене групе, нарочито ако се угроженост односи на пол, препоручује Међународна организација рада. Препорука произилази из сазнања да је проценат жена које обично раде у неформалном сектору или у различитим врстама нестабилног атипичног запослења изразито висок⁷. Готово у истој ситуацији налазе се млади и неквалификовани радници.

Према расположивим сазнањима у демократском и најразвијенијим земљама са тржишним условима привређивања постоји висок степен сагласности о модалитетима атипичног запошљавања. У такве се убрајају : 1. запошљавање са делимичним (непуним) радним временом; 2. запошљавање на одређено време (привремено) и 3. други модалитети атипичног запошљавања, који се сматрају дискутабилнима, укључујући samozapoшљавање независних "радника" за свој рачун и кумулацију радних односа.

За разлику од примарног тржишта рада које обезбеђује стабилност запослења и рад са пуним радним временом, постоји и секундарно тржиште које служи за проналажење атипичног запошљавања и које нуди непоуздано запослење (*precarite de l'emploi*). Под појмом "непоуздано запослење", као доминантним или носећим у сфери атипичног запошљавања понекад се третира ова проблематика у целини. У ту сврху користе се два међусобно комплементарна модалитета атипичног запошљавања; један карактерише стање подзапослености подразумевајући радника који ради само са делимичним (непуним) радним временом, а други ограничава трајање радног односа на одређено време (привремено запошљавање).

Флексибилно регулисање радног времена по трајању; добу дана; распореду, укључујући почетак и завршетак (фиксни и клизни); прерасподели и прерачунавању итд, има велики значај у савременом радном праву и пракси. Оно омогућује диференцирање и међусобно

⁶ Видети више: *L'emploi atypique dans la fonction publique du Canada*, Direction de la research de Gouvernement federale du Canada, Ottawa, 1999, стр. 6.

⁷ Смернице о радном законодавству, Међународна организација рада, Женева, 2001. стр. 15.

разликовање различитих врста радног односа, као и стицање права по основу радног односа у зависности од дужине радног времена; оптималну организацију рада; боље коришћење средстава рада; подизање продуктивности рада; проширивање могућности запошљавања итд.

Према трајању радно време се традиционално дели на пуно, скраћено и непуно или делимично. Само право на ограничено радно време већ однедавно је прокрчило пут себи у правне акте највишег ранга, на међународном и националном плану. Још почетком прошлог двадесетог века жељеним идеалом сматрала се радна седмица од 48 часова. Од тада па надаље текао је континуиран процес редукције радног времена. У актуелном радном праву неких развијених земља та је граница спуштена на 35 часова седмично.

Према важећем радном законодавству Србије пуно радно време траје 40 сати седмично, ако законом није другачије одређено. Од тог правила, међутим, има и било је изузетака што значи да и појам "пуно радно време" подлеже релативизацији. Пуно радно време младих радника до 18 година живота не сме трајати дуже од 35 часова седмично. Ранији прописи су, са друге стране, допуштали да радно време буде састављено од ефективног рада и обавезне присутности (рад у турнусу и сл.) и да може трајати дуже од прописаног уз дужност послодавца да обавезну присутност, сагласно прописаним мерилима, прерачуна у пуно радно време⁸.

Чини се да појам "делимично радно време" (француски: *partiel*, енглески: *partial*)⁹ има извесну предност у поређењу са појмом "непуно радно време", као обележја предзапослености. У том смислу је и ранији Основни закон о радним односима говорио о праву првенства при попуњавању неких радних места делимично запосленим радницима под прописаним условима. Прво, израз делимично већ и сам по себи упућује на претпоставку о сразмерности између дужине радног времена и права по основу радног односа као двостраног у коме се међусобно прожимају интереси и радника и послодаваца. Друго, у нашем радном праву за обележавање трајања радног времена употребљавају се термини : "пуно", "краће од пуног", "скраћено" и "непуно" радно време. У једном раздобљу је непуно радно време дељено на два института: "најмање са половином пуног радног времена" и "мање од половине пуног радног времена" са партиципацијом у погледу права на основу радног основа примереном назначеној дистинкцији, иначе садржаној и у чл. 8. Конвенције МОР-а бр. 175 из 1994. о раду са делимичним радним временом негде, вероватно омашком, погрешно преведеном као " Конвенција о раду са скраћеним

⁸ Види члан 47. Основног закона о радним односима (Службени лист СФРЈ, бр. 12/70.)

⁹ Ј. Јовановић и С. Тодоровић, Речник правних термина, Београд, 1990, стр. 26.

радним временом" Таквим штетним омашкама погодује и наведени термилошки плурализам сличних или готово идентичних речи.

Рад са делимичним радним временом је иначе најфреквентније коришћени модалитет атипичног запошљавања. Иначе се овај модалитет од рада са пуним и себи термилошки најсличнијим радом са скраћеним радним временом, по правном дејству изједначује са пуним, битно разликује по основу и по учинку.

Иницијални основ за рад са скраћеним радним временом налази се у радноправном стандарду "повећаних опасности" за здравље, радну способност и живот радника на појединим радним местима, а што подразумева такве и толике опасности које се не могу или бар у целини не могу отклонити. Примена овог института је проширена и на друге категорије радника под условом да на њиховој страни постоје законом предвиђене околности, нпр. трудноћа и порођај.

За разлику од скраћеног, основ за рад са делимичним радним временом налази се у смањеном обиму посла на појединим радним местима које не захтева пуно већ делимично ангажовање радника.

С друге стране, радни однос на одређено време јесте изузетак од правила по коме се радни однос заснива на унапред неодређено време. Као изузетак од правила морао би бити рестриктивно прописиван и тумачен, посматрано са становишта циљног регулисања и тумачења права. Ширим коришћењем овог института деградира се положај све већег броја запослених радника чије се сигурно и поуздано трајно запослење трансформише у непоуздано¹⁰.

Сам појам "привремено запослени радник" подразумева особу чији радни однос мора престати одређеног датума. Према тренутно важећем Закону о раду Србије дозвољене су прешироке могућности привременог запошљавања и предугачко димензионирана "привременост", а радници остављени без одговарајуће заштите.

Према одредби члана 37. став 1 Закона о раду радни однос може да се заснује на одређено време када су у питању: сезонски послови, рад на одређеном пројекту, повећање обима посла који траје одређено време, с тим што тако заснован радни однос непрекидно или с прекидима не може трајати дуже од 12 месеци. Ово је свакако боље решење од оног које се налазило у претходном Закону о раду из 2001. године, када је на основу члана 23. било дозвољено послодавцу да заснује радни однос на одређено време кад год хоће и то са трајањем чак до три године. Такво стање није било ни у складу са стандардима Међународне организације рада ратификованим у још у бившој Југославији, а што се види из чл. 2, ст. 3. Конвенције бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца.

¹⁰ R. Blanpain, *The Evolving Employment Relationship and The New Economy*, Kluwer Law International, 2002, стр 55.

У погледу права која се стичу по основу радног односа, посматраних и по врстама и по обиму, привремено запослени радници су изједначени са трајно запосленима.

Како је већ поменуто током излагања о појму и домаћају атипичног запошљавања, а потом и типологије, други модалитети се сматрају дискутабилним, укључујући и тзв. самозапошљавање за сопствени рачун и кумулацију радних односа. Ако се за полазиште узме појам "запошљавање" у свом редовном значењу као заснивање радног односа унутар кога радник обавља зависни рад за рачун послодавца, са пуним или делимичним радним временом, са унапред неодређеним или одређеним трајањем, онда се дискутабилност других модалитета атипичног запошљавања у значајној мери поједностављује. Тада још остаје потреба да се међусобно што је могуће прецизније разграниче запошљавање на зависним пословима од независног радног ангажовања за свој рачун а што се и до сада радило.

Као посебан модалитет атипичног запошљавања врло је интересантан рад на даљину или рад преко интернета. Наиме, ово је нови облик радног ангажовања који се појавио пре две деценије и који је директна последица увођења нових информационих технологија. Он представља, слободно могу рећи, најнеизвеснији, најризичнији и најмање плаћени облик радног ангажовања, који је у последње време све заступљенији у свету. У условим глобалне светске кризе, у ситуацији када јако велики број радника остаје без посла, логично је зашто се велики број њих одлучује за овај облик атипичног запошљавања.

Сматрам да је рад преко интернета један посебан облик рада код куће, са једном битном разликом, а то је да заштита оваквих радника уопште не постоји¹¹.

3. Атипичне форме запошљавања и систем социјалне сигурности

Врло интересантно је посматрати утицај атипичних форми запошљавања на систем социјалне сигурности. Скоро сви системи социјалне сигурности европских држава засновани су на традиционалним вредностима рада и радних односа. Другим речима, то значи да као полазну претпоставку за остваривање неког од права из социјалног осигурања узимају радни однос са пуним радним временом на неодређено време. Социјална заштита обезбеђује се преко система социјалне сигурности, путем плаћања доприноса, и то од стране запослених који се налазе у радном односу и за које су плаћени доприноси. Све остале категорије радника изузете су из овог система и тако

¹¹ <http://www.mturk.com> Ово је један од портала на коме се може тражити посао преко интернета било где у свету.

су остали ван његовог домашаја. Међу овим радницима највише има оних који се могу класификовати као атипични радници, тј. Они који обављају неку од форми атипичног запошљавања.

Ако погледамо пензијски систем Србије и Закон о пензијском и инвалидском осигурању Републике Србије¹² у члану 19. као услов за утврђивање права на старосну пензију кумулативно предвиђа године живота и стажа осигурања, при чему минимални стаж осигурања износи 15 година. Овакве услове ће јако тешко испунити атипични радници с обзиром на неколико чињеница. Прво, они не раде са пуним радним временом па ће им бити потребно много више времена да испуне предвиђене законске услове. Илустрације ради, радници који раде 8 часова дневно једну недељу месечно, или који раде 3 месеца годишње, налазе се у врло неповољном положају, с обзиром да за време које не раде неће имати плаћене доприносе. Друго, висина пензије је повезана са зарадом запосленог, а с обзиром да су поједине атипичне форме запошљавања врло слабо плаћене, поставља се питање, чак и у случају да такав радник оствари право на пензију, колика би била њена висина.

Иста ова питања постављају се и код остваривања права на здравствену заштиту ових радника, па је очигледно потребно да дође до комплетне реформе система социјалног осигурања. Сматрам да ће ово бити изузетно тешко, а можда и неизводљиво с обзиром да је систем социјалног осигурања заснован на традиционалним „радноправним вредностима“, које тешко опстају у монетарном светском систему.

* * *

Последњих деценија, услед економских криза, јачања процеса глобализације и великог технолошког напретка, у свету рада догодиле су се значајне промене. Узети заједно, наведени фактори намећу потребу за флексибилнијим уређивањем радних односа, што се превасходно испољава кроз експанзију атипичних облика запослења. Назначене промене испољавају се и кроз флексибилно уређивање услова рада, места рада, радних задатака и радног времена.

Једно од основних управљачких овлашћења послодавца представља његово овлашћење да у границама утврђеним императивним законским нормама о максималној дужини радног времена, одморима запослених, заштити достојанства и безбедности и здравља на раду, одлучује и о дужини и интензитету рада својих запослених. Организација радног времена, при том, може бити искоришћена за постизање конкурентске предности и задовољавање других потреба предузећа. Будући да радно време чини важан фактор производног капацитета послодавца. У том смислу, традиционални

¹² „Службени гласник Републике Србије“ бр. 34/03.

модел организације радног времена, који подразумева стабилну, стандардизовану, униформну и строгу организацију пуног радног времена постаје препрека за рационализацију трошкова. То је и главни разлог да се афирмише флексибилно уређивање радног времена у складу са потребама процеса рада.

Међутим, поставља се питање колико је тренутна радноправна регулатива спремна да прихвати и заштити права и интересе ових, атипичних, радника. Радно право, колико год било моћно, није свемоћно. Оно, само за себе, не може отворити нова радна места нити очувати постојећа. Његова моћ се ограничава да у оквиру постојећих економско-социјалних и ширих друштвених прилика допринесе правилнијој дистрибуцији постојећих радних места, адекватнијем и доследнијем поштовању професионалне и стручне компетентности, елиминацији дискриминације укључујући и једнакост зарада за рад једнаке вредности и др.

Данас има и контроверзи у радноправном поимању атипичног запошљавања, његовој типологији, домаћају и поузданом разликовању од сваког па и типичног запошљавања које претпоставља бављење зависним радом за послодавца од несумњиво корисног и пожељног радног ангажовања које претпоставља бављење независним радом за сопствени рачун.

У условима, слободно могу рећи, новог светског поретка, поставља се питање колико су опредељења традиционалног радног права одржива, а очигледна несагласност види се између атипичних форми запошљавања и система социјалне сигурности. Потребно је извршити одређене промене у којима ће системи традиционалних и савремених вредности бити усклађени. Како италијански писац Ђузепе Лампедуса у својој књизи „Гепард“ истиче: „Морамо направити неке промене али да све остане апсолутно исто“.

*M.Sc. Bojan Urdarevic,
an assistant*

ATYPICAL FORMS OF EMPLOYMENT IN THE CONDITIONS OF THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS

Atypical forms of employment come out as a consequence of the introduction of the new technologies in the working and production processes and, also, as an employer's reaction on the, so called, standard labour form, that considers full time employment, without time limits. Those changes demanded, without any doubt, adjustment of known labour forms to the newly emerged needs, which resulted in reducing the number of the full-time employees in

order for the employee to become relieved of the surplus labour force. Some of the working processes undergo complete change in organization and rationalization which satisfies the need for work in an optimal ways which often are not full-time employment.

Even though our legislators are still keeping the labour as the dominant relation and concept in terms of work, it is a fact that atypical forms of employment, particularly in the conditions of the global economic crisis, are gaining higher importance. Their positive aspect, i.e. the impact on the reducing of the unemployment rate, could be very easily transferred into its opposite, if the legislators are not be able to recognize and regulate adequately all of the forms of atypical employment. Only then could the workers employed on those working positions enjoy certain guaranteed rights related to labour, not guaranteed at the moment.

Одељак III

Кривично право

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ И ДРУГЕ ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ КАО ИНСТРУМЕНТИ НОРМАТИВНЕ ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард и поједностављене форме поступања као инструменти његове ефикасности

Савремено кривичнопроцесно законодавство чија решења прате тенденције савремену науку кривичног процесног права карактеришу бројне особености.¹ Једна од њих је и захтев за ефикасношћу кривичног поступка, с тим да то не иде на уштрб законитости решења конкретне кривичне ствари и угрожавања загарантованих слобода и права учесника кривичног поступка.² Разлози за ово су бројни и међу њима посебан значај имају два. Први лежи у неспорној чињеници да је само ефикасан кривични поступак један од инструмената успешне борбе против криминалитета и као такав одговара циљевима и генералне и специјалне превенције. Неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције. Као таква охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дела и изазива, сасвим оправдано, и незадовољство јавности чиме ова проблематика још више добија на свом значају.³ Из ових, и не само ових, разлога обавеза је сваког друштва да створи

¹ Види: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у савременој науци кривичног процесног права и кривичнопроцесно законодавство Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/08, стр. 3-40; Зборник "Казнено законодавство и законодавни поступак", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

² Проф. др Станко Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство као инструмент супростављања криминалитету, у збор. "Контрола криминалитета и европски стандарди: стање у Србији", Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2009. год., стр. 59.

³ Види: Др Драго Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Зборник радова "Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета", Удружење за кривично право и криминоло-

нормативне као и све друге предуслове за што успешнију борбу против криминалитета, за што успешније остваривање циљева криминалне политике уопште. Друго, законит кривични поступак не значи само такав поступак који " осигурава да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка" него и такав поступак који то омогућава у најкраћем могућем трајању. И управо полазећи од овог, захтев да окривљеном мора бити суђено у најкраћем могућем року потиче још из времена просветитеља⁴, а касније је преузет у савремено право и сврстан у једно од основних права грађана. Као такво потврђено је, сасвим оправдано, и у међународним правним актима највећег ранга која третирају проблематику слобода и права грађана у којима је право на суђење у разумном року сврстано у категорију њихових основних права.⁵ Полазећи од овог, у савременом кривичном процесном праву траже се таква решења којима се ствара нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак схваћен како у смислу времена његовог трајања тако и у смислу законитости пресуђења конкретне кривичне ствари.⁶ Већ поодавно је постало кристално јасно да је редовни кривични поступак, као општа - универзална форма поступања у кривичним стварима, са својом сложеностом структуром која подразумева истрагу, оптужење, припремање главног претреса и главни претрес оправдан само за теже кривичне случајеве. Ова форма кривичног поступка када је реч о лакшим, мање сложеним кривичним случајевима показује се као сувишно - непотребно, криминално - политички неоправдано расипање времена, труда и средстава. У оваквим случајевима криминално - политички је не само оправдано већ и нужно одступање од тако предвиђене опште процедуре као правила и њено упрошћавање које има за циљ брз и кратак поступак, поступак прилагођен значају дела, личности извршиоца, околностима под којима је извршено дело и стању доказног материјала али тако поједностављен да не ремети равнотежу између нужности заштите основних слобода и права окривљеног и потребе за ефикасношћу

гију Југославије, Београд, 1997. год., стр. 187.; Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, збор. ``Деликти насиља``, Институт за криминологију и социолошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 207-221.

⁴ Види: Cesare Beccaria, О злочинима и казнама, 1764. год.

⁵ Види чл. 6. тач. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 14. тач. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима

⁶ Види збор. "Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета", Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год.

кривичног поступка,⁷ за што мора се признати није лако наћи праву меру. С обзиром на ово, а у жељи да се створи нормативна основа за што ефикаснији кривични поступак у последњих неколико деценија врше се не мале интервенције у кривичнопроцесном законодавству посматрано уопште. Њихов заједнички именитељ је стварање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак, путем нормирања поједностављених форми поступања⁸ у случајевима када то конкретна кривична ствар оправдава с обзиром на тежину кривичног дела, обим доказног материјала и држање лица коме се то кривично дело ставља на терет. Основ оправданости оваквог једног нормирања лежи у неспорној чињеници да је, и поред тога што су главни узроци недовољне ефикасности кривичног поступка ван кривичнопроцесног законодавства,⁹ и нормативна основа један од веома важних фактора ефикасности кривичног поступка посматрано уопште. Управо имајући у виду ово, једно од важнијих обележја савременог кривичнопроцесног законодавства јесте истовремено - паралелно постојање једне опште – редовне форме кривичног поступка предвиђене као правила и све већа појава једноставнијих форми поступања у кривичним стварима. Основни криминално-политички разлог њиховог постојања је стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, што је једна од израженијих слабости не само у Србији већ и највећег броја других правосуђа.¹⁰ Уз ово, оправданост оваквог једног паралелног егзистирања више врста кривичних поступака своју подлогу налази и у хетерогеној структури криминалитета, односно хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршилаца. Поступак који је подесан за једну врсту кривичних дела и њихових учинилаца не мора и није подесан и рационалан за другу врсту. Поред овог, униформисани кривични поступак није у складу ни са релевантним међународним документима која гарантују право на суђење у разумном року.¹¹ Односно, није у складу ни са интересом окривљеног који има право

⁷ Др Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Савремена администрација, Београд, 1981.год, стр. 689; Др Станко Бејатовић, Кривично процесно право, "Службени гласник", Београд, 2008. год, стр. 511.

⁸ У теорији кривичног процесног права присутни су различити називи за кривичне поступке овог карактера (нпр.сумарни, убрзани, упрошћени и сл).

⁹ О томе види зборник "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривично-правну теорију и праксу, Београд, 2008. год.

¹⁰ Види: Др Снежана Бркић, Рационализација кривичног постука и упрошћене процесне форме, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год.

¹¹ Види чл. 6.тач.1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл.14. тац. 3ц Међународног пакта о грађанским и политичким правима

на брз и адекватан поступак нити са општим интересом друштва као целине будући да је његов циљ ефикасна борба против криминалитета.¹²

Имајући у виду предње изнесено, у савременом упоредном кривичнопроцесном законодавству могућности за повећање ефикасности кривичног поступка, посматрано са нормативног аспекта, траже се у: мерама убрзања претходног кривичног поступка (нпр. путем ширења начела опортунитета кривичног гоњења који органима кривичног гоњења омогућава веће одбацивање кривичних пријава за багателни и ситни криминалитет и тиме већу оријентацију правосудних органа на сложеније и теже кривичне предмете¹³); увођењу посебних, скраћених, поједностављених облика поступања за лакша кривична дела; смањивању судских већа и проширењу функционалне надлежности судије појединца; промењеном приступу припремања и вођења главног претреса; строжијем режиму предлагања и извођења доказа; ограничењима у поступцима по правним лековима; све већој примени разних видова института споразума о признању кривице и сл.¹⁴ Посматрано са аспекта степена доприноса ефикасности кривичног поступка у оквиру ових мера посебно место припада управо поједностављеним формама поступања у кривичним стварима. Са сигурношћу се данас може констатовати да поједностављене - упрошћене форме поступања у кривичним стварима су један од изузетно важних инструмената ефикасности кривичног поступка. Као такве намењене су суђењу за једноставније кривичне случајеве (лакша и средња кривична дела). Ако се овоме дода и чињеница да управо ова група кривичних дела у укупној структури криминалитета заузима значајно место онда значај ових поступака још више добија на свом интензитету. Уз то, када се говори о криминално-политичкој оправданости ових поступака нужно је имати у виду и још једну чињеницу. То је да ови поступци својом практичном применом - путем растерећења судова дају и директан допринос повећању квалитета суђења за теже кривичне случајеве

¹² Др Момчило Грубач, Кривично процесно право, Увод и општи део, "Сл. гласник", Београд, 2004. год., стр. 25.

¹³ Види: Проф. др Станко Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

¹⁴ Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, у збор. "Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства", Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год, стр. 145; Проф. др Војислав Ђурђић, Кривичнопроцесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима, у збор. "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008 год., стр. 9-39.

јер судовима остаје више простора за теже - компликованије кривичне предмете.

Посматрано уопште, без обзира о којем виду поједностављених поступака се ради, односно о којем кривично-процесном законодавству је реч, може се констатовати да су следеће опште особености поједностављених форми поступања у кривичним стварима:

Прво, као што је то већ констатовано савремено кривичнопроцесно законодавство познаје не један већ више поједностављених форми поступања у кривичним стварима. Вишеструкост поједностављених форми поступања у кривичним стварима није само особеност савременог кривичнопроцесног законодавства као целине већ и свих појединачних законских текстова овог карактера, што посебно долази до изражаја код кривичних поступака према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Сходно овом, данас када је реч о овој категорији окривљених лица поред традиционалне и релативно добро познате две форме поједностављених кривичних поступака (скраћеног кривичног поступка и поступка за изрицање судске опомене), јавља се и не мали број других форми поједностављених кривичних поступака. Случај нпр. са споразумом о признању кривице, казним налогом, имунитетом сведока и сл.¹⁵

Друго, елементи на којима почива поједностављена форма поступања у кривичним стварима, без обзира о којој њеној врсти је реч, су кривична ствар, стање доказног материјала и понашање – држање процесних субјеката. Што се тиче кривичне ствари као материјалноправне компоненте поједностављене форме поступања она је заснована на врсти и природи кривичног дела. У савременом кривичнопроцесном законодавству поједностављена форма поступања намењена је решавању лакших кривичних дела, кривичних дела која имају мањи степен друштвене опасности што само по себи намеће и мање ангажовање материјалних средстава и времена него у случајевима када се ради о тежим кривичним делима.¹⁶ Што се тиче трећег елемента диференцирања процесних форми поступања у кривичним стварима он је процесноправног карактера и тиче се стања доказног материјала. Сходно овом елементу, поједностављена форма поступања намењена је случајевима једноставнијег чињеничног стања, чињеничног стања које с обзиром на своју једноставност упућује на лакоћу доказивања. Управо лакоћа доказивања је и основ поједностављена

¹⁵ Види збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

¹⁶ Види: Др Момчило Грубач, Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/84, стр. 290.

процесне форме.¹⁷ На крају, када је реч о понашању - држању кривичнопроцесних субјеката као посебном елементу диференцијације процесних форми поступања ту се пре свега мисли на признање окривљеног и сагласност субјеката у избору процесне форме.

Имајући у виду предње изнесене основе диференцијације процесних форми може се закључити да поједностављене форме поступања у кривичним стварима почивају на начелу сразмерности између процесне форме и предмета суђења, и то тако да у тој диференцијацији основна права окривљеног представљају граничну линију испод које се не сме ићи на упрошћавање процесне форме.

Трећа особеност поједностављених форми поступања у кривичним стварима огледа се у мањем степену сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања. Инструменти поједностављења процесне форме поступања су троструки и манифестују се у: изостављању појединих процесних фаза и стадијума што је у зависности од конкретне форме поједностављења; скраћивању процесних рокова и деформализацији поступка (изостављању одређених формалности и гаранција).¹⁸

Четврто, посматрано са аспекта начина нормативног регулисања поједностављења процесне форме поступања у кривичним стварима присутна су, преваходно, два решења. Први се огледа у потпуном – самосталном - одвојеном регулисању посебних форми за поједина кривична дела или за поједине категорије окривљених лица. Случај пре свега са регулисањем ове проблематике посебним законским текстом кривичног поступка према малолетницима. Други начин је да се у оквиру Законика о кривичном поступку нормирају само одступања од опште форме поступања, у случају чега се општа форма поступања примењује и у поједностављеним поступцима у делу који није регулисан посебним одредбама Законика.

Предње изнесене тенденције савремене науке кривичног процесног права и решења савременог компаративног кривичног процесног законодавства по питању поједностављених форми поступања у кривичним стварима све више налазе своје место и у кривичнопроцесном законодавству Србије. Разлози за тако нешто су исти они који су довели до оваквог једног тренда у компартивном кривичнопроцесном законодавству. Циљ им је такође исти. То је стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка који данас у Србији није ни приближно на жељеном нивоу.¹⁹

¹⁷ Др Снежана Бркић, *op.cit.*, стр. 202.

¹⁸ Др Снежана Бркић, *op.cit.*, стр. 208.

¹⁹ Види: Др Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2004. год.

Полазећи од предње изнесеног један од задатака који је требало да буде остварен доношењем још увек важећег Законика о кривичном поступку Републике Србије из 2001. године²⁰, којим је започета реформа кривичнопроцесног законодавства Републике Србије, јесте и стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, уз истовремено вођење рачуна да то не утиче на међународним актима и националним законодавством загарантоване слободу и права човека и грађанина уопште.²¹ Имајући у виду овај задатак Законик²² уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак. У првом реду то су: Проширивање могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела, и то на 2 начина: могућношћу одлагања кривичног гоњења (чл. 236. ЗКП²³) и могућношћу одбацивања кривичне пријаве у случају стварног кајања (чл. 237. ЗКП); Увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса, и то такође на два начина: у поступку за кажњавање пре главног претреса и у поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије; Проширивање функционалне надлежности судије појединца; Проширивање могућности вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до пет година; Ограничавање укупног трајања притвора; Одређивање рока за вештачење и прописивање последица пропуштања одређеног рока; Одређивање процесног тренутка до којег се лице које ужива право имунитета може позвати на имунитет; Ограничење броја бранилаца једног окривљеног лица; Установа кривичног гоњења по предлогу оштећеног лица; Нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају или отежавају одржавање главног претреса; Одређивање рока за повраћај привремено одузетих предмета и сл.²⁴

Тренд нових решења у кривичнопроцесном законодавству Србије започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године у

²⁰ "Сл. лист СФРЈ", бр.70/01 и 68/02, и "Сл. гласник РС", бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09 и 72/09

²¹ Образложење Предлога Законика о кривичном поступку, Савезно министарство правде, Београд, 2001. год.

²² Под Закоником у овом раду подразумева се ЗКП из 2001. године са свим његовим каснијим изменама и допунама

²³ Под ЗКП подразумева се важећи Законик о кривичном поступку Републике Србије

²⁴ Види: Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр. 145-155.

циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак настављен је његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. године,²⁵ односно изменама и допунама из августа месеца 2009. године,²⁶ које доносе најзначајније новине управо по питању озакоњења поједностављених форми поступања у кривичним стварима.

2. Споразум о признању кривице и други облици поједностављених форми поступања у кривичним стварима у позитивном кривичнопроцесном законодавству Србије

Као што је то већ констатовано једна од општих особености поједностављених форми поступања у кривичним стварима је и њихова вишеструкост, и то посебно код кривичних поступака према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Посматрано у оквиру ове категорије учинилаца кривичних дела реч је о следећим појавним облицима поједностављених форми поступања у кривичним стварима у позитивном кривичнопроцесном законодавству Србије, тј. у кривичнопроцесном законодавству Србије након ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗКП из августа месеца 2009. год.

2.1. Споразум о признању кривице

Једна од битних особености Законика о кривичном поступку Републике Србије из 2001. године којим је започела реформа њеног кривичнопроцесног законодавства јесте и то да је истим створена нормативна основа за поједностављење и убрзање кривичног поступка, а тиме и нормативна основа за ефикаснији кривични поступак посматрано уопште. У томе циљу овим законским текстом, а потом његовим изменама и допунама из маја месеца 2004. године уведено је неколико веома значајних новина у српско кривичнопроцесно законодавство. Међутим, са тим новинама нису исцрпљене све нормативне могућности за даљње поједностављење и убрзање кривичног поступка. Насупрот. Решења присутна у савременом компаративном кривичнопроцесном законодавству као и њихова судска пракса говорила су и говоре и даље у прилог тога да постоје још не мале могућности са овим циљем. У овоме контексту, сасвим оправдано, Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. године у кривичнопроцесно законодавство Србије уведен је институт споразума о признању кривице као једна од доминантних форми

²⁵ "Сл. гласник РС", бр. 58/2004

²⁶ "Сл. гласник РС", бр. 72/09

поједностављеног поступања у кривичним стварима. Реч је о институту чија се суштина огледа у претходном преговарању о признавању кривице између тужиоца и окривљеног и накнадном прихватању или неприхватању од стране суда постигнутог споразума између тужиоца и окривљеног. Његове основне карактеристике огледају у следећем:

Прво, у случајевима када се кривични поступак води за једно кривично дело или за кривична дела у ступају за која је прописана казна затвора до 12 година, јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума о признању кривице, односно окривљени и његов бранилац могу јавном тужиоцу предложити закључење таквог споразума. Након упућивања предлога о закључењу споразума странке и бранилац могу преговарати о условима признања кривице за кривично дело, односно кривична дела која се окривљеном стављају на терет;

Друго, споразум о признању кривице мора бити у писаном облику и може се поднети најкасније до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса. У случајевима када оптужница још није поднесена споразум о признању кривице се подноси председнику ванрасправног већа, а након подношења оптужнице председнику већа. Уз ово, окривљени и његов бранилац се могу и у приговору против оптужнице позвати на закључени споразум о признању кривице;

Треће, споразумом о признању кривице окривљени у потпуности признаје кривично дело за које се терети, односно признаје једно или више кривичних дела учињених у ступају, која су предмет оптужбе, а окривљени и јавни тужилац се саглашавају: о врсти и висини казне, односно, о другим кривичним санкцијама које ће окривљеном бити изречене; о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице; о трошковима кривичног поступка и о имовинскоправном захтеву; о одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о признању кривице;

Четврто, у споразуму о признању кривице јавни тужилац и окривљени се могу сагласити о изрицању окривљеном казне која не може бити испод законског минимума за кривично дело које се окривљеном ставља на терет. Само изузетно, када је то очигледно оправдано значајем признања окривљеног за разјашњење кривичног дела за које се терети, чије би доказивање без таквог признања било немогуће или знатно отежано, односно за спречавање, откривање и доказивање других кривичних дела, као и због постојања нарочито олакшавајућих околности из чл. 54. ст. 2. Кривичног законика, јавни тужилац и окривљени се могу сагласити да се окривљеном изрекне блажа казна, али само у границама прописаним у чл. 57. Кривичног законика;

Пето, споразумом о признању кривице окривљени се може обавезати на испуњење обавеза под којима јавни тужилац има право, сходно начелу опортунитета кривичног гоњења, да одложи кривично гоњење, под условом да је с обзиром на природу обавеза могуће да их окривљени испуни до подношења споразума о признању кривице суду, односно да до подношења споразума о признању кривице суду, започне са испуњавањем обавеза. Уз ово, окривљени може у споразуму о признању кривице прихватити обавезу да у одређеном року врати имовинску корист стечени извршењем кривичног дела, односно да врати предмет кривичног дела;

Шесто, о споразуму о признању кривице одлучује суд, који споразум, решењем, може одбацити, усвојити или одбити. О одлуци о понуђеном споразуму о признању кривице суд одлучује на рочишту којем присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац, а о истом се обавештавају оштећени и његов пуномоћник. У случају да окривљени сам не узме браниоца суд га поставља по службеној дужности, и то најкасније осам дана пре почетка рочишта. Тако постављени бранилац своју дужност врши до правноснажности решења суда о споразуму, односно до доношења пресуде на основу признања. Рочиште на којем се одлучује о споразуму је јавно. Само у случају када постоји неки од разлога за искључење јавности са главног претреса или његовог дела решењем суда јавност може бити искључена и то на начин предвиђен за искључење јавности са главног претреса;

Седмо, образложеним решењем суд усваја споразум о признању кривице и доноси одлуку која одговара садржају споразума, ако утврди: да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе и да је искључена могућност признања окривљеног у заблуди; да је споразум закључен у складу са одредбама законика; да је окривљени потпуно свестан свих последица закљученог споразума, а посебно да у потпуности разуме да се споразумом одриче права на суђење и улагање жалбе против одлуке суда донесене на основу споразума; да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног; да споразумом о признању кривице нису повређена права оштећеног или да он није противан разлозима правичности. У случају да није испуњен један или више од ових услова или када казна, односно друга кривична санкција утврђена у споразуму о признању кривице очигледно не одговара тежини кривичног дела које је окривљени признао, суд ће донети образложено решење којим се споразум о признању кривице одбија. У таквом случају признање окривљеног дато у споразуму не може бити доказ у кривичном поступку. По правно-снажности овако донесеног решења споразум и сви списи који су са њим повезани, уништавају се пред судом, о чему се саставља службена белешка, а судија који је донео решење не може учествовати у даљем поступку;

Осмо, решење суда о споразуму о признању кривице се доставља јавном тужиоцу, окривљеном, браниоцу, оштећеном и његовом пуномоћнику. Против решења суда о одбијању споразума о признању кривице, жалбу, у року од осам дана, од дана када им је решење достављено, могу изјавити јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. Против решења суда о усвајању споразума о признању кривице могу, изјавити жалбу, такође у овом року, оштећени и његов пуномоћник. О жалби одлучује ванрасправно веће суда и у његовим саставу не може бити судија који је донео решење које се побија жалбом. Веће које одлучује о жалби против решења о споразуму о признању кривице може жалбу одбацити као неблаговремену, усвојити је или је одбити као неосновану. Против таквог решења жалба није дозвољена;

Девето, када решење о усвајању споразума о признању кривице постане правноснажно, оно се сматра саставним делом оптужнице, ако је она већ поднесена, односно јавни тужилац у року од три дана саставља оптужницу у коју укључује споразум о признању кривице, ако оптужница претходно још није била поднесена, а председник већа без одлагања доноси пресуду којом окривљеног оглашава кривим и изриче му казну, односно другу кривичну санкцију и одлучује о осталим питањима предвиђеним у споразуму о признању кривице. Против овакве пресуде жалба није дозвољена.

На основу једне стручно-критичке анализе оваквог начина регулисања института споразума о признању кривице може се оправдано поставити питање да ли су на адекватан начин решена предње наведена као и нека друга питања овог института. Случај пре свега са кругом кривичних дела на која се може применити споразум. Зашто баш граница од 12 година? Затим, ту је и питање граница кажњавања осумњиченог односно окривљеног лица у случају постизања и од стране суда прихватања споразума о признању кривице. Потом, питање улоге оштећеног лица и браниоца у поступку преговарања о признавању кривице; Или, питање тренутка процесног активирања суда односно и питање могућности и основа употребе правног лека у оваквом једном поступку. Исто тако, оправдано се поставља питање које је то "прво рочиште за одржавање главног претреса"? Односно на којем рочишту суд одлучује о понуђеном споразуму о признању кривице? Какве су последице неиспуњења обавеза из чл. 236. ст. 1. Законика након прихватања споразума од стране суда? Које су то нарочито олакшавајуће околности из чл. 54. ст. 2. КЗ ? и др.²⁷ Међутим, и поред оправданости оваквих питања начелно посматрано озакоњење овог института у кривичнопроцесном законодавству Србије, као и уопште, ни у ком случају не може се довести под знак питања.

²⁷ О овим као и другим питањима везаним за овај вид поједностављеног кривичног поступка види: Др Данило Николић, Споразум о признању кривице, зборник "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 112-137.

Ово из разлога што се ради о институту који све више добија карактер универзалности - његова примена, због добрих резултата је све већа, и нигде се не доводи под знак питања. Сматра се једним од важнијих поједностављених форми поступања у кривичним стварима.²⁸ С обзиром на ово, предње изнесена као и нека друга питања везана за начин нормирања института споразума о признању кривице треба размотрити у раду на изради новог Законика о кривичном поступку у којем се ни под каквим условима не сме ставити под знак питања ни овај институт, као ни друге већ нормиране (овде приказане) поједностављене форме поступања у кривичним стварима.

2.2. Скраћени кривични поступак

Скраћени кривични поступак је један од традиционалних видова поједностављења кривичног поступка и у кривичнопроцесном законодавству Србије. Посматрано у односу на редовни кривични поступак ова форма поједностављења кривичног поступка има низ особености, и то како по питању своје архитектонике тако и по питању модификовања појединих института из општег кривичног поступка. Његове најважније особености су одсуство истраге као посебне фазе општег кривичног поступка, краћи процесни рокови и могућност одржавања главног претреса и у одсуству неке од кривичнопроцесних странака.²⁹ Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. године настављен је, сасвим оправдано, тренд ширења броја кривичних дела за која се води скраћени кривични поступак, и то без било каквих претходно испуњених предуслова који су били предвиђени у нашем ранијем Законику, а који су се односили на кривична дела са прописаном казном затвора од три до пет година.³⁰ Ступањем на снагу овог Закона скраћени кривични поступак се води за сва

²⁸ Види: Др Данило Николић, Споразум о признању кривице, Ниш, 2006. год.; Коментар Закона о кривичном (казненом) поступку Босне и Херцеговине, Сарајево, 2005. год., стр. 265.

²⁹ О томе види: Проф.др Станко Бејатовић, Кривично процесно право, "Сл. гласник", Београд, 2008. год., стр. 354.

³⁰ Види: Синиша Важић, Скраћени кривични поступак, У збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 166-172; Проф. др Станко Бејатовић, Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и њихов допринос ефикасности кривичног поступка, у збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 58-82.

кривична дела са прописаном као главном казном новчаном казном или затвором до пет година. Овакво проширење броја кривичних дела за која се спроводи скраћени кривични поступак у функцији је ефикаснијег кривичног поступка и у складу је са залагањима наше стручне јавности³¹ и криминалополитички је оправдано.

У вези са предње изнесеним проширењем одредаба о скраћеном кривичним поступку треба узети у обзир и следеће. Чл. 24. ст. 1. Законика о кривичном поступку из 2001. године проширена је функционална надлежност судије појединца, и то на тај начин што је одређено да је он надлежан да суди за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године. Озакоњењем оваког решења продужен је, сасвим оправдано, тренд одступања од начела зборности суђења започет Законом о кривичном поступку из 1976. године. Разлози оправданости оваког решења су бројни и нису само теоретски већ и практични.³² Услед истих, сасвим оправдано, и даље је настављено са тако започетим трендом одступања од начела зборности суђења. Извршеним интервенцијама којима је проширен круг кривичних дела за која се спроводи скраћени кривични поступак аутоматски је проширена и функционална надлежност судије појединаца. Сада је он надлежан да суди за сва кривична дела са прописаном као главном новчаном казном или казном затвора до пет година. За време у којем живимо сасвим адекватним решењем по овом питању је решење по којем је судија појединац функционално надлежан да суди не само за сва кривична дела из скраћеног кривичног поступка, већ и за тежа кривична дела, тј. за кривична дела за која је прописана казна затвора од пет до десет година, истина под претпоставком испуњења одређених услова. Нпр. да се са тиме сложе кривичнопроцесне странке до почетка главног претреса. Изузетак треба да буду само кривични случајеви за која је састав већа прописан посебним законом.³³ Оваквим једним решењем скраћени кривични поступак, као и поступак пред општинским (основним) судовима уопште постао би не само јефтинији већ и ефикаснији, а то истовремено не би ишло на уштрб законитости решења конкретне кривичне ствари.

³¹ Види зборник ``Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције``, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

³² Види: Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 168.

³³ Слично решење садржи чл. 3. Закона о изменама и допунама Закона о казненом поступку Хрватске од 20. маја 2002. године.

2.3. Непосредна оптужница

Један од видова поједностављених кривичних поступака је и непосредна оптужница. Ово пре свега из разлога што у случају њеног подизања изостаје истрага. Према ваћежем Законика о кривичном поступку присутна су два вида непосредне оптужнице, што је у зависности од услова за њено подношење. Сходно овоме, ако се ради о кривичним делима за која је, према најновијим изменама и допунама Законика, предвиђена казна затвора до осам година јавни тужилац може да подигне непосредну оптужницу и без сагласности истражног судије, што није у могућности када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора преко овог износа.³⁴ У вези са оваквим решењем нашег законодавца присутна су, чини се не без разлога, залагања и за даље ширење круга кривичних дела као критеријума могућности подизања непосредне оптужнице без сагласности истражног судије. Наиме, у случају прихватања предње изнесеног предлога о примени одредаба о скраћеном кривичном поступку и на кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година нема оправдања за разликовање непосредне оптужнице по критеријуму сада прописане казне затвора. Ово и из тога што у таквим случајевима не би било оптужнице уопште већ оптужног предлога. С обзиром на ово, чини се сасвим оправданим да критеријум разликовања могућности подизања непосредне оптужнице буде прописана казна затвора у трајању до десет и преко десет година. Остале услове за подизање непосредне оптужнице (обим доказног материјала и претходно саслушање осумњиченог) не треба мењати.

2.4. Подизање оптужнице на главном претресу

Подизање оптужнице на главном претресу је не само посебан вид поједностављеног кривичног поступка већ и вид који је по својој архитектоници још упрошћенији у односу на претходно обрађени вид (непосредну оптужницу). Најбољи пример за овакву једну констатацију јесте и могућност подношења усмене оптужбе у смислу чл. 301. ст. 2. Законика. Посматрано са аспекта важећег ЗКП у два случаја може да дође до практичне реализације овог вида поједностављеног кривичног поступка. Прво, у случају проширења оптужбе на кривично дело оптуженог учињено или откривено на главном претресу³⁵; Друго, у случају када друго лице на главном претресу у току заседања учини

³⁴ Чл. 244. ст. 1 и 6. ЗКП у вези са чл. 63. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. год.

³⁵ Види чл. 342. ст. 1. ЗКП

кривично дело.³⁶ Не образлажући друге елементе овог вида поједностављеног кривичног поступка,³⁷ јер би то било ван оквира рада, треба констатовати да овај вид такође има своје пуно криминално-политичко оправдање и да је као такав у функцији ефикасности кривичног поступка. Поред овог, у прилог овог вида поједностављеног кривичног поступка говоре и две следеће чињенице. То су : Прво, у случајевима извршења или откривања кривичног дела на главном претресу са аспекта доказивања нема никаквог разлога за коришћењем других - потпунијих процесних форми јер реч је о флагрантним кривичним делима, о кривичним случајевима у којима се већ у том процесном тренутку располаже са релевантним доказним материјалом. Друго, суђење по оптужници поднесеној на главном претресу за дело учињено од стране другог поред поједностављења и убрзања поступка има и пуно криминално-политичко оправдање будући да дело с обзиром на место и време извршења показује нарочиту дрскост.³⁸

2.5. Поступак за кажњавање пре главног претреса

Једна од значајнијих новина које је у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка донео ЗКП из 2001. године јесте и озакоњење поступка за кажњавање пре главног претреса као нове – поједностављене форме поступања у кривичним стварима у кривичнопроцесном законодавству Србије. Основна карактеристика овог поступка огледа се у могућности изрицања кривичне санкције и без одржавања главног претреса чиме се доприноси да кривични поступак буде ефикаснији, и то уз истовремену заштиту права окривљеног лица.³⁹ Према решењима ЗКП из 2001. године могућности практичне примене овог поступка биле су релативно скромне што се може објаснити чињеницом да се радило о поступку до тада потпуно непознатом не само у кривичнопроцесном законодавству Србије већ и у кривичнопроцесном законодавству уопште на подручју бивше Југославије. Свестан корисности оваквог једног поступка и скромности могућности његове примене према решењима ЗКП из 2001. године, а у намери стварања нормативне основе за поједностављење и убрзање кривичног поступка у свим случајевима када то криминалнополитички разлози оправдавају, изменама и допунама Законика о

³⁶ Чл. 301. ст. 2. ЗКП

³⁷ О томе види: Проф.др Станко Бејатовић, Кривично процесно право, "Сл. гласник", Београд, 2008. год., стр. 423.

³⁸ Др Тихомир Васиљевић, Систем кривичног процесног права СФРЈ, Савремена администрација, Београд, 1981. год., стр. 522;

³⁹ Види: Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка..., стр. 146.

кривичном поступку из маја месеца 2004. године проширена је могућност кажњавања без одржавања главног претреса на кривична дела за која је предвиђена казна затвора до три године и проширен је круг санкција које се могу изрећи у оваквом поступку. Овакво једно решење је за поздравити и у складу је са не малим бројем до тада даваних предлога по том питању.⁴⁰ Управо, у складу са овим залагањима и касније извршеним интервенцијама у Кривичном законик Републике Србије из 2005. године⁴¹ дошло је до даљег ширења круга кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку. Изменама и допунама ЗКП из 2009. године, ранијем кругу кривичних санкција које се могу изрећи у овом поступку додате су и нове кривичне санкције из нашег Кривичног законика. То су казна рада у јавном интересу и казна одузимања возачке дозволе.⁴² Међутим, чини се да са овим не треба стати. У случају прихватања иницираног проширења функционалне надлежности судије појединца било би оправдано размислити, из ових истих разлога, и о даљњем проширивању могућности кажњавања без главног претреса, и то на сва кривична дела из надлежности судије појединца. Поред овог чини се оправданим и размишљање о даљњем повећању врста кривичних санкција које се могу изрећи у оваквом једном поступку. Случај нпр. са судском опоменом.

Када је реч о поступцима за изрицање кривичних санкција без главног претреса уопште онда чини се оправданим учинити и још једну интервенцију у кривичнопроцесном законодавству Србије. Она се тиче потпуног укидања друге врсте ових поступака (Поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије), који је задржан и после најновијих изменама и допуна ЗКП, и то скоро без иоле значајнијих интервенција у његовој нормативној разради. Изузетак је ширење круга кривичних санкција које се могу изрећи и у овом поступку, и то на исти начин као и код првонаведеног поступка. Наиме, Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. године поред раније предвиђених кривичних санкција у овом поступку могу се изрећи и још две кривичне санкције (казна рада у јавном интересу и казна одузимања возачке дозволе)⁴³. Укидање ове врсте поступка оправдано је не само из разлога што у постојећем нормирању овог поступка има много контрадикторности⁴⁴, већ и из разлога што се основна идеја ове врсте

⁴⁰ Види: Проф.др Станко Бејатовић, Неопходност доношења Законика о кривичном поступку Републике Србије, Српско удружење за кривично право, Београд, 2004. год., стр. 48.

⁴¹ "Сл. гласник РС", бр. 85/2005

⁴² Чл. 119. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. год.

⁴³ Чл. 121. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године.

⁴⁴ Нпр. један од услова за примену овог поступка је "потпуно признање

поступака може постићи и путем адекватне примене самог поступка за кажњавање пре главног претреса, и то посебно у случају прихватања његовог иницираног проширења.⁴⁵

У вези са поступком за кажњавање пре главног претреса пажњу заслужује и чињеница да је његова практична примена и даље испод интенција законодавца. Скоро да се може констатовати да овај поступак још увек није заживео у нашој судској пракси.⁴⁶ Имајући у виду криминално-политичке разлоге његовог озакоњења као и казнену политику наших судова коју карактерише доминантан проценат блажих кривичних санкција (условне осуде, новчане казне и кратких казни затвора) оваква пракса наших судова по питању ове врсте поступка нема оправдања. С обзиром на протекло време од његовог озакоњења разлог не би смео да буде његова новина и страх од примене нечег новог. Овом поступку као и низу других новина (случај нпр. са опортунитетом кривичног гоњења код пунолетних учинилаца кривичних дела) наша судска пракса мора пружити далеко већу шансу. Резултати њихове примене у савременом - компаративном кривичнопроцесном законодавству и њиховој судској пракси су најбољи пример за њихову пуну криминално-политичку оправданост и у закону и у примену такве законске норме и на простору Републике Србије.

2.6. Поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије

Друга врста поступка у којем је могуће изрицање кривичне санкције без одржавања главног претреса у позитивном кривичнопроцесном законодавству Србије је поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. Овај поступак се може применити код кривичних дела за која је прописана новчана казна као главна казна или казна затвора до пет година, под претпоставком испуњењења одређених

окривљеног, односно осумњиченог", а потом се признање обезвређује тражећи да буде "поткрепљено и другим доказима". Затим, циљ овог поступка је убрзање поступка, а он се успорава јер се тражи пристанак окривљеног, а уз то, и поред пристанка окривљеног даје му се могућност коришћења приговора против оптужнице, што не иде једно са другим, (Види: Проф. др Станко Бејатовић- Проф. др Драго Радуловић, Законик о кривичном поступку..., Београд, 2002. год., стр. 300).

⁴⁵ Види опширније: Проф. др Станко Бејатовић, Нове тенденције у науци кривичног процесног права и кривичнопроцесно законодавство Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 3/08, стр. 3-40.

⁴⁶ О томе види: Слободан Надрљански, Кажњавање пре главног претреса, у збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

услова. Један од њих је потпуно признање извршења кривичног дела окривљеног, односно осумњиченог у присуству браниоца, истражном судији, односно органу утрашњих послова и поткрепљеност тако датог признања другим доказима прикупљеним у истрази (чл. 455. ст. 1. ЗКП). Не улазећи у приказ других карактеристика ове врсте поступка пажњу заслужује још једна његова особеност. Један од услова за примену овог поступка је и пристајак окривљеног који и након датог пристајка има право подношења приговора против оптужнице. Ова два примера сама за себе говоре о не малом броју контрадикторности у нормирању овог поступка. Нпр. један од услова за примену овог поступка је потпуно признање окривљеног односно осумњиченог, а потом се тако дато признање обезвређује тражећи да буде "поткрепљено и другим доказима прикупљеним у истрази". Затим, циљ овог поступка је убрзање поступка а он се успорава јер се тражи пристајак окривљеног, а уз то, и поред пристајка окривљеног даје му се могућност коришћења приговора против оптужнице, што не иде једно са другим. Имајући и виду све ово, као и већ речено код прве врсте поступка за изрицање кривичних санкција без главног претреса (поступак за кажњавање пре главног претреса) чини се оправданим размишљање о потпуном укидању поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. Ово не само из разлога што у постојећем нормирању овог поступка има много контрадикторности, већ и из разлога што се основна идеја ове врсте поступака може постићи и путем адекватне примене самог поступка за кажњавање пре главног претреса, и то посебно у случају прихватања његовог иницираног проширења. Међутим, и поред свега овога, и поред не малог броја захтева стручне јавности у овом смислу, законодавац је и након најновијих интервенција у Законик о кривичном поступку из августа месеца 2009. године и даље задржао ову врсту поступка, и то скоро без иоле значајнијих интервенција у његовој нормативној разradi. Изузетак је ширење круга кривичних санкција које се могу изрећи и у овом поступку, и то на исти начин као и код првонаведеног поступка. Законом о изменама и допунама ЗКП из 2009. године поред раније предвиђених кривичних санкција у овом поступку могу се изрећи и још две кривичне санкције (казна рада у јавном интересу и казна одузимања возачке дозволе)⁴⁷ Све остало је остало непромењено.

⁴⁷ Чл. 121. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. год.

3. Друге могућности нормативне ефикасности кривичног поступка

Поред предње изнесених питања која представљају један од приоритета када јер реч о стварању нормативне основе за ефикаснији кривични поступак треба имати у виду и следеће. Предње изнесене форме поједностављеног поступања у кривичним стварима су веома важни али не и једини инструменти за постизање жељеног степена ефикасности кривичног поступка посматрано са аспекта законске норме. Поред њих ту су и бројна друга питања. Случај нпр. са имунитетом сведока⁴⁸, питањима која се тичу промене концепта истраге⁴⁹, даљњег ширења могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења код пунолетних учинилаца кривичних дела⁵⁰, проширења функционалне надлежности судије појединца,⁵¹ ефикаснијег система правних лекова,⁵² побољшања

⁴⁸ Ради се о посебној врсти спорозума између сведока и тужиоца присутној у компаративном кривичном процесном законодавству. Његова суштина се састоји у давању имунитета сведоку у случају када он пристане да сарађује са тужиоцем. Иmunитет сведоку, у смислу овог споразума, се даје онда кад он пристане да одговара на питања на која има право да ускрати одговоре, јер ће га истинити одговори изложити кривичном гоњењу. Оправданост ове могућности цени тужилац, који својом одлуком даје имунитет сведоку, под за то стриктно предвиђеним условима закона. С обзиром на ово, реч је о сведоку који пристаје на сарадњу са тужиоцем. О сведоку који не користи своје право да не одговара на поједина питања ако би га истинит одговор изложио кривичном гоњењу и одговора на таква питања ако му тужилац да имунитет. Сарадња оваквог "кооперативног" сведока и тужиоца усмерена је на откривање саизвршилаца или саучесника кривичног дела, као и на откривање извршених кривичних дјела или кривичних дела која се планирају и припремају. Према искуствима у примени оваквог једног споразума он је нарочито користан у случају организованог криминалитета, и као такав заслужује пуну пажњу. (О овоме види: Проф. др Миодраг Симовић, Поједностављене форме поступања у кривичном процесном законодавству БиХ, у збор. "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривично-правну теорију и праксу, Београд, 2009. год., стр. 254-281).

⁴⁹ Види: Проф. др Станко Бејатовић, Концепт истраге и њен утицај на ефикасност поступања у кривичним стварима, у збор. "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год., стр. 108-133.

⁵⁰ Види: Проф. др Станко Бејатовић и др., Опортунитет кривичног гоњења, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009. год.

⁵¹ Види: Др Војислав Ђурђић, Основна начела југословенског кривичног процесног права и слободе и права човека и грађанина, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 168.

процесне дисциплине учесника кривичног поступка, могућности прибављања вештачења од стране кривичнопроцесних странака, механизма контроле оптужнице и сл.⁵² Своју актуелност ова питања налазе како у ставовима кривичнопроцесне науке по истим тако и у решењима присутним у савременом компаративном кривично-процесном законодавству и резултатима постигнутим у њиховој практичној примени. С обзиром на ово, и ова питања, скупа са пређе изнесеним, морају бити узета у обзир у раду на окончању текуће реформе нашег кривичнопроцесног законодавства, која би према најавама ресорног министарства требала да се оконча доношењем новог ЗКП. Тек адекватним регулисањем свих ових питања наше кривичнопроцесно законодавство било би у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка, а тиме и у функцији ефикасног поступања надлежних државних органа у тој борби, а што мора да буде и један од приоритетних задатака друштва као целине.

На основу предње извршене анализе стања позитивног кривичнопроцесног законодавства Републике Србије, посматрано са аспекта споразума о признању кривиче и других поједностављених форми поступања у кривичним стварима, може се констатовати да су његова решења, начелно посматрано, у складу са најновијим тенденцијама у савременој науци кривичног процесног права и са решењима присутним у компаративном кривичнопроцесном законодавству. Међутим, и поред значајног напретка до којег је дошло доношењем Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из августа месеца 2009. године позитивно кривичнопроцесно законодавство Србије као целина још увек није на нивоу жељене нормативне основе посматрано са аспекта поједностављених форми поступања у кривичним стварима као нормативним инструментима ефикасности кривичног поступка. Оно још увек не садржи поједина решења – институте карактеристичне за ове поступке за која се може рећи да су, у циљу повећања ефикасности кривичног поступка, скоро оштеприхваћена у савременој науци кривичног процесног права и судској пракси (случај нпр. имунитетом сведока). Уз то, и поједине већ присутне форме поједностављења кривичног поступка нису нормиране на начин који их ставља у функцију жељеног степена ефикасности кривичног поступка (случај нпр. са неким решењима везаним

⁵² О томе опширније види: Проф. др Војислав Ђурђић, Систем правних лекова и државна заједница Србија и Црна Гора ..., стр. 173-197.

⁵³ Види збор. "Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступања у кривичним стварима", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2008. год.

за споразум о признању кривице, скраћени кривични поступак, поступак за кажњавање пре главног претреса и поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије). Из ових разлога, а у циљу стварања што потпуније нормативне основе за ефикаснији кривични поступак у завршној фази рада на његовој реформи било би неопходно обратити посебну пажњу на питања која се тичу проблематике поједностављених форми поступања у кривичним стварима. То су пре свега питања која се односе на начин нормативне разраде споразума о признању кривице, на озакоњење института имунитета сведока, на скраћени кривични поступак, поступак за кажњавање пре главног претреса и поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. Адекватним регулисањем питања везаних за поједностављене форме поступања у кривичним стварима у кривичнопроцесном законодавству Србије, тј. њиховим регулисањем у складу са тенденцијама савремене науке кривичног процесног права, општеприхваћеним правним стандардима и позитивним искуствима у примени савременог компаративног кривично-процесног законодавства Србија би добила модерно, савремено кривично-процесно законодавство, законодавство које би у целости било усаглашено са општеприхваћеним правним стандардима из ове области и по овим питањима. Уз то, оно би као такво било и у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка, посматраној са његове нормативне компоненте, а што мора да буде и један од приоритетних задатака друштва као целине. Ако се овоме дода и чињеница да би са таквим приступом у нормирању ове проблематике добили Законик који би за дужи временски период био у функцији ефикасне борбе против криминалитета онда овакво једно залагање још више добија на своме значају. Међутим, у вези са овим нужно је имати у виду још једну чињеницу. То је да нормативни систем кривичнопроцесног законодавства с једне стране мора да буде применљив, друштвено рационалан и правичан. Треба да садржи таква решења која се у пракси могу примењивати. Затим, субјекти задужени за њихову примену (пре свега судови и јавна тужилаштва) треба да примењују норме у мери која одговара законској интенцији и стварним потребама борбе против криминалитета. Свако одступање од тог доводи до несклада између нормативног и реалног, између оног што је законом прописано и оног што се дешава у практичној примени закона. Закон не треба да прописује оне институте и она решења која се у практичној примени не могу реализовати или нису друштвено оправдана. Са друге стране, органи који примењују закон не могу да у таквом степену дерогирају законска решења да их чине бесмисленим и претварају у декларативне одредбе. Између нормативног и апликативног аспекта законске норме мора да се успостави једна нормална и рационална еквиваленција, да и на једној и на другој страни постоји осећај вредности о стварним друштвеним потребама и криминално-политичким захте-

вима у прописивању појединих института и решења уопште и њиховој примени у пракси. У циљу повећања ефикасности кривичног поступка и у квалитативном и квантитативном смислу неопходно је ауторитет закона подићи на већи ниво. Законска норма не сме да остане мртво слово на папиру.

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

AGREEMENT ON PLEADING GUILTY AND OTHER SIMPLIFIED FORMS OF PROCEEDINGS IN CRIMINAL LAW OF SERBIA AS AN INSTRUMENT OF NORMATIVE EFFICIENCY OF CRIMINAL PROCEDURE

The article analyzes the issue of agreement on pleading guilty and other simplified proceedings in criminal affairs and their influence on efficiency of criminal procedure as a whole. The issue is analyzed through three groups of questions. The first group of questions is related to general problems of criminal procedure efficiency as an international legal standard and factors of that efficiency in general. The second- key part of the article is dedicated to analysis of certain simplified forms of proceedings in criminal affairs in positive criminal procedure laws in Serbia, including the amendments to the Law on Criminal Procedure from August 2009. Looking individually, it deals with the following simplified forms of proceedings in criminal matters: agreement on pleading guilty, shortened criminal procedure, direct indictment, raising indictment during the main hearing, punishment procedure before the main hearing, procedure for punishment and pronouncement of probation by the investigative judge and witness immunity.

The third, final part of the article is dedicated to discussion on other instruments of normative efficiency of the criminal procedure (e.g. change of investigation concept, own-will of criminal charges concept, process discipline of the criminal procedure participants, legal remedies system, etc.). In the final discussion, the author presents the solutions in a summarized way.

*Др Бранислав Симоновић,
редовни професор*

UDK: 343.85:061(497.11)

ПРАВНИ АСПЕКТИ АЛТЕРНАТИВНОГ СЕКТОРА БЕЗБЕДНОСТИ У СРБИЈИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

„Dura Lex Sed Lex”

1 Увод(1)

Алтернативни сектор безбедности (2) бележи, у светским размерама, велики раст тако да се у њему уочава повећање процента запослених у односу на сектор јавне безбедности. (3) Он постаје све значајнија привредна грана у оквиру које се налазе велика новчана средства. Имајући у виду убрзани раст овог сектора (нпр. новац који је у оптицају, увећање броја запослених, све већа осетљивост грађана у вези са питањима безбедности, итд.), отварају се многобројна питања за која државе јесу (или треба да буду заинтересоване). То налаже правно уређење сектора приватне безбедности, формирање стандарда како би се агенцијама обезбедили равноправни наступ на тржишту и квалитет безбедносних услуга, осигурање система контроле, лиценцирање, квалитетна обука запослених, укључивање потенцијала сектора приватне безбедности у систем опште националне безбедности и многа друга питања.

У Србији постоје бројни проблеми у оквиру сектора алтернативних безбедности. Један од најзначајнијих је правна неуређеност области. Србија нема закон који уређује ову материју. Насупрот томе, све земље у окружењу Србије донеле су правне акте којима су уредиле област приватне безбедности. Циљ овог рада је да укаже на неопходност доношења закона којим ће се правно уредити област алтернативне безбедности у Србији и на основна питања која морају законски бити уређена. Као узор у дефинисању питања која би требало законски регулисати узета су основна правна решења која су усвојена у другим државама окружења и Европе, на основу чега се могу добити узори у вези са правцем правног регулисања ове материје код нас.

2. Историјски преглед правног уређења сектора алтернативне безбедности У Србији

Период законског регулисања сектора безбедности у привредним субјектима почео је у бившој СФРЈ 1973. године доношењем Закона о основама друштвене самозаштите. Закон је регулисао материју унутрашње самозаштите унутар привредних система (по данашњој терминологији то је

корпоративна безбедност). Остали облици који данас чине систем алтернативне безбедности у то време нису постојали у бившој Југославији.

Закон је предвиђао целовити систем самозаштите унутар привредних организација и државних институција. Базирао се на тада важећим концептима друштвене својине и друштвеног самоуправљања који су своје основе имали у социјалистичком систему организације друштва. Представљао је покушај социјализације функције безбедности кроз укључивање најширег круга субјеката у „систем општенародне одбране и друштвене самозаштите“ (Милосављевић, стр. 71; Давидовић-Кешетовић, стр. 18).

Домаћи и инострани експерти су Закон о основама друштвене самозаштите оцењивали као веома напредан за то време, зато што је целовито и системски регулисао област заштите и самозаштите унутар привредног и друштвеног система (Најман). Закон је имао низ слабости које су се исказале при његовој имплементацији. Систем унутрашње контроле је био подељен на три подсистема: радничку контролу, службу унутрашње контроле и службу физичко-техничког обезбеђења, што је умањило ефикасност самозаштитног система који се посебно показао неефикасан у превенцији и откривању кривичних дела из области привредног пословања (закључење штетних уговора, злоупотребе службеног пословања, несавестан рад у служби). Систем унутрашње контроле имао је задатак да заштити социјалистичке својинске односе који су почивали на теоријски нејасном концепту друштвене својине и услед недефинисаности титулара својинских односа био је подложен политичким манипулацијама и самим тим неефикасан.

Коначно, се 1986. године у Републици Србији доноси Закон о систему друштвене самозаштите чиме је било уређено питање физичко-техничког обезбеђења објеката и друге имовине од стране организација удруженог рада и других самоуправних органа. Овај закон је у члану 9 прописао да се у привредним системима предузимају посебне мере физичко-техничког обезбеђења ради: а) чувања и обезбеђења објеката, постројења и друге имовине; б) откривање и спречавање појава које могу угрозити безбедност људи и имовине; онемогућавања приступа неовлашћеним лицима у објекте и друге просторе; и д) спровођење других мера којима се обезбеђује несметано обављање рада. Закон је уједно омогућио оснивање специјализованих агенција за послове обезбеђења лица и имовине, на основу чега су у Србији почеле да се оснивају приватне агенције за обезбеђење (Матић, стр. 39; Кековић-Милашиновић, стр. 78).

Закон је укинут 1993. године, тако да су области корпоративне безбедности и приватне безбедности (чијем су правном уређивању „одшкринута врата“) остали потпуно изван законске регулативе. У српској стручној јавности истиче се да је укидањем Закон о систему друштвене самозаштите, напуштен организован систем заштите имовине предузећа и прешло се, најблаже речено у анархију (Бошковић-Кековић, стр. 8-10).

3. Актуелно стање у оквиру сектора корпоративне и приватне безбедности у Србији

3.1. Актуелно стање у сектору корпоративне безбедности у Србији

Транзиција се у Србији одвија у ситуацији када не постоји никакав закон који регулише унутрашњи систем заштите. То је условило велике штете по имовину предузећа (без обзира на облик својине). Боље организовани колективи чине напоре да се самоорганизују у циљу заштите имовине. Проблем је у томе што се све то чини без одговарајућег правног основа и оквира осим у делу који се односи на поседовање, држање и ношење оружја и муниције. Искуства из праксе показују, да се организацији унутрашње безбедности у предузећима (индустријским постројењима) приступа коришћењем метода деловања из претходног периода, односно искуствима из праксе (Бошковић-Кековић, стр. 10).

Користећи Уставом утврђено право на остваривање безбедности у циљу заштите имовине и других вредности, предузећа и друге установе најчешће настављају безбедносну делатност на основама методике рада и искуства из праксе проистеклих из укинутог Закона и одговарајућих подзаконских прописа. У многим боље организованим државним и друштвеним предузећима (посебно у великим индустријским системима који нису на почетку ушли у процес својинске трансформације), и поред укидања Закона о систему друштвене самозаштите, и даље се у пракси примењују принципи и процедуре које су тим Законом установљене (Матић, п. 40), али овог пута не као правне норме, већ као „стандарди позитивне праксе“. У складу са тим, боље организована предузећа доносе најчешће општи акт о безбедности – правилник о безбедности и заштити имовине, а затим низ посебних аката која регулишу ову област (план обезбеђења, безбедносне процедуре, упутства, итд.), чиме се ови послови контролисано реализују на организовани начин.

Реализацијом планираних мера и активности многе вредности и индустријска постројења успела су да се сачувају од потпуног уништења, крађе и пропадања (пре свега у сектору војне, аутомобилске индустрије, електропривреди, нафтној индустрији итд.). Међутим, поред обављеног саморганизовања настало је много проблема и штета услед непостојања законске регулисаности система обезбеђења имовине и лица предузећа. То је условило неефикасно функционисање система обезбеђења (Даничић-Стајић, стр. 90).

Основна карактеристика оваквих облика организовања у области привредно-индустријске безбедности је *шароликост*, а у реализацији *неефикасност*. То се може објаснити непостојањем Закона који регулише

област безбедности у предузећима и другим установама чија је највећа снага у обавезности примене (Д. Вучићевић). Податак да закон о безбедности у предузећима и установама тј., о физичко - техничком обезбеђењу, у читавом окружењу нема само Србија, чињеница је која упозорава.

Чини се да два фактора, односно ограничења, имају кључни утицај на ефикасност безбедносне функције у предузећима и другим установама. Први је, непостојање *аутономности* у раду функције безбедности као подсистема у оквиру сложеног пословног система, а други је *недостатак адекватне и ефикасне контроле и надзора* над спровођењем планираних мера и активности у циљу остваривања безбедности и спречавања могућих злоупотреба. Контрола и надзор над функционисањем служби које се баве заштитом имовине, пословања у индустрији и запослених у њој свакако превазилази интересе предузећа и ту држава мора озбиљније да покаже свој интерес. Интерне провере у предузећу врше најчешће непосредни руководиоци, док са макро нивоа не постоји систем контроле. Независна, неутрална и екстерна контрола не постоји, није законски предвиђена и никога не обавезује. Ово је, чини се, озбиљан недостатак који се мора елиминисати пре свега правним уређењем ове делатности, односно, доношењем одговарајућег закона (Д. Вучићевић).

3.2. Приватне службе за обезбеђења лица и имовине у Србији

Сектор приватне безбедности једино у Србији није правно уређен, у односу на друге бивше Југословенске републике и остале државе на Балкану, што отвара читав низ проблема који имају тенденцију континуираног увећања. У стручној и научној јавности се оштро критикује незаинтересованост државе да уреди сектор приватне безбедности. На овај начин она га је препустила анархији и стихијским токовима на неуређеном српском тржишту. Ако се имају у виду: потенцијали и значај приватног сектора безбедности на повећање нивоа безбедности уопште, јако велики број запослених у овој области, велика количина наоружања са којим он легално располаже, као и велике количине новца које се у њему налазе, онда је неприхватљива пасивност и незаинтересованост државе за тај сектор.

Приватне фирме које се баве обезбеђењем тренутно нико не контролише (осим у делу везаном за контролу наоружања), тј., не постоји специјализована државна служба која би контролисала деловање приватних фирми, не постоји централни регистар приватних агенција за обезбеђење и евиденција запослених, тако да се не зна тачан њихов број, као ни број запослених, нити тачан обрт финансијских средстава, што онемогућава наплату пореза и друге приходе који би се сливали у државну

касу. У складу с тим нема ни спољње контроле, стандардизације, сертификације, лицензирања фирми и запослених као што је у осталим државама на Балкану и Европи. О овом сектору се у Србији прича као о сивој зони безбедности.

Указује се да посебно поједностављена процедура олакшава могућност да фирме отварају нестручни и некомпетентни људи, међу којима има и оних из криминогених, полукриминогених до оних из сфере политике, што указује на спрегу са појединим политичким партијама у добијању најпрофитабилнијих послова, до озбиљних индиција да се профити користе за финансирање политичких партија. Сектор приватне безбедности, иако запошљава на десетине хиљада радника, држави пријављује тако безначајан приход па се може закључити они раде волонтерски. Нормативним регулисањем би се према владиним проценама, отворило неколико десетина хиљада нових радних места (око две трећине радника, најчешће из редова пензионисаних радника МУПа и војске, је непријављено), а на годишњем нивоу у буџет државе би се слило од 6 до 8 милијарди динара по разним основама – пензијско инвалидски фонд, порези на добит, разне таксе за провере, лекарске прегледе, лиценце и др. (Савић, стр. 22).

Посебна група проблема је из домена едукације и обуке запослених у приватном сектору безбедности. Обука је нестандардизована по садржају и форми. Спорадичне курсеве обуке организују приватне фирме за обезбеђење, факултети, пензионисани полицајци. Обавеза обуке није регулисана законом. Једино је обавезна обука за руковање оружјем у складу са одредбама Закона о оружју и муницији, али то се не може изједначити са потребама обуке које објективно има корпоративни и приватни сектор обезбеђења с обзиром да су потребна далеко шира и разноврснија знања. Проблем постоји и у области одређивања услова и начина лицензирања институција које могу да врше обуку и издају одговарајуће сертификате (Давидовић-Кешетовић, стр. 24).

4. Неуспели покушаји законског регулисања материје корпоративне и приватне безбедности у Србији

Потребно је нагласити да Закон о личном раду изричито забрањује оснивање приватне радње, установе или предузећа за обављање безбедносне заштите лица и објеката. За разлику од њега, Закон о предузећима не поставља никакве услове у вези с тим питањем, тако да се све агенције и фирме које се баве приватним обезбеђењем оснивају на основу тог Закона. Садашње агенције послове обављају „легално“ под фирмом регуларне делатности „пружања помоћи у техничком обезбеђењу“. Законски услови за настанак ових агенција су минимални. Према Закону о предузећима довољно је имати оснивачки капитал, изнајмљену канцеларију, регистрован телефон и

најмање једног запосленог радника (Унијат, стр. 22-29). Међутим у сфери оснивања предузећа и агенција које се баве пословима приватног обезбеђења у Европи и изван ње, постоје и многобројни други услови чије је испуњавање уређено законима. Европски и светски стандард у овој области је да област алтернативног обезбеђења мора бити целовито правно регулисана посебним законима, и да није довољан општи закон из области оснивања предузећа као што је код нас случај.

Потребно је нагласити да је у Србији било неколико озбиљних законских предлога (модела) за доношење закона из ове области. Први покушај да област приватне безбедности буде правно уређена био је 2003. године када је законски предлог МУП, који регулише ову област, био припремљен за парламентарну процедуру. Пошто предлог није усвојен, појавила су се након тога још три модела закона о приватној делатности обезбеђења: Модел закона о приватној делатности обезбеђења који је сачинио Центар за цивилно-војне односе, 2006; Нацрта закона о приватном обезбеђењу лица и имовине који је сачинио Одбор Удружења предузећа за физичко-техничко обезбеђење при Привредној комори Србије, 2006; и Нацрт закона о приватној делатности обезбеђења лица и имовине и детективској делатности који је сачинила невладина организација LEX, 2006. (Кешетовић, 2007). Према томе, од 2000. године до данас, сачињено је укупно четири нацрта закона о физичко-техничком обезбеђењу, али ни један од њих није чак ни ушао у скупштинску процедуру.

5. Доношење првих српских стандарда из области приватне безбедности

Почетком 2009. године Институт за стандардизацију донео је стандарде из области приватног обезбеђења лица и имовине. Стандарди дефинишу основне елементе које мора да испуни организација која је давалац или прималац услуга. Поменути елементи којима се дефинишу стандарди дају могућност за проверу усаглашености конкретне праксе са дефинисаним стандардима. Стандарди пружају могућност за рангирања процене квалитета услуга како би се могао проценти степен одступања од дефинисаних стандарда. Намењени су приватним предузећима које пружају безбедносне услуге и њиховим корисницима услуга. Стандарди су намењени и агенцијама које се баве осигурањем код процене ризика.

Стандарди обухватају: заштитну делатност, самозаштитну делатност (тј. служба самозаштите лица, имовине и пословања које организација обавља за сопствене послове) и детективску делатност. Стандарди из области заштитне и самозаштитне делатности регулишу обезбеђивање лица, имовине и пословања применом: физичке заштите, техничке заштите и менаџмента. Између осталог стандардима се одређују критеријуми за организацију која се бави заштитном (самозаштитном делатношћу); услови и процедуре за

вршење појединих заштитних (и самозаштитних) делатности; као и прописују услови за квалификованост вршилаца услуга обезбеђења (у зависности од врсте безбедносних послова и хијерархијске лествице одговорности и менаџмента). Стандардима се регулишу (мада веома сумарно) и основни принципи техничке заштите и услови које треба да испуни опрема и документација која је прати. Стандардима се дефинишу документација и евиденције које треба да се воде у вези са пословима обезбеђивања објеката и лица (само сумарно). Саставни део Стандарда је и „Речник“, као посебни документ којим се стандардизује употреба појмова.

Стандарди представљају први покушај у Србији систематизовања услова, процедура и послова у оквиру сектора алтернативне безбедности. Мада се поједина решења могу са разлогом подврћи критичкој анализи и преиспитивању, они у сваком случају представљају напредак и покушај увођења реда у овој потпуно правно неуређеној области у којој влада изразито велики степен ентропије.

Највећа слабост Стандарда је у њиховој необавезности. Они представљају само листу лепих жеља која никог не обавезује. Стандарди не могу да надоместе непостојање закона. Многа питања из области алтернативних послова безбедности могу се регулисати само законом. Стандарди могу да се надовежу на закон, стандарди могу да допуне закон, али не могу да га замене. Нека питања се не решавају стандардима већ искључиво законом (нпр. давање и одузимање дозвола за рад, систем контроле и инспекцијског надзора, случајеви обавезне сарадње са државним органима, обавеза информисања и доприношења изграђивању заједничке (друштвене) безбедности код постојања ризика од тероризма, организованог криминалитета, менаџмент у кризним ситуацијама нпр. велике хаварије и катастрофе, итд.). Потребно је нагласити да ова критика није упућена на адресу оних који су сачинили стандарде, јер они нису више могли да учине од онога што су учинили (мада су нека питања запоставили или су поједина решења у стандардима дискутабилна), већ је упућена на рачун државе која није учинила оно што је морала да учини (законски регулише овај сектор).

6. Однос полиције и алтернативних видова безбедности

У државама насталим распадом бивше Југославије, као и у другим државама Европе и изван ње, прописано је законима којима се уређује сектор приватне безбедности, да полиција спроводи поступак давања и одузимања дозвола, даје и одузима лиценце за рад запосленима у тим агенцијама, врши инспекцијски надзор у погледу испуњености свих услова за рад, обавља контролу над тим радом и многа друга питања.

За разлику од тих, могло би се рећи европских и светских стандарда, у Србији је однос између полиције и приватних агенција за обезбеђење лица

и објеката решен на много ужи начин. У односу на сектор приватне безбедности, полиција има само овлашћења која произилазе из Закона о оружју и муницији, а то значи даје одобрења за набавку и држање оружја и муниције предузећима која се баве непосредним обављањем послова физичког обезбеђења (члан 17. Закона), врши инспекцијски надзор услова чувања ватреног оружја, као и проверу испуњености услова из члана 19. истог Закона којим се прописује да приликом вршења послова обезбеђења лица и имовине, ватрено оружје могу да носе само лица која испуњавају прописан услове (општа подобност за поседовање оружја, здравствена способност, обученост), као и да поседују дозволу (прописану исправу) за ношење оружја.

У научној и стручној јавности се са правом критикује овако узак ниво овлашћења која има полиција у односу на приватни сектор безбедности, с обзиром да остаје правно непокривен велики спектар услова које треба да поседују приватне агенције за обезбеђење и које треба да буду подвргнуте инспекцијском надзору у контроли од стране државе и што најчешће у пракси ради министарство унутрашњих послова, или струковне организације или удружења у државама у којима је овај сектор развијен и има јасно дефинисане стандарде (Кековић, 2004, стр. 599).

С обзиром да се и полиција и приватни сектор безбедности баве питањима превенције и репресије криминалитета и других угрожавајућих опасности, веома је битна и размена оперативних и стратешких информација, сарадња на заједничком унапређењу безбедности и подизању квалитета односа у правцу формирања партнерства. И по овом питању стање се у пракси оцењује као веома незадовољавајуће. У Србији не постоји пропис који обавезује на сарадњу полицију и приватни сектор безбедности, осим општих одредби у вези са пријављивањем кривичних дела.

7. Кратак приказ основних елемената правног регулисања алтернативног сектора безбедности у компаративном законодавству

7. 1. Приватни сектор безбедности у Републици Српској и Федерацији БИХ

Приватна безбједност је у Босни и Херцеговини формално успостављена 2002. године доношењем законских прописа на територији ентитета (Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине) и Брчко Дистрикта. У том контексту у Републици Српској донијет је Закон о агенцијама за обезбјеђење лица и имовине и приватној детективској делатности (Службени гласник РС бр. 50/02, измене и допуне 92/05 и

91/06), у Федерацији Босне и Херцеговине донет је Закон о заштити људи и имовине у Федерацији БиХ (Службене новине ФБиХ, бр. 50/02.), а у Брчко Дистрикту, 2004. године, донет је закон сличан поменутом закону у Републици Српској. Наведеним законским прописима на целовит начин уређује се делатност сектора приватне безбедности, одређују услови за оснивање предузећа за обезбеђење лица и имовине, права и обавезе припадника физичког обезбеђења и приватних детектива, као и надзор над радом предузећа за обезбеђење лица и имовине и приватној детективској делатности. Основне карактеристике законских решења којима се регулишу сектор приватне безбедности у Републици Српској и БИХ су: 1) **Овлашћења за рад приватног сектора безбедности** (Законом су прецизно одређени услови које морају испуњавати припадници физичког обезбеђења, да би добили овлашћења за обављање послова физичког обезбеђења лица и имовине. На основу захтева за издавање овлашћења и доказа о испуњавању услова надлежни Центар јавне безбедности доноси решење којим се подносиоцу захтева издаје овлашћење за обављање послова физичке заштите (Пена и остали, 2006, стр. 13). На исти начин су прецизно регулисана и овлашћења за рад детективских агенција. 2) **Надзор над радом приватног сектора безбедности** (*Управни надзор* обављају овлашћена службена лица МУП-а, који утврђују законитост пословања, проверавају начин примене прописаних заштитних и безбедносних мера, прегледају евиденције и пословну документацију која им омогућава увид у пословање, пословне просторије, уређаје и техничку опрему, проверавају начин чувања, примопредају и ношење ватреног оружја, проверавају оспособљеност за руковање ватреним оружјем припадника обезбеђења и радника унутрашње службе обезбеђења, прегледају складишта ватреног оружја и муниције, те спроводе и друге мере и радње којима се остварује увид у пословање. У случају неиспуњења законских услова полиција има овлашћења да одузме дозволу за рад. 3) **Обука и усавршавање приватног сектора безбедности**. Ово питање је законски, односно подзаконским актима регулисано и дато у надлежност полицијских агенција. Тако је Правилником о начину полагања стручног испита за припаднике физичког и техничког обезбеђења и приватној детективској делатности регулисано питање обуке припадника физичког и техничког обезбеђења и приватних детектива и начин полагања стручног испита. Обуку припадника физичког и техничког обезбеђења и приватних детектива спроводи Министарство унутрашњих послова Републике Српске или правна лица овлашћена за обављање овог посла од стране Министра унутрашњих послова.

Међутим, сектор приватне безбедности у Босни и Херцеговини и даље није у потпуности уређен. Томе доприноси већ наведена чињеница да не постоји закон о сектору приватне безбедности на нивоу Босне и Херцеговине, што даље доводи до низа других импликација које се

одражавају на овај сектор безбедности. Ситуацију додатно чини сложеност чињеница да су полицијске агенције (Центри јавне безбедности у Републици Српској и Кантонална Министарства унутрашњих послова у Федерацији Босне и Херцеговине) надлежне за издавање одобрења за рад агенција за обезбеђење лица и имовине (и приватној детективској делатности) регионално организоване, тако да не постоји централизован систем података о броју агенција за обезбеђење лица и имовине (и приватној детективској делатности у Босни и Херцеговини), о њиховим капацитетима, пословним ангажманима (врста послова, послови у иностранству, и др.), броју запослених, броју акредитованих припадника физичко-техничког обезбеђења, броју приватних детектива, итд., (Вејиновић и остали, 2007, стр. 20). Поред наведеног, слабост законског решења у БИХ и Републици Српској је и у томе да није законски регулисана обавеза и садржина сарадње између приватних агенција за обезбеђење и полиције, као и учешће у превентивним акцијама ових агенција које су у вези са природом и делокругом њихове делатности. Не постоји партнерство и сарадња, већ само систем контроле и надзора од стране полиције, што се сматра слабошћу и није у складу са европском и светском праксом која постоји у овој области.

7.2. Правно уређење приватног сектора безбедности у Словенији

У Словенији је сектор приватне безбедности најпре регулисан 1994. године доношењем Закона о приватном обезбеђењу и обавезном организовању агенција за обезбеђење (*Law on Private Security and on Mandatory Organisation of Security Services* Службене новине Републике Словеније, број 32/94). Законом је основана комора за приватну безбедност, која је била обавезни облик организовања за све агенције из ове области. Комора је била овлашћена да: 1) даје и одузима лиценце о испуњености услова за рад агенција; 2) дефинише програме обуке и провере знања запослених. С обзиром да се рад коморе, којој су дата овлашћења да самостално уређује, контролише и врши надзор сектора, није показао успешним, Словенија је након десетогодишњег искуства одлучила да измени првобитно усвојена законска решења које се тичу давања лиценци и контроле приватних агенција за обезбеђење.

Скупштина Словеније је 2003. године усвојила Закон о приватној безбедности (*Private Security Act*, Службене новине Републике Словеније, број 126/03). Класична подела на физичко и техничко обезбеђење је замењена са шест форми активности у оквиру приватног обезбеђења. Уведена је обавезна едукација запослених у приватним агенцијама за обезбеђење пре отпочињања рада у њима. У оквиру Министарства унутрашњих послова Словеније формирано је посебно тело које је добило

задатак да врши инспекцијске послове и *надзор законитости пословања приватних агенција* за обезбеђење, с тим да је ранија комора удружења приватних агенција задржала нека овлашћења контроле, у смањеном обиму која се тичу се пре свега *професионалног надзора*. На основу измењеног законског решења Министарство унутрашњих послова Словеније овлашћено је за давање, измену и одузимање лиценци за рад приватним агенцијама за обезбеђење, као и за издавање идентификационих картица за запослене у приватном сектору безбедности.

Такође Министарство, на предлог Коморе, дефинише садржај обавезне обуке радника приватних обезбеђења (Sotlar, Maver). У словеначкој научној и стручној јавности се сматра да сарадња између полиције и приватних агенција за обезбеђење обухвата претежно тактички и оперативни ниво, али је кооперација на стратешком нивоу мање евидентна (Sotlar- Meško). Словенци нису задовољни ни имплементацијом постојећих законских решења у пракси, тако да су у току активности на сачињавању промена и допуна Закона.

7.3. Правно уређење сектора приватне безбедности у Холандији

У Холандији је активности предузећа која се баве пружањем услуга заштите и приватним детективским пословима регулисана Законом о пружању услуга приватне безбедности и приватним детективским службама од октобра 1997. године, као и уредбом од марта 1999. За оснивање предузећа за приватну безбедност неопходно је тражити лиценцу од Министарства правде. Министарство тражи препоруку од представника полиције о делатности коју фирма обавља и о седишту. Дозвола се издаје на период од пет година. Подносилац захтева мора доказати да поседују довољна финансијска средства и оспособљено квалификовано особље. Запослени морају доказати да нису били кривично осуђивани у последње 4 године или осуђивани на казну затвора у последњих 8 година. Закон из 1997. године предвиђа да се дозвола за рад појединцу издаје на 4 године, која се након тога обнавља за наредне 4 године. Уредба захтева од компанија које запошљавају раднике да провере да ли је њихово особље било умешано у било које илегалне активности. Закона утврђује услове да компаније за обезбеђење не могу да запосле раднике без дозволе локалне полиције (или војне полиције за активности у ваздухопловству). Полицијски службеници не могу радити на истрагама за приватне агенције или фирме за приватно обезбеђење. Свако ко конкурише за посао у компанији за приватно обезбеђење треба да поседује диплому за раднике обезбеђења коју издаје Удружење предузећа за приватну безбедност. Постоји обавеза ношења униформе, док је ношење оружја у приватној безбедности забрањено (Димитријевић).

7.4. Правно уређење сектора приватне безбедности у Великој Британији

Правно уређење сектора приватне безбедности у Великој Британији се доста разликује у односу правно уређење исте материје у осталим земљама Европске уније из два разлога. Као прво, Велика Британија је у односу на друге земље доста касно правно уредила материју приватне безбедности, и као друго, усвојена правна решења нису тако детаљна као у другим европским државама. Велика Британија је тек 2001. године донела Закон о приватној безбедносној индустрији (The Private Security Industry Act 2001 (http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga_20010012_en_1) који је 2006. године имао мање измене и допуне). Законом је установљено независно професионално тело (Security Industry Authority – SIA) које има задатак да прописује стандарде, води базу података, врши инспекцијску контролу и лиценцирање свих приватних безбедносних агенција које послују са клијентима на основу уговорних обавеза (Лиценцирање се не односи се на службе физичко техничке заштите које је основало предузеће за своје потребе – in house security). Систем лиценцирања подразумева и проверу криминалних досијеа запослених. Поједини аутори сматрају да доношење закона којим се уређује материја приватне безбедности представља закасneo али неопходан корак у стварању услова за развој ове гране и њено боље укључивање у фамилију полицијских агенција у Британији (Newburn стр. 164-165).

7. 5. Основне карактеристике правног регулисања сектора приватне безбедности у земљама Европске уније и најновије тенденције

Упоређујући правну регулативу у оквиру сектора алтернативне безбедности у земљама Европске уније, могуће је уочити неке опште карактеристике које се појављују у свим државама. Скоро све државе Европске уније донеле су посебне законе којима су уредице материју алтернативног сектора безбедности. Законом су регулисана питања овлашћења и контроле приватног сектора безбедности, услови за рад (за фирме и за појединце) издавање и одузимање лиценци за рад предузећима која се баве обезбеђењем или запосленима у њима. Приватни сектор безбедности није препуштен сам себи, већ контролу над њим спроводи држава (у већини земаља преко министарства унутрашњих послова). Законом су регулисана основна питање обуке, запослених у оквиру сектора приватне безбедности, а подзаконским актима су уређени садржина и поступак обуке. (4)

Најновије светске/европске тенденције у разумевању односа између сектора приватне и јавне безбедности произилазе из сазнања да полиција и приватна безбедност имају сличне циљеве и функције. Рецимо, поједини инострани аутори истичу да полиција и приватне агенције за обезбеђење имају десет истих функција: превенција, обезбеђење, примена силе, детекција, истраживање, одвраћање, службе за хитне интервенције, извештавање, надзор и генерална помоћ (Palmiotto, стр. 102-103). У свету је одавно схваћено и прихваћено да полиција не може сама да обавља своју функцију и да јој је неопходна сарадња и партнерство са другим субјектима друштва. У том смислу је веома значајна сарадња и са сектором приватне безбедности. На пример америчка Национална саветодавна комисија за стандарде и одређивање циљева у кривичном правосуђу (National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals) у свом извештају је још давне 1977. године навела: „Јавна безбедност и приватне агенције за обезбеђење треба да раде заједно зато што су њихове улоге комплементарне у настојањима контроле криминалитета. Имајући у виду обим националних проблема са криминалитетом, потребно је спречити било коју форму конкуренције (компетиције) између њих“ (Palmiotto, стр. 108).

Полазећи од неопходности изграђивања партнерства између полиције и алтернативних сектора безбедности, стварања безбедносне мреже како би се западна друштва ефикасније одбранила од нарастајућих опасности од тероризма, најновије идеје у области законског регулисања ове материје усмерене су ка увођењу законске обавезе сарадње и размене безбедносних информација између сектора јавне и приватне безбедности.

8. Закључак

Тешко је прихватити чињеницу да једино Србија није законски уредила област алтернативне безбедности (корпоративне и приватне). У научној и пословној јавности све више постаје јасно да су питања безбедности у привредним организацијама део шире безбедносне проблематике у оквиру које се сложене и динамичне појаве безбедности узајамно преплићу. „Глобални безбедносни ризици попут тероризма, индустријске шпијунаже и организованог криминалитета до те мере су секторе јавне и приватне безбедности учинили међусобно зависним да је готово и немогуће одвојити националне од аутономних садржаја и интереса безбедности и заштите“. (Keковић, 2004) Због тога је важно створити законске услове за јачање партнерства између сектора јавне, корпоративне и приватне безбедности.

Настојање српске државне политике да се прикључи европским интеграцијама намеће и усвајање законских решења и стандарда који одређују рад сектора корпоративне и приватне безбедности у европским

државама (Вејиновић-Лалић). Неки од тих стандарда се могу наћи на сајту Конфедерације европских безбедносних служби: CoESS - Confederation of European Security Services (<http://www.coess.org/about.htm>). У сваком случају владе не само да не могу избећи одговорност за безбедност као јавно добро, већ морају управљати тим процесом. (Кешетовић, 2004, стр. 343). У том правцу, и Влада Републике Србије има обавезу да се напokon позабави проблемом правног регулисања материје алтернативних видова безбедности, да не кочи и опструише процес законског регулисања материје, као што је то сада чинила, штитећи при том нелегитимне интересе појединих група од којих су неки на ивици закона или изван њега.

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

LEGAL ASPECTS OF ALTERNATIVE SECURITY SECTOR IN SERBIA AND EUROPEAN STANDARDS

This work begins with the historical background of legal regulation of corporative security matter in Serbia and ex-Yugoslavia. It analyses the current situation and consequences of complete lack of legal regulation. It presents the basic postulates of regulation of the private security matter in the countries of the region, and also in the countries of the European Union, along with presentation of the latest trends in this subject. At the very end, it points out the importance of the legislative regulation of alternative security in Serbia according to the standards adopted in the European legislative framework.

Литература

1. Бошковић, М. (1997). *Систем обезбеђења*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд
2. Бошковић, М. (1997). *Службе обезбеђења*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, Београд.
3. Бошковић, М- Кековић, З. (2003). *Обезбеђење лица, имовине и пословања предузећа*, Београд: Виша школе унутрашњих послова.
4. Button, M. (2007). *Assessing the regulation of private security across Europe*, European Journal of Criminology, 4 (1).
5. Даничић, М. - Стајић, Јб. (2008). *Приватна безбеднос*, Бања Лука.

6. Давидовић, Драгомир. (1981). *Методика рада службе обезбеђења*, Београд.
7. Давидовић, Д. - Кешетовић, Ж. (2007). *Професионализација и партнерство јавној и приватној сектору безбедности у Србији*, Београд: Наука, Безбедност, Полиција, Н: 3, стр. 17-31.
8. Димитријевић, И. (2006). (1) *Упоредни приказ сектора приватне безбедности Југоисточне Европе*, Београд: Клуб студената Факултета безбедности.
9. Димитријевић, И., (2006). (2) (ед.) *Упоредни приказ законодавства индустрије приватне безбедности у Европској Унији*, Београд: Клуб студената Факултета безбедности.
10. <http://www.asisonline.org/>
11. <http://www.coess.org/about.htm>
12. http://www.coess.org/members_associated.htm
13. <http://www.progard.co.yu/>
14. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga_20010012_en_1
15. Кековић, З. - Милашиновић, С. (2008). *Приватна безбедност у Србији- Стање и перспективе*, Нови Сад: Зборник радова: „Приватна безбедност- стање и перспективе“, стр. 76-89.
16. Кековић, З. (2004). *Савремени трендови у не-државном сектору безбедности*, Крагујевац, Зборник радова: „Сузбијање криминалитета, деценија после смрти професора Водинелића“, стр. 585-602.
17. Кешетовић, Ж. (2004). *Реструктурирање полиције и тешки облици криминала*, Будва: Зборник радова: Тешки облици криминала, стр. 227-244.
18. Кешетовић, Ж. (2007). *Партнерство полиције и приватној сектору безбедности у Србији – стање и перспективе*, Бања Лука: Зборник радова: „Приватна безбедност у БиХ и Републици Српској – стање и перспективе“, Факултет за безбедност и заштиту.
19. Мандић, Г. (2004). *Системи обезбеђења и заштите*, Београд.
20. Матић, Г. (2006). *Основи физичко-техничкој обезбеђења*, Београд.
21. Милосављевић, Б. (1997). *Наука о полицији*, Београд.
22. Најман, В. (1974). *Закон о основама друштвене самозаштите са објашњењима*, Београд.
23. Palmiotto, M. (2005). *Policing: Concepts, Strategies, and Current Issues in American Police Forces*, Carolina Academic Press.
24. Петровић, П. (2007). *Приватизација безбедности у Србији*, Безбедност Западног Балкана, бр 4.
25. Ракић, М. (2008). *Значај приватне безбедности у систему безбедности, Приватна безбедност у Србији,- Стање и перспективе*, Нови Сад: Зборник радова: „Приватна безбедност- стање и перспективе“, стр. 157-167.
26. *Речник, Друштвена безбедност, Услуге приватној обезбеђења*, Речник, (2008), Институт за стандардизацију Србије.
27. Савић, А. (2008). *Приватна безбедност у систему националне безбедности*, Нови Сад: Зборник радова: „Приватна безбедност- стање и перспективе“, стр. 15-23.

28. *Српски стандард, Друштвена безбедност-Услуге приватној обезбеђења-Захтеви и упутиство за оцењивање усаглашености*, (2008). Институт за стандардизацију Србије.
29. Талијан, М. (2008). *Прве установе приватне безбедности (полицје) у Србији*, Нови Сад: Зборник радова: „Приватна безбедност- стање и перспективе“, стр. 40-61.
30. Унијат, Ј. (2007). „Сива зона безбедности, Безбедност Западној Балкана, Београд: бр. 4.
31. Вејновић, Д. - Лалић, В. - Шикман, М. (2007). *Comparative Analysis of the European Model of Private Security Services and the Private Security Sector in Bosnia and Herzegovina: Legal, Professional and Socioeconomic Aspects*, International Police Executive Symposium, Working Paper No. 10. August, p. 20. www.ipes.info
32. www.coess.org.
33. Simonović, B., Vučićević, D. (2009). *Corporate and private security sectors in Serbia*, International Police Symposium (IPES) meeting, Ohrid.
34. Sotlar, A., Maver, D. (2009). „Private Security Industry in Slovenia – the Origins, Development, Characteristics and Trends“, Rad prezentiran na: 16th Annual International Police Executive Symposium, June 9 – 14, Ohrid, Makedonija.
35. Sotlar, A., Meško, G. (2009). *The Relationship between the Public and Private Security Sectors in Slovenia – From Coexistence toward Partnership?* Journal of Criminal Justice and Security 11(2).
36. Newburn, T. (2008). *Handbook of Policing*, second edition, Willan Publishing, стр. 164-165.

*Др Снежана Соковић,
редовни професор*

UDK: 343.8.(497.11)

ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ: ПРАВНИ ОКВИР, ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ И ОРГАНИЗАЦИЈА

1. Правни оквир

Област извршења кривичних санкција представља изузетно важну и истовремено веома деликатну фазу у процесу контроле криминалитета. Кривичне санкције предвиђене у кривичним законима и изречене у кривичној процедури од стране надлежног суда непосредно се примењују тек у фази извршења. У овој фази се непосредно остварује и сврха сваке посебне кривичне санкције, тако да извршење кривичних санкција чини природан и логичан завршетак процеса произашлог из материјалног и процесног кривичног права.

Процес извршења кривичних санкција изречених пунолетним лицима у Републици Србији детаљно је регулисан *Законом о извршењу кривичних санкција из 2005. године*, који је ступио на снагу 1. 1. 2006. године. Осим поступка и начина извршења кривичних санкција према пунолетним лицима, овим законима се регулише и извршење санкција изречених за прекршаје и привредне преступе, одузимање имовинске користи стечене кривичним делом и привредним преступом и примена мере притвора. Одредбе овог закона примењују се и приликом извршења кривичних санкција које су изrekli страни судови, у случајевима које одређује Законик о кривичном поступку и релевантни међународни акти.¹

Извршење кривичних санкција које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела регулише *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, усвојен септембра 2005. године*, ступио на снагу 1. јануара 2006. године. Одредбе овог закона односе се и на пунолетне учиниоце кривичних дела којима је

¹ За област извршења кривичних санкција формално је значајан и Закон о решавању сукоба закона и сукоба надлежности у извршењу санкција, Сл. лист СРЈ 12/98, као и Закон о организацији и пословању привредних јединица установа за извршење кривичних санкција, Сл. гласник РС 27/77. Међутим, оба закона су, обзиром на промене у државној и привредној организацији, фактички превазиђени.

изречена васпитна мера или казна малолетничког затвора, као и на лица која за време извршења тих санкција постану пунолетна.

У циљу потпунијег регулисања решења садржаних у овим законима донет је и већи број подзаконских аката значајних за поједина питања извршења кривичних санкција.

2. Основни принципи извршења кривичних санкција

Област извршења кривичних санкција заснована је на општим начелима и може са запазити да важећи закони у нормирању ове материје упућују на следеће принципе:

- *принцип законитости* - област извршења кривичних санкција регулисана је законом и никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било предвиђено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено. Принцип законитости спречава непредвидиво и самовољно кажњавање без закона, или кажњавање на основу неодређеног или ретроактивног закона, односно субјективизам и самовољу у пословима извршења кривичних санкција, и обезбеђује једнако поступање са затвореницима. Како само унапред предвиђено кривично дело и само унапред прописана казна могу да делују одвраћајуће на потенцијалне учиниоце кривичног дела, принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* значајно доприноси и остваривању принципа генералне превенције. Са друге стране, одредба "која се подразумева" заправо има дубљи смисао у чињеници да се њеним спровођењем обезбеђује да режим извршења кривичних санкција и права и обавезе осуђеника регулишу посебном процедуром доношења закона од стране највиших органа власти, што само по себи пружа значајну заштиту осуђеним лицима од арбитрарности и самовоље нижих органа. Сви други прописи којима се регулише извршавање кривичних санкција подзаконског карактера доносе се на основу закона и не могу да противурече овом закону. Регулисање ове области само подзаконским актима или интерним актима битно би умањило гаранцију поштовања права осуђених лица обзиром на то да ови акти нису подложни контроли јавности у мери и на начин на који је то случај са законима.

- *принцип поштовања на основу правноснажне судске одлуке* подразумева да се извршењу санкције приступа када одлука којом је санкција изречена постане правноснажна и када за извршење санкције нема законских сметњи. Овај захтев представља један вид принципа законитости и одређује да се извршењу кривичних санкција приступа само на основу ваљаног правног основа, који постоји ако су испуњена два услова: правноснажност судске одлуке (која наступа када жалба није

допуштена или је рок за изјављивање жалбе протекао а жалба није изјављена или када је достављена одлука другостепеног органа по жалби изјављеној на првостепену одлуку) и непостојање законских сметњи за извршење одлуке (значи да у конкретном случају не постоје посебне сметње утврђене Законом о извршењу кривичних санкција у случају којих не би било могуће приступити извршењу изречене санкције). Изузетно, може се приступити извршењу кривичне санкције и пре него што је судска одлука којом је санкција изречена постала правноснажна, уколико су кумулативно испуњени следећи услови: осуђено лице се налази у притвору, донета је првостепена осуђујућа пресуда, а осуђено лице захтева (писменом изјавом пред надлежним судијом) да буде упућено на издржавање казне и пре правноснажности пресуде.

- *принцип могућности одлагања или прекида* омогућава да се извршење санкције изречене правноснажном одлуком надлежног органа под условима одређеним законом одложи или прекине. Закон детаљно регулише услове под којима се осуђеном лицу које није започело са издржавањем казне може одложити почетак извршавања изречене санкције. И прекид се може одобрити само у случају постојања законом оправданих разлога.

- *принцип забране мучења, злостављања, понижавања или експериментисања* према лицима према којима се извршава кривична санкција представља базично начело поштовања људских права. ЗИКС јамчи поштовање достојанства лица према коме се извршава кривична санкција. Забрана тортуре, будући да у суштини одређује минимум достојног људског живљења, јесте универзална и апсолутна, дакле потпуна и безусловна, што значи да без обзира на конкретне околности, није дозвољено никакво ограничавање, нити стављање ван снаге ове забране².

- *принцип недискриминације* забрањује стављање лица према којима се извршава кривична санкција у неравноправан положај због расе, боје коже, језика, вере, политичких и других уверења, националног и социјалног порекла, имовног стања, образовања, друштвеног положаја или другог личног својства.

- *принцип поштовања основних права осуђених лица* гарантује осуђеним лицима право на заштиту основних права прописаних Уставом, ратификованим међународним уговорима, опште прихваћеним правилима међународног права, као и оних права која предвиђа ЗИКС. Основна права

² О томе: R. Morgan, M. Evans: Combating Torture in Europe, The Work and Standards of the European Committee for Prevention of Torture (CPT), Strasbourg, 2001. С. Соковић: Савремени стандарди забране и спречавања тортуре и ново казнено законодавство, Ревиија за криминологију и кривично право, вол. 44, 3/2006, стр. 169. и даље.

лица према коме се извршава санкција могу да буде ограничена³ само у мери која је нужна за извршење санкције и само у поступку прописаном самим законом о извршењу кривичних санкција.

- *принцип судске заштите права осуђеника* омогућава вођење управног спора против појединачних аката којима се решава о правима и обавезама лица према којима се извршава кривична санкција. Како осуђена лица имају право на вођење управног поступка у вези са појединачним актима пред надлежним управним органима, управником завода или директором управе за извршење заводских санкција, под условима предвиђеним законом, овај принцип дозвољава могућност вођења управног спора пред надлежним судом против појединачних аката који су постали коначни у овом управном поступку. Судска контрола извршења кривичних санкција, односно казне затвора, представља значајну новину у регулисању положаја осуђених лица, обзиром на то да је до доношења новог ЗИКСа важио принцип искључења управног спора у оваквим ситуацијама.⁴ Значајно је да закон предвиђа и да се за поднеске, службене радње и решења у вези са применом одредаба овог закона не плаћа такса (осим у изузетним случајевима предвиђеним законом), што омогућава да финансијске неприлике не буду разлог који спречава лица осуђена на казну затвора да користе законом дозвољена средства за заштиту својих права.

Међутим, овај принцип не нормира извршења кривичних санкција као општи принцип. Судска заштита права осуђеника предвиђена је само за лица осуђена на казну затвора. Нејасно је зашто законодавац ово важно право, којим се заправо систем извршења кривичних санкција потпуно integriше у правни систем, није предвидео као општи принцип извршења кривичних санкција, или општи принцип извршења заводских кривичних санкција.

- *принцип обавезне евиденције* захтева да се о лицима према којима се извршавају кривичне санкције и притвор воде одговарајуће евиденције. Вођење прописаних евиденција омогућава праћење и контролу процеса извршења санкција, смањује могућности евентуалних злоупотреба од стране заводске администрације (посебно у погледу трајања мера безбедности које одликом надлежног органа унапред нису временски

³ Види: С. Соковић: Ограничење права и слобода човека и грађанина у поступку извршења казне затвора, Зборник радова: Права и слободе човека и грађанина и југословенско кривично законодавство, Београд, 2001. стр. 269-285;

⁴ О томе: С. Соковић: Права осуђених лица и контрола извршења казне затвора (домаће право и међународни стандарди), Србија и европско право, V, 2002, стр. 281- 299.

дефинисане), дозвољава анализу и проучавање места, улоге и резултата примењеног процеса ресоцијализације у контроли криминалитета.⁵

- *принцип буџетског финансирања трошкова извршавања кривичних санкција* регулише питање обезбеђивања средстава за извршење кривичних санкција. Средства за извршење санкција обезбеђују се у буџету Републике Србије а лице према коме се извршава кривична санкција не плаћа трошкове извршења, осим ако законом није другачије одређено. Овакво решење јесте последица чињенице да је само друштво обезбеђује средства потребна за борбу против криминалитета, због чега се ни у области извршења санкција као једном сегменту те делатности не може очекивати да трошкове извршења сnose сами преступници, изузев новчане казне код које је смисао санкције управо у финансијском оптерећењу учиниоца кривичног дела.

3. Организација извршења кривичних санкција

I. Управа за извршење заводских кривичних санкција представља орган управе у саставу Министарства правде Републике Србије који организује, спроводи и надзире извршавање најзначајнијих и по учиниоце кривичних дела најтежих кривичних санкција - кривичних санкција заводског, институционалног карактера.

Суштина заводских кривичних санкција се састоје у изолацији осуђеног лица у односу на средину у којој је живео ограничењем његове слободе кретања и смештањем у одређену установу. Строго узевши, казна рада у јавном интересу и условна осуда са заштитним надзором не спадају у заводске санкције, али због одређених специфичности спровођења ових мера њихово извршавање такође организује и надзире Управа за извршење заводских кривичних санкција. У том смислу у надлежности Управе јесте организација, спровођење и надзирање извршења следећих санкција: казне затвора; казне малолетничког затвора, казне рада у јавном интересу, условне осуде са заштитним надзором, мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи; мере безбедности обавезног лечења алкохоличара; мере безбедности обавезног лечења наркомана; и васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом.

Најдуже трајање боравка у установама које подразумевају ове санкције лимитирано је кривичним законом и одређено судском одлуком у

⁵ Врсте и начин вођења евиденција ближе су регулисани подзаконским актима. Види: Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, Сл. гл. РС 63/2006; правилник о начину вођења контролника и списка извршења васпитних мера, Сл. гл. СР 63/2006; Упутство о врстама евиденције и начину вођења евиденције осуђених и притворених лица, Сл. гл. СРС 58/1981.

сваком конкретном случају. Изузетак чини мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи чије најдуже трајање није законом одређено и чије извршење суд обуставља онда када утврди да је престала потреба за лечењем и чувањем у здравственој установи, као и васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом чији је распон трајања одређен законом али суд не одређује њено трајање приликом изрицања, него о томе одлучује накнадно.

У надлежности Управе за извршење заводских санкција јесте и вођење јединствене евиденције о лицима према којима се извршавају заводске санкције као и предузимање мера неопходних за стално стручно образовање и усавршавање запослених.

Управом непосредно руководи директор Управе кога на предлог министра правде поставља Влада Републике Србије на пет година. Он представља Управу и одговоран је за законито и правилно извршење заводских санкција у Републици Србији. Закон посебно наглашава јавност рада Управе. Рад Управе је јаван и овлашћења да јавност обавештавају о раду Управе имају министар правде и директор Управе, непосредно или преко управника завода. Ова обавеза може да буде ограничена обавезом чувања службене тајне, као и потребом избегавања евентуалног озбиљног угрожавања безбедности и одржавања реда у заводу. Прописе о томе шта се подразумева под државном или службеном тајном и начину њиховог чувања доноси министар правде.

Специфичан и значајан вид јавности рада Управе представља и могућност појединачних или групних посета заводу представника домаћих и страних институција која се баве заштитом људских права, представника средстава јавног информисања, научних радника који се баве проучавањем криминалитета. Одређена рестриктивност и специјални режим оваквих посета се подразумева, због чега закон одређује да су могуће само по одобрењу директора Управе.

Права и дужности лица која су запослена и постављена у Управи регулисана су прописима који уређују радне односе у државним органима. ЗИКС нормира и нека посебна правила, па тако посебно наглашава да лица запослена и постављена у Управи својим изгледом и понашањем у свакој прилици треба да пружају добар пример осуђеним лицима и не могу се бавити пословима који су неспојиви са радом у Управи. Министар правде подзаконским актом прописује обавезан изглед и владање, као и послове који су неспојиви са службом у Управи.⁶ Посебно је регулисан положај запослених лица којима се стаж осигурања рачуна са повећаним трајањем. У казнено-поправном заводу за жене и у одељењима осталих

⁶ О томе: Правилник о одређивању послова чије је обављење неспојиво са радом у Управи за извршење заводских санкција, Сл. гл. РС 9/2003; Уредба о звањима и занимањима у Управи за извршење кривичних санкција, Сл. гл. РС 110/2006.

завода у којима су смештене жене могу да се запосле и руководе само жене. Запослено и постављено лице мушког пола не може без пратње управнице завода или другог непосредног руководиоца у заводу да уђе у казнено-поправни завод за жене и одељења осталих завода у којима су смештене жене. У теже повреде радних обавеза и дужности за које се изриче мера престанка радног односа иако није наступила материјална штета за Управу, поред оних утврђених законом којим се уређују радни односи у државним органима, ЗИКС убраја и сва она понашања која се односе на недозвољену и некоректну комуникацију са осуђеним лицима.

II. Заводи за извршење кривичних санкција - Заводске, институционалне кривичне санкције извршавају се у заводима. ЗИКС одређује врсте и типове завода за извршавање одређених кривичних санкција, као и типове одељења у њима, док је само оснивање завода у надлежности Владе Републике Србије.⁷ Посебним актом Владе Републике Србије оснивају се заводи, одређује се њихова врста, тип и седиште. У Управи за извршење кривичних санкција закон предвиђа постојање следећих врста завода: казнено-поправни завод и окружни затвор за извршење казне затвора; казнено-поправни завод за жене за извршење казне затвора за жене и казне малолетничког затвора изречене женама; казнено-поправни завод за малолетнике у коме се извршава казна малолетничког затвора; специјална затворска болница за лечење осуђених и притворених лица, за извршење мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана; васпитно-поправни дом за извршење васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом; центар за обуку запослених у Управи за извршење кривичних санкција. Закон дакле предвиђа постојање пет врста завода⁸, који се могу класификовати на различите начине.⁹ Најчешћи критеријуми класификације јесу: временско трајање казне; категорије осуђеника; степен обезбеђења.

У литератури је уобичајено разликовање на дужевремене и кратке казне затвора, мада не постоји јединствен став о томе шта се подразумева

⁷ О томе: Уредба о оснивању завода за извршење кривичних санкција у Републици Србији, Сл. гл. РС 20/2006.

⁸ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника, за извршење заводских васпитних мера предвиђа, поред васпитно-поправног дома који се налази у систему завода у оквиру Управе за извршење кривичних санкција, и постојање васпитне установе и посебне установе за лечење и оспособљавање малолетника.

⁹ Из ове класификације се због своје природе изузима Центар за обуку запослених у Управи за извршење заводских санкција, који је Уредбом о оснивању завода за извршење заводских санкција У Републици Србији оснива у Нишу.

под казном затвора кратког трајања. Уобичајено се кратким казнама затвора сматрају казне до шест месеци, мада има и схватања да су то све казне до годину дана. У фази извршења казне затвора ово разликовање је посебно значајно јер се организација установе и садржина програма поступања са осуђеним лицима разликују зависно од тога да ли се ради о кратким или дугим казнама затвора. Дужевремене казне затвора изричу се лицима која су извршила тежа кривична дела и која по правилу показују виши степен асоцијалности, због чега програм њихове ресоцијализације захтева систематичнији приступ, а организација рада, образовних и других активности посебне капацитете установе, посебна средства и услове. Кратке казне затвора својим трајањем и чињеницом да се изричу за лакша кривична дела, намећу другачији приступ, како циљевима ресоцијализације, тако и организацији укупног боравка осуђених лица.

Систем казних установа у Р Србији омогућава ово разликовање и предвиђа да се кратке казне издржавају у окружним затворима а казне затвора у дужем трајању у казнено-поправним заводима. Закон предвиђа да осуђена лица којима је изречена казна затвора чије трајање после урачунатог притвора и другог лишења слободе у вези са кривичним делом не прелази једну годину, по правилу распоређују у окружне затворе, док се осуђени којима је изречена казна затвора чије трајање прелази једну годину по правилу распоређују у казнено-поправне заводе. Могућност екстерне класификације према дужини трајања изречене казне не постоји за осуђене жене и оне се без обзира на трајање изречене казне упућују у казнено-поправни завод за жене.

Осуђена лица представљају врло хетерогену скупину унутар које постоје објективно различите групе: према полу, старости, здравственом стању, и које обзиром на своје специфичности као и на принцип индивидуализације у извршењу санкција захтевају и смештај у различите типове установа. У том смислу се *према старости лица* према којима се извршава кривична санкција издвајају: казнено-поправни завод за малолетнике¹⁰ и васпитно-поправни дом¹¹; *обзиром на пол* казнено-поправни завод за жене¹²; *у односу на здравствено стање* осуђеног лица специјална затворска болница¹³, у оквиру које се спроводи лечење притворених и осуђених лица и извршавају две мере безбедности медицинског карактера, обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно лечење алкохоличара и обавезно лечење наркомана. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичнопоправној заштити малолетника за малолетне учиниоце предвиђа и

¹⁰ Казнено-поправни завод за малолетнике у Ваљеву

¹¹ Васпитно-поправни дому Крушевцу

¹² Казнено-поправни завод за жене у Пожаревцу

¹³ Специјална затворска болница у Београду

постојање васпитних установа и посебних установа за лечење и оспособљавање малолетника.

Постојање различитих установа обзиром на категорију осуђених лица према објективном критеријуму омогућава екстерну класификацију. Још већу разуђеност установа према овом критеријуму, обзиром на високу хетерогеност осуђеничке популације, омогућава Уредба о оснивању завода за извршење кривичних санкција у Р Србији предвиђањем постојања посебних одељења у појединим врстама завода. У казнено-поправном заводу у Пожаревцу - Забели постоји посебно одељење за издржавање казне затвора која је изречена починиоцима кривичних дела из области организованог криминалитета. У казнено-поправном заводу за жене постоје: посебно одељење за извршавање казне малолетничког затвора и посебно одељење за издржавање казне затвора изречене лицима женског пола за извршење кривичних дела из области организованог криминалитета. У казнено-поправном заводу за малолетнике постоји посебно одељење за пунолетна лица којима је изречена казна малолетничког затвора и лица која током извршења казне малолетничког затвора постану пунолетна. Као посебна одељења у васпитно-поправном дому предвиђена су: посебно одељење за лица женског пола, посебна одељења за пунолетна лица мушког пола којима је изречена васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом и лица мушког пола која током извршења мере постану пунолетна.

Посебна одељења су предвиђена и за извршење казне изречене за прекршај, као и за извршење мере притвора. У посебном одељењу окружног затвора, односно посебном одељењу казнено-поправног завода за жене, одвојено од осталих осуђених, извршава се казна изречена за прекршај. Такође постоје и посебна одељења у оквиру казнено-поправних завода, казнено-поправних завода за малолетнике и окружних затвора за извршење мере притвора. За примену мере притвора одређеног према лицима према којима се води кривични поступак пред Посебним одељењем Окружног суда у Београду за организовани криминал и пред Већем за ратне злочине постоји посебна притворска јединица у оквиру Окружног затвора у Београду.

Хетерогеност осуђеничке популације, посебне категорије осуђеника зависно од степена остварене ресоцијализације, личне одговорности и самодисциплине, подразумевају диференциране потребе индивидуалног програма поступања и различит ризик од бекства, због чега је неопходно и разликовање установа према степену обезбеђења. У заводима отвореног типа не постоје физичке препреке за бекство, нити посебна служба обезбеђења која надзире кретање осуђених лица. Однос према осуђеним лицима заснива се на њиховој добровољној дисциплини и личној одговорности, а потребан надзор обављају само васпитачи. Уредбом о оснивању завода за извршење заводских санкција у Р Србији је основано

пет казнено-поправних завода отвореног типа.¹⁴ У заводима полуотвореног типа служба за обезбеђење, која надзире кретање осуђених лица, представља једину препреку за бекство. Ови заводи представљају прелазни облик између завода отвореног типа и завода затвореног типа, немају материјалне препреке за бекство, а основни задатак службе обезбеђења (наоружана стража) јесте одржавање реда и надзор кретања осуђених лица у складу са законом и актом о кућном реду. У односу на заводе затвореног типа, ове заводе осим минималног степена обезбеђења, карактерише и посебан начин поступања са затвореницима у смислу посебног система погодности и комуникације са спољним светом, као и посебан система радног ангажовања осуђених лица. Уредба предвиђа постојање двадесет и једног окружног затвора полуотвореног типа.¹⁵ Заводи затвореног типа поред службе за обезбеђење подразумевају и постојање других физичких и материјалних препрека за бекство. Осим наоружане страже, у установама овог типа бекство се онемогућава и постојањем оградних зидова, ограде од жице, као и постављањем других сигурносних техничких средстава. Поступање са осуђеним лицима има другачију садржину у смислу васпитно-корективног рада, као и генерално мање слободан режим комуникације са спољним светом и другачији систем погодности. Заводи затвореног типа са посебним обезбеђењем подразумевају у основи постојање истих средстава обезбеђења као и заводи затвореног типа, разлика постоји само у интензитету. Обзиром да се у заводе строго затвореног типа распоређују по друштво најопаснији учиниоци кривичних дела, овакви заводи су обезбеђени од бекства технички савременијим сигурносним системима и бројнијом наоружаном стражом, а начин поступања са осуђеницима подразумева већу пажњу, интензивније и комплексније мере. Уредбом о оснивању завода за извршење заводских кривичних санкција основана су два казнено-поправна завода затвореног типа и два казнено-поправна завода са посебним обезбеђењем.¹⁶

Имајући у виду разлике у затвореничкој популацији ЗИКС предвиђа да су казнено-поправни завод за жене, окружни затвор и васпитно-поправни дом заводи полуотвореног типа, а специјална затворска болница

¹⁴ Казнено-поправни заводи у Београду - Падинској Скели, Косовској Митровици, Сомбору, Њуприји и Шапцу.

¹⁵ Окружни затвори у Београду, Врању, Гњилану, Зајечару, Зрењанину, Крагујевцу, Краљеву, Крушевцу, Лесковцу, Неготину, Новом Пазару, Новом Саду, Панчеву, Пећи, Призрену, Приштини, Прокупљу, Смедереву, Суботици, Ужицу и Чачку.

¹⁶ Казнено-поправни заводи затвореног типа у Нишу и Сремској Митровици и казнено-поправни заводи са посебним обезбеђењем у Истоку и Пожаревцу-Забели.

и казнено-поправни завод за малолетнике затвореног типа. Карактеристике завода затвореног типа са посебним обезбеђењем може да има само казнено-поправни завод. Овоме треба додати да је посебном Уредбом Владе Р Србије о оснивању завода за извршење заводских санкција предвиђено да су сви окружни затвори основани овим актом установе полуотвореног типа, док је казнено-поправни завод за малолетнике завод затвореног типа.

ЗИКС предвиђа и могућност да у оквиру завода постоје и посебна одељења различитог степена обезбеђења. Одељења могу да буду отворена, полуотворена и затворена. У заводима отвореног типа постоје полуотворена и отворена одељења. У заводима затвореног типа постоје затворено, полуотворено и отворено одељење, а у окружним затворима затворена, полуотворена и отворена одељења. Посебна одељења завода за извршење мере притвора, укључујући и Посебну притворску јединицу при Окружном затвору у Београду, организују се као одељења затвореног типа.

4. Унутрашња организација завода

Када је реч о унутрашњој организационој структури завода мисли се пре свега на формални систем завода. Међутим, у заводима најчешће упоредо са формалним системом постоји, њему често директно супротстављен, и неформални, осуђенички систем завода.

Формални систем, односно формална унутрашња организација завода подразумева управљање заводом и организовање посебних служби у оквиру завода на основу одговарајућих правних прописа. Формална организациона структура завода регулисана је Законом о извршењу кривичних санкција и низом подзаконских аката, међу којима посебно место има акт о кућном реду завода, који ближе регулише начин живота и рада осуђених и који доноси министар правде, најчешће у форми правилника.

Неформални систем има карактер неписаног, стално присутног кодекса понашања који стварају сами затвореници и који је по својој природи не само различит од формалног, него је најчешће и директно супротстављен програму поступања са осуђеним лицима и захтевима заводске администрације. Због деловања депривација и инфериорне позиције штићеника, у извесној мери свака институционална изолација генерише стварање неформалног система, иако интензитет његовог деловања варира зависно од, како општедруштвених услова, тако и од карактеристика саме установе.

Предмет овог излагања јесте формална организација завода, која је нормативно тако регулисана да завод све своје делатности обавља преко управника и преко одговарајућих служби. На челу завода налази се управник завода, који руководи радом завода, заступа завод и одговоран је за законит и правилан рад у заводу. Управника завода на образложени предлог директора

Управе распоређује министар надлежан за правосуђе на пет година. Управник казнено-поправног завода може имати и заменика, кога такође распоређује министар надлежан за правосуђе на период од пет година. Подразумева се да одговорне послове управљања заводом могу да обављају само лица са потребним претходним радним искуством у обављању послова извршења кривичних санкција. Начин живота и рада осуђених лица у заводу регулише се актом о кућном реду завода који доноси надлежни министар.¹⁷

Послове у вези организације живота и рада осуђених лица обављају одговарајуће *службе у заводима*: служба за преваспитање, служба за обезбеђење, служба за обуку и упошљавање, служба за здравствену заштиту, служба за опште послове. Број служби које сваки завод организује зависи од врсте и капацитета самог завода, категорије осуђеничке популације, специфичних потреба организовања процеса ресоцијализације. Изузетак је служба за обезбеђење која представља јединствену формацију Управе за извршење заводских санкција, чији је рад, наоружање и опрема регулисан посебним актом.¹⁸ Сви заводи не морају да организују све службе, нити да уписују исти број лица у њима. Закон чак предвиђа да се за два или више завода могу образовати заједничке службе. Свака служба има свог руководиоца - начелника службе кога уз сагласност директора Управе распоређује надлежни министар.

Служба за преваспитање примењује методе и поступке којима се на осуђене утиче да убудуће не врше кривична дела и усклађује рад свих осталих учесника у преваспитању. Природа послова којима се ова служба бави, као и општа сврха кажњавања, чине ову службу најзначајнијом за функционисање завода за извршење кривичних санкција. Ова служба организује групне, индивидуалне и друге облике рада са осуђеним лицима и малолетницима, затим организује рад на општем и стручном оспособљавању, чиме непосредно може да утиче на отклањање криминогених, асоцијалних и других негативних схватања и навика осуђеника, као и на формирање

¹⁷ Правилник о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, Сл. гласник РС, 27/2006, Правилник о кућном реду казнено поправног завода за малолетнике, Сл. гласник РС, 71/2006; Правилник о кућном реду васпитно-поправног дома, Сл. гласник, 71/2006; Правилник о кућном реду за примену мере притвора, Сл. гласник, 35/2006; Правилник о организацији, раду и поступању са притвореницима у посебној притворској јединици, Сл. гласник, 81/2006

¹⁸ Правилник о наоружању и опреми припадника службе за обезбеђење у Управи за извршење кривичних санкција Сл. гласник Р Србије, 105/2006; Правилник о мерама за одржавање реда и безбедности у заводима за извршење заводских санкција, Сл. гласник Р Србије, 105/2006; Правилник о службеној легитимацији припадника службе за обезбеђење Управе за извршење заводских санкција, Сл. гласник Р Србије, 70/2001; Правилник о униформи и ознакама службе обезбеђења у Управи за извршење кривичних санкција, Сл. гласник Р Србије, 74/2006

правилног односа осуђених према раду и различитим облицима својине. Остваривање права и дужности осуђених лица врши се највећим делом преко васпитача, па служба за преваспитање предлаже класификацију и рекласификацију осуђених и припрема стручне извештаје са мишљењем у поступцима везаним за помиловање и условни отпуст. Зависно од величине завода у оквиру ове службе се организују различита одељења и одсеци, одељење за испитивање личности осуђених лица, одељење за васпитно-корективни рад, одсек за образовање, итд.

Служба за обезбеђење представља јединствену формацију Управе за извршење заводских санкција задужену за старање о сигурности људи и имовине у заводу, спровођење осуђених и притворених лица и обављање других послова одређених законом. Ова служба, разумљиво, има највећи значај за затворене и строго затворене заводе. Послове службе обезбеђења обавља заводска стража, чији су припадници униформисани, наоружани и поседују службене легитимације, по садржини и изгледу прописане од стране министра правде.

Служба за обуку и уједињавање обучава осуђене за рад, организује њихов рад у заводима или ван завода, и обавља друге послове одређене законом, чиме заправо непосредно обавља и организује знатан део послова утврђених програмом поступања за сваког појединачног осуђеника.¹⁹ Осуђени се обучавају и раде у заводима или, изузетно, изван завода под условим предвиђеним законом. У казнено-поправним заводима, окружним затворима, као и у васпитно-поправном дому за малолетнике, организују се индустријски погони, радионице и економије као посебне "привредне јединице". У оквиру ових јединица осуђена лица се обучавају за послове које ће моћи да обављају на слободи и примењују се одређени облици третмана.²⁰

Служба за здравствену заштитиу организује здравствену превенцију, лечи осуђена и притворена лица и надзире хигијену и квалитет хране и воде. Закон поставља неопходне минималне стандарде за организовање службе за

¹⁹ О томе: Закон о организацији и пословању привредних јединица установа за извршење кривичних санкција, Сл. гласник Р Србије, 27/77.

²⁰ У заводима за извршење кривичних санкција постоје следеће привредне јединице: Привредна јединица "Дубрава" у Казнено-поправном заводу у Сремској Митровици; Привредна јединица "Пролеће" у Казнено-поправном заводу у Сремској Митровици; Привредна јединица "Нови путеви" у Окружном затвору у Новом Саду; Привредна јединица "Надел" у Окружном затвору у Панчеву; Привредна јединица "Препород" у Казнено-поправном заводу Пожаревац у Забели; Привредна јединица "Делиград" у Казнено-поправном заводу у Нишу; Привредна јединица "Младост" у Васпитно-поправном дому у Крушевцу; Привредна јединица "Елан" у Казнено-поправном заводу у Сомбору; Привредна јединица "Будућност" у Казнено-поправном заводу за малолетнике у Ваљеву. У привредним јединицама најчешће се производе пољопривредни производи, производи из металског сектора, бетонска галантерија, производи од дрва.

здравствену заштиту. У том смислу завод је обавезан да обезбеди посебну просторију за издвајање оболелих осуђеника, а завод за жене мора да располаже опремом која је потребна за лечење трудница, породиља и болести жена. Неопходно је и да служба за здравствену заштиту има најмање једног лекара и једног медицинског техничара, и да обезбеди располагање услугама и једног лекара психијатра. У случају да се и болничко лечење организује у заводу, завод мора за то да обезбеди одговарајуће услове: лекара и стручно болничко особље, болничке просторије, потребан медицински материјал, прибор, уређаје и лекове. Здравственом раднику који прегледа и лечи осуђена лица гарантује се и обезбеђује пуна професионална независност, сагласно закону и етичком кодексу.

Служба за опште послове обавља правне, административне, рачуноводствене, финансијске, евиденцијске и друге послове од општег значаја за завод, као и послове од посебног значаја за положај осуђених и притворених лица, који се састоје у пружања правне помоћи у поступку остваривања и заштите њихових права и интереса.

5. Надзор над извршењем кривичних санкција

Битан сегмент у организацији извршења кривичних санкција представља и регулисање адекватног и ефикасног надзора. Надзор над извршењем кривичних санкција подразумева редовну контролу рада свих субјеката укључених у процес извршења кривичних санкција ради обезбеђења законитог и стручног поступања са лицима упућеним на извршење кривичне санкције у свим фазама извршења. Вршењем надзора обезбеђује се јединствено извршавање санкција на територији целе републике, као и прикупљање релевантних података за анализу и проучавање рада појединих служби и пружања потребне стручне помоћи. Закон предвиђа два основна вида контролисања послова у области извршења кривичних санкција: надзор над радом завода и скупштинску контролу.

Надзор на радом завода за извршење кривичних санкција се спроводи како у погледу примене прописа, тако и у погледу стручног рада. Надзор над радом завода обавља Управа за извршење кривичних санкција преко овлашћених лица, с тим што се за надзор над стручним радом могу ангажовати научне и стручне установе и појединци. Управа посебно надзире организовање и рад завода, законито и правилно поступање према осуђеницима, процес преваспитања, организовање рад осуђених, стање и примену мера за обезбеђење реда и безбедности, примену дисциплинских мера, рад службе обезбеђења, спровођење здравствених и хигијенских мера, исхрану и одевање осуђених и њихов смештај.

Приликом надзора овлашћено лице има право и дужност да проверава програме и планове рада, вођење евиденција, рад служби у заводу, опште и стручно оспособљавање запослених лица, примену прописа о униформи,

ознакама, звањима чиновима, наоружању и примени принуде, остваривање преваспитања, стручну обуку осуђених и малолетника, примену дисциплинских казни и мера према осуђеним лицима и остваривање права и погодности осуђених утврђене законом и актом о кућном реду. Управник је дужан да овлашћеном лицу приликом вршења надзора стави на располагање све потребне податке, као и да омогући несметан разговор са осуђеним лицима без присуства радника завода.

О извршеном надзору се саставља записник у који се уноси извештај о стању завода, о уоченим недостацима и предлажу мере за отклањање уочених пропуста, као и мере за унапређење рада завода. У случају да се током вршења надзора установи да постоје основи сумње да је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности или привредни преступ, закон обавезује овлашћено лице које врши надзор да поднесе кривичну пријаву. Записник се доставља управнику завода, директору Управе и министру правде, а управник завода има и право и на приговор надлежном министру против предложених мера, с тим што уложени приговор не задржава извршење наложених мера. У случају да завод не испуњава здравствене или хигијенске услове или је угрожена безбедност у заводу, министар надлежан за правосуђе може донети решење о премештају осуђених у други завод.

Обзиром да се ради о специјализованим медицинским пословима, специјалну затворску болницу и здравствене службе у заводима, поред Управе за извршење заводских санкција која врши надзор рада и примене правних прописа, у погледу стручног рада, надзире и контролише и министарство надлежно за здравство.

Скупштинска контрола извршења кривичних санкција представља новину у организацији послова извршења кривичних санкција, која осим контроле над радом завода установљава и посебан вид контроле над радом Управе. Предвиђено је да посебна комисија Народне скупштине Републике Србије састављена од лица која нису запослена у Управи за извршење заводских санкција, а која познају проблеме извршења кривичних санкција, најмање једанпут годишње подноси извештај Народној скупштини и министру надлежним за правосуђе о стању у области извршења заводских санкција. Комисија је независна у свом раду, а Управа за извршење заводских санкција јесте дужна да омогући неометани рад комисије, да обезбеди све податке релевантне за рад комисије, као и да омогући члановима комисије да са осуђенима разговарају без присуства лица запослених у заводу, односно Управи.

Меру скупштинске контроле треба схватити не само као још један вид контроле, него истовремено и као прилику за озбиљнији и посвећенији прилаз проблематици извршења заводских кривичних санкција и преузимање дела одговорности за стање у овој области, осим Управе за извршење заводских кривичних санкција, и од стране других субјеката.

6. Начелна и претходна питања реформе система извршења кривичних санкција

Нови ЗИКС или Измене и дојуне? - Изгледа је ЗИКС у току казнене законодавне реформе "изгубио" један део своје уобичајене садржине. Наиме, како је извршење кривичних санкција изречених малолетним лицима регулисано ЗМУКД, а извршење мера безбедности је у значајној мери усмерено на "ближе прописе", док је извршење новчане казне и мера упозорења, условне осуде и судске опомене, већ највећим делом регулисано одредбама материјалног и процесног кривичног права, и како истовремено постоји потреба да се један број питања везаних за извршење казне затвора детаљније регулише, изгледа да је најпотребнији Закон о извршењу казне затвора! Компаративна искуства (на пример: StVollzG, 1976, хрватски Закон о извршавању казне затвора (2003.) показују да је овај систем функционалан али и захтеван и у организационом смислу. У нашим условима, док се не створе услови за радикалнији приступ реформи извршног кривичног законодавства, као и обзиром на то да је позитивни закон већ унео значајне концепцијске и практичне новине и увео значајно усаглашавање са релевантним међународним стандардима, чини се да измене и допуне постојећег закона одговарају реалним потребама.

Правни оквир и веза са другим законима - обзиром да је ЗИКС у извесном смислу пратећи закон у односу на КЗ и ЗКП, у формулисању измена и допуна ЗИКСа неопходна је пуна координација са одговарајућим нормативним интервенцијама у оквиру КЗ и ЗКП.²¹ Потребно је и детаљније усаглашавање ЗИКСа и других закона, пре свега: Закона о организацији пословању привредних јединица установа за извршење кривичних санкција (Сл. гл. СРС 27/77), Закона о решавању сукоба закона и сукоба надлежности у извршењу санкција, (Сл. гл. СРЈ 12/98), као и Закон о управном поступку (Сл. гл. СРЈ 46/96). Готово потпуна терминолошка и организациона превазиђеност прва два закона налажу разматрање могућности доношења новог Закона о организацији и пословању привредних јединица установа за извршење кривичних санкција као пратећег у односу на ЗИКС, односно евентуално брисање Закона о решавању сукоба закона и сукоба надлежности у извршењу кривичних санкција, обзиром да овај закон регулише решавања сукоба закона република чланица области извршења кривичних санкција и сукоба

²¹ Мада су оба закона донета истог дана, у погледу принудне наплате новчане казне тренутно постоји неусклађеност између Кривичног законика и Закона о извршењу кривичних санкција, јер КЗ за разлику од ЗИКСа не предвиђа могућност принудне наплате. И у погледу замене неплаћене новчане казне казном рада у јавном интересу постоји неусклађеност између Кривичног законика и Закона о извршењу кривичних санкција, будући да ЗИКС за разлику од КЗ не предвиђа ову могућност.

надлежности органа република чланица у извршењу кривичних санкција. Усаглашавање ЗИКСа и ЗУП односи са пре свега на чл. 166. ЗИКС који регулише тужбу за судску заштиту права осуђеног лица, и који у ст. 2. предвиђа обавезу надлежног суда да о поднетој тужби одлучи у року од 15 дана од дана пријема тужбе. Неопходно је и благовремено доношење одговарајућих подзаконских аката.

Спољашња правна усаглашеност - односи се на усаглашеност са међународним документима легислативног карактера и имплементацију општеприхваћених правних стандарда. И поред релативно високе усаглашености са релевантним међународним стандардима, обзиром на токове европских интеграција посебно треба имати у виду релевантне правне акте ЕУ: Европску конвенцију о људским правима, Европску конвенцију о спречавању мучења и нехуманих, или понижавајућих казни или поступака и Европска затворска правила. Обзиром да прва два документа представљају конвенције које је наша земља потписала и ратификовала, а да Европска затворска правила садрже општеприхваћене стандарде у извршавању заводских кривичних санкција, потребна је пуна усаглашеност ЗИКСа са овим документима.

Очекивани ефекти и услови за примену - Реформа система извршења кривичних санкција, односно одговарајућа законодавна интервенција у области извршења кривичних санкција захтева реално сагледавања социјално-економских, организационих, кадровских и других релевантних прилика у овој области.

У установама за извршење затворских кривичних санкција у РС тренутно се налази преко десет хиљада особа, 6847 на издржавању казне затвора, 2400 притворених, 591 особа на мерама лечења, 350 кажњених у прекршајном поступку, 159 на извршењу мере упућивања у ВП дом, 236 осуђених малолетника и 234 осуђене и притворене жене.²² Велики број осуђеника чека на извршење изречене казне затвора. Реални капацитет за смештај затвореника у РС јесте око 6000 особа. Имплементација европских стандарда у погледу смештаја у постојећим капацитетима значи да би било места само за 4500 затвореника. У казнено-поправним заводима затвореног типа налази се од 1200 (Пожаревац - Забела), Ниш око 1300, до преко 1600 затвореника (Сремска Митровица), мада услови за успешно спровођење третмана захтевају максимално до 500 особа.

Пренасељеност установа за извршавање заводских кривичних санкција представља велики проблем система извршења кривичних санкција, како директно у смислу основних услова смештај, тако и у погледу остваривања

²² Годишњи извештај Министарства правде РС и Управе за извршење заводских кривичних санкција за 2007; Београд, 2008.

других стандарда који се тичу положаја осуђених лица и њиховог третмана.²³ Решавање овог проблема јесте "претходно питање" уређења система извршења кривичних санкција од кога зависи и коначна функционалност нормативних решења. Додатно "претходно питање" јесте и неадекватна структура и број запослених у систему извршења кривичних санкција РС. Преко 30% укупног броја запослених ангажовано је у службама за опште послове и у служби за одуку и упошљавање, упркос чињеници да је број радно ангажованих осуђеника у сталном паду и да су програми производње у великој мери превазиђени, док је број запослених у службама обезбеђења недовољан и далеко неповољнији у поређењу са системима других земаља. Осим проширења и реконструкције затворских капацитета, које захтева значајна материјална средства, за решавање овог проблема неопходно је и развијање система алтернативних санкција, које за сада представља неискоришћену могућност, обзиром да се рад у јавном интересу и условна осуда са заштитним надзором изричу у занемаривом броју.²⁴ Изграђен систем алтернативних санкција редукује затворску популацију и снижава трошкове извршења кривичних санкција. У извесној мери, нова категоризација установа такође може да допринесе бољем коришћењу постојећих капацитета, као и рационализација радних места.

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

EXECUTION OF CRIMINAL PENALTIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA: LEGAL FRAMEWORK, BASIC PRINCIPLES AND ORGANIZATION

System of the execution of criminal penalties in the Republic of Serbia is based on the principle of legality, acting on the basis of legally effective court decision, possibility of delay and suspension, principle of prohibition of torture, humiliation and experimenting, principle of indiscrimination, respect for the

²³ У погледу стања у затворима у Србији у том смислу: Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 19 to 29 November 2007; CPT/Inf (2009) 1; Response of the Government of Serbia to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Serbia, CPT/Inf (2009) 2.

²⁴ Саопштење Републичког завода за статистику, број 345, год. LVIII, 09. 12. 2008.

basic rights of the convicted persons, principle of protection of the convicted persons guaranteed by the court, and also on the principles of the mandatory record keeping and budget financing. This system is organized, conducted and supervised by the Administration for execution of criminal penalties. At the moment, the main characteristics are over population of the correctional facilities, inadequate structure of employees, certain conceptual lack of harmonization with the relevant international standards and also incomplete internal legal harmonization and delaying in adopting the necessary by-laws. The criminal penalty execution system reform demands the increase of the level of criminal penalty system structure and its full integration in general legal system, more effective legal definitions of certain institutes, further development of convicted persons' rights protection, establishing the effective external supervision of criminal penalties execution, and separation of functional system of alternative sanctions and reorganizing of the existing system of correctional facilities.

ОСНОВНИ ТЕОРИЈСКИ МОДЕЛ УЧИНИОЦА КРИВИЧНОГ ДЕЛА И ДЕСТАБИЛИЗУЈУЋИ ИЗУЗЕЦИ

Хипотеза од које се полази у овом тексту је постојање отвореног и концепцијског проблема функционисања кривичноправне норме у савременим условима. Подразумевана општа кривичноправна норма је заправо модел једног учиниоца, човека који свесно и вољно, уз претпостављени стабилан психички потенцијал, чини једно или више кривичних дела у формалном (прекршај норме неког појединачног бића кривичног дела) и материјалном смислу (проузроковање забрањене али и реалне последице из бића кривичног дела).

Свако одступање је на неки начин изузетак.

Учествовање више лица у извршењу једног кривичног дела је значајан пример изузетка, који захтева нормативну подлогу утврђивања врсте и мере таквог саучествовања које би нужно засновало одговорност тих лица. Персонализација и индивидуализација кривичне одговорности спадају дакле у цивилизацијске тековине верификоване великим кодификацијама с краја деветнаестог века.

То се може рећи и за чињеницу да се у теорији кривичног права полази од аксиома да је **"човек механизам који ради у складу са законима"**¹.

Крај двадесетог и почетак двадестпрвог века доносе велике промене у политичким захтевима, правној свести и нормативном одговору на њих.

Може се посумњати да класично кривично право концептуално прати промене у политичким захтевима, правној свести и нормативном одговору на њих.

Питање које желим поставити је шта се сматра критичном тачком, у којој појам по инерцији сматран "класичним" и "општим" то престаје бити? **Или, то је питање о интегритету једног или свих општих појмова у промењеним условима?**

Проблем се може посматрати и из другог угла; наиме ваљаност законодавства са становишта "владавине права" укључује (пored институционалног и моралног) и технички аспект, чија процена се по правилу везује за нове норме и њихову усклађеност, али се никад или бар

¹ Костић, М., *Ното педанс* или Човек насупротив, Београд, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 1996. стр.72.

веома ретко класични институти валоризују за позиције "нове законитости"².

Стога сматрам да је корисно то понекад учинити.

Идеја овог рада није чинити проверу ради ње саме, већ покушати отворити основно питање савременог кривичног права које гласи: да ли велики број или сума драстичних изузетака може угрозити опстанак општих појмова у неокрњеном облику.

Проучавајући прилично обимну и разуђену литературу дошла сам до прелиминарног закључка да доктрина кривичног права није спремна да констатује и покуша да вредносно процени тренд дерогирања класичних постулата. Могло би се рећи да постоји нека врста стидљивих покушаја да се то учини, али преовлађује метод објашњавања изузетака до неког нивоа, који се увек зауставља без интервенције у саме основе опстанка општих појмова.

Скицирањем само једног изабраног модела изузетка – нормативна обрада учешћа више лица у извршењу једног кривичног дела, отвора се Пандорина кутија кривичног права.

Искључење (историјски присутне) могуће одговорности за размишљање или припремање, или организатора за само организовање злочиначке групе којом је заснована његова одговорност за сва дела проистекла из плана, су само примери успона кривичног права у заштити слобода и права грађана од отворених могућности злоупотреба права (посебно у тоталитарним режимима који нису историјска категорија).

Када ту тековину супротставимо изазовима организованог криминала, тероризма или ратних злочина, изглед проблема се у суштини мења. Тада се као постулати заштите слобода и права управо појављују механизми обезбеђивања одговорности и кажњивости инспиратора и организатора најтежих злочина.

У наставку ће бити изложени изабрани проблеми односа модела и изузетака.

Изабран је као општи, а истовремено класичан изузетак од основног модела - саучесништво.

Користиће се слика из домаћег права, као модел релативно коректне обраде континенталног типа акцесорног поимања саучесништва.

Саучесништво или класично право партиципације

Кажњиви облици саучесништва у ужем смислу су подстрекавање и помагање. Организовање злочиначких удружења је до доношења Кривичног законика (2006) било технички обрађено као облик

² Симовић-Хибер, И., Кривично законодавство и владавина права, Архив за правне и друштвене науке, 1994/3, стр. 433.

саучесништва, мада је суштински то посебан облик одговорности независан од реалне партиципације. Тај посебан облик саучесништва је омогућавао ситуацију у којој се организатор одваја од фактичког учешћа у реализацији кривичних дела из констатованог злочиначког плана, И еманципује као непосредни учесник у свим извршеним делима.

Саизвршилаштво је законом предвиђено, лоцирано као облик саучесништва, али по мишљењу аутора превасходно због непостојања законске дефиниције извршилаштва, за коју би се саизвршилаштво природно везало. Саизвршилаштво према законској дефиницији као конститутивне елементе предвиђа поред учешћа у радњи извршења, и облик учешћа на други начин, уз услов да саизвршиоци заједнички учине кривично дело. То отвара проблеме разграничења са помагањем и значења стандарда заједничког чињења. Ово је једини облик саучесништва који може бити остварен и нехатно.

Међутим, постојање извршилаштва у кажњивој фази је правни основ постојања класичних облика саучесништва.

Класични облици саучесништва у виду помагања и подстрекавања су дефинисани у оквиру традиције континенталног права, под снажним утицајем немачког и француског правног система. Одговорност саучесника се заснива на принципима теорије једног кривичног дела и акцесорности. Саучесништво се квалитативно разликује од извршилаштва у пројекцији споредне улоге у остварењу дела. У тумачењу степена остварености овог услова можемо разликовати две категорије: саучесништво у правом смислу – помагање и подстрекавање, и саучесништво *sui generis* – саизвршилаштво.

Основни услови су, наиме акцесорност у односу на постојеће и конкретно дело основног учиниоца, као и умишљај који нужно укључује свест и вољу на учествовање у остварењу туђег кривичног дела.

Помагање је облик саучесништва којим се олакшава извршење основног дела и сматра се најлакшим обликом у хијерархији саучествовања, као једини који омогућава блаже кажњавање у односу на казну предвиђену за основног учиниоца. Помагање је учествовање у извршењу кривичног дела другог лица, делатностима које нису радња извршења конкретног бића дела, а којима се помаже, олакшава извршење конкретног дела. У закону су те делатности наведене *exempli causa*, као давање савета или упутстава како да се изврши кривично дело, стављање учиниоцу на располагање средстава за извршење кривичног дела, отклањање препрека за извршење кривичног дела, као и унапред обећано прикривање кривичног дела, учиниоца, средстава којима је кривично дело учињено, трагова кривичног дела или предмета прибављених кривичним делом. Може бити реализовано пре или током извршења дела.

Подстрекавање је облик саучесништва који може засновати одговорност подстрекача без обзира на реално остварење кривичног дела.

Подстрекач се сматра креатором дела, па је кажњиво и неуспело подстрекавање. Подстрекавање је умишљајно стварање одлуке код другог лица да изврши кривично дело. Ирелевантан је начин утицаја, али је битно да одлука учиниоца није била формирана, и да је утицај подстрекача каузалан у смислу изазивања или учвршћења одлуке. Ирелевантан је случај *omnimundo facturus*. Мора се реализовати пре извршења дела. Подстрекавање се мора односити на једно или одређени круг лица. Кажњиво је и неуспело подстрекавање на тежа кривична дела. Покушај подстрекавања или неуспело подстрекавање је кривичноправно релевантно само када се подстрекава на извршење кривичног дела за која се по закону може изрећи пет година затвора или тежа казна; подстрекач се кажњава као за покушај тог кривичног дела; то значи, према правилима за кажњавање покушаја, да подстрекач може бити кажњен у оквирима казне предвиђене за то дело, али је остављена законска могућност блажег кажњавања.

Командна одговорност је преко ратификованих међународних докумената дуго била део правне реалности у теоријским оквирима, али експлицитно исто тако дуго није била део позитивног права. Сада јесте.

Анализирани домаћи правни систем у погледу партиципације у извршењу кривичног дела садржи недоумице везане за савремена упоредноправна решења. Једна од основних је сукоб достигнутих стандарда заштите индивидуалних људских права и потреба заштите државе од нових облика тешког криминалитета. Томе треба додати и проблем правне (не)сигурности у земљама у транзицији, посебно имајући у виду утицај политичке власти на доношење и примену закона.

Нове форме партиципације у односу на учеснике иза сцене (*behind the scene participants*) су у домаћем праву третиране кумулативном методом, кроз уобичајене форме саучесништва, и преко посебних инкриминација основног кривичног законодавства и специјалне легислативе.

Из претходних напомена се може са сигурношћу утврдити да се у систему општих одредби прави разлика у правној позицији самосталног извршиоца, саизвршилаца и саучесника.

То значи да се враћамо на констатацију да је основни појам у регулисању и разумевању ове материје појам извршиоца кривичног дела. Теорија је релевантне елементе успоставила користећи методологију посредног закључивања. Полазна основа је појам бића кривичног дела, у оквиру кога се извршилац појављује као референтно лице сваке појединачне инкриминације, у оквиру суме свих позитивноправних инкриминација. У тој димензији би саучесништво могло бити функционално дефинисано као предузимање делатности која заједно са извршилачком реализује кривично дело.

То само по себи потврђује констатацију да је теоријски модел кривичног дела конципиран на принципу индивидуалног чина.

Међутим, све чешће је кривично дело реално резултат деловања више лица.

Можемо разликовати неколико релевантних ситуација.

Хипотеза из оквира класичног модела интерпретације саучесништва је она у којој постоји више партиципаната, али је дело могао извршити један. То значи да се у судском поступку утврђује улога учиниоца и саучесника.

Хипотеза о колективном кривичном делу на супрот основном моделу полази од чињенице да одређена кривичних дела **по дефиницији** морају бити учињена од стране више лица. У крајњој консеквенци, може се издвојити "државни криминалитет", који је немогуће остварити без логистичке подршке државе, и инволвираност особа које делују из позиције функционалне моћи, а без учешћа у директном вршењу појединачних кривичних дела. Пример су кривична дела против човечности, која експлицитно садрже реализацију злочиначког плана, што нужно имплицира бројност извршилаца у различитим улогама.

Кажњивост организатора или шефа злочиначког удружења имплицира такође мноштво конкретних учинилаца. Модел кажњивости шефа превазилази традиционално схватање злочиначке активности *prima facie*, подразумевајући начин групног деловања из оквира организованог криминала.

Такође, постоје и класични општи изузеци од правила о извршиоцу који нужно акумулира све елементе остварења дела, познати у литератури као појам аутора кривичног дела (*auteur intellectuel*) и појам извршење дела посредством другог лица³; поменућемо и долозно средство у виду малолетног или потчињеног лица; геноцид као остварење злочиначког плана, строже кажњавање шефа или организатора у организовању трговине дрогама – међутим то су посебна дела, па остаје отворено питање односа саучесништва и тих дела.

У сваком случају вишеслојност теоријске дефиниције извршиоца⁴ преко **формуле "учинити" и "учинити да неко други учини" криминални акт (*faire* и *faire faire tel ou tel acte*)**⁵ представља не само доктринарни допринос тумачењу појма извршиоца, већ правну чињеницу која се не сме занемарити у објашњењу овог појма.

³ Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland mit einfuhrungsgesetz zum strafgesetzbuch und wehrstrafgesetz, prevod, Centar marketing, Pravnoistraživački centar, Beograd, 1998. стр. 20.

⁴ Stefani, G., Levasseur, G., Boulloc, B., Droit penal general, 11ed. Paris, 1980. стр. 241-248.,

⁵ Desportes, F., Le Guhenec, F., Le Nouveau droit penal, Tome I, Dalloz, 1994. стр. 382.

Нови круг размишљања о извршиоцу кривичног дела

Појединачни извршилац кривичног дела је лице које сопственим чињењем или нечињењем **или посредством другог лица** учини кривично дело. Овом констатацијом *in fine* уводимо нов диференцијални елемент, или два типа извршиоца: непосредни, директни извршилац и посредни извршилац. Као генусни појам сједињује их чињеница да и један и други, сваки на свој начин, у својим рукама контролишу извршење кривичног дела.

Израз "појединачни извршилац" је важан у релацији са ситуацијом где има више "извршилаца" (саучесништво). Међутим, за дефинисање учиниоца као таквог, самог по себи, бољи је, адекватнији је израз **непосредни** извршилац, директни извршилац (*Alleintäter*), да се опише на прави начин лице које сопственим чињењем или нечињењем врши кривично дело, односно лично, на противправан начин остварује (или покуша остварити) законски опис кривичног дела у свим његовим објективним и субјективним обележјима. Он је носилац радње извршења.

Прихватањем категорије власти над делом за материјалну и суштинску карактеристику извршилаштва постављен је и основ за разграничење извршилаштва од саучесништва. Овим доктринарним концептом се утврђује квалитативна разлика између извршилаштва и саучесничког доприноса извршењу дела. Саучесник је онај учесник који без власти над делом учествује у његовом извршењу као подстрекач или као помагач⁶.

Посредно извршилаштво означава ситуацију када неко посредством другог лица изврши кривично дело.

Уобичајени израз "посредством" упућује на реч посредовање, а тиме ни приближно не обухвата суштину појма, штавише га замагљује. Тако не долази до изражаја оно одређујуће за посредно извршилаштво, наиме да је то лице које непосредно делује у ствари средство, оруђе у рукама другог који је, у одређеним околностима, у стању да из позадине, без непосредног учествовања у радњи извршења, диригује до краја поступањем друге особе. "Посредник, посредовање, супротно од тога, значи свјесну и добровољну активност на обе стране"⁷.

Појам посредног извршиоца јавља се у кривичном праву као преко потребан, и то не само као теоријски интересантан. Постоје, наиме, у

⁶ Теорија власти над делом је у југословенски правни простор преузета из немачке правне теорије а највише се залагао за њено прихватање проф. Фрањо Бачић; његова разрада овог тумачења је данас прихваћена у кривичном законик у Хрватске у члану 35.

⁷ Бачић, Ф., Павловић, Ш., Коментар казненог закона, Загреб, Организатор, 2004. стр.154.

практи ситуације у којима се једно лице служи другим као средством за остварење своје криминалне намере.

Посредни извршилац се описно речено користи туђим рукама за извршење свог кривичног дела. Такав однос два лица при остварењу кривичног дела има својих специфичности и не да се објаснити као саизвршилаштво ни као саучесништво. Није реч о саизвршилаштву, јер оно претпоставља свест и вољу о заједничком извршењу кривичног дела, што очигледно овде није случај. Не ради се ни о односу извршиоца и саучесника, пошто последњи само учествују у делу које врши извршилац.

Посредно извршилаштво је заправо извршење кривичног дела преко, односно путем другог, уз претпоставку да једно лице управља делатностима другог. То даље значи да посредни извршилац има утицај који је битно јачи од подстрекачког. Објашњење ове ситуације је да посредни извршилац, иако не предузима радњу извршења има праву власт над делом.

Конститутивни елемент за појам посредног извршилаштва се проналази у чињеници да неко може смислити план о криминалној делатности, а да може препустити реализацију делова радње или комплетног дела другом, који не мора бити свестан значења своје делатности.

Карактеристични, или типични случајеви посредног извршилаштва су: кад непосредни извршилац не делује долозно, када није кривично одговоран, или је у односу на њега примењена сила, кад непосредни учинилац делује у складу с правом, кад нема нужно тражену намеру или лична својства која захтева биће неког кривичног дела. Посебно је важно истаћи нови облик посредног извршилаштва "на основу снаге организацијског апарата"⁸.

Понуђена типологија дозвољава закључак да су случајеви посредног извршиоца релативно ретки, и да се могу решити неким другим правним механизмима, који не захтевају озбиљне доктринарне расправе о оквирима тог појма, већ се могу законом предвидети као основи искључења постојања кривичног дела или кривице.

С друге стране релативно је тешко утврдити границу посредног извршиоца и подстрекача. Могућност постојања посредног извршилаштва престаје кад код лица које делује из позадине не постоји елемент искоришћавања власти над другим, наиме кад непосредни извршилац делује долозно.

Субјективни однос који је присутан у овој конструкцији је толико битан, јер увек треба утврдити степен потчињености другог. У спољашњем свету се препознаје непосредни извршилац, а деловање

⁸ Бачић, Ф., Павловић Ш., *op. cit.* стр. 156.

посредног извршиоца се приказује као подстрекачка или помагачка делатност.

Ове уводне напомене су чини се биле потребне бар из два разлога.

Први је, о чему ћемо након овога говорити, а да поновимо, наше право не познаје законску дефиницију извршилаштва, а други је управо поменут **нови облик посредног извршилаштва проистеклог из снаге организације.**

Специфичност овог облика је у томе што и лице из позадине и непосредни извршилац поступају долно.

Овај облик одступа од представљене шеме. Појединац који је у структури организације, који у њој има у рукама апарат моћи, стварно господари ситуацијом и реално очекује да ће његова одлука бити реализована.

У овој конструкцији непосредни извршиоци нису посебно индивидуализовани, они су део апарата, па се стога у њиховом положају и деловању не може препознати неки утицај силе. У томе се проналази нека врста апстрактне или посебне нове врсте силе. Приписује јој се карактер силе својствене посредном извршилаштву.

Једно од присутних тумачења (*Jeschek*) о природи ове ситуације наводи да се ради о саизвршилаштву, али у конструкцији по којој би човек из апарата моћи био посредни извршилац у случају када непосредни извршилац не би био кривично одговоран.

Ова тема је нека врста уводних напомена за све историјске и савремене дилеме у случајевим функционисања разних облика злочиначких организација, где је препозната власт организације над својим припадницима.

Саизвршилаштво - појам заједничког извршилаштва у ужем смислу или саучесништва у ширем смислу⁹.

Сматрам да је методолшки неприхватљиво непостојање законске дефиниције извршиоца уз паралелно постојање дефиниције саизвршиоца. Такво опредељење већ на први поглед може изазвати недоумицу око могућих разлога недавања правога " правног" основа одређивању основног појма, уз детаљно регулисање изведених, с друге стране.

Већ само постојање саизвршилаштва као законске категорије указује на специфичност овог института, али и први доказ сумње коју смо управо изразили; наиме, ако саизвршилаштво није облик извршилаштва, тада би се извршилац појављивао као саучесник у извршењу сопственог дела.¹⁰ Ово је апсолутно класична критика концепта на коме се заснива конструкција која до данас није поправљена.

⁹ Бавцон, Љ., Шелих, А., Казенско право, Сплошни дел, Љубљана, 1978. стр. 227.

¹⁰ Франк, С., Теорија казненог права, Опћи дио, Загреб, 1955. стр. 179.

Са друге стране, општеприхваћено је у теорији да сам појам саизвршилаштва, схваћен у формално објективном значењу иманентно садржи у себи постављено питање разграничења са помагањем као реално садржински најближим обликом саучесништва.

Захтев заједничког остварења радње кривичног дела у намери заједничког остварења дела,¹¹ као и инсистирање на различитом каузалном значају радње као такве у односу на квалитет помагачке, нису се показали довољним.

Напуштање каузализма као догме, и еманципација става о деловању *sit animus auctoris* у случају саизвршилаштва омогућило је релативизовање значаја и правне релевантности објективно предузете делатности. Теоријске дилеме су опстале, тако да је еклектицизам у објашњењу појма саизвршилаштва преовлађујући, и он се реализује на неколико нивоа.

Сама законска дефиниција (чл. 33. КЗ) не решава дилеме, пошто садржи као конститутивне елементе: учешће у радњи извршења, али и формулацију ..."или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела".

Поштујући идеју или жељу за прецизирањем нормативног изгледа алтернативног одређења неизвршилачке саизвршилачке делатности, ипак је немогуће не приметити недостатке. Формулација која говори о "првој и другој" радњи већ довољно пара уши.

Могућност да се саизвршилачком може сматрати и делатност која у ужем смислу није радња извршења, условила је тенденцију рестриктивног тумачења у правцу захтева да се ради бар о делатностима које логички и природно чине целину са радњом извршења; по неким ауторима нужно је чак постојање поделе рада, где је остварење додељене улоге врста доказа о саизвршилаштву. Такав став се неминовно субјективизује захтевом о постојању споразума о подели рада који би указивао на заједничко чињење кривичног дела; с друге стране захтев поседовања власти, контроле над делом се такође појављује у функцији сужавања Или објективизације неизвршилачке радње.

Законска позиција саизвршилаштва указује да је то појам *sui generis* који заједно са извршилаштвом и саучесништвом чини врсту, (генус) појмова који одређују облике учествовања у извршењу кривичног дела; у објективном, појмовном смислу он је изведен институт, пошто нема самосталну егзистенцију (не постоји специфична радња изван суме извршилачких и саучесничких). У погледу субјективног елемента предвиђени облици виности су умишљај и нехат (као код самосталног извршилаштва); али да се не би радило о паралелном извршилаштву важно је постојање споразума или бар свести и воље о заједничком деловању.

¹¹ Бачић, Ф., Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1978. стр. 324-334.

Кривични законик има намеру да концепцијски промени садржину саизвршилаштва. Као основ појма изабрано је остваривање заједничке одлуке. Реализација је предвиђена у облику учествовања у радњи извршења кривичног дела, у нехатном заједничком извршењу кривичног дела или остварењу заједничке одлуке другом радњом којом се умишљајно битно доприноси извршењу кривичног дела. Мада је и у позитивном решењу присутна релативизација извршилачке делатности у односу на заједничко чињење кривичног дела, ипак се може запазити битна разлика. Законик наиме, изричито изједначава умишљајно и нехатно реализовање дела, са било којом саучесничком радњом, **еманципујући заједничку одлуку као везујући појам.**

Мада је и у класичним оквирима саучесништва присутна хипотеза о одређеној подели рада или улога, ова нова норма може поништити реалан простор постојања саучесништва, а посебно помагања у корист проширења постојања саизвршилаштва.

Иако је намера законодавца била ојачавање улоге, позиције саизвршилаштва у суженој и објективизујућој форми формулом **неизвршилачка радња + битно доприноси + заједничка одлука + умишљај**, није извесно да је збир ових услова довољно прецизан. Није довољно јасно на који начин објективни елемент квалификован као "битно доприношење" остаје објективан. Он је нужно у сфери процене која не може бити нормативна.

Нови круг размишљања о облицима саучесништва

Што се тиче помагања, важно је нагласити да се у домаћем праву подразумева *усило помагање*, и постојање *персоналне уније*, односно искоришћавање те помагачке радње од стране извршиоца, и знање помагача коме помаже

Посредно помагање или помагање основном помагачу је теоријски прихваћена категорија, као и неефикасно или недовољно помагање, мада објективно посматрано у великој мери релативизује реконструкцију извршења дела. Занимљиво је да је француска јуриспруденција случај индиректног помагања експлицитно прихватила тек крајем прошлог века.¹²

Разликовање и разграничење припремних радњи и сапомагања или индиректног помагања такође представља тешко решив теоријски проблем. У случају када је припремање општи институт, може се закључити да ако се кажњава припрема основног учиниоца, требало би и помагање у припреми.¹³

¹² Desportes, F., Le Guehrec, F., Le nouveau code penal, стр. 398.

¹³ Златарић, Б., Архив за правне и друштвене науке, 1951/1., стр. 135.

Подстрекавање је Законом дефинисано као умишљајно стварање код другог одлуке о извршењу кривичног дела. Ирелевантан је начин утицаја, али је битно да одлука учиниоца није била формирана, и да је утицај подстрекача каузалан у смислу изазивања или учвршћења одлуке. Стога се подразумева специфични карактер садржине умишљаја подстрекача, који поред знања о циљу своје делатности треба да обухвати и свест о значају који његово деловање има на основног учиниоца.

Уколико је код подстрекаваног лица већ постојала чврста одлука да изврши кривично дело, случај *omnimodo facturus*, неће се радити о подстрекавању већ о неуспелом подстрекавању или психичком помагању. У домаћој доктрини није посвећена адекватна пажња утврђивању критеријума за разграничење подстрекавања и психичког помагања у спорној ситуацији конкретног учвршћивања одлуке, односно процене да ли је одлука формирана или је још подобна "учвршћивању".¹⁴

У суштини је ово деловање садржинска припрема. Брисањем норме – дефиниције припремних радњи у Кривичном законiku губи се на неки начин основ интерпретације радње извршења кривичног дела Злочиначко удруживање из чл. 346. Кривичног законика. Наравно да је дерогирање кажњавања припреме концептуалног карактера, али садржина је морала наћи место у посебној норми. Овако је извор тумачења произвољан.

За постојање подстрекавања у облику саучесништва нужна је усмереност подстрекавања према одређеном лицу, или одређеном кругу лица.

Кажњиво подстрекавање може бити успело и неуспело. Основни облик је успело подстрекавање, и оно мора бити верификовано почетком извршења дела. За разлику од помагања, подстрекавање мора временски да претходи и услови почетак извршења.

Неуспело подстрекавање као кажњиво деловање је илустрација тезе о опасности подстрекача као реалног креатора кривичног дела.

Може се третирати и као минимална граница постојања саучесништва, пошто заснива кажњивост подстрекача независно од тога што извршилац није ушао у кажњиву зону. У смислу норме која регулише неуспело подстрекавање конститутивна фаза кажњиве зоне је покушај, па оно постоји уколико се подстрекава на извршење кривичног дела за које се по закону може изрећи пет година затвора или тежа казна, а дело не буде ни покушано; подстрекач се фиктивно кажњава за покушај тог дела. Важно је поменути да закон у овом случају не помиње припремање као кажњиву фазу, мада му иначе признаје статус лимитираног основа кажњивости. Аболирање кажњивих припремних радњи из оквира ове конструкције није објашњиво, ако се има у виду да се у овом случају заправо кажњава подстрекачева неуспела делатност *per se*.

¹⁴ Стојановић, З., Кривично право, Општи део, београд, 2002. стр. 267-268.

Наиме, ако се основно правило саучесништва, аксесорност, напушта у овом случају, логика закона допушта да се изузетак примени на све кажњиве, а неостварене облике основног деловања. Нови Кривични законик је решио ову дилему, тако што је дерогирао норму о кажњивости припремних радњи као општег института.

Као посебан облик подстрекавања предвиђена су кривична дела подстицања и позивања на извршење одређених кривичних дела.

Као специфичан облик подстрекавања у литератури се помиње и наређивање извршења геноцида и ратних злочина. Као начин извршења геноцида поред предузимања неке од делатности из оквира бића дела је и наређивање другима да предузму делатности подобне за остварење геноцидне намере. У овом случају учинилац може бити само лице које по свом положају може другима да наређује (војни командант, полицијски командант и државни функционер). Наредбодавац се у погледу одговорности и кажњивости изједначава са директним извршиоцем геноцидне радње.

***Delicta propria* и саучесништво**

Саучесништво код *delicta propria* је могуће и кажњиво. То значи да саучесници могу бити и лица која немају посебна својства која се код одређених кривичних дела траже за учиниоца, и посредно за постојање тог дела. Код правих *delicta propria* лице које нема тражено посебно својство и због тога не може бити учинилац дела, може бити подстрекач и помагач. Околност посебног својства учиниоца се тумачи као конститутивна за дело, па се односи на све учеснике. Међутим, код конкретног одмеравања казне саучеснику, препоручује се узимање у обзир чињеница да је код учиниоца конститутивна повреда институционализоване дужности, што није случај код саучесника.

Постоји и одговорност саучесника у случају неправих *delicta propria*, код којих саучесник одговара за основни облик, а извршилац са посебним својством за квалификовани облик кривичног дела (е.г. Противправно лишење слободе).

Умишљај је једини облик виности који заснива одговорност саучесника. Говорећи о директном умишљају, полази се од тога да учинилац има намеру да одређеном радњом оствари одређену последицу. Овај логички низ имплицитно значи да је умишљај усмерен на непосредну последицу, али укључује и посредну последицу, односно ситуацију када је непосредна последица средство остварења намераваног циља.

Међутим, постоје посебне инкриминације код којих је постојање намере изричито предвиђено у законском бићу дела. Конструкција намере у овим случајевима значи да намеравана, жељена последица превазилази објективно биће дела и не мора бити реализована. Она више указује на даљи или будући циљ, односно прави циљ, и чини дело тежим (на пример, геноцидна намера).

Јавно позивање или подстрекавање

Подстицање је као посебно кривично дело у Кривичном законик у предвиђено у неколико случајева, на пример Позивање на насилну промену уставног уређења, Организовање или подстицање на извршење геноцида и ратних злочина, Подстицање на агресивни рат, као и пропагирање расне мржње или подстицање на расну дискриминацију.

Закон користи више израза за утврђивање овог посебног облика подстрекавања које се односи на индивидуално неограничени и неодређени круг лица. Могу се третирати као криминално усмерена пропаганда.

Подстицање као облик подстрекавања је предвиђен у посебним инкриминацијама, и подразумева подржавање и учвршћивање нечије већ постојеће одлуке, што значи да је усмерено на конкретизацију активности.

Позивање је напротив стварање одлуке, апеловање на другог да предузме одређене активности.

За постојање ових инкриминација ирелевантан је начин позивања или подстицања (на пример, говор, летак, писани текст, филм¹⁵).

Порозност класичне теорије партиципације и *lex certa* (закључна разматрања)

Правац размишљања о системским несавршеностима теорије саучесништва, прати оно што је суштински неприлагођено теорији акцесорности.

Прву од ових провера извршићемо укрштањем појмова **акцесорности саучесништва и неуспелог подстрекавања**. Неуспело подстрекавање постоји сходно члану 34. ст. 2. Кривичног законика Србије када подстрекач умишљајно подстрекава другог на извршење кривичног дела чији покушај је по закону кажњив, а дело не буде ни покушано, и кажњава се као за покушај кривичног дела.

Као што је већ речено акцесорност је супстрат самог појма саучесништва; испољава се као вишеструка зависност постојања саучесништва од испуњења доређаних услова на страни извршиоца.

Неспорно је у литератури да је тај услов испуњен остварењем (бар) покушаја,¹⁶ Покушај учиниоца је тачка која раздваја успело од неуспелог подстрекавања.

¹⁵ Лазаревић, Љ., Кривично право Југославије, Посебни део, стр. 60-61. Београд, 1998.

¹⁶ Robert, J., Complicite, "Juris classeur penal", 1978. no 1-131; Degois, C., "Traite elementaire de droit criminel", стр. 153; Paris, 1922.; Garcon, R., Code penal annote, Paris, 1952. стр. 160.

Ако је то покушај, у том случају опредељење о законском постојању неуспелог подстрекавања представља у суштини одлуку о инаугурисању **изузетка** - кажњавању за деловање изузетно далеко од остварења кривичног дела (у суштини припрему).

У логичком следу, ако је покушај најнижа кажњива фаза, тада неуспело подстрекавање **не може бити** кажњиво, и то би значило да **није** установљен **изузетак** у правцу "посредног" кажњавања за припрему.¹⁷

Технички, изузетак се може избећи (или злоупотребити) формирањем саучесништва у облику посебног дела, када се ништа не супротставља кажњавању покушаја саучесништва.¹⁸

Непосредна последица таквог решења се очитава (теоријски) у негирању акцесорне природе саучесништва према шеми: ако је кривично дело које је у суштини саучесништво проглашено за самостално, па се саучесништво у њему кажњава, тада би по логици ствари постојали само мултиплицирани самостални извршиоци, односно још апсурдније, извршиоци који су узвршили радњу извршења чија је природа саучесничка. Или, како је нагласио *Carbonnier*¹⁹, саучесништво није апсолутан појам, и ван односа (са основним делом) не постоји сем као нонсенс.

Но, све то мења изглед ако добије правну љуштуру, законски изглед логичне повреде норме. То је чувена идеја о замени акцесорности или зависности од реалног основног дела, зависношћу од "препознатљивог" основног дела, по којој се позајмљује кажњивост од "препознатог" дела (тзв дело - маска).²⁰ Променом "терена" у праву, а нарочито номотехничким средствима много тога је решиво, но то је ипак само механизам стварања масе или чак система изузетака, што је супротно идеји владавине права.

У француској литератури је ова тема била актуелизована као последица решења новог *Code penal*-а. Наглашава се да је пропуштена прилика јаснијих решења о саучесништву, међу којима се истиче пример неуспелог подстрекавања.²¹

¹⁷ Freij-Dalloz, V.I., Repression de la tentative de complicité (Commentaire de l'article 28 du code penal ivoirien), "Revue de science criminelle et de droit penal compare", 1/1993, стр. 73.

¹⁸ I. Freij-Dalloz, op. cit. стр. 74

¹⁹ M. Carbonnier, Du sens de la repression applicable au complice selon l'art. 59 c. pen. JCP 1952. I. 1034

²⁰ M. Carbonnier, ibid

²¹ Fournier, S., Le nouveau code penal et le droit de la complicité, "Revue de science criminelle et de droit penal compare", 3/1995, стр. 477.

Међу предностима које би таква формулација донела је, као основна, избегавање механизма посебних инкриминација, које постоје или када нема основног дела (случај подстрекавања на самоубиство), или оно није започето, или пак омогућује парцијалну, "ванзаконску" примену неуспелог подстрекавања (постојећа кажњивост неуспелог подстрекавања код шпијунаже). Аргументацији се додаје могућност оштријег кажњавања "саучесника" када је одговорност предвиђена у форми посебног дела, у односу на "главног" учиниоца".²²

Да ли то значи да је тзв. *animus formula* пројектовани, фиктивни критеријум за избор "основног дела и учиниоца". Ако је питање и превише радикализовано, остаје недостатак адекватног одговора. Враћањем на већ поменути конструкцију, овог пута припреме као посебног, дела *sui generis*, проблем се само још једном измешта.

Неуспело подстрекавање је један важан сегмент одустанка од основног принципа акцесорности саучесништва, чак и у његовом најрестриктивнијем смислу.

Близу "проблем" је и случај *omnimodo facturus*. Он утиче на субјективни део појма подстрекавања. Уколико је извршилац већ донео одлуку о извршењу, тада се "подстрекач" појављује као неуспели подстрекач, који би дакле био одговоран по основу покушаја подстрекавања, или у облику **психичког помагања**.²³

Изједначавање неуспелог подстрекавања у субјективном смислу са неуспелим подстрекавањем у објективном смислу по основу **непостојања оба облика или конститутивна елемента подстрекавања у суштинском смислу подрива цело учење о подстрекавању.**

На крају ове групе питања о порозности појма подстрекавања можда треба додати и теоријску могућност ланчаног **подстрекавања**, или подстрекавања на подстрекавање.

У овој конструкцији дозвољава се могућност да у ланцу подстрекача буде више особа. Тад се сви посредници сматрају подстрекачима, јер сваки од њих доприноси да учинилац донесе одлуку о извршењу кривичног дела²⁴. Удаљенији подстрекач не мора познавати остале карике ланца али ни учиниоца кога је "подстрекао".

Последица прихватања ове могућности чини се да директно отвара пут ка модерном схватању партиципације, или моделу о организованом или системском учествовању.

²² Fournier, S., *ibid.*

²³ О могућности мешања садржине појмова саучесничког и извршилачког акта вид. Pradel, J., Varinard, A., *Les grands arrêts du droit penal general*, 4ed. Dalloz, 2003. стр. 404.

²⁴ Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner teil*, Band II, Minhen, 2003. стр. 190.

Саизвршилаштво је други институт који може да послужи "провери" појма саучесништва. Треба подсетити да је саизвршилаштво експлицитно уређено у нашем кривичном праву тек законском реформом из 1976²⁵, али да су и доктрина и судска пракса и пре тога сматрали да се ради о позитивноправном појму. Судска пракса је при томе показивала очигледне проблеме у субсумцији²⁶.

У доктрини, уз мале и не сасвим јасне изузетке²⁷, брањен је став да је саизвршилаштво облик извршилаштва²⁸. Истовремено, међутим, саизвршилаштво је третирано као облик саучесништва у ширем смислу²⁹, насупрот Birkmeyer-овој формули, по којој "Ако саизвршилаштво није вид извршилаштва, по логици ствари извршилац би требало да се појављује као саучесник у извршењу сопственог дела."

Тачка везивања саизвршилаштва и саучесништва је очевидна. То је учешће више лица у извршењу кривичног дела карактеристично и за саизвршилаштво и за саучесништво. Постоји ли онда "саучесништво у ширем смислу"?

Наша теорија је посредно одговарала на ово питање, *de facto* усвајајући овакву хипотезу *a priori*, тражећи одговор на питање разграничења радње саизвршилаштва од других саучесничких радњи³⁰. Истим путем ишла је и наша судска пракса. Заједничка платформа југословенске доктрине и праксе може се свести на два става: (1) да је граница између саизвршилаштва и саучесништва (чији је облик, у ширем смислу, и саизвршилаштво) осенчена, омекшана, да се институти преливају, и да је то, судећи по судској пракси отворило могућност обухватања саучесничких, пре свега помагачких радњи саизвршилашством.

²⁵ Симовић-Хибер, И., Појам саизвршилаштва у југословенском кривичном праву, "Правни живот", бр.12/1981, стр. 14 и даље.

²⁶ Тако се, на пример, тадашњи Врховни суд Југославије, у Пресуди Кж 41/68, "Билтен Врховног суда Југославије", бр. 26/1969, у оправдању кажњивости саизвршилаштва позвао на тадашње чланове 19, 20, 21 и 22 Кривичног законика, односно на све одредбе које су референтне.

²⁷ Срзентић, Н., Стајић, А., и Лазаревић, Љ., Кривично право СФРЈ, општи део, стр. 267. Али и ови аутори касније (стр. 280) говоре о саизвршилашству као извршилашству, Београд, 1978.

²⁸ Димитријевић, Д., Савремено схватање појмова извршиоца кривичног дела и учешћа у кривичном делу, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 4/1957, Телеки, Л., Једна примедба на одредбу члана 22 новог савезног КЗ, "Гласник адвокатске коморе САП Војводине", бр. 7-1978.

²⁹ Таховић, Ј., Кривично право, општо део, Београд, 1961. стр. 282-301.

³⁰ Симовић-Хибер, И., Добровољни одсустанак у кривичном праву док, дис, Београд, 1987. стр. 271 и даље.

Тако порозна граница између саучесништва и саизвршилаштва постаје средство да конститутивни елементи појма првог (саизвршилаштво) исто тако могу бити и део појма другог (помагање), а истовремено и вентил за формирање хибридних кажњивих радњи.

Могуће је упутити логичке, у закључку ћемо показати и правно политичке критике оваквим размишљањима.

Категоријална анализа упућује на велику сложеност проблема.

Ако је саизвршилаштво примарно "извршилачка" категорија, свака његова конкретна форма мора представљати радњу извршења кривичног дела. "Остатак", или учествовање у извршењу дела на други начин, може бити само саучесништво. У, тако посматрано **дифузној** законској норми може се стога препознати отварање, ширење појма саизвршилаштва ка најближим радњама у односу на радњу извршења. То показује и доктрина и судска пракса, покушајима да одбрани формуле о блиској или мање блиској радњи, али и радњи битног или мање битног доприноса.

Саизвршилаштво у ширем смислу, дакле, у оном облику када се не може утврдити партиципација у радњи одређеној бићем кривичног дела подразумева да **она према околностима случаја у функционалном смислу има битно значење за остварење плана извршења дела.**

Траже се материјални и објективни критеријуми у њиховој функционалној вези.

Материјални, у смислу посебног, битног квалитета учешћа. Објективни у смислу "чврстог" везивања за дело, односно битног доприноса реализацији дела.

Функционално, оцена доприноса се нужно везује и процењује у односу на план. План има двоструку или двојну улогу, да потврди своје остварење у конкретној реализацији, али и да *mutatis mutandis* покаже да је само учествовање битно за заједничко деловање и заједнички циљ³¹.

Последња наведена контрадикторност отвара пут закључку о некохерентности класичног права партиципације, које у себи носи потенцијал проширења појмовно оквира.

"Тврдо" поштовање начела легалитета, стриктно и формално поштовање начела *lex certa*, вечити су постулати кривичног права.

Претпоставка је да развој кривичног права представља и развој потврде овог начела, али и његово прилагођавање савременим условима.

Савремене форме испољавања за друштво опасног понашања изазивају, међутим, супротне тенденције. Проширење и субјективизација основних појмова кривичног права, као што су почетак радње извршења, покушај и припремне радње, увек са последицом проширења криминогене зоне, то најбоље показују.

³¹ Бачић, Ф., Коментар казненог закона, Организатор, Загреб, 2004. стр. 161.

То је један од кључева за разумевање вишезначности појма саучесништва, нарочито у односу на саизвршилаштво.

То је, вероватно, и разлог из ког коментатори новог француског Кривичног законика ламентирају над пропуштеном шансом да се на општи начин инкриминише неуспело подстрекавање, јер би по њима то омогућило **генералну контролу** посебних инкриминација које регулишу случајеве неуспелог подстрекавања.

То у суштини значи поверење у (хипо)тезу о хијерархијски вишем положају норми тзв. општег кривичног права, подразумевајући да оне не могу бити дерогиране нижим нормама, а посебно не појединачним инкриминацијама.

То у апсолутном значењу подразумева и поверење у хијерархијски систем норми уређен према принципу општости.

Посебност института међународног кривичног права - удружени злочиначки подухват подржава претходна разматрања на неки начин. Идеја Римског статута Међународног кривичног суда да конструише "скраћену верзију" Општег дела "наднационалног" законика инаугурисањем различитих облика партиципације, укључујући и облик удруженог злочиначког подухвата намерно није разматрана. Анализа би унела конфузију, посебно у оквиру закључка да ни национални правни системи нису дали адекватан одговор на питања о класичним недоследностима теорије партиципације.

*Prof. Dr. Ivana Simovic-Hiber,
a full-time professor*

THE BASIC THEORETICAL MODEL OF THE CRIMINAL ACT PERPETRATOR AND DESTABILIZING EXCEPTIONS

The article starts on the basis of the hypothesis that participation of several persons in one criminal act perpetration (complicity) represents an important example of exception comparing to the essence of the classical model of one perpetrator of one criminal act. Relativisation of conditions for enhancing the punishing scope in the new forms of complicity which is not referred to as such any more (joint criminal enterprise for example), may indicate the modern problems of maintenance of consistency in the normative system. The examples chosen-enhanced interpretation of complicity, primarily failure of inducement, public invitation and co-complicity, show when the individual norms are found in an equal function with general terms (norms) there is the danger of falling apart of the criminal system in classical sense.

*Др Божидар Бановић,
ванредни професор*

UDK: 341.4

ЕВРОПСКИ НАЛОГ ЗА ХАПШЕЊЕ КАО ОБЛИК МЕЂУНАРОДНЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ПОМОЋИ

Увод

Савремени криминалитет одликује се, све више, међународном димензијом и великом мобилношћу његових актера, при чему државне границе не представљају скоро никакав проблем, како извршиоцима за којима се трага у циљу кривичног гоњења, тако и осуђеним лицима. Историјски развој кривичног и кривично процесног права заснива се, између осталог, на схватању да држава може да оствари *ius puniendi* само ослањањем на свој кривични закон и своје судове.¹ Суверенитета држава, као принцип, у примени кривичноправних норми, показао се прилично отпорним на све чешће захтеве, инспирисане одликама савременог криминалитета, за заједничким приступом у спречавању и сузбијању најопаснијих облика криминалитета. Последице одржавања оваквог схватања у материји међународне кривичноправне помоћи такве су да доводе до значајних правних ограничења, како екстрадиције, тако и "мале" међународне кривичноправне помоћи.²

Средином осамдесетих година прошлог века на европском простору интензивирани су различити облици судске сарадње, у чему конвенције из Шенгена имају посебан значај. Шенгенским споразумом од 14. јуна 1985. омогућено је укидање контроле на заједничким границама држава чланица. Ово је водило ближој међусобној сарадњи држава, у вези са спречавањем и сузбијањем криминалитета, услед страха од пораста транснационалног криминалитета, због одсуства граничне контроле. Сходно томе, Конвенција о примени Шенгенског споразума из 1990. године предвиђа низ мера које конкретизују поменути сарадњу.

Закључењем Уговора из Мастрихта 1992. године створена је Европска унија која у политичком смислу почива на три стуба, од којих садржај трећег стуба чине, између осталог, полицијска и судска сарадња у

¹ Златарић, Б., *Међународно кривично право*, Загреб, 1979, стр. 73.

² Крапац, Д., Бирин, В., *Међународна кривичноправна помоћ Право о екстрадицији и другим облицима међународне правне помоћи у кривичним стварима Збирка прописа СФРЈ о међународној кривичноправној помоћи*, Загреб, 1987, стр. 9.

кривичној материји. У оквиру трећег мадришког стуба усвојено је неколико конвенција у области судске сарадње,³ као и конвенције које се односе на одређене аспекте материјалног и процесног кривичног права у државама чланицама.⁴ На тај начин отпочео је процес непосредне хармонизације у области *ius puniendi*, а уједно су, стварањем Еуропола и Европске судске мреже, начињени први кораци у правцу оперативне сарадње која није везана за суверенитет држава чланица.⁵

Амстердамски споразум потписан је 2. октобра 1997. године, а ступио је на снагу крајем маја 1999. године. Према чл. 29. Споразума о Европској унији, један од главних циљева Европске уније јесте да се створи простор у коме владају слобода, безбедност и правда. Унија треба да оствари неколико циљева⁶ и располаже различитим средствима.⁷ Акценат се при

³ Реч је о Конвенцији о Еурополу од 1995. године (Acte du Coseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un office européen de police (convention Europol), J.O.C.E., 1995, N° C 316/1), Напуљској конвенцији о управној и судској сарадњи у области царина од 1998. године (Convention Naples II, Acte du Conseil, J.O.C.E., 1998, C-24/1) и Конвенцији о судској помоћи у кривичној области између држава чланица и Европске уније од 2000. године (Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres et l'Union européenne, J.O.C.E., 1997, 12 juillet 2000); цит. према Бановић, Б. и Илић, Г., *Међународна кривичноправна помоћ и државна заједница Србија и Црна Гора*, Зборник радова: Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора, Београд, 2003, стр. 211.

⁴ Најважније су, свакако, Конвенција о заштити финансијских интереса Европских заједница од 1995. године (Acte du Conseil établissant la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, J.O.C.E., 1995, C-316) и њен први Протокол о корупцији од 1996. године (Acte du Conseil du 27 septembre 1996 établissant le premier Protocole à la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, J.O.C.E., 1996, C-313/1).

⁵ Vervaele, J. A. E., *L'Union européenne et son espace pénal européen: les défis du modèle Corpus Juris 2000*, Revue de droit pénal et de criminologie, N° 9-10, Bruxelles, 2001, p. 781.; цит. према Бановић, Б. и Илић, Г., *Међународна кривичноправна помоћ и државна заједница Србија и Црна Гора*, Зборник радова: Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора, Београд, 2003, стр. 212.

⁶ Чл. 29. Споразума о Европској Унији гласи: „Циљ Европске Уније биће да својим грађанима обезбеди висок ниво безбедности у оквиру подручја слобода, безбедности и правде, тако што ће развити заједничку акцију, обавезујућу за све државе чланице, на пољу полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, као и тиме што ће спречавати и борити се против расизма и ксенофобије. Овај циљ ће се постићи уз помоћ акција спречавања криминала и борбе против њега, без обзира на то да ли се ради о организованом криминалу или не, а нарочито тероризма, трговине људима и прекршаја везаних за злостављање

том ставља на усклађивање кривичног права држава чланица у складу са чл. 31(1)(е) Споразума о Европској унији.⁸

Користећи нове могућности отворене Амстердамским споразумом, на заседању Европског савета у Тампереу 15. и 16. октобра 1999. године усвојен је Акциони план на пољу полицијске и судске сарадње у вези са кривичним делима.⁹ Четири најважније мере биле су: оснивање заједничких истражних тимова, оснивање Евросуда (Eurojust) тела састављеног од националних јавних тужилаца, судија, или полицијских официра да би се олакшала сарадња између органа кривичног гоњења и

деце, незаконите трговине наркотицима и оружјем, затим корупције и преваре, и то путем:

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

⁷ *Bugis*: Члан 34(2) Споразума: „Савет је дужан да предузме мере и промовише сарадњу, користећи се притом одговарајућом формом и процедурама изложеним овде, доприносећи тако остваривању циљева Уније. У ту сврху, уколико делује једногласно на било коју иницијативу било које државе чланице или комисије, савет може да:

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

⁸ Члан 31(1) Споразума о Европској Унији гласи: „Заједничка акција у оквиру правне сарадње о кривичним стварима обухватаће [...] (е) прогресивно усвајање мера уз помоћ којих се утврђују минимална правила која се тичу саставних елемената кривичног дела, као и правила која се тичу казни предвиђених за учествовање у организованом криминалу, тероризму и илегалној трговини дрогама“.

⁹ <http://europa.eu.int/cuoncil/ /index.htm> доступан 22.06. 2007.

координирале кривичне истраге за кривична дела организованог криминала, мере за спровођење начела узајамног признања судских одлука у вези са кривичним стварима као и усклађивање националног кривичног права у различитим секторима. План акције Европске уније усвојен након 11. 09. 2001. заснива се на идејама и појмовима које садрже закључци из Тампереа.

Закључењем поменутих уговора учињени су значајни кораци у правцу операционализације судске сарадње у кривичној области, а постигнут је и хармонизацијски минимум у области материјалног и процесног права земаља чланица.¹⁰ Упркос томе, не може се још увек говорити о европском судском простору и интеграцији у области кривичног правосуђа, будући да је надлежност полиције, јавног тужилаштва и судова и даље омеђена националним границама. Поред тога, "нормативној осмози" кривичног поступка су значајно допринеле и конвенције о међународној кривичноправној помоћи.

Екстрадиција

Екстрадиција се традиционално одређује као правни посао међу државама којим се странац или особа без држављанства, на основу правно уређеног поступка, изручује другој држави да би му се тамо судило за неко кажњиво дело или да би се над њим због тог дела извршила казна или нека друга кривична санкција.¹¹ Када се посматра простор Европе, камен темељац међународне кривичноправне помоћи представља Европска конвенција о екстрадицији, усвојена 13. децембра 1957. године у Паризу. (ЕКЕ)¹² Овом Конвенцијом, материја екстрадиције регулисана је на целовит начин, па с обзиром на то она замењује одредбе свих претходних билатералних споразума. Конвенцију су ратификовале све државе чланице Савета Европе. Ако, након ступања на снагу Европске конвенције, стране потписнице желе да закључе билатералне или мултилатералне споразуме, ови споразуми могу да представљају само "допуну одредби ове Конвенције или олакшавање примене принципа садржаних у њој" (члан 28(2)).

Ова конвенција измењена је и допуњена допунским протоколима из 1975. и 1978. године. Први допуњава члан 3 Конвенције, посвећен политичким деликтима, уз прецизније дефинисање израза "политички деликт". Допуњен је и члан 9 ове Конвенције, у вези са принципом *non*

¹⁰ Vervaele, J. A. E., *op. cit.*, p. 787.

¹¹ Крапац, Д., Бирин, В., *op. cit.*, стр. 24.

¹² Закон о потврђивању Европске конвенције о екстрадицији, са додатним протоколима (Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 10/2001).

bis in idem, како би се повећао обим њене примене и боље заштитила права појединаца. Други протокол, од 17. марта 1978. године, који су ратификовале 32 државе, намењен је олакшавању примене Европске конвенције о екстрадицији на пољу фискалних деликата.

Осим Конвенције и њених протокола, одређена питања везана за екстрадицију уређује Европска конвенција о сузбијању тероризма из 1977. године. Унутар правних оквира Европске уније донете су три конвенције које се у потпуности или делимично односе на екстрадицију:

1. Конвенција из 1990. којом се примјењује Шенгенски споразум из 1985. о поступном укидању провера на заједничким границама

2. Конвенција о поједностављеном поступку екстрадиције између држава чланица Европске уније из 1995. године¹³

3. Конвенција која се односи на екстрадиције између држава чланица Европске уније из 1996. године.¹⁴

Може се закључити да је ситем екстрадиције успостављен поменути Конвенцијама имао низ недостатака. С једне стране постојале су резерве у односу према политичким кривичним делима и изручењу властитих држављана, којима су државе чланице махом користиле, а с друге, због оклевања с њиховом ратификацијом, ниједна од конвенција није ни до данас ступила на снагу. Чак се државама кандидатима за чланство у Европској унији намеће обавеза ратификације конвенција које истовремено државе чланице нису ратификовале.

“Изручење је било суверени акт државне власти, поступак изручења био је управне природе, а водио се преко надлежних министарстава (најчешће министарства вањских послова). Чак и у државама у којима су о изручењу одлучивала судбена тијела, коначну одлуку о изручењу доносио је надлежни министар на темељу дискрецијских овласти. Постојале су и многобројне резерве односно запреке за изручење, као што су забрана изручења за фискална и политичка казнена дјела, забрана изручења властитих држављана, те начело двоструке кажњивости према којем радње изрученика морају бити казнено дјело и у држави која тражи изручење и у држави која га изручује. Поступак изручења био је дуготрајан и комплексан, смјештен у подручје политике, а не права те утемељен на парадигми аутаркичног националног казненоправног сустава. Стварањем заједничког простора ЕУ са слободним кретањем људи укинута су граничне контроле које су отежавале прекогранични бијег починиоцима казних дјела.”¹⁵

¹³ ОЈЕС, С 78, 30. март 1995.

¹⁴ ОЈЕС, С 313, 23. октобар 1996.

¹⁵ Ђурђевић, З.: *Еуропски суд правде и легијимитет еуропској ухидбеној налоја*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, вол. 14, број 2/2007, стр. 1023

Са друге стране непостојање супранационалних европских органа кривичног гоњења и ограничење овлашћења националних органа кривичног гоњења на домаћу територију, довело је до успостављања подручја у којем се криминалци могу слободно кретати, али не и полиција, тужиоци и судови. Како би се одржала каква, таква ефикасност кривичноправне репресије, било је јасно да се мора створити бољи оквир за полицијску и правосудну сарадњу држава чланица те пронаћи нови модалитети којима ће се превазићи препреке традиционалног поступка екстрадиције.

Европски налог за хапшење

Упркос тежњи да се изгради свеобухватан и ефикасан правни оквир, којим би се спречило избегавање кривичног гоњења и извршења кривичних санкција, уз коришћење суверенитета држава у кривично-правној области као заклона, и даље су постојала значајне препреке ефикасној сарадњи европских држава у овој области. Основне примедбе оваквом систему односиле су се на сложеност и посебно дужину поступка екстрадиције, те на бројне резерве које су државе ставиле приликом ратификације поменутих Конвенција.

Прве идеје о замени постојећег система изнесене су у Закључцима усвојеним на састанку Савета Европске уније у Тампереу 1999. године. Савет ја тада закључио да у односима између држава чланица треба укинути формални поступак изручења за лица која, након што су правноснажно осуђена, беже од правде, док би за остала лица поступак изручења требало убрзати. То би се, према поменутих Закључцима, требало остварити применом начела узајамног признања одлука донетих у кривичном поступку, а формално би се донела Оквирна одлука¹⁶, као обавезујући инструмент за све државе чланице Европске Уније.

¹⁶Оквирне одлуке биле су нов правни инструмент Европске Уније уведен 1997. године Уговором о Европској унији из Амстердама. Наиме, у 6. поглављу тога уговора налазе се одредбе о полицијској и правосудној сарадњи између држава чланица у кривичним стварима (чл. 29.- 42. Уговора о Европској унији). Као једна од мера за унапређење полицијске и правосудне сарадње између држава чланица, предвиђена је и могућност доношења Оквирних одлука Савета ЕУ (чл. 34. ст. 2. (б)). Савет може доносити оквирне одлуке на основу једногласне одлуке донете на предлог Комисије или било које од држава чланица. Циљ оквирних одлука је уједначавање закона и прописа држава чланица у овом подручју. Оквирне одлуке обвезују државе чланице у смислу да их морају прихватити, али се не могу директно применити, што значи да свака држава чланица мора донети одговарајуће прописе којима имплементира оквирну одлуку у национални правни систем, притом слободно одлучујући о облику и методу којим ће то учинити..

Након тога, Савет Европске уније, 30. новембра 2000. године, усвојио је програм мера за примену начела узајамног признања одлука донетих у кривичном поступку. Начело узајамног признања значи аутоматско признавање и извршење судских одлука једне државе чланице од стране судова друге државе чланице (*principle of mutual recognition*). Примена овог начела доводи до “слободнога кретања судских одлука”. Ради се заправо о економском начелу (слободнога кретања добара) које је пренесено у подручје права.

Европски налог за хапшење прва је мера на подручју кривичног права којом се реализује начело узајамног признања судских одлука, које начело се сматра каменом темељем судске сарадње између држава чланица и на тај начин успоставља европски “простор слободе, безбедности и правде”. Због искуства са спором ратификацијом Конвенција, одлучено је да се Европски налог за хапшење имплементира посредством Оквирне одлуке.

Предлог за доношење Оквирне одлуке о Европском налогу за хапшење поднела је Европска Комисија 27. новембра 2001., а своје мишљење о предлогу дао је и Европски парламент.¹⁷ Савет Европске уније 13. 06. 2002. године донео је Оквирну одлуку о Европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава чланица (у даљем тексту Оквирна одлука).¹⁸

Европски налог за хапшење (у даљем тексту: Налог) је судска одлука донета од једне државе чланице ради лишења слободе и **предаје** траженог лица од стране друге државе чланице, са циљем кривичног гоњења или извршења затворске казне или одлуке о притварању. (чл. 1. ст. 1. Оквирне одлуке)

Реч је, дакле, о судској одлуци државе чланице, чиме се наглашава да је доноси судска власт, под којом се овде подразумевају не само надлежни суд, већ и други органи надлежни за кривично гоњење у датој држави, при чему су полиција, односно административне одлуке, изричито искључени.¹⁹ Имајући у виду чл. 8. под (ц) Оквирне одлуке, који наглашава да Налог мора садржати доказе о извршној пресуди, наредби за хапшење или било којој другој судској одлуци која има исто дејство, а која улази у подручје примене

¹⁷ European Parliament legislative resolution on the proposal for a Council framework decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States

¹⁸ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:HTML>
Објављено у: OJ L 190 од 18.07.2002

¹⁹ Proposal for a Council framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States, Official Journal 332 E , 27/11/2001, стр. 0305 - 0319

чл. 1. и 2, може се закључити да је потребно разликовати одлуке на основу којих се може издати Европски налог за хапшење и сам Европски налог за хапшење као посебну одлуку суда. Ради се, дакле, о одлукама донетим у држави издавања Налога, на основу којих надлежне судске власти те државе могу издати Европски налог за хапшење.

Налог, у ствари садржи четири обавезе за државу којој се упућује. Наиме, он може представљати захтев за помоћ у потрази, за лишење слободе, притварање и предају тражене особе. Према ранијем систему, успостављеном Конвенцијом из 1957. године, постојала су два стадијума поступка екстрадиције, иницирана прво захтевом за привремено лишење слободе, а затим захтевом за изручење. Европским налог за хапшење, кроз примену начела узајамног признања судских одлука, сублимира та два стадијума, чиме се поступак знатно поједностављује и убрзава.²⁰

Државе које су примиле Налог дужне су да га изврше на основу начела узајамног признања судских одлука, које омогућава аутоматско извршење Налога, при чему се у погледу лишења слободе не спроводе никакве провере, док је у погледу изручења (предаје) тражене особе (као и притварања) извршина судска власт дужна извршити Налог, ако је то у складу с одредбама Оквирне одлуке, односно у складу са домаћим прописом, који се Оквирна одлука имплементира.²¹

Оквирна одлука поклонила је одговарајућу пажњу поштовању и заштити основних људских права лица против којих се Налог издаје. Преамбула Оквирне одлуке у тачки 12. позива на поштовање права и начела изражених у чл. 6. Уговора о Европској унији и поглављу VI Повеље о основним правима Европске уније, а садржи и антидискриминациону клаузулу, којом се, у ствари, одобрава одбијање предаје у случају основаних разлога за веровање да је циљ Налога дискриминација по основу пола, расе, религије, етничког порекла, држављанства, језика, политичког мишљења или полне оријентације. Даље, у чл. 1. ст. 3 Оквирне одлуке стоји да Оквирна одлука неће имати дејство којим би се промениле обавезе поштовања основних права и правних начела који су садржани у чл. 6. Уговора о Европској унији. Такође, у чл. 11. Оквирне одлуке садржано је право лица, ухапшеног на основу Налога, на браниоца и тумача у складу са прописима државе која Налог извршава.

²⁰ Ibid

²¹ Оквирна одлука не може се директно применити у националним правним системима, већ је потребно донети имплементирајуће прописе (чл. 34. Оквирне одлуке). Државе чланице биле су дужне да донесу поменуте прописе до 31.12.2003. године.

1. Кривична дела на која се Налог односи

Налог се може издати за кривична дела кажњива према прописима државе издавања Налога затворском казном или мером безбедности у максималном трајању од најмање 12 месеци, односно ако је казна или мера безбедности већ изречена, њено трајање мора бити најмање 4 месеца. Међутим, кључна одредба у погледу подручја примене Налога је одредба чл. 2. ст. 2. Овом одредбом, за већи број кривичних дела искључује се провера постојања обостране кажњивости и налаже извршење Налога чак и у случају да поједина од тих кривичних дела нису кажњива по праву државе извршења Налога.

Кривична дела на која се ова одредба односи морају бити кажњива казном или мером безбедности од најмање 3 године, а ради се о следећим кривичним делима: учешће у злочиначкој организацији, тероризам, трговина људима, сексуална експлоатација деце и дечија порнографија, противзаконита трговина дрогама и психотропним супстанцама, противзаконита трговина оружјем, муницијом и експлозивима, корупција, проневера, укључујући ону која иде на штету финансијских интереса Европске уније, прање имовинске користи прибављене кривичним делом, фалсификовање новца, укључујући евро, компјутерски криминалитет, кривична дела против животне средине, укључујући противзакониту трговину угроженим животињским и биљним врстама, успостављање незаконитог уласка и боравка, убиство, тешка телесна повреда, противзаконита трговина људским ткивом и органима, отмица, противправно лишење слободе и узимање талаца, расизам и ксенофобија, организовано или оружаном разбојништво, противзаконита трговина културним добрима, превара, рекетирање и изнуда, фалсификовање и незаконито умножавање производа (пиратство), фалсификовање службених исправа и трговина тим фалсификатима, фалсификовање средстава плаћања, противзаконита трговина хормонским супстанцама, противзаконита трговина нуклеарним и радиоактивним материјалом, трговина украденим возилима, силовање, паљевина, кривична дела која спадају у надлежност Међународног кривичног суда, отмица ваздухоплова и бродова, саботажа.

Листа кривичних дела није коначна, јер Савет ЕУ има овлашћење да, после консултација са Европским парламентом, **једногласно** прошири листу и другим кривичним делима. (чл. 2. ст. 3. Оквирне одлуке). За кривична дела која се не налазе на листи, држава која извршава Налог може, на основу сопствених имплементирајућих прописа, условити предају чињеницом да конкретно кривично дело мора бити кажњиво и по њеном праву.

На овај начин, из основе се мења традиционални систем екстрадиције, који је скоро апсолутно искључивао могућност изручења, ако конкретно кривично дело није кажњиво по праву државе која поступа по захтеву за изручење. На тај начин Налог, на подручју Европске уније, знатно сужава

простор за евентуално избегавање кривичног гоњења извршиоцима поменутих кривичних дела.

2. Претпоставке за извршење Налога

Оквирна одлука у чл. 3. и 4. предвиђа и разлоге због чијег постојања држава чланица мора, односно може одбити извршење Налога. Чланом 3. предвиђени су, дакле, обавезни (држава мора унети ове разлоге у имплементирајући пропис), а чл. 4. факултативни (држава може и ове разлоге унети у имплементирајући пропис) разлози за одбијање извршења налога.

Као обавезни разлози (апсолутне сметње) наведени су следећи:

- ако је кривично дело на које се налог односи обухваћено **амнестијом** у држави извршења налога, а та држава била је надлежна за кривично гоњење за то кривично дело према сопственом кривичном праву,
- ако је извршна судска власт обавештена да је држава чланица већ донела правноснажну пресуду за исто лице за исто кривично дело, под условом да је, ако је лице осуђено, казна извршена, да се извршава или да се више не може извршити по праву државе чланице која је донела осуђујућу пресуду (*ne bis in idem*)²²,
- ако, према праву државе извршења налога, лице на које се Налог односи не може због својих година бити кривично одговорно за дело на које се Налог односи.

Као факултативни разлози (релативне сметње) у Оквирној одлуци наведени су следећи:

- Ако се ради о кривичном делу, ван листе дела из чл. 2. ст. 2. Оквирне одлуке, које није кажњиво по праву државе извршења налога. Међутим, држава извршење Налога не може одбити његово извршење само због тога што нема исту врсту пореза, такса, царина или девиза, а кривично дело се односи на неку од ових области,
- ако се у држави извршења Налога против траженог лица води кривични поступак за оно кривично дело на које се Налог односи,
- ако су правосудни органи државе извршења Налога одлучили да се кривично не гони лице за дело из Налога или обустави кривични поступак за то дело или ако је у некој од држава чланица, за исто дело, већ изречена правноснажна пресуда, која онемогућава даље поступање
- ако је, према праву државе извршења Налога, наступила застарелост кривичног дела или кривичног гоњења, а она је, према сопственом законодавству, имала надлежност за кривично гоњење тог кривичног дела,

²² О утицају начела *ne bis in idem* на извршење Налога види: Van der Wilt, H., *The European Arrest Warrant and the principle ne bis in idem*, Handbook on the European Arrest Warrant, TMC Asser Press, The Hague, 2005. стр. 99-118.

- ако је трећа држава, ван Европске уније, донела правноснажну судску пресуду за тражено лице за кривично дело, које је предмет Налога, а према праву те државе казна је већ извршена, или се извршава или се више не може извршити,

- Ако је Налог издат ради извршења казне затвора или мере безбедности, а лице је држављанин, или има пребивалиште или боравиште на територији државе извршења Налога, она може одбити извршење налога под условом да преузме извршење казне или мере безбедности, у складу са својим правом.

- Ако се Налог односи на кривична дела која су према праву државе извршења Налога извршена на њеној територији или месту које је са тим изједначено или су извршена ван њене територије, а по њеном праву није дозвољено кривично гоњење за та дела, кад су извршена ван њене територије.

Посебне одредбе Оквирне одлуке регулишу ситуације у којима држава извршења Налога може захтевати додатне гаранције од државе која је Налог издала, како би Налог био извршен:

- Ако је у држави издавања Налога донета пресуда у одсуству (*judgements in absentia*)²³ оптуженог лица, од ње се може тражити гаранција да ће осуђено лице, после предаје, имати право да тражи поновно суђење и присуствовање изрицању пресуде,

- Ако је у држави издавања Налога изречена затворска казна или мера безбедности у доживотном трајању, од те државе могу се тражити гаранције да ће осуђено лице имати право (према домаћим прописима) на ревизију казне или мере безбедности, на сопствени захтев или најкасније после 20 године, или да ће моћи да тражи помиловање.

- Ако је лице држављанин или има пребивалиште у држави извршења Налога, од државе издавања Налога могу се тражити гаранције да ће лице, након изрицања казне или мере безбедности, бити враћено у државу извршења Налога, ради издржавања изречене казне или мере безбедности.

3. Поступак издавања и извршења Налога

За реализацију поступка поводом Налога надлежни су правосудни органи, односно они правосудни органи које државе чланице, имплементирајућим прописима, прогласе надлежним, о чему су дужне да обавесте Главни секретаријат Савета ЕУ (чл. 6. ст. 3. Оквирне одлуке).

Улога органа извршне власти сведена је на најмању могућу меру и ограничена је на стварање услова и помагање правосудним органима у

²³ Свака пресуда донета од суда након кривичног поступка, у главној расправи, којој осуђено лице није лично присуствовало, под условом да је благовремено обавештено и да својевољно није присуствовало.

реализацији поступка издавања и извршења Налога. Или, како се то изричито наводи у тачки 9. Преамбуле Оквирне одлуке, та улога је практична и административна. За разлику од традиционалног система екстрадиције, где је улога извршне власти одлучујућа, јер коначну одлуку о изручењу доноси управо неки орган извршне власти, систем успостављен Налогом омогућава директан контакт надлежних правосудних власти држава чланица, а коначну одлуку о извршењу Налога доноси, такође, надлежни правосудни орган. Крајњи ефекат оваквог система је деполитизација поступка екстрадиције, што представља “корак од седам миља”, у односу на дотадашње стање.

Налог, према Оквирној одлуци (чл. 8) има стандардизовану садржину а основни циљ је да надлежни правосудни орган државе извршења Налога, на основу такве садржине, може донети одлуку, без тражења додатних информација од правосудних органа државе издавања Налога.

Налог се мора превести на један или више службених језика државе која Налог извршава, при чему свака држава чланица може прихватити да прима налоге на једном од службених језика, који су у употреби у институцијама Европске уније.

Налог се упућује директно надлежном правосудном органу државе на чијој територији се налази тражено лице. Уколико би налог био послат ненадлежном правосудном органу то не би штетило поступку реализације Налога, с обзиром да би Налог био прослеђен надлежном правосудном органу, а држава издавања Налога била би о томе обавештена. (чл. 10. ст. 6. Оквирне одлуке.) Међутим, ако се не зна где се тражено лице налази, предвиђено је да држава издавања Налога може користити услуге Шенгенског информационог система, путем којег упућује знак за узбуну и на тај начин, иницира тражење конкретnog лица на територији свих држава чланица.

Посебно је значајно да би поменути знак за узбуну, под условом да садржи све податке које мора садржати и “прави” Налог, могао имати исто правно дејство као и Налог, што значи да, када се лице пронађе, не би било потребно издавати посебан Налог. Међутим, пошто Шенгенски информациони систем не може још увек да подржи пренос свих података који се траже, знак за узбуну, ипак, има само дејство потернице, а када се лице пронађе, држава мора издати Налог за хапшење. (чл. 9. ст. 3 Оквирне одлуке)

Налог се може упутити коришћењем уобичајених канала система заштићених телекомуникација Европске судске мреже, Шенгенског информационог система или уз помоћ Интерпола. Државе могу, имплементациским прописима, укључити и органе извршне власти у комуникацију поводом упућивања и пријема Налога.

Налог се првенствено односи на проналажење и лишење слободе траженог лица, а само од државе извршења Налога и њеног законодавства, односно одлуке надлежног правосудног органа, зависи да ли ће траженом

лицу бити одређен и притвор. Наиме, Оквирна одлука не обавезује државу извршења Налога да одреди притвор траженом лицу. Она то може учинити, само под условима предвиђеним својим законодавством и само одлуком надлежног правосудног органа. Оквирна одлука предвиђа могућност привременог пуштања на слободу притвореног лица, али само кад национално право државе извршења Налога предвиђа такву могућност и уз услов да надлежни органи те државе предузму све потребне мере за спречавање његовог бекства.

Лице лишено слободе поводом Налога има могућност да пристане на предају, а у случају да не пристане, има право да буде саслушано према прописима државе извршења Налога.

Пристанак на предају је могућност која је уведена, првенствено, ради убрзавања и ефикасности поступка предаје. Наиме, у случају пристанка траженог лица на предају, рокови за доношење одлуке о предаји знатно су краћи. Лице лишено слободе на основу Налога мора бити обавештено да има право да да изјаву да пристаје на предају. (чл. 11. ст. 1. Оквирне одлуке) Међутим, евентуални пристанак не доводи аутоматски до предаје, нити утиче на одлуку надлежног правосудног органа државе извршења Налога, у оном делу који се односи на испуњеност услова за предају, предвиђених Оквирном одлуком и домаћим имплементацијским прописима.

Држава извршења Налога дужна је да обезбеди услове да пристанак буде дат добровољно и да из саме изјаве недвосмислено произилази да је пристанак дат. Изјава о пристанку мора бити дата у форми коју предвиђа национално законодавство државе извршења Налога. Пристанак, у принципу, не може бити опозван, али државама чланицама остављена је могућност да у прописима којима се Оквирна одлука имплементира, предвиде могућност опозивања пристанка и у том случају о томе обавесте Главни секретаријат Савета. (чл. 13. ст. 4. Оквирне одлуке)

Ако нема пристанка, тражено лице има право да буде саслушано, како би изнело аргументе против реализације Налога и препреке које евентуално стоје на путу његовог извршења. Саслушање ће бити обављено у форми предвиђеној законодавством државе извршења Налога, а траженом лицу ће се, у циљу реализације права на саслушање, омогућити стручна помоћ браниоца и тумача.

Саму одлуку о предаји траженог лица доноси надлежни правосудни орган државе извршења Налога, на основу процене да ли су испуњене претпоставке предвиђене Оквирном одлуком и домаћим имплементацијским законодавством. Налог се, дакле, када је сама предаја траженог лица у питању, не извршава аутоматски, него је потребна посебна одлука. Одлука ће, пре свега зависити од постојања евентуалних сметњи (апсолутних или релативних) за предају, а утврђивање постојања тих сметњи зависиће од података који су садржани у самом Налогу. При томе, држава издавања Налога може, док траје поступак допунити Налог додатним подацима, а

надлежни правосудни орган државе извршења Налога, такође, како би донело правилну одлуку, може тражити додатне податке. Комуникација се одвија директно, између надлежних правосудних органа, чиме су избегнути дипломатски канали комуникације, што цео поступак чини знатно ефикаснијим.

Оквирна одлука регулише и ситуацију конкуренције два или више Налога, као и Налога и класичног захтева за изручење који је издала трећа држава. У првом случају, држава извршења Налога одредиће приоритет узимајући у обзир све околности случаја, а нарочито тежину кривичног дела и место извршења, датум пријема Налога, као и да ли је Налог издат ради кривичног гоњења или извршења кривичне санкције (чл. 16. ст. 1. Оквирне одлуке). Исте околности, уз околности предвиђене одговарајућим Конвенцијама за решавање сукоба више захтева за изручење, узмеће се у обзир и у другом случају. Занимљиво је да је у Предлогу Оквирне одлуке било предвиђено да Налог има приоритет у односу на захтев за изручење, који би био упућен од стране треће државе која није потписала Конвенцију о екстрадицији из 1957. године, али је у коначном тексту то промењено.

Ефикасности поступка предаје на основу Налога особито доприносе прописани рокови за поступање по Налогу (доношење одлуке и сама предаја). Општа одредба Оквирне одлуке која се тиче рокова (чл. 17. ст. 1), предвиђа да је поступак хитан. За случај пристанка траженог лица на предају, одлуку о предаји *шребало би донети* (should be taken) у року од 10 дана од пристанка. Ако пристанка нема, рок за доношење одлуке о предаји је 60 дана од лишења слободе траженог лица. Овај рок обухвата и евентуални поступак по жалби, ако је жалба предвиђена имплементацијским законодавством државе извршења Налога.²⁴ Прописани рокови за доношење одлуке о предаји могу се продужити за још 30 дана у посебним случајевима, о чему је држава извршења Налога дужна да одмах обавести државу издавања Налога, уз образложење разлога за продужење рока. Међутим, за непоштовање поменутих рокова нема никакве посебне санкције нити непосредних правних последица за државу извршења Налога, као ни користи за тражено лице, осим што би се, прилико оцене имплементације Оквирне одлуке од стране Савета, могло констатовати да конкретна држава не испуњава обавезе преузете Оквирном одлуком.

Ради ефикасности поступка, у периоду док теку рокови за доношење одлуке о предаји, предвиђен је и привремени трансфер траженог лица у земљу издавања Налога, али само када је Налог издат због кривичног гоњења тог лица. Тиме се омогућава држави издавања Налога да започне или заврши кривични поступак против траженог лица, и пре коначне одлуке о предаји.

²⁴ Proposal for a Council framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States, Official Journal 332 E , 27/11/2001, op. cit.

Услови и трајање привременог трансфера регулишу се посебним споразумом надлежних правосудних органа, али лице би, у свако доба, морало бити доступно за повратак у земљу извршења Налога. (Чл. 18. Оквирне одлуке) Међутим, држава извршења Налога може одлучити да не дозволи овај трансфер, већ да сама саслуша тражено лице поводом кривичног дела због којег се тражи, чиме се у ствари, онда спроводи поступак пружања међународне кривичноправне помоћи, саслушањем окривљеног лица. (чл. 19. Оквирне одлуке)

Што се тиче саме предаје, она *мора* бити извршена што је пре могуће, али најкасније 10 дана од дана доношења коначне одлуке о предаји, а о конкретном датуму предаје споразумно одлучују надлежни правосудни органи држава издавања и извршења Налога. (чл. 23. Оквирне одлуке) У случају неотклоњивих сметњи које би спречиле предају (случајеви више силе), надлежни правосудни органи двеју држава ступиће у контакт како би договорили нови датум предаје, а предаја мора бити извршена најкасније 10 дана од тог датума. У супротном, лице које је у притвору, по протеклу поменутог рока од 10 дана мора бити пуштено на слободу. Сличан поступак и исти рок, предвиђени су и за ситуацију када постоје озбиљни хуманитарни разлози (у Оквирној одлуци спомиње се ситуација у којој би предаја озбиљно угрозила живот или здравље траженог лица). На овај начин, посредно се одређује и максимално трајање притвора за тражено лице, јер после протекла свих описаних рокова, лице се мора пустити на слободу.

Оквирна одлука регулише и питање евентуалног одузимања имовине (чл. 29. Оквирне одлуке) и трошкова извршења Европског налога за хапшење (чл. 30. Оквирне одлуке). На захтев државе издавања Налога или на сопствену иницијативу, држава извршења Налога може одузети и предати имовину која може послужити као доказ или која је настала као резултат кривичног дела. Ако би та имовина могла бити предмет одузимања или конфискације на територији државе извршења Налога, она је може привремено задржати, или предати држави издавања Налога, али под условом да буде враћена. Сва евентуална права државе извршења Налога или трећих лица на поменутој имовини биће сачувана.

Трошкови поступка извршења Налога настали на територији државе извршења налога, падају на њен терет, а сви остали трошкови на терет државе издавања Налога.

Основне карактеристике новог система екстрадиције у оквиру Европске уније могу се свести на следеће: “Надлежни субјекти поступка изручења нису више државе чланице, већ судови држава чланица који на темељу узајамног повјерења у правне системе аутоматски признају одлуке о ухидбеним налозима судова других држава. Оквирна одлука укинула је начело двоструке кажњивости за тежа таксативно наведена казнена дјела, забрану изручења властитих држављана и забрану изручења за фискална и политичка казнена дјела. Нови поступак предаје не само да је деполитизиран већ је искључењем

многих резерви као и провјере основаности захтјева постао учинковитији и бржи свевиши просјечно вријеме извршења налога са 9 мјесеци на 45 дана..²⁵

Уместо закључка - Примена Европског налога за хапшење

С обзиром да се Оквирна одлука не може директно применити, државе чланице Европске уније биле су дужне да до 31. 12. 2003. године донесу прописе којима ће омогућити њену примену од 01. 01. 2004. године, а текстове прописа доставе Главном секретаријату Савета и Европској комисији.²⁶ При томе, свака држава чланица могла је изјавити да ће одмах примењивати Оквирну одлуку у односима с оним државама чланицама које су дале исту изјаву. (чл. 34. Оквирне одлуке) Такође, успостављен је механизам контроле извршења ових обавеза, јер Комисија је добила задатак да до 31. 12. 2004. године Европском Парламенту и Савету Европске уније поднесе извештај о примени Оквирне одлуке, што је она и учинила у два наврата.²⁷

Оквирну одлуку данас примењују све државе чланице Европске уније. Међутим, имплементација Оквирне одлуке у национална законодавства држава чланица, па тиме и практична примена новог система екстрадиције који је њоме уведен, није прошла без проблема. Поједине државе чланице, попут Италије, нису поштовале рок за доношење имплементацијских прописа. Друге државе, према Извештају Комисије²⁸, приликом доношења имплементацијских прописа, тумачиле су Оквирну одлуку на начин супротан њеном духу, а више или мање су и одступале од њених одредаба, што је изазвало оштре критике Комисије, уз став да су поједине државе погрешно примениле Оквирну одлуку. Ово се нарочито односи на одредбе о предаји сопствених држављана, јер су неке државе дале предност својим уставима,

²⁵ Ђурђевић, З.: *Еуропски суд њавде и леишшмшшеш еуройскої ухидбеной налоїа*, op.cit. стр. 1024

²⁶ Подаци о имплементацији Оквирне одлуке у национална законодавства држава чланица, као и искуствима у њеној примени доступни на Интернет адреси: http://www.consilium.europa.eu/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?id=66&lang=EN&cmsid=720, доступно на дан 22.05.2009.

²⁷ *Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, (revised version) Brussels, 24.1.2006 COM(2006)8 final.

Извештаји доступни на Интернет адресама: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0063:EN:HTML> и <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006DC0008:EN:HTML>, оступно на дан 22.05.2009.

²⁸ *Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002.....*, op. cit.

којима је забрањена предаја држављана, и на тај начин одступиле од једне од кључних идеја Оквирне одлуке. Наиме, пре доношења Оквирне одлуке у 14 од 25 држава чланица устава су садржали одредбе о забрани или значајним ограничењима изручења сопствених држављана.²⁹

То је изискивало или промену уставних одредби³⁰ или реакцију Уставних судова, како би се оценила сагласност имплементацијских прописа са Уставом. Финска је усвојила закон о имплементацији у оквиру посебне процедуре (усвајање закона који није у складу са одредбама устава, за шта је потребна иста већина приликом гласања, као и за усвајање амандмана на устав).³¹ Осим тога, још четири од 14 устава (естонски, италијански, литвански и холандски) омогућавају изручење држављана, на основу обавеза дефинисаних споразумима. Ипак, у бар пет земаља чланица, обавеза предаје држављана на основу Налога уведена је у националне законе, упркос чињеници да није у складу са уставом. У осталим државама (нпр. Француска, Грчка и Луксембург), обавеза предаје држављана на основу Налога представља део националних закона, и поред супротних уставних одредби. Дакле, не изненађује чињеница да је у више земаља, убрзо по ступању на снагу Оквирне одлуке, оспорена уставност предметних закона.³²

У Пољској, Немачкој, на Кипру, Грчкој и Чешкој Републици Уставни судови разматрали су сагласност имплементацијских прописа са Уставом, а резултати су показали да би примена Налога била супротна Уставима тих

²⁹ То су Аустрија, Кипар, Чешка Република, Естонија, Финска, Немачка, Италија, Летонија, Литванија, Холандија, Пољска, Португал, Словачка, Словенија; види: Deen-Racsmay, Z., *Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court*, Leiden Journal of International Law, 20, 2007., стр. 170.; Deen-Racsmay, Z., *The European Arrest Warrant and the Surrender of Nationals Revisited: The Lessons of Constitutional Challenges*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2006., Vol. 14 Issue 3, стр. 271-306

³⁰ Немачка, Португал, Словачка и Словенија су усвојиле амандмане на устав, како би га прилагодили постојећој обавези предаје држављана, види: Види чл. 16(2) Немачког устава, доступно на: http://www.oefre.unibe.ch/law/lit/the_basic_law.pdf., Члан 33(3) Устава Португала, на http://www.parlamento.pt/ingles/cons_leg/crp_ing; Члан 23(4) Устава Словачке, на http://www.vop.gov.sk/en/legal_basis/constitution.html; Члан. 47 Устава Словеније, на <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>, доступно на дан 23.05.2009.

³¹ Ojanen, T., *The European ArrestWarrant in Finland: Taking Fundamental and Human Rights Seriously*, у Guild, E. (ed.), *Constitutional Challenges to the European ArrestWarrant* (2006), 89, at 94, цит. Према Deen-Racsmay, Z., *Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court...*

³² Deen-Racsmay, Z., *Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court*, op.cit. стр. 171.

држава.³³ Овакви ставови Уставних судова могли би се превазићи једино одговарајућим променама Устава.

Међутим, можда највећи значај за примену Оквирне одлуке и новог система екстрадиције има одлука Европског суда правде, у поступку који је покренут на захтев Уставног суда Белгије, у оквиру поступка за оцену уставности белгијског имплементацијског законодавства покренутог на захтев адвокатског друштва *Advocaten voor de Wereld*. Претходна питања односила су се на могућност регулисања материје изручења Оквирном одлуком, с обзиром да је оно уређено Конвенцијама, односно да ли је регулисање ове материје могуће Оквирном одлуком према Уговору о Европској унији, те на сагласност укидања принципа обостране кажњивости за одређена кривична дела с начелом законитости и начелом једнакости односно забраном дискриминације.³⁴ Европски суд правде по оба питања изјаснио се позитивно, односно потврдио је сагласност Оквирне одлуке са Уговором о Европској унији, односно заузео став да листа од 32 кривична дела за које се не захтева поштовање принципа обостране кажњивости није супротна начелу законитости, нити доводи до дискриминације.³⁵

Без обзира на поменуте тешкоће и ограничења, које намећу национална законодавства, Налог се ипак примењује и показује своје добре стране. Комисија у свом Извештају истиче да је до септембра 2004. Налог коришћен у чак 2000 случајева, а да је то резултирало са 653 лишења слободе и 104 предаје, те да је просечно време трајања поступка изручења сведено са 9

³³ Judgment of 27 April 2005 by the Polish Constitutional Tribunal (hereinafter PCT) (File reference No. P 1/05; доступно на: <http://www.trybunal.gov.pl/eng>; the Judgment of the German Federal Constitutional Court of 18 July 2005 (BVerfG, 2 BvR, Absatz-Nr.(1–201), доступно на:

http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html); Decision No. 295/2005 of the Supreme Court of Cyprus Council Document No. 14281/05, 11 November 2005, Ann. B, доступно на:

http://www.consilium.europa.eu/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?lang=EN&cmsid=545&id=138); Decision No. 591/2005 of the Areios Pagos (Council Document No. 11858/05, 9 September 2005, Ann. A, доступно на:

http://www.consilium.europa.eu/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?lang=EN&cmsid=545&id=78.; decision of the Czech Constitutional Court (NO. Pl. U' S 66/04 of 3 May 2006, доступно на: <http://www.eurowarrant.net>), цит. према: Deen-Racsmay, Z., *Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court*, стр. 171

³⁴ Више о захтеву Уставног суда Белгије и одлуци Европског суда правде види: Ђурђевић, З.: *Еуропски суд правде и лејитимитет еуропској ухвобеној налоја....op.cit.*

³⁵ Пресуда Европског суда правде доступна:

http://www.consilium.europa.eu/cms3_Applications/applications/PolJu/details.asp?id=66&lang=EN&cmsid=720, доступно на дан 23.05.2009.

месеци на 43 дана, а у случају пристанка траженог лица на 13 дана. Осим тога, у више од половине случајева тражено лице дало је изјаву о пристанку на предају.

Prof. Dr. Bozidar Banovic
an associate professor

EUROPEAN ARREST WARRANT AS A FORM OF INTERNATIONAL LEGAL AND CRIMINAL ASSISTANCE

The Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States was adopted by the Council of the European Union on 13 July 2002. The aim of the Framework Decision was to establish new system of extradition with a quicker and more effective surrender procedure. New system is substantially based on direct communications between judicial authority of member states. In this article author introduced key provisions of Framework Decision, analyzed their extent and importance, and problems of implementation Framework Decision in national legislation and practical application of the European arrest warrant.

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

1. Уводне напомене

На таласима промена кривичнопроцесног законодавства Србије које су започете доношењем Законика о кривичном поступку 2001. године¹, институт споразума о признању кривице или тзв. судска нагодба, нашао је пут и начин да последњим изменама и допунама овог законског текста из августа месеца 2009. год.² буде сврстан међу законодавне инструменте чији је задатак стварање нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка који је већ дуго, рекло би се оправдано, на мети критика јавности али и предмет многих по нас неповољних одлука Европског суда за људска права.³ Правосуђе у Србији је суочено са великим проблемима који се тичу недопустиво великог броја предмета у заостатку и значајног прилива нових, а у вези са тим стоји и опште мишљење да судски поступци трају неоправдано дуго што ствара слику о неефикасном и нефункционалном систему које није у стању да заштити основна људска права и слободе својих грађана који бивају приморани да правду потраже пред Европским судом за људска права.

Одредбе Европске конвенције о људским правима и бројних других релевантних међународних докумената имају за циљ да на универзалан начин осигурају заштиту неповредивих права грађана. Сходно овоме, наша земља је, ратификацијом ових међународних правних аката⁴, преузела обавезу да своје законодавство усклади са опште прихваћеним стандардима садржаним у овим документима, а право на суђење у разумном року, спада у једно од основних и најзначајнијих права грађана и свака држава је у обавези да омогући њихову ефикасну заштиту⁵.

Савремена кривична законодавства трагају за таквим решењима која ће бити у стању да задовоље ове захтеве, а један од најважнијих

¹ “Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001 и 68/2002 и “Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 49/2007, 49/2007, 20/2009 и 72/2009 (у даљем тексту Законик)

² “Сл.гласник РС”, бр. 72/2009

³ О томе опширније види на <http://www.zastupnik.gov.rs/>

⁴ “Сл. лист СЦГ - Међународни уговори”, бр. 9/2003

⁵ Чл. 6. Европске Конвенције о људским и мањинским правима и чл. 4. ст. 1. т. 4. ЗКП

параметара за оцену квалитета и функционалности једног правног система несумњиво је ефикасност судских поступака. Наиме, постало је очигледно да редовни кривични поступак, као универзална форма поступања у кривичним стварима, својом сложеностом структуром која обухвата велики број стадијума на путу до правоснажног окончања кривичне ствари, није оправдана у ситуацијама када се решавају лакше, мање сложене кривичне ствари. Чак шта више, то се сматра неоправданим расипањем труда, времена и новца, а при томе није у складу ни са интересима окривљеног који, као што је то већ констатовано, има право на брз и адекватан поступак⁶. Из тих разлога, све више се ради на успостављању нових, поједностављених форми поступања у кривичним предметима које ће егзистирати упоредо са општом, редовном кривичном процедуром, и које ће бити прилагођене хетерогеној структури кривичних дела и њихових извршиоца у складу са опште усвојеним међународним стандардима и препорукама. Њихов циљ је поједностављење, убрзање и прилагођавање судских поступака особеностима појединих врста кривичних дела, стању и обиму доказа и држању окривљених. У том смислу, ЗКП из 2001. године уводи низ новина које и те како служе реализацији ових циљева али не исцрпљује све могућности за даље унапређење кривичне судске процедуре у смислу стварања нормативне основе за повећање њене ефикасности.⁷

Када говоримо о новим, поједностављеним формама кривичног поступања, особеност нових решења огледа се првенствено у њиховој вишеструкости која посебно долази до изражаја код поступака који се воде према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Ови поступци примењују се у случајевима када се ради о лакшим кривичним делима где стање чињеница и доказног материјала омогућава одступања од уобичајене процедуре и подразумева сагласност субјеката да поступак буде спроведен мимо редовних правила. Такође, њих одликује мањи степен сложености процесне структуре у односу на општу форму поступања која се огледа у изостављању појединих процесних фаза или стадијума, скраћивању процесних рокова и деформализацији поступка.⁸ Следећи овакве трендове, Законик⁹ уводи не мали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак. У првом реду то су: Проширивање могућности примене начела

⁶ Бејатовић, С., Измене и допуне Законика о кривичном поступку и поједностављене форме поступања у кривичним стварима, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/09, стр. 28

⁷ Бејатовић, С., нав. дело, стр. 34.

⁸ *Ibid.*

⁹ Под Закоником у овом раду подразумева се ЗКП из 2001. године са свим његовим каснијим изменама и допунама

опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела, и то на два начина: могућношћу одлагања кривичног гоњења (чл. 236. ЗКП¹⁰) и могућношћу одбацивања кривичне пријаве у случају стварног кајања (чл. 237. ЗКП); Увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса, и то такође на два начина: у поступку за кажњавање пре главног претреса и у поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије; Проширивање функционалне надлежности судије појединца; Проширивање могућности вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до пет година; Ограничавање укупног трајања притвора; Одређивање рока за вештачење и прописивање последица пропуштања одређеног рока; Одређивање процесног тренутка до којег се лице које ужива право имунитета може позвати на имунитет; Ограничење броја бранилаца једног окривљеног лица; Установа кривичног гоњења по предлогу оштећеног лица; Нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају или отежавају одржавање главног претреса; Одређивање рока за повраћај привремено одузетих предмета и сл.¹¹ На основу анализе садржаја ових законских решења, може се запазити да велики број ових новина заправо води порекло из система који постоји у земљама такозваног англосаксонског права, тј. адверзијалних правних система, што није ништа необично и представља тенденцију коју следе бројна законодавства која, као и наше, припадају групи континенталног правног система. Оно што је несумњиво, и око чега се мање-више слажу сви је да је приближавање два некада строго одвојена система права - адверзијарног и континенталног, последњих година дошло до тачке где су разлике између појединих националних законодавстава које припадају истом систему некада веће него разлике између законодавстава које припадају различитим системима права.

Порекло института споразума о признању кривице не би требало само по себи да буде аргумент онима који у њему виде само потребу да се буде у тренду не водећи рачуна о традицији и дугогодишњој устаљеној пракси вођења кривичних поступака. Његов значај и важност треба ценити кроз конкретне ефекте које даје на пољу ефикасности кривичног поступка, наравно, ниједног тренутка не одступајући од принципа законитости решења кривичне ствари и стално водећи рачуна о потреби заштите интереса лица која су оштећена извршењем кривичног дела. Тенденције

¹⁰ Под ЗКП подразумева се важећи Законик о кривичном поступку Републике Србије

¹¹ Види: Бејатовић, С., Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка, Зборник "Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства", Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000. год., стр. 145-155.

савремених законодавстава у том смислу, не разликују се много од кретања која се последњих година дешавају у Србији. Велика већина земаља које припадају групи тзв. континенталног система права, такође у своја законодавстава уводе са већим или мањим одступањима, институт споразума о признању кривице¹² и на тај начин обезбеђују растерећење и бољу функционалност судова. Опште је прихваћено мишљење да примена овог института не само што доприноси бржем и ефикаснијем решавању предмета, већ доприноси и бољем квалитету судских поступака јер судовима даје могућност да се концентришу на оне најтеже и за друштво најопасније случајеве. Такође, увођењем споразума о признању кривице, мења се и расте и улога јавних тужилаца који на извештај начин преузимају део улоге суда јер бивају одговорни за одлучивање о питањима која традиционално спадају у домен судског одлучивања. Наравно, свако национално законодавство има извесне особености које не треба по сваку цену мењати и игнорисати, већ је неопходно ове нове институте прилагодити и уклопити у већ постојећу структуру како би дали оптималне резултате. У том смислу, овај рад тежи да укаже на специфичности решења која су усвојена последњим изменама Законика о кривичном поступку у односу на она која се примењују већ више од два века у земљама англосаксонске правне традиције. Такође, биће дат и упоредни приказ решења која се, на мање или више сличан начин, примењују у земљама на подручју бивше Југославије.

2. Појам споразума о признању кривице, његово порекло, историјски развој и криминално-политичко оправдање

Институт споразума о признању кривице, или заправо, процес преговарања или „ценакња“ о признању кривице, настао је у пракси судова САД-а почетком 19-ог века али је због своје практичне корисности и доприноса брзом и ефикасном решењу кривичне ствари, врло брзо нашао своју примену пре свега у земљама англосаксонског права, мада све више и у системима тзв. континенталног права. Са својом садржином споразум представља начин за окончање кривичног судског поступка без одржавања главног претреса, који се одвија у неформалним условима, без учешћа суда, а између тужиоца са једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране. На основу постигнутог споразума, једини задатак суда је да донесе пресуду о конкретној кривичној ствари (или стварима) која је предмет споразума, водећи рачуна о испуњености свих формалних елемената предвиђених законом. У том смислу, улога суда

¹² Николић, Д., Споразум о признању кривице, Ниш, 2007., стр. 42-48

може бити различита у зависности од модалитета овог споразума усвојеног у конкретном националном законодавству.¹³

Измене и допуне ЗКП из 2009. године, којима је остварен предуслов да институт преговарања о кривици, тј. закључење споразума о признању кривице заживи у пракси домаћих судова, не дају дефиницију овог института већ се фокусирају на регулисање формалних услова за његово закључивање као и последица које из тога следе.

Нека општа дефиниција која се користи у САД-у да опише појам и значење поступка преговарања о признању кривице каже да је то “процес у коме се окривљени у кривичном предмету одриче права на суђење у замену за редукцију оптужбе и/или казне”.¹⁴ Нешто ширу дефиницију даје 1975. године Канадска комисија за правну реформу која каже да је то „Поступак у оквиру кога компетентни и подробно информисани заступници оптужбе и одбране отворено разговарају о доказима у кривичном поступку у циљу постизања решења које ће довести до разумног напретка у процесу спровођења правде”.¹⁵ Ова претходна подразумева да се признањем кривице право на суђење заправо трампи за мању казну, док потоња каже да оптужени признаје кривицу у замену за било какву корист без обзира да ли се она огледа у подизању оптужбе за лакше кривично дело (или изостављању појединих дела), или у договору да се изрекне блажа казна или пак да се одређене чињенице не узму у обзир приликом одмеравања санкције.

Разговори о решавању кривичне ствари обухватају различите праксе, укључујући разговоре о оптужби, разговоре о процесним питањима, разговоре о пресуди, споразум о чињеницама кривичног дела као и смањење броја спорних питања у циљу убрзања поступка. Иако у њима понекад може учествовати и судија, ови неформални разговори се пре свега одвијају између тужиоца и окривљеног и његовог адвоката.¹⁶ Овакав

¹³ Ђурђић, В., Пресуђење на основу споразума о признању кривице, Тематски зборник радова “Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије”, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007. год.

¹⁴ Candance McCoy, Politics and Plea Bargaining (University of Pennsylvania, Press 1993) p.50

¹⁵ Приручник за поступање јавних тужилаца у провинцији Онтарио - Преговори о признању кривице (The term resolution discussions refers to the process whereby competent and informed counsel discuss the evidence and likely outcome of a criminal prosecution with a view to achieving a disposition which will result in the reasonable advancement of the administration of justice. The proper administration of justice, including consideration of the public interest, is the primary concern of any resolution discussion.), <http://www.canada-serbia-jrp.org/index.php?id=147>, 10. септембар 2009

¹⁶ Види Приручник за Јавне тужиоце у Федералном тужилаштву Канаде, део V, поглавље 20 "Преговори о закључењу споразума о признању кривице, казни и

начин преговарања не мења суштину овог института који се састоји у добијању одређене користи у замену за одрицање од права на суђење. Ова корист ће бити обезбеђена употребом различитих процесних механизма у зависности од законских решења и правне традиције земље у којој се спроводи.

Основно обележје овог процеса и оно што представља предмет бројних критика, јесте чињеница да се у овом поступку размењују две врло значајне вредности, а то су право на суђење на страни оптуженог и тужиочева моћ да инсистира на најстрожијој могућој казни.¹⁷ Управо из ових разлога било је настојања да се одустане од назива „нагодба о признању кривице” у корист неких неутралнијих израза као што су „разговор о признању кривице”, „разговори о решавању кривичне ствари”, „преговори о признању кривице” и „споразум о признању кривице”. Употреба ових термина означила је еволуцију и у самој пракси, јер је њима имплицитно признато да је овај институт далеко шири по обиму од просте нагодбе и да обухвата разматрање питања која превазилазе признање кривице од стране окривљеног у замену за ублажавање казне. Било да је реч о експлицитном споразуму или је он прећутан,¹⁸ суштина сваког од њих је у изјави о признању кривице која представља један вид исповести и у демократским земљама подразумева елеменат добровољности¹⁹. Ипак, тешко да се може говорити о добровољности када се има у виду да је разлика у изреченим казнама након спроведеног суђења и сличних случајева где је поступак окончан споразумом о признању кривице запањујуће велик. Статистички подаци кажу да је то некада и десетоструко већа казна,²⁰ те да тако строга казнена политика

решењу кривичне ствари”, <http://www.canada-serbia-jrp.org/index.php?id=147>, 10. септембар 2009

¹⁷ McCoy, C., “Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty and Plea Bargaining Reform”, *The Criminal Law Quarterly*, Vol. 50, No. 1 & 2, April 2005.

¹⁸ Изјава о признању кривице је дата без директних разговора између браниоца и тужиоца, а заснована је на очекивању да за одређену врсту и облик кривичних дела (по правилу лакших) следи уобичајена санкција која може бити строжија уколико случај доспе на суд.

¹⁹ У том смислу, чл. 282в, ст. 8., т. 1. ЗКП

²⁰ Candance McCoy and Thomas Cohen, “The Trial Penalty: How Severe Is It and What Accounts for It? “. Према резултатима овог истраживања које је представљено на годишњем скупу Америчког Друштва Криминолога, Денвер, Новембар 2003., просечна дужина казне затвора у случајевима који су окончани споразумом о признању кривице је 23,6 месеци, док је у онима који су решавани кроз судски поступак износила 212,6 месеци, дакле скоро 9 пута више. Када су упоређени само случајеви који имају сличности према врсти и броју оптужбе, и неким карактеристикама оптужених лица, казне затвора које су уследиле након судског поступка су биле за 44,5 месеци дуже него оне изречене након закљученог

која успоставља јако високу “цену” суђења (у смислу санкције која се може изрећи након спроведеног судског поступка), условљава огроман број оптужених, колико год фактички или правно невиних, да се изјасни кривим и тако избегне ризик суђења. Поставља се питање, да ли је заиста у таквој ситуацији изјава о признању кривице добровољна?

У теорији кривичног процесног права постоје различита гледишта о околностима и разлозима настанка института споразума о признању кривице у САД. Неки од њих имају сличности са мотивима којима се руководи и наш законодавац приликом преузимања одговарајућег облика овог института у Законик о кривичном поступку. Такође, има и оних која већи значај придају историјским околностима и ситуацији која је владала у тадашњем систему права у САД-у. Наиме, иако је несумњиво да је преговарање о кривици просто неизбежно у условима преоптерећеног судства које једноставно не може да пружи сваком кривичном случају потпун и целовит судски поступак, сматра се да то није био иницијални разлог његовог настанка.

Историјски посматрано, у време када је овај институт успостављао своје корене, број кривичних предмета није био тако велики и судови су били у стању да решавају сваки од њих у потпуном поступку. Оно око чега су сви сагласни је да је процес који је почетком 19. века настао као начин за решавање кривичних случајева у предметима који су се водили поводом кривичних дела повезаних са злоупотребом алкохола²¹ („*Liquor violations*”), ремећења јавног реда и неких случајева убиства, током година прерастао у правило које је заправо од редовног суђења створило „несвакидашњу аномалију”.²² Разлози за то су вишеструки и међу њима се посебно истичу следећи:

Прво, верује се да је један од основних разлога настанка и експанзије института споразума о признању кривице био систем обавезних казни, који је подразумевао да за одређени тип кривичног дела следи тачно одређена казна која је законом предвиђена. У таквим условима, тужилац је практично бивао у прилици да одустајањем од оптужбе за дела за која је предвиђена строжија казна, утиче на висину казне која ће у конкретном случају бити утврђена. Тако је он полако освајао територију која је била резервисана за суд пошто суд, с обзиром да је казна била унапред предвиђена, није имао никаква овлашћења да се меша у споразум. Како се оваква пракса временом усталила, она се полако ширила и на случајеве

споразума о признању кривице. Истраживање је базирано на анализи „тежих“ кривичних предмета, тј. оних за које су предвиђене казне затвора.

²¹ Ова дела се односе на неовлашћену производњу и продају алкохола, продај алкохола малолетницима као и злоупотребу алкохола од стране малолетних лица

²² McCoy, C., “Plea Bargaining as Coercion: The Trial Penalty and Plea Bargaining Reform”, *The Criminal Law Quarterly*, Vol. 50, No. 1 & 2, April 2005

који нису били обухваћени системом обавезних казни. Могућност преговарања о кривици је средином 19. века проширена и на озбиљнија кривична дела тако да у данашње време, не постоји граница у том смислу и овај институт се може применити без икаквог ограничења. Статистички подаци кажују да је до 1920. године ово постао најчешћи метод окончања кривичних поступака, а већ до 1970. године, око 90% предмета је решавано на овај начин. Данас је овај проценат још већи тако да око 96% свих случајева уопште не доспе пред судију или пороту.²³

Друго, следећа особеност правног система тадашњих САД која је допринела ширењу праксе преговарања о признању кривице, јесте увођење могућности за тужиоце да у случајевима лакших преступа предложи изрицање условне осуде. Наиме, условна осуда није била као данас, врста санкције коју изриче суд. Године 1880., њено изрицање је било у рукама тужилаца и она је практично представљала неку врсту “социјалног програма”, а не санкцију. Тако би тужилац у свим случајевима лакших преступа, био у прилици да од оптужених извуче признање у замену за условну осуду и на тај начин би велики број предмета практично бивао изван видокруга суда.

Треће, ширењу овог института погодовала је и правна револуција која се одиграла у грађанској материји. Наиме, у периоду између 1900-1940. године, суочени са теоријама о одговорности за штету у околностима које су се везивале за индустријску револуцију, судови су морали да издвоје значајне капацитете за решавање грађанских парница у предметима против великих индустријалаца. У тим околностима, тражен је начин да се судови бар у кривичној материји делимично растерете како би могли да одговоре овим новим захтевима. Будући де је пракса закључивања споразума о признању кривице већ била успостављена као прихватљив начин за решавање кривичних спорова, захваљујући новим околностима она бива даље промовисана.

Имајући у виду предње наведене околности, иако велики прилив предмета није био разлог за успостављање овог новог института, онда када се његова примена усталила, правосуђе је стекло могућност да третира све већи и већи број предмета. Из тога би следио закључак да праксу закључења споразума о признању кривице није условио велики прилив кривичних предмета већ се десило управо супротно. Данас имамо ситуацију да 95% учинилаца кривичних дела у Америци споразумно признаје кривицу што доводи до тога да судски систем заправо постаје завистан од те праксе. Заступници утилитаристичких схватања то оправдавају већим добром које се постиже уштедама времена и новца као и већом извесношћу санкције која следи након признања. Ове користи, сматрају они, превазилазе штету која настаје изостављањем судске

²³ Federal Justice Statistics на www.usdoj.gov/bjs.htm, 10 септембар 2009

процедуре и на тај начин, слабљењем улоге суда и консеквентим губитком транспарентности. Са друге стране, и тужиоци су имали разлог за задовољство јер су бар делимично успели да успоставе контролу над великим бројем извршилаца кривичних дела.

Последњих педесетак година, процес преговарања о кривици се променио онако како су се мењале и улоге различитих актера у његовом закључењу. У почетку је коришћен као средство у рукама тужилаца које је имало ограничени домет - примењиван је у случајевима лакших кривичних дела над којима је тужилаштво имало примарну контролу, тј. могло је да примени условну осуду, а о оптужбама се преговарало без икаквог мешања суда. Како су судови све више прихватили овакву праксу, касније је и „ценкање” о кривичној санкцији постало уобичајено и примењивало се на шири круг кривичних случајева. У то време, моћ над овим процесом је била подељена између суда и странака у поступку у зависности од озбиљности предмета и нивоа дискреционог права суда у одмеравању санкције. Овај баланс моћи је јако важан да би читав процес био законит и легитиман.

Данашњи систем преговарања о кривици трпи све више критика јер се сматра да у потпуности потискује улогу судије који бива изостављен из готово читавог процеса да би тек на крају био упознат само са оним чињеницама о којима су се странке договориле. Додајући томе и драматично строгу казнену политику коју тужиоци користе да би манипулисали процесом и практично присилили оптужене на признање, навело је неке критичаре овог система да праксу преговарања о признању кривице упореде са тортуром која је коришћена у доба инквизиције да би се добила признања од оптужених.²⁴ С обзиром на све ово, може се рећи да историјске околности и правна традиција и култура сваке земље имају своје специфичности и врше различит утицај на начин примене и правац развоја сваког процесног института. У том смислу, а у светлу изнетих критика, не треба изгубити из вида једну од основних предности које носи примена споразума о признању кривице која, ако се комбинује са адекватном мером утицаја судске контроле, може дати изванредне резултате на пољу ефикасности и великих смањења трошкова онда када је спровођење редовног кривичног поступка оцењено као неадекватно. Такође, њиме се даје шанса и оптуженом да изрази кајање због својих поступака (било искрено или дато са намером избегавања строжије осуде), а жртве и сведоке ослобађа секундарне виктимизације коју доживљавају јавним суђењем нарочито када се ради о случајевима сексуалног и насиља у породици.²⁵

²⁴ John Langbein, "Torture and Plea Bargainig", The University of Chicago Law Review, Vol. 46, No. 1 (Autumn, 1978), pp. 3-22

²⁵ В. Ђурђић, Пресуђење на основу споразума о признању кривице, Тематски

Када је реч о канадском законодавству, и поред бројних сличности изражених пре свега у дугој традицији примене овог института и чињеници да се у преко 90% случајева поступак окончава мимо класичног суђења, ситуација је нешто другачија у односу на малопре описану праксу судова у Америци. Те особености су изражене у већој улози суда. Наиме, иако се већина разговора о признању кривице одвија искључиво између тужиоца и одбране, постоји могућност да се судија укључи у њихово вођење и самим тим допринесе квалитету и крајњем исходу ових преговора. Овакав систем вођења преговора под надзором суда познат је као претпретресна конференција која представља неформалан састанак који се одржава у судијском кабинету, на коме може доћи до свеобухватне и слободне дискусије о питањима која су искрсла, без прејудуцирања права странака у било ком поступку који може након тога уследити.²⁶

Канадски Кривични законик предвиђа да се претпретресна конференција, на којој учествују тужилац и окривљени или његов бранилац, а којом председава судија, може одржати у циљу претресања било ког питања чије решавање може допринети поштенom и експедитивном суђењу. Претпретресна конференција се може одржати на захтев тужиоца, окривљеног или суда. Код суђења уз пороту, одржавање претпретресних конференција је обавезно.²⁷ Судија који учествује на овом састанку има задатак да пружи помоћ у решавању питања утврђивања адекватне казне тако што ће исказати мишљење о томе да ли је предложена казна превисока, сувише блага или се налази у оквирима законског распона. Он може бити од велике помоћи странкама да установе своје разлике и, тамо где је то примерено, помире их. Треба напоменути да судија који учествује на претпретресној конференцији неће водити потоњи поступак за решење материјалних питања која се односе на овај предмет, ако за то није добио сагласност обеју страна. Сврха овог начела је да се осигура да разговор о решењу кривичне ствари који се одвија током претпретресне конференције обухвати широк спектар питања, буде неформалан и не иде на штету ниједне стране, као и да се очува непристрасност суда у поступку.

зборних радова „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије”, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007., стр. 54

²⁶ Potrebić Piccinato, M., "Споразум о признању кривице", Округли сто на тему Споразума о признању кривице, Сарајево, 27-28. март 2008, <http://www.canada-serbia-jrp.org/index.php?id=147>, 10. септембар 2009

²⁷ Види Кривични законик Канаде, http://www.canada-serbia-jrp.org/fileadmin/pdf_bosnia/Criminal_Code_of_Canada_ENG.pdf, 10. септембар 2009

Након што је споразум закључен и поднесен суду на верификацију, судија има дискреционо право да одлучи да саслуша доказе како би се уверио да је оптужба ваљано заснована или како би се упознао са чињеничним стањем пре изрицања казне. У случају да докази покажу да не постоји неки од суштинских предуслова за пуноважност овог споразума, судија има овлашћење да наложи да се не склопи споразум о признању кривице или да допусти окривљеном да одустане од првобитног споразума и закључи нови. У вези са овим, важно је подсетити да казна која ће на крају бити изречена у потпуности зависи од одлуке судије коме је додељен предмет. Заједнички предлог или препорука тужиоца и одбране у вези са решењем кривичне ствари није обавезујућ за судију. Ипак, судије имају законску обавезу да не одбаце заједнички предлог тужиоца и одбране, осим ако је он у супротности са јавним интересом и ако би предложена казна нарушила углед судства. Овако строг захтев има за циљ јачање поверења код окривљеног, који се одрекао свог права на суђење, у то да ће поступајући судија поштовати заједнички предлог који је настао као резултат признања кривице. Међутим, у околностима када поступајући судија закључи да заједнички предлог може довести до изрицања незаконите казне, окривљеном неће бити дозвољено да одустане од споразума за признање кривице јер би тиме њему било дозвољено да то чини све до онда док не би пронашао судију који ће прихватити заједнички предлог. Овим се ставља велико бреме одговорности на тужиоца и одбрану да воде разговоре о признању кривице на компетентан и етичан начин, како би били сигурни да окривљени, који се узда у њихову правну стручност, не буде доведен у заблуду кад је у питању оно што поступајући судија може да учини. Стога тужилац и бранилац морају, између осталог, познавати начела кажњавања и распон казне који су утврдили апелациони судови.²⁸

Поред предње изнесеног, споразум о признању кривице нужен је и због неких практичних разлога. Пре свега треба нагласити огроман износ средстава који су неопходни за функционисање правосудног система који, по неким проценама, чине 20% укупних трошкова, или скоро 12 милијарди долара. У њих спадају трошкови полиције, тужилаштва, правне помоћи, судова и трошкови који се односе на затворе. Мере као што су разговори о решењу кривичне ствари могу допринети значајном смањењу тих трошкова.²⁹ Поред овог, у Канади као и у САД, без института споразума о признању кривице, правосудни систем уопште не би могао ефикасно да функционише и долазило би до његовог загушења. Па ипак,

²⁸ Potrebic Piccinato, M. "Споразум о признању кривице", Округли сто на тему Споразума о признању кривице, Сарајево, 27-28. март 2008., <http://www.canada-serbia-jrp.org/index.php?id=147>, 10. септембар

²⁹ *Ibid.*

то не значи да јавни интерес при спровођењу правде треба да буде жртвован зарад ефикасности.

Целисходност оваквих разговора у начелу проистиче из саме природе адверзијалног кривичноправног система који пружа странкама у кривичном поступку широка дискрециона овлашћења у одређивању начина и форме поступка, као и одлучивања о ономе што спада традиционално у улогу суда (правна квалификација дела, врста и мера санкције)³⁰. Наравно, све то уз очекивање да се та овлашћења врше уз висок степен поштења и одговорности, у доброј намери и у складу са највишим моралним стандардима.

На крају у вези са овим истакнимо и то да иако својствен англосаксонским правним системима, и у том смислу се, поред Канаде и САД, уз извесне разлике, примењује и у осталим земљама које припадају тој групи, споразум о признању кривице због очигледних резултата које даје на плану ефикасности и смањења судских трошкова, полако осваја територије на којима се традиционално влада мешовити систем вођења кривичних поступака.³¹ У том смислу често се говори о тзв. *“plea bargaining infection”* процесних законодавстава Европе.³² Руковођен овим тенденцијама савременог кривично процесног законодавства, и наш законодавац се одлучио да најновијим изменама ЗКП-а овај споразум придода већ постојећим средствима за поједностављење и убрзање процесне структуре.³³

3. Споразум о признању кривице и кривичнопроцесно законодавство Србије

Споразум о признању кривице као једна од упрошћених процесних форми којима се постиже растерећење судова и ефикасније решавање кривичних предмета, суштински омогућава окончање судског поступка и решење кривичне ствари као његовог предмета, изостављањем више фаза предвиђених редовним процесом одлучивања. Будући да се тиме окривљени ускраћује за могућност да његова кривична ствар буде свестрано и свеобухватно размотрена од стране надлежног суда, те да се уједно он одриче и права на жалбу поводом одлуке која у том случају буде

³⁰ Симовић, М. Поједностављене форме поступања у кривичнопроцесном законодавству БиХ, Зборник радова “Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције”, Српско удружење за кривично правну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 263

³¹ Николић, Д., Споразум о признању кривице, Ниш, 2007., стр. 34-48

³² Шкулић, М. Коментар Законика о Кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 931

³³ Бејатовић, С., нав. дело, стр. 29

донета, неопходно је прецизно и потпуно дефинисати начин и услове под којима се тај поступак спроводи као и права и дужности лица која у њему учествују.

За разлику од напред изнетих решења у Канади и Америци, наше законодавство не дозвољава закључење споразума о признању кривице у свим кривичним стварима већ ограничава његову примену на кривична дела (појединачно или у стицају) за која је предвиђена казна затвора до 12 година.³⁴ И поред овог ограничења, анализом одредаба Кривичног законика јасно је да се овај споразум може закључити за више од 80 процената кривичних дела³⁵ те нема сумње да су широко отворена врата његовој примени.

Поред ограничења у погледу предмета у којима се могу водити преговори о признању кривице те закључити споразум, Законик прописује и остале услове који морају бити испуњени како би се на основу њега могла донети коначна пресуда о кривичној ствари.³⁶ Ти услови се односе на начин вођења ових преговора, субјекте који у њима учествују, форму преговора и каснијег споразума, елементе које мора садржати, улогу суда и одлуке које може донети као и питања која се тичу лица оштећеног извршењем кривичног дела (или више њих).

Законик прописује да признање окривљеног које представља кључни елемент и фактички услов за закључење овог споразума мора да буде потпуно, тј. у потпуности одговара чињеничном опису дела из оптужнице или решења спровођењу истраге. За узврат, тужилац пристаје на одређене уступке који се тичу врсте и висине кривичне санкције која ће бити изречена као и евентуалног одустајања од кривичног гоњења за дела која нису обухваћена споразумом. Такође, неопходно је да споразумом буде постигнута сагласност и о трошковима кривичног поступка као и о имовинскоправном захтеву.³⁷ Закључењем споразума, обе стране се одричу права на жалбу у случају да суд у потпуности прихвати споразум и на основу њега донесе пресуду.

Поред споразума о врсти и висини казне за кривична дела чије извршење признаје, окривљени може пристати да изврши и неку од обавеза које се могу наметнути окривљеном приликом тзв. условног одлагања кривичног гоњења, а које су предвиђене чл. 236. ст. 1. ЗКП, уколико је могуће да буду испуњене пре него што споразум буде поднет

³⁴ Чл. 282а, т. 1 Законика о кривичном поступку

³⁵ Николић, Д., Споразум о признању кривице, Ниш, 2007, стр. 169

³⁶ Чл. 282. а-д ЗКП

³⁷ Овај елеменат ће и те како утицати на одлуку суда о прихватању споразума пре свега због тога што је заштита интереса оштећеног нешто о чему је суд посебно дужан да води рачуна.

суду. Исто тако, окривљени се може обавезати да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела, тј. врати предмет кривичног дела.

Преговори о признању кривице воде се између јавног тужиоца и лица коме се ставља на терет извршење једног или више кривичних дела за која се може изрећи казна затвора у трајању до 12 година и његовог браниоца. Иницијативу за почетак преговора даје било која од две стране у преговорима, а сами преговори се одвијају у неформалним условима. У овој фази, суд нема никакву улогу и у овај процес укључује се тек када му странке доставе споразум закључен у писменој форми потписан од стране окривљеног, браниоца и јавног тужиоца. Да би се надлежни суд упустио у оцену споразума, он мора бити поднет најкасније до краја првог рочишта за одржавање главног претреса. Споразум о признању кривице се може поднети и пре подизања оптужног акта, још у току истраге и у том случају се подноси председнику ванрасправног већа (из чл. 24. ст. 6 ЗКП), док у осталим случајевима о њему одлучује председник судећег већа.

Одлуку о споразуму о признању кривице који му је поднет на разматрање, суд доноси на рочишту за одлучивање о споразуму о признању кривице које је јавно³⁸ и на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац, док се оштећени само обавештава о његовом одржавању. У случају да уредно позван окривљени не дође на ово рочиште, суд ће решењем одбацити поднет споразум док недолазак јавног тужиоца не спречава његово одржавање и доношење одлуке о споразуму. Суд ће у још неколико ситуација донети одлуку којом се споразум о признању кривице одбацује и то онда када је поднет после дозвољеног рока; у случају када се ради о кривичном делу (или делима) за које је предвиђена казна затвора преко 12 година; као и онда када оптужени одустане од закљученог споразума (што се може десити све док суд не донесе одлуку којом потврђује споразум³⁹). Одлука о одбацивању споразума се доноси у форми решења против кога није дозвољена жалба. Уколико су испуњени сви формални услови за доношење одлуке о споразуму који су закључиле странке у поступку, суд приступа његовом испитивању и доношењу одговарајуће одлуке.

Да би споразум о признању кривице био прихваћен од стране суда и послужио као правни основ за доношење пресуде у конкретној кривичној ствари, морају бити задовољени критеријуми предвиђени Законом који

³⁸ Јавност се може искључити са целог тока рочишта или једног његовог дела решењем суда у случају постојања неког од разлога из чл. 292 овог Законика и уз сходну примену одредаба чл. 293. и чл. 294. ст. 4 овог законика.

³⁹ В. Ђурђић, „Пресуђење на основу споразума о признању кривице“, Тематски зборних радова „Приступ правосудју – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007, стр. 67.

се односе на елементе његове садржине. Пре свега, изјава окривљеног којом он у потпуности признаје извршење кривичног дела мора да буде дата свесно и добровољно уз искључење могућности заблуде. Такође, споразум странака о висини казне (или њеном распону) мора бити у складу са важећим одредбама материјалног права о одмеравању казне⁴⁰, а окривљени у потпуности свестан свих последица закљученог споразума, нарочито чињенице да се његовим закључивањем одриче права на суђење и улагање жалбе на одлуку суда донету на основу споразума. Дужност суда је да испита да ли су испуњени услови које Законик предвиђа у погледу садржине и елемената споразума, да ли постоје и други докази који поткрепљују признање кривице, а нарочито да ли су њиме повређена права оштећеног и да ли је противан разлозима правичности. У случају неиспуњења било ког од ових услова, као и онда када казна или друга кривична санкција утврђена у споразуму очигледно не одговара тежини кривичног дела које је окривљени признао, суд мора донети образложено решење којим се поднети споразум одбија, а признање које је у њему дато не сме се користити као доказ у даљем поступку. Када наступи правоснажност овог решења, споразум и сви списи који су са њим повезани, уништавају се пред судом, а судија који донео решење који се споразум одбија, изузима се из даљег поступка у том предмету. Жалбу на такву одлуку могу уложити јавни тужилац, окривљени и његов бранилац у року од осам дана од достављања решења, а о истој одлучује веће из чл. 24. ст. 6. ЗКП, у чијем саставу наравно не учествује судија који га је донео.

Уколико пак, судија који одлучује о дозвољености споразума закључи да је споразум у свему закључен према условима које прописује Законик, да је у поступку његовог закључивања вођено рачуна о јавном интересу, а посебно о правима и интересима оштећеног, судија ће донети образложено решење којим се споразум усваја које ће послужити основа за доношење пресуде о кривичној ствари. На ову одлуку суда право жалбе има оштећени као и његов пуномоћник. Када ово решење постане правоснажно, оно се сматра саставним делом оптужнице ако је она поднешена. Уколико то није случај, јавни тужилац је дужан да у року од три дана састави оптужницу у коју укључује споразум о признању кривице, а председник већа (или судија појединац) без одлагања доноси

⁴⁰ Казна предвиђена споразумом мора бити у оквиру граница предвиђених Кривичним закоником за дело које је у питању. Изузетно, може се договорити казна која је испод законског минимума али у границама прописаним чланом 57. КЗ онда када је то очигледно оправдано значајем признања окривљеног за решење кривичног дела за које се терети, а чије би доказивање без тог признања било знатно отежано; затим, ради спречавања, откривања или доказивања других кривичних дела као и због постојња нарочито олакшавајућих околности из члана 54. ст. 2. КЗ.

пресуду којом се окривљени оглашава кривим и изриче му се одговарајућа казна односно друга санкција.

Ако је споразумом о признању кривице било предвиђено одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за поједина кривична дела, суд у односу на та дела доноси пресуду којом се оптужба одбија, а оштећени у том случају нема право на жалбу.

На основу предње изнесене анализе основних законских обележја регулисања овог института, може закључити да у Законику о кривичном поступку Републике Србије, постоје бројне сличности али и значајне разлике у начину регулисања и примене овог института у односу на земље којима дугује своје порекло. Пре свега, околности и прилике које су подстакле увођење једног оваквог института у наш правни систем у великој мери одступају од оних које су постојале у време његовог настанка. Такође, за разлику од англосаксонског, наш правни систем одликује изузетно јак положај судије и веома строго конципирана улога тужилаштва са традиционално ниским степеном толеранције према могућностима за компромис. Поред овог треба указати и на владајући став о изузетно благој казненој политици у Србији где примена споразума о признању кривице може погодовати њеном додатном ублажавању. Даље, у односу на праксу САД, Канаде, па и неких земаља из нашег окружења које су увеле праксу преговарања о кривици и где се овај споразум може закључити у односу на било које дело предвиђено кривичним законодавством⁴¹, наш законик поставља ограничење у том погледу и дозвољава његову примену само код оних дела за која је предвиђена максимална казна затвора до 12 година. Будући да је основни разлог увођења овог института у кривично процесно законодавство Србије, жеља за постизањем веће ефикасности судова њиховим растерећењем у односу на поступање у лакшим случајевима а тиме и приликом да на квалитетнији начин решавају озбиљније кривичне предмете, управо бива потврђена прописивањем једног оваквог ограничења.

4. Споразум о признању кривице и упоредно кривичнопроцесно законодавство

Када је реч о земљама са простора бивше Југославије, већина њих је своја процесна законодавства прилагодила овим савременим тенденцијама и потреби за постизањем веће ефикасности кривичног поступка, већег растерећења кривичног правосуђа и квалитетније заштите основних људских права и слобода. Рационализација кривичних поступака, а тиме и

⁴¹ Видети Законик о кривичном поступку Босне и Херцеговине, чл. 231, “Службени гласник Босне и Херцеговине,” бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/05, 30/06, 53/06, 55/06 и 32/07

постизање већег квалитета, остварена је увођењем великог броја поједностављених форми поступања а нарочито увођењем консенсуалних модела решавања кривичних предмета међу којима свакако значајно место заузима споразум о признању кривице. На том путу највише је одмакло законодавство Босне и Херцеговине које је опсежном системском реформом кривичног законодавства још почетком 2003. године, створило правну основу и нормативни оквир за брже и једноставније окончање кривичног поступка применом споразума о признању кривице.⁴² У том смислу, за разлику од осталих земаља бивше Југославије које су тек недавним изменама свог законодавства увеле могућност споразумевања о признању кривице⁴³, судови у БиХ већ располажу значајном праксом на пољу његове примене.

С обзиром на предмет рада а у вези са овим његовим делом, као основне разлике у нормирању овог института у овим законодавствима и нашег ЗКП јављају се:

Прво, Законик о кривичном поступку Босне и Херцеговине познаје институт изјашњења о кривњи⁴⁴ који потиче из англоамеричког правног система и води скраћивању кривичног поступка на тај начин што може условити изостанак појединих његових фаза или читавих стадијума. Она се даје приликом првог појављивања оптуженог пред судом (судијом за претходно саслушање) у присуству тужиоца и браниоца чије је присуство обавезно. У случају да дође до позитивног изјашњавања о кривници, судија за претходно саслушање упућује предмет судији односно већу, ради заказивања рочишта на коме ће се испитивати квалитет овог признања и испуњеност услова да би се на основу њега могла донети пресуда. Ипак, пракса је показала да се оптужени врло ретко одлучују на признање кривице пред судијом за претходно саслушање, а много чешће у оквиру тог признања траже нагодбу са тужиоцем о кривичној санкцији.⁴⁵ Треба

⁴² Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима у кривичнопроесном законодавству Босне и Херцеговине, Зборник радова "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 254.

⁴³ Србија већ поменути изменама ЗКП из августа 2009, Хрватска новим Законом о казненом поступку из јануара 2009, и Црна Гора, новим Закоником о кривичном поступку из јула 2009.

⁴⁴ Видети Законик о кривичном поступку Босне и Херцеговине, чл. 229 "Службени гласник БиХ" бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/05, 30/06, 53/06, 55/06 и 32/07.

⁴⁵ Симовић, М., Поједностављене форме поступања у кривичним стварима у кривичнопроцесном законодавству Босне и Херцеговине, Зборник радова "Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције" Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу,

рећи да у случају да је окривљени признао кривицу пред судијом за претходно саслушање, он више нема могућност да закључи овај споразум и тако издејствује повољнију пресуду.

Друго, специфичности института преговарања о кривици у законодавству Босне и Херцеговине огледају се у могућности закључења овог споразума поводом сваког, па и најтежих облика кривичних дела у која спадају и ратни злочини где се показује нарочито погодним средством јер се оптужени обавезује на сарадњу у расветљавању бројних околности које је иначе врло тешко утврдити. Исто тако, не постоји ограничење у погледу тренутка до ког се овај споразум може презентовати суду па је то могуће учинити све до завршетка главног претреса, односно претреса пред другостепеним судом.

Треће, услови под којима оптужени признаје кривицу су исти као у нашем Законику и односе се првенствено на врсту и висину кривичне санкције с тим што примена одредаба о ублажавању казне, могућност изрицања блаже врсте казне или блаже врсте кривичне санкције нису ограничене условима које захтева наш законодавац.

Четврто, у случају да суд прихвати споразум о признању кривице, даљи поступак се одвија као да је дата позитивна изјава о кривици на првом појављивању пред судијом за претходно саслушање – изјава се уноси у записник и заказује се претрес за изрицање кривичноправне санкције на основу прихваћеног споразума.⁴⁶

У, Црној Гори је крајем јула 2009. године, усвојен нови Законик о кривичном поступку⁴⁷, који, поред великог броја нових решења која драстично мењају досадашњи концепт спровођења кривичних судских поступака, споразум о признању кривице види као један од најважнијих института овог Законика уопште.⁴⁸ Слично као у Србији, црногорски законик ограничава закључење споразума о признању кривице на кривична дела са прописаном казном до 10 година (што је било првобитно решење српског ЗКП-а из 2006. године). О осталим питањима, решења која даје црногорски ЗКП у великој мери одговарају решењима српског ЗКП-а, с тим што су донекле ова последња детаљнија и потпунија.

У Хрватској, Закон о казненом поступку предвиђа нешто другачији поступак, нарочито у делу који се односи на учешће суда у потврђивању и доношењу пресуде на основу прихваћеног споразума.⁴⁹ Наиме, у поступку

Београд, 2009), стр. 258.

⁴⁶ Симовић, М., Кривично процесно право, Бања Лука, 2007, стр. 285

⁴⁷ Законик о кривичном поступку Црне Горе, "Службени лист Црне Горе" бр. 57

⁴⁸ Радуловић, Д., Коментар законик о кривичном поступку Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 353-359.

⁴⁹ Види чл 359-364, Закона о казненом поступку „Народне новине” бр. 152/08, 76/09.

претходног испитивања оптужнице, судија истраге испитује њену формалну ваљаност, те након што утврди да је прописно састављена, овакву оптужницу доставља окривљеном на одговор. По пријему оптужнице и евентуалног одговора окривљеног или његовог браниоца, као и осталих списка предмета, оптужно веће заказује седницу на којој се разматра основаност оптужнице као и сва питања која се тичу конкретне кривичне ствари. Ова седница није јавна и присуствују јој само позвана лица.⁵⁰ Уколико веће утврди да је оптужница основана, донеће решење којом се она потврђује. Странке у поступку могу преговарати о условима признавања кривице и споразумевања о санкцији, а оптужени мора имати браниоца током трајања ових преговора. У случају да ови преговори трају у време када је оптужно веће донело одлуку о заказивању седнице за потврђивање оптужнице, стране у поступку могу захтевати од оптужног већа да одложи седницу за највише петнаест дана како би странке окончале преговоре.

Споразум о признању кривице се подноси оптужном већу у форми изјаве о доношењу пресуде на темељу споразума странака коју потписују тужилац, окривљени и бранилац а предају је пре или током трајања ове седнице. Њени елементи су прописани законом те ако веће одлучи да прихвати споразум странака, доноси пресуду којом окривљеном изриче санкцију предвиђену споразумом. Веће неће прихватити споразум странака ако, с обзиром на околности, његово прихватање није у складу с одмеравањем казне прописаним законом или споразум иначе није законит. Веће решењем, против кога жалба није допуштена, одбија споразум и наставља с испитивањем оптужнице, а након што буде потврђена, одређује датум расправе. У вези са овим карактеристично је и то да странке могу одустати од предлога споразума све до доношења пресуде.

5. Закључна разматрања и предлози *de lege ferenda*

Споразум о признању кривице несумњиво доприноси ефикасности кривичноправног система. Његова примена смањује трошкове функционисања кривичноправног система а такође смањује и оптерећеност тужилаца у погледу обавезе обезбеђења доказа. Као такав, споразум уноси елемент извесности за стране у поступку, а представља и олакшавајући фактор при одмеравању казне. Једна од његових позитивних страна огледа се и у укидању потребе за сведочењем трауматизованих сведока те спречавању ометања њиховог професионалног и приватног живота. Са друге стране, његова примена у пракси лако може довести до бројних негативних последица које се односе на кршење неких од основних принципа који се тичу функционисања кривичног правосуђа гарантованих

⁵⁰ Види чл 348 ст. 2. Закона о казненом поступку Хрватске

Уставом. Будући да се његовом широком применом дезавуише право на суђење као и право на правни лек, а поступак бива окончан далеко од очију јавности, очигледна је опасност од манипулација правосудним системом и компромитовања правних и уставних начела.

Највећа опасност коју примена овог института носи, јесте повећан ризик од погрешне осуде, односно ситуације у којој би невино лице било оглашено кривим што је супротно једном од темељних принципа на којима је заснован наш кривични поступак и које је дефинисано првим чланом Законика о кривичном поступку.⁵¹ Како би се ове негативне последице избегле, а споразум о признању кривице дао очекиване резултате, неопходно је да судски систем и сви његови учесници раде свој посао поштено. Такође, потребно је утврдити такве предуслове за његову примену који ће довести до тога да предности, којих је несумњиво много, дођу до изражаја у пуној мери а сврха његовог увођења буде у потпуности остварена. У складу са овом не треба очекивати ни тежити преширокој и неограниченој примени института споразума о признању кривице. Треба увек имати у виду криминално политичке разлоге који су довели до његовог увођења а који се састоје у покушају растерећења кривичних судова и повећању њихове ефикасности али свакако не кроз претварање класичног кривичног поступка у изузетак како је то случај у САД-у. Управо зато је важно наћи праву меру и случајеве у којима би његова примена послужила овој сврси. Нарочито је важно водити рачуна да његовим закључењем не буду повређена права оштећеног у кривичном поступку о чему је дужан да се стара како јавни тужилац приликом преговарања о закључењу споразума, тако и суд приликом доношења коначне одлуке о споразуму. Иако је нужно да тужилац пристане на одређене уступке како би уопште дошло до његовог закључења, не сме се дозволити да овај споразум постане средство за избегавање адекватне санкције и изрицање неоправдано благих казни. У том смислу, од великог значаја је установљивање дужности на страни тужиоца да води рачуна о правилима материјалног кривичног права која се односе на одмеравање казне и законске границе њеног ублажавања.

Последњу реч о предње изнесеним, као и о осталим питањима која прате закључење споразума о признању кривице, даје суд и његова улога је незаменљива. Задатак суда је да се стара да сви захтеви везани за правилну и правичну процедуру закључења споразума буду испоштовани уз очување основних вредности и фундаменталних принципа на којима почива кривичноправни систем.

Негативни ефекти на које је овај рад указао анализом праксе земаља које имају дужи стаж у примени споразума о признању кривице, свакако су очекивани и могући али управо та искуства и проблеми са којима се

⁵¹ Чл. 1. Ст. 1 ЗКП

ове земље суочавају треба да дају смернице у правцу избора адекватног начина за њихово елиминисање.

*Marija Jovanovic,
an associate*

GUILTY PLEA AGREEMENT

Last amendments of the Serbian Criminal Procedure Code from August 2009 has brought some changes in conducting criminal proceedings with purpose to foster its efficiency which has been seen as great obstacle toward achieving fully operational and efficient judicial system.

Right to a fair trial conducted in "reasonable time" as defined in article 6 of European Convention on Human Rights, is considered as one of the essential human rights that every country has been obligated to provide for its citizens. Otherwise state may be called for responsibility before European Court of Human Rights and risk to be criticized for such negligence.

The majority of Convention violations that the Court finds today are excessive delays, in violation of the "reasonable time" requirement, in civil and criminal proceedings before national courts. The problem lays in great caseload which creates serious delays in justice administration.

Having considered the criminal cases only, it has been identified that common procedure which is traditionally applied to every criminal case, became inappropriate for cases with simple state of facts and where the sentences prescribed are not set so high. For that reason, more and more voices had been risen in favour of introduction of many simplified forms of criminal procedures that would be applicable to those simple cases and thus enable judges to devote greater attention in solving more serious criminal cases.

Plea bargaining and consequently enforcement of plea agreements, have been seen as an instrument for achieving those goals. Although established in practice of USA and later spread out to the common law countries where served as the most ordinary mechanism for solving criminal cases for more than 200 years, in recent past it has been widely accepted by countries with civil law systems.

Of course, this practice differed from its origins depending on the concrete system of law and legal tradition in every country, but the essence remained the same. The Defendant exchanges his right to trial for the lower sentence or reduction of some charges given by the Prosecutor.

Serbia has welcomed the possibility to introduce this institute in its CPC hoping that it would help solving the problems in justice administration and high caseloads which causes slow and inefficient justice system. In regards to the modality of this institute adopted by Serbian CPC, it can be applied to the cases where the sentence prescribed would not exceed 12 years of imprisonment.

Not only Serbia, but also the other countries which previously were parts of Yugoslavia, brought the practice of plea bargaining into their Criminal Procedure Law for more less the same reasons.

This article should serve to highlight some characteristics of plea bargaining practice and the agreement of guilty plea as it stands today having considered the legislation and practice in the countries which succeeded Yugoslavia. Also, it aimed to try to compare legislative provisions which direct its application and also to point out the possible negative effects and problems that occurred in legislations of its origins.

Одељак IV

Грађанско право

ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕОВЛАШЋЕНОГ РАСПОЛАГАЊА ХАРТИЈАМА ОД ВРЕДНОСТИ

I Увод

Неовлашћено располагање туђим хартијама од вредности данас је честа појава. Оно се, зависно од околности и врсте хартија од вредности, може извршити на различите начине, почев од неовлашћеног реализовања права садржаног у хартији, преко њеног физичког уништења, као и путем отуђења или залагања хартије трећем лицу. Предмет нашег рада биће анализа најчешће од изложених ситуација, а то је – неовлашћено *отуђење* хартије од вредности трећем лицу.

У хартије од вредности које неовлашћено отуђује лице које није њихов титулар могу бити инкорпорисане различите врсте права (облигациона, стварна, права на учешће у управљању и расподели добити правног лица...). У свом раду бавићемо се само неовлашћеним отуђењем хартија од вредности у које су инкорпорисана *облигациона права*, тражбине, које су првенствени и најчешћи објекат неовлашћеног располагања.

Коначно, неовлашћено располагање туђом хартијом од вредности, схваћено у изложеном смислу, резултира обично двоструким правним последицама: кривично и грађанско – правне природе. Предмет нашег рада сузићемо у још једном правцу и ограничити га на разматрање само *грађанскоправних последица* неовлашћеног отуђења облигационих хартија од вредности трећем лицу. Грађанскоправни аспект наведене ситуације подразумева расправљање неколико питања, што ће у раду бити и учињено, а то су: да ли се и које врсте облигационих хартија од вредности могу пуноважно стећи од неовлашћеног отуђиоца; под којим је то условима могуће; и какав је утицај тенденције дематеријализације хартија од вредности на ову могућност. Разматрање ових питања обухватиће и прављење паралеле између стицања својине од невласника на покретним стварима и прибављања хартија од вредности од неовлашћеног лица; као и, у основним цртама, приказ положаја и међусобних односа власника хартије од вредности, неовлашћеног отуђиоца и трећег лица – прибавиоца. Наведена проблематика биће анализирана са освртом како на домаћу, тако и на упоредноправну регулативу.

II Поставка проблема

Грађанскоправни аспект неовлашћеног располагања хартијама од вредности има два сегмента. Један је облигационо, а други стварно – правне природе.

Облигационоправни сегмент тиче се расправљања међусобних односа власника хартије од вредности и њеног неовлашћеног отуђиоца и подразумева (евентуалну) одговорност неовлашћеног отуђиоца за предузету радњу.

Стварноправни сегмент везан је за решење питања може ли без воље власника треће лице радњом неовлашћеног отуђиоца постати нови титулар права на хартију, а тиме по правилу и права инкорпорисаног у њу. Дакле, тиче се односа власника и стицаоца хартије од вредности.

У основним цртама изнећемо најпре облигационоправни аспект проблема о коме је реч, док ће стварноправном аспекту бити посвећен преостали део нашег рада.

а) Облигационоправни аспект

Отуђење хартије од вредности без одобрења њеног титулара резултира одговорношћу неовлашћеног отуђиоца. Уколико његова радња има елементе одговарајућег кривичног дела та одговорност ће бити кривичноправне природе. Паралелно са њом (али и независно од ње), неовлашћени отуђилац ће одговарати и грађанскоправно.

Основ грађанскоправне одговорности зависиће од тога да ли је неовлашћеном отуђиоцу хартија од вредности о којој је реч од стране титулара била поверена (па његово располагање значи и кршење обавезе из правног посла поверавања хартије, без овлашћења на отуђење) или ју је он прибавио против воље власника; као и од тога да ли је неовлашћени отуђилац био савесно или несавесно лице. Зависно од наведених околности основ отуђиоачеве одговорности титулару хартије биће или неосновано обогаћење (у ком случају му се власник обраћа кондикцијом) или проузроковање штете (а понекад се могу поднети и обе тужбе) - и ти се односи расправљају према правилима облигационог права.

б) Стварноправни аспект

Грађанскоправни аспект неовлашћеног располагања хартијама од вредности, међутим, поред сегмента одговорности отуђиоца и његових односа с титуларом хартије, који су већ изнети и који су облигационоправне природе, садржи у себи још један важан сегмент. То је питање правне судбине и ефеката неовлашћеног располагања с тачке гледишта трећег лица (прибавиоца) и власника хартије, које је

стварноправне природе. Питање је дакле може ли такво располагање да ипак буде пуноважно и да резултира стицањем права на хартију (и права инкорпорисаног у њу) од стране прибавиоца и под којим условима или то није могуће? Другим речима, има ли места аналогној примени правила о стицању својине од невласника на осталим покретним стварима и на хартије од вредности и тражбине које оне садрже? То питање ће бити предмет наших даљих разматрања.

III Питање пуноважности неовлашћеног располагања хартијама од вредности

Тражбена права се начелно не могу стицати од нетитулара, нити чинидбе (људске радње) могу бити објекат аналогне примене правила о стицању својине од невласника на покретностима. Она нису предмет тако честих уступања као својина на покретностима, а и када јесу - то се не чини предајом, већ писмено (па и уз друге формалности) и лако је проверити ко је титулар.

За неке тражбине и њихове објекте то је, међутим, изузетно у свим правним системима ипак могуће. Ради се о тражбинама које су инкорпорисане (асимиловане) у хартије од вредности одређене врсте, као материјалне, "телесне" покретности, и то тако да право из хартије (тражбина) следи право на хартију (стварно право - својину).

У ишњању су тражбине инкорпорисане у хартије од вредности у којима се не наводи име повериоца и које се преносе предајом, као било која друга покретност (а са њом и тражбина). Поседовати хартију значи бити поверилац потраживања. Предајом државине хартије - преноси се и потраживање из хартије, без икаквих других формалности, јер оно прати њену правну судбину. Тако се може догодити да се хартија стекне и од невласника, а самим тим и од лица које није прави поверилац потраживања отелотвореног у њој. Осим поверења у привид права који ствара државина хартије - нема другог поузданог начина, као када су у питању друге врсте хартија од вредности или друге тражбине, да се провери својство повериоца и припадност хартије.

Иако прави циљ прибављања хартије није она сама, већ потраживање из ње - и потраживање и хартија се стичу по правилима која важе за стицање хартије као покретне ствари, како од власника тако и од невласника. Пошто овакве хартије од вредности имају и особину брзе циркулације, попут новца, оне (заједно са тражбинама са којима су спојене) не само да се могу пуноважно стећи од невласника, већ је то по правилу могуће и под либералнијим условима у односу на стицање других покретности. Оне потпадају под посебан режим стицања, који важи и за новац, јер интерес сигурности и лакоће правног промета то захтева.

На основу изложеног можемо рећи да неовлашћено отуђење одређених хартија од вредности може бити пуноважно, да се на њега начелно могу применити правила о стицању својине покретних ствари од невластника и да такво неовлашћено располагање може резултирати престанком права на хартији за власника без његове воље и заснивањем истог тог права на страни трећег лица – прибавиоца.

У следећим поглављима нашег рада размотрићемо питање врста хартија од вредности код којих је то могуће, а затим и услове који треба да буду испуњени да би наступио наведени правни резултат.

IV Врсте хартија од вредности код којих неовлашћено располагање може бити пуноважно

1. У категорију хартија од вредности које се свакако могу стећи од нетитулара, као и покретне ствари од невластника, првенствено спадају хартије од вредности које гласе на доносиоца, које се стичу и преносе предајом, издате у складу са прописима који важе у одређеној држави.

Поред хартија од вредности на доносиоца под истим условима се могу стећи и хартије од вредности по наредби (ордер папири) и тражбине повезане са њима, и ако се преносе индосаментом, а не предајом. То ће бити случај са ордер папирима који су бланко индосирани на полеђини. Они у том случају заправо важе као хартије од вредности на доносиоца, а бланко индосамент доносилац може попунити на своје или туђе име, или хартију може предати са непопуњеним бланко индосаментом.

2. Закони многих држава које познају стицање својине од невластника на покретностима изричито регулишу и ситуацију неовлашћеног располагања хартијама од вредности и њене последице. Неки од тих закона, међутим, предвиђају могућност стицања од невластника само за хартије од вредности на доносиоца (Швајцарска, Пољска, Хрватска, Грчка, Аустрија, Русија, Македонија, Република Српска, домаћа држава); док други законодавци једноставно говоре о стицању хартија од вредности, препуштајући судској пракси и правној теорији да прецизира поље примене законских одредби. И њихову врсту (Немачка, Италија, нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије). И у правној теорији и у судској пракси прве групе држава ипак се узима да се те одредбе односе и на горе наведене хартије од вредности по наредби.

3. На потраживања из осталих ордер папира, као и хартија од вредности на име (ректа хартија), која се не могу пренети предајом хартије, не могу се аналогно ни примењивати правила о стицању својине од невластника на осталим покретностима. Та потраживања се стичу и преносе на посебан начин, (пуним) индосаментом или цесијом, па је правог повериоца (или овлашћено лице) тешко "помешати" са нетитуларом, као и код потраживања која нису уписана у хартије од

вредности. По неким мишљењима,¹ једино се од привидног наследника као невласника сва потраживања могу пуноважно стећи, и то под јединим условом савесности стицаоца.

V Неовлашћено располагање легитимационим папирима и знацима и тзв. доказним потврдама

1. У овом контексту са хартијама од вредности на доносиоца се не могу, по већинском мишљењу, изједначити *лејитимациони знаци*² (потврде о предаји ствари итд.), јер не служе промету, већ лакшој легитимацији повериоца. Стицањем државине на њима не стиче се и потраживање на које се односе.

2. Што се тиче *лејитимационих папира* (возне карте, позоришне и друге улазнице итд.), које неки правни писци називају "малим хартијама на доносиоца", оне се, по многим мишљењима,³ могу сврстати у објекат стицања од невласника, заједно са тражбином која је за њих везана. Наш Закон о облигационим односима изричито предвиђа примену одговарајућих одредби о хартијама од вредности и на легитимационе папире, из чега би се могло закључити да је и њих, као и хартије од вредности на доносиоца, под истим условима могуће стећи од невласника, са све инкорпорисаном тражбином.

3. Правила о стицању својине од невласника на покретностима не важе, међутим, за *доказне појеврде* о постојећим тражбинама (уговорне потврде, признанице и сл.), јер оне немају стварно-правни значај, акцесоријуми су тражбених права и припадају повериоцу. Тражбина се не стиче стицањем ових папира у државину, нити се својина на папирима стиче предајом, већ цесијом тражбине из њих.⁴

VI Услови за пуноважност неовлашћеног располагања хартијама од вредности

а) Заједнички услови у већини држава

Стицање хартија од вредности које се преносе предајом од неовлашћеног лица, у већини држава је регулисано посебним одредбама у оквиру дела који

¹ Н. Böhm, нав. дело, стр. 56 и др.

² F. Lent - K. H. Schwab, Sachenrecht, München-Berlin, 1962.г., стр. 135; F. Gschnitzer, нав. дело, стр. 112; F. Ostertag, нав. дело, стр. 72.

³ F. Baur, нав. дело, стр. 459; F. Ostertag, нав. дело, стр. 88. и др

⁴ О томе више: F. Ostertag, нав. дело, стр. 72; D. C. Wieland - H. Bovay, нав. дело, стр. 427; P. Bassenge - B. Danckel etc., нав. дело итд.

уређује стицање својине од невластника на осталим покретностима. Те одредбе углавном предвиђају нешто *грубијачије услове* за прибављање хартија од вредности од неовлашћеног лица, у односу на оне који се траже за стицање својине од невластника на осталим покретним стварима. Различитост услова је првенствено квантитативне природе, јер одредбе о којима је реч за могућност стицања хартија од вредности од неовлашћеног лица само смањују број потребних услова у односу на број који се тражи за стицање осталих покретности. Готово да нема државе у којој су те разлике у квалитету или врсти услова. Зато можемо констатовати да су услови за стицање хартија од вредности од неовлашћеног лица у свим државама које познају стицање од невластника либералнији од оних који се траже за остале покретности (са изузетком италијанског права где су ти услови исти).

Услов који се у свим правним системима тражи за стицање својине од невластника на покретним стварима јесте да се ради о стварима које су невластнику поверене. На несталим стварима то је допуштено само у изузетним, више или мање бројним ситуацијама зависно од државе о којој се ради. Новац и хартије од вредности третирају се, међутим, као објекти на којима је *увек* могуће стицање својине од невластника: *и кад су поверени и када су власнику нестали*, па они, дакле, представљају изузетак од овог правила. Услов поверености невластнику за стицање хартија од вредности готово *ни у једној држави не мора бити испуњен*, тј. оне се могу пуноважно стећи и ако су власнику украдене, изгубљене или на други начин нестале. Понегде је то истовремено и једини изузетак од законског правила да се својина од невластника може стећи само на повереним стварима, као нпр. у Руској Федерацији (по чл. 302, ст. 3. садашњег и по чл. 154. кодекса из 1964. године).

Посебне одредбе у том смислу, којима се допушта стицање својине од невластника на новцу и хартијама од вредности, независно од начина на који су оне доспеле у државину невластника (поверавањем или против воље власника), садрже законици: Аустрије (пар. 371. ABGB-а)⁵; Немачке (пар. 935. BGB-а); бивше ДР Немачке (пар. 28. Законика); Швајцарске (чл. 935. ZGB-а); Пољске (чл. 169, ст. 2. законика); Хрватске (чл. 118, ст. 4. Закона); Македоније (чл. 147, ст. 5. Закона); Републике Српске (чл. 111, ст. 4. Закона);

⁵ Морамо приметити да је формулација пар. 371 ABGB-а у овом смислу донекле неадекватна, јер се из ње стиче утисак да је виндикациона тужба за новац и хартије од вредности на доносиоца власнику искључена увек (и за поверене и за нестале објекте о којима је реч) из сасвим других разлога у односу на пар. 367, који регулише стицање својине од невластника, тј. зато што се ове ствари *не могу разликовати од других сличних* (о чему је било речи). Осим тога, како F. Gschnitzer (нав. дело, стр. 112) исправно примећује, није ни било потребе за генералним искључењем виндикације у овим ситуацијама, кад већ у наредној реченици истог параграфа законодавац каже да ће виндикација ипак бити успешна, ако власник успе да докаже својину на овим стварима и несавесност стицаоца.

нацрта Закона о својини и другим стварним правима Србије (чл. 116, ст. 1. и чл. 118, ст. 2) итд.

Што се тиче осталих услова за стицање својине од невластника на покретној ствари, оно што се са сигурношћу може закључити из формулације одредби грађанских законика држава о којима је реч је да за стицање хартија од вредности од неовлашћеног лица морају да буду испуњена бар три од тих услова: *предаја* њихове државине од отуђиоца стицаоцу; на основу одговарајућег *правног твора* и да је стицалац *савестан*. Тиме је у готово свим државама које предвиђају либералнији режим за стицање својине од невластника на хартијама од вредности списак потребних услова сведен на минимум и закључен. Да резимирамо: у већини држава *савесно лице стиче хартију од вредности када му буду предате у државину, независно од тога дали су оне правом власнику нестале или их је отуђиоцу поверио*.

* * *

Ипак, има и држава у којима су правила о стицању својине од невластника на новцу и хартијама од вредности тако формулисана, да заправо искључују само примену забране стицања својине на овај начин на власнику несталим стварима; али не и примену евентуалних других услова (поред савесности стицаоца и предаје државине), који се траже за стицање својине од невластника на осталим покретностима.

Тако у хрватском праву савесни прибавилац коме су хартије од вредности предате у државину, рекли бисмо, постаје њихов власник тек ако их је стекао *шерећним* правним послом, јер примена овог услова није искључена (видети чл. 118, ст. 1. закона из 1996. године).

И у немачком и у хрватском праву начини предаје државине искључени за стицање осталих покретности од невластника, искључени су очигледно и код стицања новца и хартија од вредности, јер нема одредбе која би ово питање за њих регулисала другачије (видети формулацију пар. 935. BGB-а и чл. 118, ст. 1. и 4. хрватског закона). И ако је у овим државама број услова за стицање својине од невластника на новцу и хартијама од вредности нешто већи од осталих - ипак је стицање на овим стварима довољно бенефицирано самом чињеницом да је могуће и кад оне власнику нестану.

* * *

Италијански законодавац у оквиру општих одредби о стицању својине од невластника *не регулише* стицање хартија од вредности, већ чланом 1157. само упућује на члан 1994. и др. петог дела Законика, који иначе регулише област хартија од вредности и у коме су предвиђени исти услови за стицање ових објеката од невластника као и у другим државама (предаја хартије савесном стицаоцу, независно од начина на који је она изашла из државине

власника). Неки италијански правни писци ⁶ критикују ово решење, сматрајући да за стицање хартија од вредности не треба да важе иста она правила која штите и савесног држаоца, као стицаоца других покретности од невластника. Регулативу чл. 1994 Законика они сматрају "уступком, како би се удовољило потребама промета". Ипак, наглашава се да државина савесног стицаоца може да надомести недостатак својине на страни отуђиоца, али да то "не важи за недостатке облигационог односа, уграђеног у хартију," са чим се морамо сложити.

б) Ситуација у француском праву

Ситуација у *француском* праву у вези могућности стицања својине од невластника на хартијама од вредности је, међутим, нешто другачија него у осталим државама, па ћемо је зато посебно изложити. Француски грађански законик не садржи посебне одредбе, нити предвиђа посебне услове за стицање новца и хартија од вредности од невластника. За разлику од највећег броја правних система других држава, хартије од вредности у Француској не би требало да се стичу под наведеним бенефицираним, већ *пог истим условим као и групе покретности* из чл. 2279. и 2280. СС-а.

То значи да савесни прибавилац може стећи отуђиоцу поверене хартије од вредности, а оне које су власнику нестале тек по протеклу рока од три године, за које их време власник може виндицирати (чл. 2279, ст. 2). Уколико су хартије од вредности стечене на посебним местима, предвиђеним у чл. 2280, ст. 1, власник их може виндицирати само ако стицаоцу исплати цену, коју је он за њих платио отуђиоцу. Пошто се хартије од вредности обично стичу на берзи, а стицање на берзи се у Француској третира по једном мишљењу као стицање од трговца; по другом као стицање на пијаци; а по трећем на јавној продаји; али у сваком случају потпада под регулативу чл. 2280, ст. 1. - власник их може повратити у горњем року само ако их и откупи од стицаоца. То је власнике демотивисало да врше своје право на виндикацију, а пошто је промет хартија од вредности с временом бивао све живљи и број оштећених власника је растао. Ова ситуација је у Француској кулминирала у време Париске комуне, када су власници масовно бивали лишени својих хартија од вредности тако што су им оне биле изгубљене, запаљене или опљачкане.

То је био повод да се седамдесет година након доношења Грађанског законика француски законодавац одлучи да *специјалним законом* из 1872. године⁷ уреди стицање својине од невластника на хартијама од вредности на

⁶ L. Barassi, нав. дело, стр. 438. и 454.

⁷ Овај закон је мењан и допуњаван више пута, нпр. Декретима из: 1902, 1938, 1956, 1959, 1964. године.

другачији начин него што *Code civil* то чини за остале покретности, али само за случај кад их власник *отуђиоцу* - *невласнику* није *поверио*.

Правац у коме је ова специјална регулатива ишла био је, међутим, *супротан правцу регулативе осталих држава*, коју смо изложили. Друге државе су, као што се из горњих излагања види, посебним одредбама *олакшавале* услове за стицање својине од невластника на хартијама од вредности, предвиђајући њихово стицање под једнаким условима и кад су поверене и када власнику нестану, штитећи на тај начин сигурност правног промета и савесног стицаоца. Француски законодавац је овим законом, међутим, *оттежао стицање својине од невластника на несталим хартијама од вредности*, штитећи управо интерес власника - *повероца*.

Отуђиоцу поверене хартије од вредности се у француском праву стичу под истим условима као и друге покретности, *применом чл. 2279. СС-а*.

Хартије од вредности које су власнику *нестале*, међутим, савесни стицалац може стећи на основу *два различита режима*. Који ће од њих бити примењен у конкретној ситуацији првенствено зависи од власника нестале хартије. Уколико се власник одлучи да тај нестанак *објави* (публикује) и тиме обустави извршење обавезе из хартије у складу са одредбама специјалног закона из 1872. године - од момента објављивања те чињенице стицање (својине од невластника) на несталој хартији од вредности је *искључено*, без обзира што је стицалац био савестан, тј. није знао да је хартија власнику нестала. Уколико власник *не учини* (што се у пракси обично не дешава), односно док то не учини (или ако се ради о хартијама на које се овај закон не може применити - а које су као такве у закону набројане) - стицање својине од невластника на несталим хартијама од вредности је могуће, али под истим условима као и за остале покретности (из чл. 2279, ст. 2. и 2280, ст. 1. СС-а), дакле тек протеком трогодишњег рока.

Ни по једном од ова два режима нестале хартије од вредности се не могу, као и у другим државама, стећи од невластника под једнаким условима као и отуђиоцу поверене, већ поод "тежим" условима.

Публиковање чињенице нестанка хартије од вредности се сматра упозорењем за све потенцијалне стицаоце (као и оне који професионално тргују хартијама од вредности - свеједно да ли су их добили у депозит или ради продаје), па од тог момента они хартије о којима је реч не могу пуноважно стећи од невластника, јер за њих важи (необорива) *прејетоставка несавесности*. Како аутори G. Ripert - J. Boulanger⁸ примећују, одредбе овог закона се успешно комбинују са одговарајућим одредбама СС-а, које не мењају, већ њихову примену само "паралишу". Творац овог оригиналног решења, по коме је искључење стицања својине од невластника на несталим хартијама од вредности логична последица "регистравања" и јавног оглашавања ове чињенице, је француски професор права Leveille.

Специфичност регулативе овог закона је и у одређивању *појма нестале хартије од вредности*. Нестанак се схвата знатно *шире* него у СС-у или правним системима других држава: то је свако лишавање власника хартија од вредности

⁸ Traite elementaire de droit civil de Planiol, Paris, 1950. г., стр. 1148.

против његове воље, из било ког разлога, тј. како крађом, плачком и губитком, тако и утајом, преваром, па и злоупотребом поверења, дакле само не добровољном предајом.

* * *

Морамо истаћи да систем сличан француском усваја за нестале хартије од вредности на доносиоца међународног карактера и *Конвенција земаља Европској савези из 1970. године*, мада немамо тачне податке о броју држава које су је ратификовале. Генерални секретар Европског савета, уз потврду Међународне федерације берзи хартија од вредности поседује списак хартија од вредности које се обустављају због нестанка власнику, а Централни биро националним организацијама доставља те податке. Лице које добије обустављену хартију националној организацији треба да пошаље податке о доносиоцу, а у противном само сноси последице извршења обавезе из такве хартије од вредности.

* * *

У већини држава, укључујући и домаћу могуће је покренути поступак амортизације уништених или несталих хартија од вредности, чиме би се можда могло отежати њихово стицање у одређеним случајевима (пре свега посматрано кроз услов савесности стицања). Али, амортизација је могућа само за хартије од вредности на име и по наредби, које се начелно не би ни могле стећи од невластника јер се не преносе предајом, па могућност покретања поступка амортизације није од значаја у овој материји.

в) Ситуација у домаћем праву

Могућност стицања својине од неовлашћеног лица на хартијама од вредности у *домаћем позитивном праву* није посебно регулисана у оквиру чл. 31. ЗОСПО-а, који уређује стицање својине од невластника на покретним стварима, као начин прибављања својине. Оно је, међутим, регулисано чл. 239, ст. 4. Закона о облигационим односима, који предвиђа исте услове за стицање ових објеката од невластника као и законодавци других држава. Хартију од вредности на доносиоца (и потраживање из ње) *савесни* стичалац може стећи и када је она изашла "...из руку њеног издаваоца, односно ранијег имаоца и без његове воље."

Н

2006. .

ö . 116. (. 1. 3) . 118. (. 2)

() -

(. 118, .) .

могућност њеног нестанка власнику – управо зато што вредност више није везана за хартију, већ је материјализована уписом на рачун.

Могућност стицања својине од невластника на хартијама од вредности се смањује дакле из два разлога: најпре зато, што се услед дематеријализације смањује број традиционалних хартија од вредности; а затим и зато што се дематеријализоване хартије од вредности, логично, не могу прибавити на овај начин, јер више нема хартије као покретне ствари, тј. како неки аутори кажу,⁹ стварноправна компонента ишчезава.

У домаћем праву обавезна дематеријализација уведена је Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2006. г. за све тзв. серијске хартије од вредности (без обзира када су издате). Оне се евидентирају у облику електронског записа код Централног регистра хартија од вредности, а законодавац их назива финансијским инструментом. То даље значи да се правила о стицању својине од невластника у домаћем праву *не могу примењивати на серијске хартије од вредности*, већ само на појединачне хартије од вредности, за које важе правила ЗОО – а и других одговарајућих закона - уколико се оне стичу и преносе предајом.

Dr. Nina Planojevic,
a docent

CIVIL CONSEQUENCES OF UNAUTHORIZED POSSESSION OF SECURITIES

The author in this article deals with civil consequence of unauthorized possession of securities, which may be twofold: contractual and legal. The legal consequences are specially emphasized by the author.

In that sense, the author firstly discusses whether the possession of securities by the unauthorized person who has no consent of the owner may be legally effective and result in cessation of the possessor's right and establishment of the right of the third party (acquirer) over the securities and the liabilities contained therein. As the answer to the question is positive, the author then establishes which type of securities provide such possibility and under which conditions both in domestic and comparative law. At the end of the article, the author discusses the influence of the securities dematerialization tendency on the possibility to possess them without authorization.

⁹ И. Јанковец - М. Мићовић, Привредно право, Крагујевац, 2006.

ФИДУЦИЈАРНА СВОЈИНА У ЦРНОЈ ГОРИ

Појам и предмет уговора о фидуцијарном преносу својине

У Црној Гори, фидуцијарни пренос својине регулисан је Законом о фидуцијарном преносу својине¹ и Уредбом о упису фидуцијарног преноса својине².

Закон о Фидуцијарном преносу својине настао је из потребе за бржим и ефикаснијим средствима обезбеђења. За разлику од ручне залоге, код фидуцијарног преноса својине дужник држи ствар код себе што му олакшава отплату дуга. Поред тога, то је у интересу и самих поверилаца јер су на тај начин ослобођени трошкова чувања ствари³.

Законом је одређен појам уговора о фидуцијарном преносу својине у зависности од тога шта чини његов предмет.

Уговором о фидуцијарном преносу права својине на покретној или непокретној ствари дужник или неко трећи преноси право својине на повериоца ради обезбеђења наплате потраживања, а поверилац се обавезује да по намирењу свог потраживања омогући дужнику несметано вршење права својине⁴. Када је предмет уговора покретна ствар, поверилац стиче својину моментом закључења уговора, док дужнику остаје државина помоћу посесорног конституата. Када је у питању непокретна ствар, поверилац стиче својину тренутком уписа права својине у катастар непокретности. Ако дужник исплати дуг, својина по самом закона прелази на њега⁵.

Уговором се могу обезбедити и будуће и условне обавезе које би настале између повериоца и дужника, а које би доспеле за наплату пре испуњења обавезе за чије обезбеђење је извршен пренос својине⁶. Уколико

¹ Службени лист Републике Црне Горе, 23/96.

² Службени лист Републике Црне Горе, 9/97.

³ Рашовић, З., Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе, Подгорица, 1996, стр. 21; Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина, Подгорица, 1997, стр. 37 – 38; Стварно право, Београд, 2005, стр. 531.

⁴ Члан 1, став 1. и 2.

⁵ Рашовић, З., Стварно право, стр. 532.

⁶ Члан 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

потраживање не настане, онда је поверилац у обавези да својину поново пренесе на дужника.

Предмет. Као што смо видели, предмет уговора о фидуцијарном преносу својине могу бити и покретне и непокретне ствари. Закон предвиђа и фидуцијарни пренос својине на робном лагеру. Робни лагер представља збир ствари, код кога је, с обзиром на његову сврху, нужно увећање или смањење његових делова⁷. На пример, компаније које се баве производњом имају лагере сировина и готових производа (аутомобили), а сервиси лагере резервних делова. Фидуцијарни пренос права својине односи се на целу ствар, на њене плодове док су неодвојени и на друге саставне делове и припатке. Правило о плодовима примењује се само у случају када фидуцијант не испуни своју обавезу о доспелости потраживања, када фидуцијар дефинитивно стиче својину на ствари. Уколико се ствар побољша или ако се од момента стицања фидуцијарне својине до доспелости потраживања на било који начин повећа вредност ствари, својина се простире и на увећану вредност ствари⁸.

За ствари које служе као обезбеђење потраживања важи начело специјалности односно, те ствари морају бити одређене јер се право својине, према својој природи, односи увек на тачно одређену ствар. Тако, покретне ствари морају бити описане према врсти количини и вредности, а непокретне према укњижбеним ознакама⁹. У погледу робног лагера, да би се обезбедила примена принципа специјалности, предвиђено је да роба мора имати утврђену вредност, да буде маркирана¹⁰ и смештена у посебан

⁷ Рашовић, З., Упис фидуцијарног уговора и фидуцијарне својине, *Анали Правног факултета у Београду*, 2000, бр. 1 – 6, стр. 407. Допуштањем да робни лагер, као збир ствари буде предмет фидуцијарног преноса својине, свакако се проширује обим ствари које могу послужити као обезбеђење потраживања. Али, како робни лагер представља ствар чији се састав мења и чија природа укључује могућност располагања од стране дужника, положај фидуцијара није толико стабилан као када је предмет обезбеђења ствар чији се састав не мења.

⁸ Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, стр. 817.

⁹ Велимировић, М., *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине*, Правни живот, 11/1998, стр. 530.

¹⁰ Према члану 12. и 13. Уредбе о упису уговора о фидуцијарном преносу права својине, дирекција за непокретности је у обавези да обележи црвеном бојом део робног лагера који служи за обезбеђење. Ако то није довољно, роба се обележава налепницама и картицама. Прицип специјалности се остварује и лагерским листама или документима који их замењују и чине саставни део фидуцијарног уговора на робном лагеру.

простор¹¹. Према Уредби о упису уговора о фидуцијарном преносу својине, ове послове обавља Дирекција за некретнине¹².

Када је у питању робни лагер као предмет фидуцијарног уговора, Закон о фидуцијарном преносу својине није потпуно јасан. Према закону, уговором се одређује обавезно постојање минимума количине робе у робном лагеру чија вредност обезбеђује потраживање¹³, што би значило да се роба може отуђивати до тако постављеног минимума. При томе, дужник има обавезу да о сваком послу који се тиче робног лагерa обавести повериоца преко трговачких папира (признанице о исплатама, рачуни, листа о стању лагерa и књига лагерa)¹⁴. Међутим, закон даље каже да роба мора имати утврђену вредност, бити маркирана и смештена у посебан простор, а дужник може, уз сагласност повериоца, вршити замену робе у робном лагеру са робом исте вредности¹⁵. Законодавац овде није потпуно јасан. Из наведеног произилази да дужник обавештава повериоца после сваког обављеног посла, а према ставу 2. члана 9. овог закона, замена робе у робном лагеру са робом исте вредности је могућа само уз сагласност повериоца. Ове одредбе више одговарају фидуцијарном преносу својине чији је предмет роба у складишту чији се састав не мења¹⁶. Поред тога, ако се ради о роби чији се састав мења, при чему је фидуцијанту потребна сагласност повериоца за сваки посао који предузме у вези те робе, онда фидуцијарни пренос својине губи своју сврху.

Особине уговора

Уговор о фидуцијарном преносу својине је именовани уговор јер га закон именује и регулише. Он спада у формалне уговоре јер се за његову пуноважност захтева писана форма, а када за предмет има неку непокретност, онда мора бити и оверен од стране суда¹⁷.

Уговор о фидуцијарном преносу својине не може да постоји као самостални уговор. Он зависи од постојања уговора о главном послу из којег се рађа потраживање чијем обезбеђењу служи. Зато уговор о

¹¹ Члан 9, став 1.

¹² Службени лист Републике Црне Горе, бр. 34/96 и Уредба о измени ове уредбе из 1997. године (Службени лист Републике Црне Горе, бр. 9/97).

¹³ Члан 6, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

¹⁴ Члан 7. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

¹⁵ Члан 9, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

¹⁶ Povlakić, M., Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, бр. 3, 2003, стр. 216 – 217; Čulinović – Herc, E., Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretne stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, стр. 75 – 77.

¹⁷ Члан 1, став 4 Закона о фидуцијарном преносу права својине.

фидуцијарном преносу својине има карактер акцесорног – несамосталног уговора¹⁸.

У моменту свог настанка, уговор о фидуцијарном преносу својине је једностран. Али, како се у обзир морају узети и обавезе између фидуцијара и фидуцијанта које настају касније, овај уговор се сврстава у двостране уговоре. С обзиром на то, да је у почетку једна страна дужник, а друга поверилац и да касније дужник може имати потраживање према повериоцу, ми бисмо овај уговор окарактерисали као двострани неједнаки уговор. Пошто је уговор о фидуцијарном преносу својине двострани уговор, он је истовремено и теретан. Да је он теретан указује и кауза дужникове обавезе која се налази ван уговора о фидуцијарном преносу својине односно, у уговору о главном послу. Кауза се може наћи у ономе што је дужник добио од повериоца на зајам¹⁹.

Без обзира што је са теоријске тачке гледишта уговор о фидуцијарном преносу својине акцесоран уговор, на њега се примењују правила облигационог права као и на самосталне уговоре²⁰.

Стицање фидуцијарне својине

Да би се конституисала фидуцијарна својина на покретној ствари потребно је да је дужник или неко трећи власник ствари која служи као обезбеђење дуга, да постоји уговор којим се ствара обезбеђење и да је, као *modus acquirendi*, извршена фиктивна предаја ствари. Као што видимо својина се преноси пуноважним уговором о фидуцијарном преносу својине, а државина, помоћу посесорног конститута остаје код дужника.

Када су питању непокретне ствари, прва два услова су иста као и код установљења фидуцијарне својине на покретној ствари. Трећи услов је да се фидуцијарна својина упише у земљишне или друге јавне књиге уз забележбу фидуцијарног преноса права својине²¹. Дакле, и код непокретних ствари закључује се уговор који мора бити оверен од стране суда, али који није довољан да би се стекла својина, па се као *modus acquirendi* тражи упис у катастар непокретности.

Код фидуцијарне својине, ради задовољења принципа публицитета, тражи се упис уговора о фидуцијарном преносу својине у јавни регистар који води Дирекција за некретнине, без обзира да ли је предмет уговора покретна или непокретна ствар, или робни лагер. Према закону, уговор

¹⁸ Рашовић, З., Стварно право, стр. 532 и Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина, стр. 69; Велимировић, М., нав. дело, стр. 532.

¹⁹ Рашовић, З., Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе, стр. 45 – 46.

²⁰ Исто, стр. 46.

²¹ Члан 1, став 3. Закона о фидуцијарном преносу права својине

мора да се упише у регистар Дирекције за некретнине у року од осам дана од закључења²². Уколико уговор не буде уписан, он ће бити ништав²³, те ће потраживање остати необезбеђено. Ако је реч о непокретној ствари, неуписивање уговора у регистар дирекције, изазива немогућност уписа фидуцијарне својине у катастар непокретности. Према томе, упис уговора има конститутиван карактер²⁴.

Регистар Дирекције за некретнине је јаван. Свако лице може тражити да разгледа регистар, да му се изда извод из регистра или потврда да се одређени упис не налази у регистру²⁵.

Права и обавезе фидуцијара и фидуцијанта

Права и обавезе фидуцијара

А) Права фидуцијара

1) Секвестар ствари. Приликом чувања ствари дужник мора показати пажњу доброг привредника односно, доброг домаћина²⁶. Ако дужник не чува ствар како треба, или је преда другом лицу на употребу без дозволе повериоца и уопште, ако поступа са њом противно уговору и закону, суд ће на захтев повериоца наредити да се оптерећена ствар одузме од дужника и преда неком трећем на чување²⁷. Лице, коме је ствар дата на чување, држи ствар за дужника и ужива државинску заштиту.

2) Право на допуну обезбеђења. Ако оптерећена ствар има материјални или правни недостатак због којег она не представља довољно обезбеђење, поверилац има право да од дужника или неког трећег лица захтева другу ствар²⁸ односно, допуну обезбеђења предајом друге ствари.

²² Члан 23, став 3. Закона о фидуцијарном преносу права својине. Повлакићева је лепо приметила да регистрацију не би требало везивати за настанак потраживања, већ за закључење уговора о фидуцијарном преносу својине јер је сасвим могуће да странке закључе неки уговор и да се договоре да потраживање касније обезбеде фидуцијарним преносом својине. Међутим, очигледно је и законодавац имао то у виду. У закону се каже да се уговор мора уписати у року од осам дана од дана закључења, а не од дана настанка потраживања. Види Povlakić, M., *Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi*, стр. 205. (напомена 53).

²³ Члан 23, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

²⁴ Рашовић, З., нав. дело, 187.

²⁵ Члан 2. Уредбе о упису уговора о фидуцијарном преносу права својине.

²⁶ Члан 11. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

²⁷ Члан 15. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

²⁸ Члан 16. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

Поверилац или дужник могу захтевати од суда и превремену продају ствари. То ће се десити када се оптерећена ствар квари или када губи вредност, па постоји опасност да њена преостала вредност не буде довољна за обезбеђење повериочевог потраживања. Тада суд може одлучити да се ствар прода на јавној продаји, или по берзанској или тржишној цени. Ако суд прихвати да се ствар продаје, добијена цена се полаже код суда као обезбеђење потраживања. Али, суд ће одбити захтев повериоца ако дужник понуди да пренесе право својине на повериоца на некој другој ствари најмање исте вредности, која ступа на место раније оптерећене ствари²⁹. То значи да до замене и превремене продаје може доћи само из оправданих разлога³⁰.

Постоји још један случај превремене продаје. Наиме, поверилац може, уз сагласност дужника, продати оптерећену ствар одређеном лицу, ако нађе да је цена повољнија³¹. Тада, добијена цена или довољан део цене, ступа на место оптерећене ствари и полаже се у суд као обезбеђење наплате повериочевог потраживања. То је тзв. реална суброгација³².

3) Право на плодове ствари. Према члану 5, става 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине, фидуцијарни пренос својине односи се на целу ствар, на њене плодове док су неодвојени и на друге саставне делове и припатке. Под плодовима се подразумевају како цивилни, тако и природни плодови. Ако природни плодови нису одвојени у моменту коначног стицања својине, онда се коначно стицање односи и на ове плодове. Моментом коначног стицања својине фидуцијар стиче право да прибира и цивилне плодове (камата, закупнина)³³. Члан 5, става 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине није у супротности са чланом 13. истог закона који говори о праву фидуцијанта на плодове, јер је овде реч о плодовима који нису одвојени³⁴.

У погледу припатка потребно је разликовати ситуацију када је он постојао у моменту установљења обезбеђења и када је он настао после установљења обезбеђења, али пре момента реализације обезбеђења. Уколико је он постојао у тренутку конституисања обезбеђења, примењује се принцип „*accessorium sequitur principale*” – припадак следи судбину главне ствари. То би значило да се обезбеђење простира како на главну ствар, тако и на њене припатке. Уколико је припадак настао касније,

²⁹ Члан 17, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине

³⁰ Велимировић, М., нав. дело, стр. 536; Рашовић, З., Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе, стр. 146 – 149.

³¹ Члан 18, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

³² Члан 18, став 3. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

³³ Рашовић, З, Стварно право, стр. 548.

³⁴ Рашовић, З., Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе, стр. 101.

обезбеђење може обухватити и њега, али само на основу јасно изражене воље дужника³⁵.

4) Право на продају ствари. Ако дужник исплати дуговану чинидбу, својина на стварима аутоматски прелази на њега³⁶. Међутим, када дужник не испуни своју обавезу о доспелости, поверилац стиче право да прода дужникове ствари³⁷. Ако оптерећене ствари имају тржишну или берзанску цену, поверилац их може продати по тој цени, након истека рока од осам дана од упозорења учињеног дужнику и трећем преносиоцу да ће тако поступити. Такође, према члану 20. став 1. Закона о фидуцијарном преносу својине, поверилац има могућност да прода ствар по цени која је утврђена проценом стручњака или да је, по тој истој цени, задржи за себе (*lex commissoria*). У погледу уговарања комисорне клаузуле црногорски законодавац овде није јасан јер члан 4. истог закона забрањује уговарање комисорне клаузуле код фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења потраживања, али је дозвољава осам дана по закључењу уговора при чему уопште не помиње да цена мора бити утврђена од стране стручњака³⁸. Према нашем мишљењу, условљавање уговарања комисорне клаузуле протеклом рока од осам дана од закључења уговора не пружа довољну заштиту дужнику. Тешко је поверовати да ће се неповољан имовински положај дужника поправити за осам дана. Имајући то у виду, поверилац може закључити фидуцијарни уговор и регистровати га, а исплату кредита одложити за осам дана односно док се не уговори комисорна клаузула³⁹. Практично гледајући, ефекат је исти као да је приликом закључења уговора уговорена и комисорна клаузула. Једном речју, оваква регулатива отвара простор зеленашењу.

Поверилац има обавезу да благовремено обавести заинтересована лица о датуму и месту продаје. Све мере које предузима поверилац у циљу намирења потраживања морају да одговарају постојећим трговачким обичајима и да буду трговачки разумне⁴⁰.

5) Право на намирење потраживања. Поверилац има право да из цене постигнуте продајом оптерећене ствари намири своја потраживања, доспелу камату, као и трошкове око остваривања наплате потраживања. Ако је вредност ствари већа од потраживања, поверилац је у обавези да разлику врати дужнику или трећем преносиоцу у року од осам дана од

³⁵ Исто, стр. 102 – 103.

³⁶ Члан 19, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

³⁷ Члан 18, став 1. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

³⁸ Тиме се изиграва забрана комисорне клаузуле. Упореди са Лазић, М., Реформа заложног права у Републици Србији, Европски правник, 2/2007, стр. 86.

³⁹ Povelakić, М., нав. дело, стр. 237.

⁴⁰ Члан 21. Закона о фидуцијарном преносу права својине. Овај члан је настао под утицајем Једнообразног трговачког законика САД из 1962. године.

дана намирења⁴¹. Поред намирења из цене постигнуте продајом ствари, видели смо да се поверилац може намирити и тако што ће за себе задржати ствар по цени утврђеној проценом стручњака.

Права и обавезе фидуцијанта

А) Права фидуцијанта

Право на државину ствари. Код фидуцијарног преноса права својине ради обезбеђења потраживања непосредна државина ствари на обезбеђеном добру остаје код дужника. У случају када треће лице фидуцијарно пренесе своје ствари ради обезбеђења туђе тражбине, ствар остаје у непосредној државини трећег лица.

Право на употребу ствари и прибирање плодова. Пошто код фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења потраживања непосредна државина остаје код дужника, он има право да употребљава оптерећену ствар и прибира плодове са ње, чиме ће лакше доћи у положај да исплати дуговану тражбину. Али, дужник нема право да ствар, која служи као обезбеђење, преда другоме на употребу без сагласности повериоца. Ако то уради без сагласности повериоца, он ће према њему одговарати и за случајну пропаст ствари или штету која би настала на обезбеђеној ствари⁴².

Б) Обавезе фидуцијанта

Обавеза чувања ствари. Дужник има обавезу да ствар која служи као обезбеђење чува са пажњом доброг привредника. Ако их не чува како треба и поступа са њима у супротности са уговором и законом, оне му могу бити одузете и дате неком трећем лицу на чување.

Обавеза обавештавања фидуцијара. Дужник има обавезу да обавести повериоца о свим променама које се догоде на оптерећеним стварима, а нарочито о њиховом кварењу или губљењу на вредности, иначе одговара за проузроковану штету⁴³.

Обавеза предаје ствари повериоцу. Дужник је у обавези да преда ствар повериоцу, ако свој дуг не измири о доспелости⁴⁴. Ова обавеза дужника је потпуно логична јер је фидуцијарна својина угашена и фидуцијар је у том моменту постао коначни власник ствари и он има право да тражи да му ствар буде предата у непосредну државину.

⁴¹ Види члан 22. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

⁴² Члан 13. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

⁴³ Члан 12. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

⁴⁴ Члан 11, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине

Престанак фидуцијарне својине

Прво, право својине повериоца на оптерећеним стварима престаје када престане потраживање чије је испуњење било обезбеђено⁴⁵. Ако је престало потраживање као главно право, онда мора престати и фидуцијарна својина као споредно право.

Друго, право својине повериоца на оптерећеним стварима престаје и када се поверилац путем писане изјаве одрекне права својине на средствима у државини дужника. То ће се догодити када фидуцијар нема више потребу за обезбеђењем према дужнику јер је сигуран да ће му тражбина и без обезбеђења бити исплаћена. Када су у питању непокретне ствари писана изјава се даје код надлежног државног органа који води катастар непокретности. Код покретних ствари довољна је и сама писана изјава⁴⁶.

Треће, право својине повериоца на оптерећеним стварима престаје и пропашћу оптерећене ствари, уколико она не буде обновљена⁴⁷.

*M.Sc. Srdjan Vladetic,
an assistant*

FIDUCIARY PROPERTY IN MONTENEGRO

The Montenegrin Law on Fiduciary Property transfer appeared at the time when, apart from pledge, there was the need for more efficient instruments of security. This law improves the position of a debtor, as the subject of the pledge remains with the debtor during fiduciary relationship, enhancing the ability of the debtor to pay off the debt, relieving the creditor of the expenses for preserving objects. However, apart from the problems related to fiduciary property (primarily in the case of goods stock and real estate for which we think the mortgage is enough), the Article 20, paragraph 1 of the Law on Fiduciary Transfer of Property allows commissary clause (*lex commissoria*) and taking advantage of the bad position of the debtor.

⁴⁵ Члан 28, став 1. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

⁴⁶ Члан 28, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

⁴⁷ Члан 28, став 3. Закона о фидуцијарном преносу права својине.

Марија Мићковић,
сарадник у настави

UDK: 347.232.4(497.11)

ОДРЖАЈ ПОЗИТИВНО-ПРАВНО И ПО НАЦРТУ ЗАКОНИКА О СВОЈИНИ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА СРБИЈЕ

I Увод

Одржај је институт који је био познат у најстаријим правима, који постоји у готово свим правним системима и који и данас није изгубио на свом значају.

У нашем праву он је регулисан Законом о основама својинско-правних односа и њиме је могуће прибављање како права својине тако и стварних службености. Ми ћемо предмет свог рада ограничити само на стицање својине одржајем. Овај институт анализираћемо историјски, позитивноправно, и са посебним освртом на његову регулативу нацртом Законика о својини и другим стварним правима Србије, која уноси бројне новине у ову материју.

II Појам, дејство и функција одржаја

Одржај (*usucapio*) је институт стварног права и представља могућност стицања права својине на основу државине одређених својстава и трајања. Узукапиони држалац (узукапијент) непосредно на основу државине прописаног квалитета и трајања стиче право својине на покретним или непокретним стварима. Истовремено престају својинска овлашћења ранијег власника. Стицање се врши самостално и на основу једностраног акта прибавиоца, независно од права претходника.

Одржај значи верификовање привида права, створеног фактом вишегодишње државине, у право чију је садржину таква државина представљала.¹ Право мора да се повинује чињеничном стању. Економски власник постаје и правни власник, тј. невластник који ствар држи постаје власник, а дотадашњи власник губи право својине. **G. F. Puchta** је изнео схватање да је одржај реализација идеје да време ствара право, да потрајали (непрекидни) посед замењује формални недостатак стицања.² Власника без

¹ С. Пауновић, *Одржај (usucapio)*, Бранич бр. 1-2, Београд, 2008, стр. 129.

² Wächter, Carl Georg: *Die Bona fides insbesondere bei der ersitzung des elgenthums*, Leipzig, 1871, стр. 1-20.

државине са правне сцене потискује узукапиони држалац који постаје титулар права чију је садржину до тада вршио.

Институт одржаја је императивне природе, како у погледу услова, тако и у погледу дејства. Испуњењем услова дејство одржаја наступа аутоматски, за то није потребан никакав формални акт, а ако такав акт постоји он има само декларативно дејство. Неки сматрају и да је то само “супсидијарни начин за стицање својине, у случају када није могуће стицање савесног лица од невластника.”³

Одржај је од користи узукапијенту - поједностављује поступак доказивања права својине те он није дужан да доказује своје правне претходнике и њихово право, што понекад може да се отеже у недоглед уназад (*probatio diabolica*), већ је довољно да докаже чињеницу своје државине, њен квалитет и трајање. Одржај је алтернативни начин доказивања права. Узукапијент који има право својине, а нема начина да докаже како га је заиста стекао, стекао би то право на основу одржаја.⁴

Такође, одржај је и установа у општем интересу – претварање фактичког стања у правно доприноси извесности и сигурности у правним односима. Циљ одржаја је да уклони трајнији несклад између државине и својине и да тиме поједностави правно стање и допуни заштиту правног промета.⁵ Превазилажење несклада између фактичке и правне ситуације јесте у ствари главна функција одржаја.

III Одржај у Српском грађанском законик

У *Српском грађанском законик* (у даљем тексту СГЗ) се о одржају говори у оквиру одељка *о застарелости*, с тим што се прави разлика између *praescriptio extinctiva* – застарелости којом се права губе (застарелост у ужем смислу) и *praescriptio acquisitiva* – застарелости којом се стичу права и која уствари представља одржај.⁶

§ 922. СГЗ даје појам одржаја: „Застарелост јесте особито опредељење закона по коме један због неупотребљавања за неко дуже време губи право, а други га самим употребљавањем добива и прибавља.“

Даље у СГЗ стоји да застарелост може користити ономе ко је за прибављање ствари способан и ствар држи законом предвиђено време. Уз то, држање треба да је „законом, поштено и чисто од сваког лукавства и преваре, и да је непрекидно.“⁷ Правни основ је требало да буде такав да је по закону

³ Д. Стојановић, *Српско грађанско право*, Београд, 1987, стр. 172.

⁴ *Лексикон грађанског права*, Номос, Београд, 1996., стр. 441.

⁵ Д. Стојановић, *op.cit.*, стр. 172.

⁶ М. Јовановић, *Државина. Њена заштита и одржај*, Београд, 1925., стр. 91.

⁷ § 926. Српског грађанског законика

довољан за прибављање права својине. Дакле, за прибављање ствари одржајем тражила се законита својинска државина.

Захтевало се и да државина буде савесна, а таква је била када онај ко ствар држи поштено мисли да је његова, тј. не зна нити према околностима може знати да је она туђа.⁸

Време за које су се одржајем могле прибавити покретне ствари износило је три године, а својина на непокретностима могла се стећи по протеку рока од 24 године ако је непокретно добро без тапије, а ако је укњижено довољно је да прође 10 година. За оне ствари које су припадале држави, цркви, општинама за одржај се тражило време дуже него обично – за покретне ствари 6 година, за укњижене непокретности 12 година, а за оне које нису уведене у баштинске књиге 36 година. Када се власник ствари која је предмет одржаја налази у иностранству без своје кривице (на корист отачаству) ови рокови се удвостручују у односу на прописане (§ 932. СГЗ).

Као што се из изложеног може закључити, СГЗ не прави разлику између услова за стицање својине редовним и ванредним одржајем. Он познаје само ону врсту одржаја коју данас називамо редовним одржајем.

IV Одржај у позитивном праву Србије

1. Опште напомене

У нашем праву одржај је регулисан *Законом о основама својинско-правних односа* донетим 1980. године (ЗОСПО). Одржају је посвећено свега неколико одредби закона и то чланови 28. и 30. који се односе на стицање права својине и члан 54. који предвиђа могућност стицања стварних службености, што неће бити предмет нашег рада. Члан 29. је брисан (изменама и допунама од 1990. године), а односио се на стицање својине одржајем на стварима у друштвеној својини, која у нашем позитивном праву као својински облик више не постоји.

У даљем тексту приказаћемо у основним цртама институт одржаја као оригинарног начина за стицање својине и нашем позитивним праву.

2. Врсте одржаја

Одржај је на врсте могуће поделити по више критеријума.

Једна од тих подела би била према врстама ствари као објекта државине, на *одржај покретних ствари* и *одржај непокретних ствари*. За ову поделу карактеристично је да су рокови за одржај непокретности знатно дужи у односу на рокове за одржај покретних ствари.

⁸ § 203. Српског грађанског законика

Према условима који су потребни за стицање својине може се говорити и о *редовном* и *ванредном* одржају. Ова подела извршена је, с једне стране, према принципу што се више услова тражи за једну врсту одржаја, то је краће време потребно, а с друге стране, према принципу потпуније заштите власника непокретних ствари, којима је остављено више времена да прекину одржај и осујете губитак права својине.⁹ Укратко, квалитет државине скраћује рокове па је време потребно за стицање својине ванредним одржајем знатно дуже.

Иако законодавац не користи термине редовни и ванредни одржај, они су у нашој правној литератури уобичајени, па ћемо се и ми у свом раду држати ове поделе.

а) Редовни одржај

За стицање права својине редовним одржајем захтева се државина која има одређене квалитете, тј. да је истовремено: законита, савесна и права (није мањива) и да траје непрекидно законом одређено време.

Законити државина (possessio iusta) је она која се заснива на пуноважном правном основу који је подобан за стицање права својине.¹⁰ Законита је она државина за коју закон обично везује настанак права својине,¹¹ као и она која почива на основу који би, да је претходник био власник, довео до преноса својине самом предајом ствари односно укњижбом непокретности. У питању је законита својинска државина. Правни основ законите својинске државине јесте правни посао и то најчешће уговор о продаји, размени, или поклону. Правни посао мора бити пуноважан. Није довољно да правни основ буде путативан (да постоји само у мислима држаоца, не и објективно), па је такав основ правно ирелевантан.

Редовни одржај омогућава држаоцу да постане власник ако то није постао зато што ни његов претходник није био власник. Јер да је уговор закључен са власником радило би се о деривативном стицању, па не би био потребан никакав протек времена. Према томе, и редовни одржај је вид стицања од невластника, с тим што је за стицање потребан и протек времена.¹²

Наследник у погледу законитости стиче онакву државину каква је била и оставиочева.

Према ЗОСПО појам *йраве државине* обухваћен је појмом законите државине. У закону се каже да је државина законита ако није прибављена силом (*vi*), преваром (*clam*) или злоупотребом поверења (*praecario*).¹³

⁹ Лексикон *йраћанскої йрава*, Номос, Београд, 1996, стр. 442-443.

¹⁰ ЗОСПО чл. 72. ст. 1.

¹¹ А. Гамс, *Стварно йраво*, Београд, 1979, стр. 47.

¹² С. Пауновић, *Одржај (usucapio)*, Бранич бр. 1-2, 2008, стр. 137.

¹³ ЗОСПО чл. 72. ст. 5.

Законита државина (у ширем смислу) обухвата и праву и закониту државину у ужем смислу.

Државина је стечена **силом** када је стечена принудним успостављањем физичке власти на туђој ствари, употребом физичке силе против дотадашњег држаоца (*vis absoluta*), или психичке силе (*vis compulsiva*) – недопуштена претња.¹⁴

Државина стечена **преваром** је она до које се дошло изазивањем или одржавањем у заблуди дотадашњег држаоца, са намером да се на његовој ствари стекне државина.

Државина стечена **злоупотребом поверења** постоји када неко „самовласно претвори у трајно право оно што му је дато само из услуге“.¹⁵

Манљива државина ужива само релативну заштиту, према свима осим према лицу од кога је држалац на такав начин дошао до државине (чл. 78. ст. 2. ЗОСПО).¹⁶

Савесност државине (*bona fidei possessio*) своди се на оправдано веровање узупапијента да је ствар прибавио од власника – постоји заблуда о правној ваљаности основа и начина стицања. Државина је према чл. 72. ст. 2. савесна када држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова, или како то А. Гамс каже: Ако је држалац у уверењу да је он законски власник, односно ако по правилима економског и правног саобраћаја не треба да сумња да постоји нека околност услед које он није невласник ствари.¹⁷

Савесност државине се претпоставља (чл. 72. ст. 3). Онај ко тврди супротно дужан је да то и докаже. Савесност мора постојати за све време рока потребног за одржај и важи правило *mala fides superveniens nocet*.¹⁸

Савесност се цени по једном, строжијем критеријуму у време стицања државине, а по другом, блажем док тече време потребно за одржај. У време стицања државине држалац је несавестан ако је знао или према околностима морао знати да његов претходник није власник. Узупапијент је несавестан ако је погрешна представа да је претходник власник последица грубе непажње (*culpa lata*), а неће се сматрати несавесним ако је таква заблуда последица обичне непажње (*culpa levis*). Међутим, од држаоца се не може захтевати да касније, док траје законски рок одржаја, стално проверава да ли је ствар стекао од власника. Пропуштање могућности да сазна да је претходник био невласник не чини га несавесним, он несавестан постаје тек ако стварно сазна да је ствар прибавио од невласника.

¹⁴ Д. Попов, *Стицање права својине одржајем*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2007, стр. 202.

¹⁵ Д. Попов, *Ор. Cit.*, 2007, стр. 202.

¹⁶ Д. Попов, *Ор. Cit.*, 2007, стр. 204.

¹⁷ А. Гамс, *Стварно право*, Београд, 1979., стр. 47.

¹⁸ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999., стр. 88.

Савесност је субјективна околност и цени се индивидуално са аспекта конкретног држаоца. Представа држаоца о законитости правног основа је небитна, јер је законитост самосталан атрибут, а не елемент држаочеве свести.

Савесност државине правног лица цени се према савесности његових органа, тј. физичких лица која су овлашћена да га заступају и представљају. Савесност државине потпуно пословно неспособног лица цени се према способности његовог законског заступника, а државина лица ограничено пословно способног лица биће савесна ако су истовремено савесни и такав држалац и његов законски заступник.

ЗОСПО предвиђа још један случај када савестан држалац постаје несавестан. То је ситуација када је таквом држаоцу достављена тужба којом друго лице оспорава његово право на државину и захтева да му се ствар врати. Од тренутка достављања тужбе савесни држалац постаје несавестан (под условом да тужбени захтев за предају ствари буде усвојен), али власник може доказивати да је држалац постао несавестан и пре тога.¹⁹ Савесност и несавесност држаоца је од значаја и у погледу обавезе враћања убраних плодова, као и накнаде трошкова (чл. 38. и 39. ЗОСПО).

Државина може бити законита, а несавесна и обрнуто. Онај ко је купио од лопова (украдену ствар) има закониту државину – јер се заснива на уговору о купопродаји, али она може бити и несавесна ако је купац знао да купује од лопова.

Наследник је законити држалац ако је законити држалац био и његов претходник и обрнуто државина наследника је незаконита, ако је и државина оставиоца незаконита. Али, наследник је савестан држалац од тренутка отварања наслеђа и у случају када је оставилац био несавестан, а наследник то није знао нити је могао знати.²⁰

Што се тиче *времена* потребног за одржај покретне ствари тај рок износи три године, а за непокретне ствари је десет година. (чл. 28 ст. 1. и 2. ЗОСПО)

б) Ванредни одржај

Поред редовног, ЗОСПО познаје и ванредни или како се још назива *ајсолујни одржај*, код кога савестан држалац покретне ствари стиче право својине протеком 10 година, а савестан држалац непокретне ствари протеком рока од 20 година.²¹

Код ванредног одржаја се као квалитет државине захтева само савесност, а као замена за одсуство законитости, захтевају се дужи рокови. На овај начин омогућује се држаоцу стицање својине у случају неважећег правног посла на

¹⁹ ЗОСПО чл. 39. ст. 7.

²⁰ ЗОСПО чл. 28. ст. 1.

²¹ ЗОСПО чл. 28. ст. 3. и 4.

основу кога је стекао државину ствари или неважећег наслеђивања па чак и кад не постоји никакав правни основ за државину.²²

Савесност државине код ванредног одржаја се строжије цени него код редовног. Код редовног одржаја држалац је савестан када није знао нити могао знати да његов претходник није власник, а код ванредног се поред овога захтева и да држалац није знао нити могао знати да не постоји законити основ његове државине. Држалац је овде у двострукој заблуди: у погледу права својине свог претходника као и у погледу постојања законитог основа. Законитост овде није објективни квалификатив државине, али зато мора бити елемент свести узупапијента.²³

3. Рачунање времена потребног за одржај

а) Уопште

У вези рачунања времена потребног за одржај најпре ћемо дати нека општа правила о рачунању рокова, а затим ћемо се осврнути и на питање прирачунавања рока одржаја и на институт прекида и застоја одржаја.

Основно правило о рачунању времена одржаја гласи: „Време потребно за одржај почиње тећи оног дана када је држалац ступио у државину ствари, а завршава се истеком последњег дана времена потребног за одржај“ (чл. 30. ст. 1. ЗОСПО).

Временска јединица за рачунање времена јесте година, али је могуће да се време рачуна и у мањим јединицама (месеци, дани) у случају застоја одржаја. Дакле, у нашем праву на рачунање рокова сходно се примењују општа правила о цивилном рачунању рокова из Закона о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО).

б) Прирачунавање (акцесија) времена одржаја

Ако дође до промене личности узупапијента у току рока одржаја, то не изазива прекид тог рока. О томе у ЗОСПО стоји: „У време потребно за одржај урачунава се и време за које су претходници садашњег држаоца држали ствар као савесни и законити држаоци, односно као савесни држаоци“ (чл. 30. ст. 2. ЗОСПО).

Прирачунавање времена је једноставно када су државине претходника и следбеника једнаке по квалитету. Акцесија се тада врши простим сабирањем времена државине сваког појединог држаоца. Међутим, ако је за поједине држаоце важио различит одржај (за једне редовни, за друге ванредни), онда је то прирачунавање сложеније. Тада се примењује метод

²² Ј. Јерковић, *Стицање права својине и права реалне службености по основу одржаја*, Право 5/84, стр. 20.

²³ С. Пауновић, *Одржај (usucapio)*, Бранич бр. 1-2, Београд, 2008., стр.140.

сразмерног прирачунавања, тј. за сваког претходника мора се утврдити проценат његовог оствареног времена у односу на законом предвиђено време, а затим преостали проценат претвара у време које је следбенику потребно. О томе ЗОСПО не садржи никакве одредбе, али је овакав став заузела судска пракса и такво мишљење постоји у нашој литератури.²⁴

Техника сразмерног прирачунавања удовољава захтеву правде, будући да би било неправедно различите узупапијенте подвести под исти правни режим, а резултат ове методе је увек такав да је укупно време за стицање права дуже од времена за редовни одржај, а краће од времена предвиђеног за ванредни.

в) Застој (обустава) времена одржаја

На застој времена одржаја сходно се примењују одредбе ЗОО о застоју застарелости потраживања.²⁵ Последица застоја (суспензије) времена одржаја је то да се време застоја не рачуна у рок одржаја, а по његовом престанку, рок одржаја наставља да тече.

Време потребно за одржај не тече: 1) између брачних другова, за време трајања брака, 2) између родитеља и деце, док родитељско право траје, 3) између штићеника и његовог стараоца, као и органа старатељства, за време трајања старатељства и док не буду положени рачуни, 4) између лица која живе у ванбрачној заједници, док та заједница постоји.²⁶

Одржај не тече ни против власника који се налази на војној дужности, за време мобилизације у случају рата или непосредне ратне опасности, као ни против лица запослених у туђем домаћинству, ако се као узупапијент појављује послодавац или члан његове породице, све док тај радни однос траје (чл. 382. ЗОО).

Такође, застој постоји и када власник због несавладивих препрека није био у могућности да захтева заштиту права (чл. 383. ЗОО).

Ови разлози произилазе из правила да застарелост, па тако и одржај, не може тећи против лица која нису у стању да воде спор и тако остваре заштиту свог права (*contra non volentem agere non curit praescriptio*).

Ако је малолетник или друго пословно неспособно лице власник неке ствари и нема законског заступника, одржај не може наступити пре него што истекну две године од дана када је постао потпуно пословно способан тј. кад је добио заступника (чл. 385. ст. 2. ЗОО). Такође, против власника који се налази на одслужењу војног рока или на војној вежби одржај не може наступити док не протекну три месеца од завршетка војног рока, односно престанка вежбе (чл. 386. ЗОО).

²⁴ С. Пауновић, *Одржај (usucapio)*, Бранич бр 1-2, 2008, стр. 144.

²⁵ ЗОСПО чл. 30. ст. 3.

²⁶ ЗОО чл. 381.

г) Прекид одржаја

И на прекид одржаја аналогно се примењују одредбе ЗОО о прекиду застаревања (чл. 30. ст. 3. ЗОСПО). Прекид наступа: 1) признањем држаоца да није власник (јер тада државина губи карактер својинске државине), 2) сазнањем држаоца да није власник (тима постаје несавестан), 3) стицањем права својине од стране трећег лица, 4) трајним губитком државине (не и привременим - „држалац није трајно изгубио државину ако је привремено био спречен да врши фактичку власт на ствари независно од своје воље“ - чл. 74. ЗОСПО), 5) када се пропише да ствар коју узукапијент држи не може бити више предмет права својине, 6) подношењем тужбе од стране трећег лица против узукапијента, уколико тужилац успе са захтевом. До прекида неће доћи ако тужбени захтев буде одбијен. Али ако је тужба из неког разлога одбачена, па је тужилац поново подигне у року од три месеца од дана правноснажности одлуке о одбацивању, сматра се да је одржај прекинут првом тужбом (чл. 390. ст. 1. ЗОО).

V Одржај према нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије

1. Опште напомене

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије опсежније регулише одржај од садашњег ЗОСПО. Овој материји је сада посвећено десет чланова (117-126), за разлику од ранија два. У поређењу са осталим начинима стицања својине, одржај заузима доста простора. Нпр. стицање својине на основу правног посла и од невластника (неовлашћеног) регулисано је са по свега пет чланова, иако је стицање својине правним послом првенствени начин стицања својине у пракси. Законодавац велику пажњу посвећује и праву прече куповине (20 чланова) и стицању земљишта ерозијом (10), мада су веома ретки у пракси.

Нацрт уноси новине у погледу *врста* одржаја, који се дели с обзиром на врсту ствари на одржај на покретним стварима, одржај на непокретним стварима, као и регистарски одржај. Разликује се и *дужина рокова*. Наведено је и то какво *дејство* одржај производи, као и какво је стање са *правима трећих лица* на ствари стеченим без накнаде. Унета је и *прећих лица* државине. И даље постоји могућност прирачунавања времена претходника, уз указивање на начин како ту акцесију треба вршити. Ново је и то, што се тиче прекида и застоја рока, да нема упућивања на одредбе ЗОО које се односе на прекид и застој застарелости, већ су *ионак ионак наведени разлози* када долази до примене ових установа.

У даљем тексту осврнућемо се на изложене новине.

2. Врсте одржаја

При даљем излагању вршићемо анализу појединих одредби, елемената и типова одржаја оним редоследом којим се они у Нацрту износе.

а) Одржај покретне ствари

Под покретном ствари нацрт подразумева сваку ствар која променом места не пропада или битно не губи вредност. (чл. 21. ЗОДСП)

Каже се у чл. 117. ст. 1. тачка 1. да ће својину одржајем на покретној ствари стећи онај држалац који је савестан, који има закониту, својинску и исправну државину и две и по године је врши на ствари. Дужи период времена од пет година се тражи ако је држалац савестан и законит односно савестан и исправан. Уколико је држалац само савестан неопходно је да протекне чак 10 година. Можемо закључити да што је државина квалификованија, то је краће време потребно за стицање својине одржајем.

Нацртом је рок од три године који предвиђа ЗОСПО скраћен на две и по за узупапијента који испуњава сва три услова у погледу својстава државине. Десетогодишњи рок се подудара у оба законска прописа, а оно што је ново је рок од пет година као „прелазна форма“ између најкраћег и најдужега рока по нацрту ЗСДСП.

Нацрт Законика даље дефинише услове потребне за одржај покретности.

Законити државина је она која се заснива на правном основу, који је важећи и подесан за стицање оног права коме одговара поступање држаоца у погледу ствари. Супротно, незаконита је она државина за коју не постоји никакав правни основ или је постојећи основ неважећи или неподесан за оно право којем одговара поступање држаоца у погледу ствари. (чл. 45. ст. 1. нацрта ЗСДСП)

Уведена је одредба која не постоји у садашњем ЗОСПО у којој је речено да *рушљив правни йосао* не чини државину незаконитом сам по себи, већ само кад (ако) се поништи. (чл. 45. ст. 2. ЗСДСП) Ова новина може се оценити позитивно, а у складу је и са стањем у упоредним праву. Наследник постаје законити држалац од момента смрти оставиоца, ако законом није другачије одређено.

Држалац који докаже да је својинску државину имао на почетку и на крају времена потребног за одржај сматра се да ју је имао све време, док се не докаже супротно (*Olim et hodie possessio, semper possessionar*). То је *йреиййосййавка нейрекигносййи* државине. (чл. 120. ЗСДСП) Тиме је узупапијенту олакшано доказивање својинске државине. Одржајем се стиче право својине у оном виду и обиму који одговара обиму вршене својинске државине.

Исправна државина је одређена негативно. То је свака она државина која није прибављена на неисправан начин: силом, преваром, претњом, потајно, злоупотребом поверења, самовласним заузећем, самовласном променом поступања у односу на оно које је по молби одобрено или на други неисправан начин (чл. 46. ст. 1. ЗСДСП).

Државина правног лица је исправна ако је исправан начин на који ју је орган или други припадник правног лица прибавио. Државина наследника је исправна (чл. 46. ЗСДСП).

Нацрт о исправној државини говори у посебном члану (чл. 46) за разлику од важећег ЗОСПО који не прави разграничење између законите и праве државине, па се ова промена може означити као прецизнија.

Државина има својство **савесности** ако држалац не зна и не може знати да нема право (односно обавезу) којој одговара његово поступање у погледу ствари.²⁷ Савесност државине се претпоставља, и савесност мора постојати све време трајања одржаја, осим када је законом одређено другачије.

Права трећих лица на ствари, стечена без накнаде, за која држалац није знао нити је могао знати вршећи својинску државину, као да она не постоје, престају у часу стицања својине одржајем, ако је ствар стекао уз накнаду. У ЗОСПО није постојала слична одредба па регулативу чл. 122 ЗСДСП можемо означити као корисну.

Савесност правног лица се цени према савесности органа и оних припадника правног лица за чији делокруг послова је важно да правно лице има право, односно обавезу у погледу ствари. Ако више физичких лица чине орган правног лица, несавесност једног чини правно лице несавесним. (чл. 48. ст. 1. и 2. ЗСДСП).

За држаоца неспособног за расуђивање постоји такође претпоставка савесности (чл. 50. ЗСДСП). Савесност наследника одређује се независно од савесности оставиоца (чл. 51. ЗСДСП). Ако постоји судржавина на ствари савесност сваког од тих лица која истовремено имају државину се процењује понаособ (чл. 49. ст. 1. ЗСДСП).

Исто тако, савесност властодавца и пуномоћника цени се посебно с тим што несавесност пуномоћника шкоди властодавцу. Међутим, уколико је несавестан законски заступник лица неспособног за расуђивање то овом неће ићи на штету (чл. 49. ст. 2. и 3. ЗСДСП).

б) Одржај непокретне ствари

Стицање непокретних ствари одржајем регулисано је слично стицању покретних, одмах у наредном (118.) члану, с том разликом што су рокови знатно дужи. Држалац који поседује сва три квалитета која се траже - савестан је, законит и исправан - својину стиче протеком рока од 10 година.

²⁷ Нацрт ЗСДСПС чл. 47. ст. 1.

Уколико отпадне једно својство државине, било да је то исправност или законитост, одмах се захтева пет година више, односно 15 година за стицање права својине. Узукапијент који се одликује једино савесношћу, стећи ће својину на непокретности по протеку рока од 20 година. Новина је „средњи“ рок од 15 година између рокова 10 и 20 година који се подударају са роковима ЗОСПО-а, и чији је циљ поправљање положаја узукapiјента зависно од квалитета његове државине.

в) Регистарски одржај

Регистарски одржај је новина нацрта ЗОСПО не познаје овај облик стицања својине одржајем.

Регистрована покретна ствар јесте она покретна ствар за коју закон предвиђа да се одређено стварно право на њој заснива, преноси или престаје уписом у јавни регистар.²⁸

Право својине уписано у јавни регистар на регистрованој покретној односно непокретној ствари, савесно лице стиче истеком рока од 10 година од уписа извршеног по пуноважном правном послу са лицем које је претходно неосновано уписано као власник, тј. три године од уписа извршеног без таквог правног посла, ако је за то време вршило својинску државину. Својина се не стиче ако је упис извршен од ненадлежног органа, на основу фалсификоване или неистините исправе, или ако постоји вишеструки упис.²⁹

Можда би порекло регистарског одржаја покретности требало тражити у табуларном, земљишно-књижном одржају код непокретности, који је био предвиђен АГЗ (§ 321. говори о табуларној државини, којом се може стећи својина за савесног држаоца по протеку рока од три године) и који се примењивао и у нашем праву³⁰.

Овај тип одржаја постојао је и у нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима³¹. Табуларни (земљишно-књижни) одржај био је предвиђен у чл. 50 и није био баш најадекватније решење, па су сугерисане различите измене – није се правила разлика између законитог и незаконитог земљишно-књижног држаоца, као ни да ли је у питању теретни или добротини посао критикована је, дужина рокова, предложено да се одржајем не стиче само својина на земљишту, већ било којој непокретности итд.³²

²⁸ Нацрт ЗСДСПС чл. 22.

²⁹ Нацрт ЗСДСПС чл. 119.

³⁰ Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1980, стр. 27.

³¹ Скупштина СР Србије – Радна група за израду Нацрта Закона о праву својине другим стварним правима на непокретностима – Радна верзија, Београд, фебруар 1978, касније проширен на сварна права на покретностима.

³² В. Водинелић, *Стицање својине одржајем*, Правни живот, бр. 4/79, Београд, 1979, стр. 42- 46.

Независно од тога, постојање регистарског одржаја сматрамо корисном новином за све оне покретности на којима се стварна права стичу уписом у регистар.

3. Рачунање времена потребног за одржај

а) Уопште

Рок одржаја почиње да тече оног дана када је држалац стекао државину потребну за одржај, а завршава се истеком последњег дана рока предвиђеног за одржај. Ова одредба Нацрта је готово идентична сада важећој одредби ЗОСПО, па све што је раније речено за рачунање рокова важи и овде.

б) Прирачунавање времена одржаја

Нацртом ЗСДСП предвиђена је могућност прирачунавања времена претходника у време потребно следбенику. Уколико су државине претходника и следбеника погодне за исти тип одржаја, следбенику се урачунава онолико времена колико је протекло претходнику. Ту је ситуација једноставна, али се она компликује уколико су њихове државине подесне за различите видове одржаја. Тада се време претходног држаоца урачунава следбенику умањено, односно увећано онолико пута колико је рок претходника дужи, тј. краћи од рока следбеника.

Ова одредба је напредак у односу на данашње стање, јер у ЗОСПО овакве одредбе нема, што ствара тешкоће и правну несигурност.

в) Застој одржаја

Значајан напредак и олакшање онима који право примењују представља груписање на једном месту одредби о застоју одржаја, у односу на данашњу ситуацију где ЗОСПО упућује на примену норми ЗОО у погледу разлога који доводе до застоја застарелости.

Уколико постоји разлог за застој, рок одржаја не почиње да тече док тај разлог постоји, а ако је рок већ почео да тече онда наступа обустава времена одржаја. Такође, рок одржаја не истиче све док не буде уклоњен узрок који изазива застој.

Разлози који изазивају застој су таксативно наведени (чл. 125. ст. 1. тачка 1-5 ЗСДСП), па рок за одржај не тече: 1) између родитеља и деце, односно штићеника и стараоца и лица која се уподобљују овима, док траје родитељско право, односно старатељство, 2) између брачних партнера, док брак траје, а са браком је изједначено постојање ванбрачне заједнице, 3) између упосленог у туђем домаћинству и лица са којим је тај радни однос засновало, као и чланова домаћинства, док такво упослење траје, 4) док је власник на војној дужности, у случају рата, непосредне ратне опасности или мобилизације, 5) у случају

несавладивих препрека, када је власник спречен и онемогућен да оствари заштиту судским путем, док препреке трају.

Рок одржаја не истиче ако је власник ствари пословно неспособан, а нема законског заступника, док не истекну две године од момента када је постао потпуно пословно способан или је добио заступника, као ни ако је власник на одслужењу војне дужности, док не истекну три месеца од завршетка те дужности. Ови разлози постоје и у ЗОО, а новина (чл. 125. ст. 3. тачка 2. и 3. ЗСДСП) је то што се власнику ствари који је наследник лица против кога је одржај текао, година дана од смрти оставиоца рачуна као застој; и што се сингуларном сукцесору лица против кога је текло време одржаја, шест месеци од промене власника третира као обустава рока одржаја. Последица застоја одржаја је то што се време протекло до заустављања тока рока рачуна у време потребно за одржај.

г) Прекид одржаја

Када наступи неки од разлога за прекид одржаја време које је протекло до прекида не рачуна се у време потребно за одржај, тако да рок почиње тећи изнова. Уместо ранијих шест разлога за прекид, колико је наведено у ЗОО, нацрт предвиђа десет.

Прекид одржаја наступа: 1) када држалац изгуби државину (односно својинску државину) и не поврати је у року који је предвиђен за заштиту државине, 2) ако држалац призна власнику да нема право својине, 3) ако држалац сазна да нема право својине, 4) ако се изврши упис брисања у јавном регистру, истеком рока за оспоравање тог уписа, 5) ако треће савесно лица стекне својину на ствари, 6) ако ствар која је предмет одржаја пропадне, 7) ако се пропише да ствар у погледу које тече рок одржаја не може бити у својини, 8) ако држалац умре или престане да постоји, а нема следбеника, 9) када држалац постане трајно неспособан да има својину на ствари у погледу које тече рок одржаја, и на крају 10) ако буде поднета тужба, или стављен предлог суду или буде стављен приговор или захтев другом органу, са којим се правноснажно успе (чл. 126. ст. 1. тачка 1-10 ЗСДСП). Уколико оваква тужба буде одбачена због ненадлежности суда или које друге сметње која спречава поступање суда, а власник ствари у року од три месеца од правноснажности тужбе, поново поднесе тужбу, па захтев буде усвојен, сматра се да је рок одржаја прекинут подношењем прве тужбе (чл. 126. ст. 2. ЗСДСП).

VI Закључак

Из свега наведеног можемо закључити да је одржај у нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије детаљније и темељније регулисан него у важећем Закону о основама својинско-правних односа.

Нацрт опширније регулише одржај дајући му више простора (10 чланова), у односу на друге начине стицања својине. С обзиром на то да одржај у пракси није толико чест, можда се оваква регулатива може означити као преопширна.

Нацрт доноси бројне новине. Уводи се регистарски одржај. Што се дужине рокова тиче – рок од три године за стицање покретних ствари се скраћује на две и по, и уводе нови рокови од пет година код покретних ствари и 15 код непокретних, како својина не би била дуго у неизвесности и да се савесном држаоцу олакша њено доказивање. Уводи се претпоставка непрекидности државине, регулише се дејство одржаја и судбина права трећих лица на ствари стеченој у својину. Законодавац предвиђа могућност акцесије времена претходника, уз регулативу начина на који се прирачунавање врши. Разлози за прекид и застој одржаја су таксативно наведени (што је примереније од решења ЗОСПО-а који упућује на примену одредби ЗОО).

Укупно гледано, новине нацрта, његова решења и идеје оценили бисмо као позитивне. Законодавац материју одржаја регулише исцрпно и потпуно и не оставља места празнинама и неизвесности. Одговара савременим захтевима праксе, исправља недостатке садашње регулативе и домаће право усклађује са правима других држава. Све ово доприноси већој правној сигурности, лакшој примени права и доказивања права својине.

*Marija Mickovic,
an associate*

PRESCRIPTION FROM LEAGL ASPECT AND ACCORDING TO DRAFT CODE ON PROPERTY OF REPUBLIC OF SERBIA

In her work, the author is analyzing prescription as an originary way of property acquisition in positive regulations and according to the draft ZSDSP. Firstly, she determinates the term, effect and function of the prescription. Afterwards, the author is giving addressing the solutions of this instrument in Roman Law as well as in the Serbian Civil Code. The central part of this work is dedicated to analysis of prescription according to positive regulations and according to draft Property Law and other laws in Serbia. The author made a comparison, pointed out the similarities and differences, and emphasized the novelties this law brings

Одељак V

Породично и наследно право

ПРИВАТИЗАЦИЈА ПОРЕКЛА - Уговорно регулисање порекла детета према родитељима -

Увод

Крајем 20. века породица се свуда у Европи, па и код нас, изменила што је неминовно довело и до промене правила породичног права којима се то све обликује. Под утицајем многих фактора нестала је традиционална породица заснована искључиво на браку и ауторитету мушкарца, а појавила се нова породица заснована на сродству и равноправности њених чланова. Потврђивање аутономије индивидуе, либерализација понашања и обичаја, доводи до дубоких промена у функционисању породице. Право мора да прати и организује ту нову породицу засновану на равноправности мајке и оца у вршењу родитељског права, равноправности деце без обзира да ли су рођена у браку, ван брака или усвојена. Као начин уређења тих односа, али и модел решавања конфликтних ситуација све се више јавља уговор, разговор, посредовање. Овај нови начин регулисања односа је мање погодан за оне чланове породице који су слабија страна, пре свега финансијски, и наравно за децу због њихове пословне неспособности што их спречава да у регулисању односа који их се тичу учествују директно. Правни режим који фаворизује уговор као начин уређења ових односа с тога мора имати механизме да ове негативне појаве спречи. То се постиже, с једне стране, позитивном дискриминацијом која постоји у корист слабије стране (најчешће жене), а с друге стране, контролом ових споразума од стране овлашћеног органа.

Контрактуализација

Упркос модерности савремене уговорне теорије, тек је крајем двадесетог века уговорно регулисање захватило традиционалне области резервисане за императивна правила законодавца. Права и обавезе нису више нужно уређени законом: могу бити и резултат уговора, најважнијег инструмента приватног права, што се може назвати контрактуализацијом или приватизацијом породичног права.¹ Ова контрактуализација захвата све области друштвеног

¹ О овом више. З. Поњавић, Ново породично право – процес приватизације

живота, па и јавне службе, тако да се већ говори о појави "уговорног јавног поретка".² Иде се и даље па неки сматрају да је «уговор коначно постао основа људског друштва».³ И суштински, људско постојање, зачеће и рођење, није више резултат случајности већ уговор двеју страна. Тај уговор је у неким случајевима формалан па се тако јавља и појам "уговорне деце".

Под појмом уговора, у овом случају, подразумеваћемо сваки споразум двеју страна којим се постиже одређено правно дејство које је прихватљиво са становишта објективног права. У неким случајевима то дејство уговора настаје сагласношћу воља, као код консенсуалних уговора, док ће у другим случајевима бити потребна сагласност суда. Њиме се ствара правило према коме ће стране у уговору имати да се понашају једна према другој.

Контрактуализација је била видљива и у ранијем Закону о браку и породичним односима (ЗБПО), али је полет добила усвајањем Породичног закона (ПЗ) Републике Србије, 2005. године. Она је очигледна у области развода брака (споразумни развод брака), поступак посредовања, имовинских односа (брачни уговор). Могућност уговарања код личних породичних односа је различита. Она је, чини се, највећа када су у питању односи унутар једног пара, брачног или ванбрачног, а најмања у родитељском праву.

Биолошко и вољно код успостављања порекла детета

Када се ради о начину успостављања родитељскоправног односа, односно сродничког односа, *a priori* се у правној литератури истиче да манифестације воље имају ретко кад уговорни карактер, у сваком случају ређе него у другим областима породичног права. При овоме се, обично, наводе два аргумента. На првом месту се истиче чињеница да је статус једног лица утврђен императивним правилима државе, а сродство је његова срж. На основу сродства се једно лице везује не само за породицу, већ и за једну националну заједницу и на крају за једну културу. Истина је, међутим, да значај воље и у овим односима није занемарљив.⁴ Воља се испољава као одбијање родитељства преко прекида трудноће и стерилизације, или код оспоравања родитељства, али и прихватањем родитељства, примера ради признањем, када долази до успостављања правне везе између детета и

породичног права, Зборник радова: Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 6-7.

² Видети: Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez, Lille, 2008, Le système juridique à l'ère de la contractualisation

http://www.gip-recherchejustice.fr/IMG/pdf/162_systeme_juridique_contractualisation_chassagnard.pdf

³ Наведено према: <http://www.oboulo.com/contenu+autorit%E9+parentale>

⁴ Видети: З.Поњавић, Очинство детета и биолошка истина, Наша законитост, 6-1988, стр.747-758.

родитеља. Аргументи у прилог заштите јавног поретка и значаја који ови статусни односи имају за друштво полако узмичу пред еланом оних који у индивидуалној вољи виде креатора регулисања и у области родитељског права. Значај сагласности воља у овој области наставља да расте и може се рећи да је то један универзални процес.⁵

Други аргумент који се наводи као разлог мањег значаја уговора у овој области произлази и из чињенице да прогрес биологије сада пружа могућност да се са сигурношћу утврди порекло детета, чинећи тако превазиђеним сагласност воља као основ за његово успостављање.⁶ Међутим, значај оваквог закључка је умањен из више разлога. На првом месту треба рећи да сроднички однос није пре свега и није само биолошки однос, јер људи нису животиње.⁷ Биологија омогућава да се са сигурношћу открије ко је зачео дете и она је с тога само један инструмент. Поред биологије, за успостављање родитељског односа све више у законодавству постаје важнија идеја одговорности за прокреацију.⁸ Ова идеја може бити промовисана у области којом се регулише порекло детета на више места, што је, конкретно у Породичном закону Републике Србије и учињено. То је учињено на тај начин што се у правила којима се регулише успостављање порекла детета према родитељима осим ових биолошких интегрису и друге чињенице: и даље постоји претпоставка брачног порекла детета и даље постоји могућност заснивања сродства на основу изјаве воље. Поред овога, на другом месту, овакав закључак губи на значају и пред комплексношћу породичних веза: не само да се сродство не своди на биолошку везу, већ и распад породице доводи до њеног свођења на једнородитељску или до формирања нове у којој живе партнери са децом која нису њихова заједничка деца, пружајући безброј

⁵ Frédérique GRANET, L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes; <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000551/0000.pdf>

⁶ Порекло детета се може са 100% тачности утврдити на основу анализе ДНК отиска. Овај тест би, међутим, као једно право требало користити само када је захтев поднет у току судског поступка, а не изван њега, често и из личне радозналости. У овом смислу није било изјашњења наше судске праксе. Касациони суд у Француској је баш на овај начин донео одлуку, 28. марта 2000 године. Видети: P.Murat, Les enjeux d'un droit de la filiation; Доступан на: <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2006-3-page-6.htm>

⁷ F. Bellivier, L. Brunet, C. Labrusse-Riou, La filiation, la genetique et le juge: ou est passee la loi, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1999, стр. 548.

⁸ Као што стоји у извештају групе за реформу породичног права у Француској на челу са професором Françoise Dekeuwer-Defossez., Renover le droit de la famille: Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Доступно на: <http://www.lplm.info/spip/spip.php?article212>

искушења за контрактуализацију правила за успостављање веза детета и породице.⁹

Три случаја успостављања порекла на основу уговора

Када се ради о правилима за успостављање родитељскоправног односа треба рећи да би се могао према Породичном закону засновати на основу уговора у три случаја: код признања очинства (а), код усвојења (б) и у случају зачећа уз биомедицинску помоћ (в).

а) Признање очинства

Материнство се, по правилу, заснива рођењем детета и уписом имена жене која га је родила у матичну књигу рођених као мајке детета. У овом погледу нема разлике у односу на чињеницу да ли је мајка у браку или није. Када је у питању материнство, као базични родитељски однос, одмах се може рећи да су правила на основу којих се оно заснива императивне природе па су и минималне могућности за испољавање воље. Чак је из Породичног закона Републике Србије избачено признање материнства као начин његовог заснивања, ако жена која је родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка детета, што је иначе било познато по ранијем Закону о браку и породичним односима. С тога се као једини начин заснивања материнства према чл. 43, у овом случају, помиње његово утврђивање правноснажном судском пресудом.

И жена која је дете родила уз биомедицинску помоћ јесте његова мајка (чл. 57/1), тако да се и у овом случају искључује било какав значај воље.¹⁰

Познато је да се очинство детета рођеног у браку намеће мужу мајке и против његове воље на основу старог правила (претпоставке) *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Међутим, ствари би се могле посматрати и на другачији начин. Закључењем брака муж прихвата да буде отац све деце коју ће родити његова супруга. Ово би управо могла бити уговорна интерпретација правила *Pater vero*.¹¹ Психолошки посматрано овакво резоновање има основа, премда

⁹ P. Murat, Rattachement familial de l' enfant et contrat, стр.134: у: D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommieres, La contractualisation de la famille, Paris, 2001.

¹⁰ Уговор о сурогат материнству није код нас регулисан. И Предлог закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, који је Влада Републике Србије у јулу месецу 2009. године упутила у Скупштину на усвајање не предвиђа овај уговор.

¹¹ Ову тезу изнео је још 1902. године А. Colin. Наведено према: P. Murat, Rattachement familial..., op.cit., стр.136., а у новије време видети: J. Fiereus, La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l' etablissement de la filiation, Доступан на:

са правне тачке гледања оно губи на значају будући да је претпоставка постала само обично доказно средство.¹²

Очинство деце рођене изван брака се утврђује признањем или судским путем. И управо када се ради о признању познато је да воља игра најважнију улогу. Признање очинства није, као што је познато, једностран изјава воље мушкарца који себе сматра оцем детета.¹³ Потребна је сагласност и мајке детета, али и детета у случају ако има 16 година и да је способно за расуђивање (чл. 48. и 49. Породичног закона).¹⁴ Чињеница да признање очинства зависи од сагласности мајке, не пружа никакву гаранцију да се истовремено ради и о биолошкој вези. У основи овог начина успостављања родитељског односа лежи воља, или боље речено две воље, сагласне. Сродство настаје на основу уговора мушкарца и мајке, а ако је дете способно за расуђивање и уговора између њега и мушкарца који га признаје. Никакав доказ о постојању биолошког односа између детета и мушкарца који га признаје није потребан. На овај начин сагласна изјава воље мајке, детета ако је способно за расуђивање, и мушкарца може довести до успостављања очинства детета, без икакве крвне везе између њих.¹⁵ Та чињеница није позната уговорним странама, или најчешће бар једној од њих, или је позната па упркос тога заснивају сроднички однос. Иако је, дакле, овакав начин заснивања родитељског односа несигуран, у ситуацији када се не може претпоставити постојање биолошке везе признање и даље остаје најбољи начин за успостављање сродничког односа. Законом је, истина, створена широка могућност да се овако заснован однос оспори или поништи од стране овлашћених лица. И управо ова околност овај уговор нарочито удаљава од класичне уговорне теорије.

Овај уговор могу закључити само лица која испуњавају одређене објективне и субјективне услове. Објективни услов је да имају најмање 16

http://books.google.com/books?id=lmvFZTV1BXcC&pg=PA834&dq=contractualisation+de+la+filiation&hl=fr&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q=contractualisation%20de%20la%20filiation&f=false

¹² О овоме више: З. Поњавић, Шта је остало од претпоставке очинства. У: Србија и европско право, књ. V, Крагујевац, Правни факултет, 2002, стр. 343-360.

¹³ За разлику од француског права где је признање једностран изјава воље мушкарца, чија се истинитост не контролише. Сагласност мајке се не тражи. Стога је и дата врло широка могућност његовог оспоравања. Видети: чл. 335. грађанског законика.

¹⁴ Оваква правила имају и већина држава романског правног система, као што су Белгија, Шпанија, Италија, Луксембург. Видети: R. Frank, L'etablissement et les consequences de la filiation maternelle et paternelle en droit europeen, *Revue internationale de droit compare*, 1/1999, стр. 39.

¹⁵ Оваква лажна признања су део романске правне традиције. У суштини она замењују адопцију. Видети: Ibid, стр. 40.

година живота. Оваква добна граница, нижа него код других уговора, оправдава се околношћу да се ради о уговору који се не може закључити преко законског заступника или пуномоћника већ само лично (чл. 305/3). Изјаве морају бити дате слободно и добровољно, као код било ког другог уговора. У случају да је изјава дата под утицајем принуде или заблуде те се околности морају утврђивати у поступку поништења изјаве о признању или изјаве о сагласности са признањем пред парничним судом. Доказивање рушљивости уговора у овом случају могуће је само по захтеву лица чија је воља била манљива и у року од године дана од дана када је принуда престала или заблуда била уочена. Уколико се тужба у овом року не подигне уговор је конвалидирао.

Способност за расуђивање је субјективни услов који се тражи. Лица која овај уговор закључују морају бити свесна његовог значаја и последица које ће по њих настати. Сагласношћу са признањем закључује се уговор између лица које је дало изјаву и лица које се са том изјавом сагласило. Између ове две изјаве обично постоји временски размак условљен начином уписа рођења у матичне књиге рођених. Односно, оне се не дају истовремено, што ствара сумњу у уговорни карактер признања.¹⁶ Међутим, овакви уговори по приступу нису непознати у уговорној теорији. Изјаве би се могле дати и истовремено, па и пре рођења детета, сагласно, пред надлежним органом. Таква могућност пренаталног заснивања родитељства произлази из одредбе чл. 47/2. Породичног закона.¹⁷

Истина, у овом случају, не ради се о консенсуалном уговору будући да је потребно да уговор буде закључен у одређеној форми пред надлежним органом. Дате изјаве о признању и сагласности са признањем обавезују лица која су их дала. Моментом давања изјаве о сагласности са признањем блокира се и могућност повлачења изјаве о признању што увелико подсећа на уговор по приступу. С друге стране, лице које је дало сагласност са признањем везано је тиме и не може овако заснован родитељски однос оспоравати. Изјава се од стране овог лица може једино поништавати, рецимо због мана воље или ако није био испуњен неки услов за њену пуноважност, рецимо изјаву је дало лице неспособно за расуђивање, што су све разлози за поништење и било ког другог уговора. Моментом прихватања, односно, изјавом о сагласности са признањем настаје уговор. Закључењем уговора

¹⁶ Неки сматрају да се сагласност странака јавља само као услов за примену ове технике оплодње а никако се не ради о уговору којим се уговара порекло детета. Видети: Р. Murat, *op.cit.*, стр. 150.

¹⁷ Пренатална признања очинства, на основу заједничке изјаве, дате у истом акту би требало, свакако популарисати и стимулисати. Чини се, такође, корисним, законски уредити могућност заснивања овог очинства сагласном изјавом воља оба родитеља одмах по рођењу, приликом уписа у књигу рођених. На овај начин дете би одмах по рођењу имало оба родитеља.

настају одређена права и обавезе које проистичу из садржине родитељског права: обавезе чувања, подизања, образовања, издржавања, итд. С друге стране, у погледу успостављеног родитељскоправног односа признање има ретроактивно дејство, тј. мушкарац који је признао дете сматра се његовим оцем од рођења.

б) Усвојење

На другом, месту распад породице може довести до појаве нових форми родитељства, до родитељства више лица, које се може засновати на сагласности воља. Ту пре свега се има у виду усвојење које настаје сагласношћу воља и које се јавља као мешавина уговора и одлуке надлежног органа. Адопција се састоји у обезбеђивању детету породице коју нема, па стога и правно технички представља идеалан пут ка деци лицима која их не могу имати. Жеља за родитељством се односи на децу која су без родитеља или коју родитељи не желе.

Адопција се традиционално сматра за правни институт који настаје као акт воље заинтересованих лица, када се заснива родитељски однос идентичан оном који настаје рођењем. Према бившем ЗБПО усвојење није могло настати сагласношћу воља усвојитеља и родитеља усвојеника. Управо ово је омогућено Породичним законом републике Србије у случају када родитељи детета означавају усвојитеље (чл. 95/2). У питању је пре свега "отворено усвојење", настало по угледу на амерички систем који допушта биолошким родитељима да сами изаберу будуће усвојитеље свога детета. Биолошки родитељи детета бирају будуће усвојитеље, а не орган старатељства као у другим случајевима (тзв. бланко усвојење, без означавања будућих усвојитеља). Директним споразумом, уговором, биолошких родитеља и познатих усвојитеља могуће је да настане усвојење. Може се свакако овом приговорити да се на овај начин отвара могућност трговине децом. Поред овога, на основу споразума усвојење може настати и у случају када се усваја дете брачног или ванбрачног партнера (чл. 101/2). Ово је један од могућих изузетака правила да се као усвојитељи могу јавити супружници или ванбрачни партнери. И у овом случају орган старатељства не врши избор усвојитеља већ се све дешава договором биолошког родитеља и усвојитеља. Свакако, овај случај усвојења изгледа прихватљивији са становишта заштите од могуће трговине децом, будући да се као усвојитељ јавља лице које већ живи у заједници са родитељем детета, а не било које друго лице. Сходно чл. 102/2 и 318. ПЗ у овом случају усвојитељи нису дужни да прођу програм припреме за усвојитеље нити се у овом случају организује период прилагођавања.

Значај овог споразума на основу кога настаје усвојење када родитељ(и) врши(е) избор усвојитеља не умањује чињеница да оно и у овом случају настаје на основу решења органа старатељства, на основу кога се врши нови упис у матичну књигу рођених. Без сагласности воље ових лица усвојење не

може настати. Међутим, воља странака у овом случају није апсолутно слободна. Ограничена је не само овлашћењем органа старатељства да контролише испуњење услова који се по закону траже за пуноважност усвојења, већ и могућношћу да одбије заснивање усвојења ако није у складу са најбољим интересима детета.¹⁸

в) Зачеће уз биомедицинску помоћ

На крају, ширење прокреације уз биомедицинску помоћ такође доводи до ширења контрактуализације и на настанак родитељскоправног односа.¹⁹ Раздвајање сексуалне од прокреативне функције доводи до тога да се прокреација може уговорати од стране супружника или ванбрачних партнера. Споразум будућих родитеља је основа за коришћење овог вида прокреације, будући да се он, по правилу, одвија у оквиру једног пара, брачног или ванбрачног.²⁰ На њима је да бирају: да ли ће имати или неће децу. Ова могућност постоји све док су у заједници, тачније све док могу имати децу. Породични закон РС широко отвара ову могућност увођењем сагласности партнера, брачних или ванбрачних, на поступак зачећа уз биомедицинску помоћ као начин прихватања родитељства будућег детета. Истина, када се ради о очинству детета које се рађа уз биомедицинску помоћ Породични закон говори о "писменом пристанку" мушкарца (чл. 58. ст. 1. и 2), а не о сагласности. Породични закон не говори о пристанку мајке, али се он подразумева, односно

¹⁸ Видети члан 317. ст. 3. Породичног закона.

¹⁹ Неки иду и даље па постављају питање да ли је и рођење детета природним путем резултат уговора. Ако је брак или ванбрачна заједница продукт једног споразума, зашто и предмет тог споразума не би био и онај који се односи на децу, да ли ће их бити или не, колико, итд. У прилог оваквог разматрања може се навести једна пресуда суда у Nimes који је супругу огласио делимично кривом за развод брака јер је затруднела без знања мужа у врло специфичним околностима што представља од стране супруге повреду обавезе искрености која постоји између супружника, што онда мужа своди на улогу генитора. Суд додаје да "у ситуацији постојања обичаја и средстава за контрацепцију, зачеће детета од стране једног брачног пара мора бити резултат заједничког избора и заједничког пројекта". Видети коментар ове одлуке: J. Hauser, *Personnes et droits de la famille, Filiation biologiques*, (no.18), *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/2008, стр. 91-92.

²⁰ Будући да код нас није донет закон који би регулисао овај вид прокреације, то је онда могуће оплодња жене која не живи у пару. Према Предлогу закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења, то неће бити више могуће. Наиме, у чл. 26. предвиђа се да право на лечење неплодности "имају пунолетна и пословно способна жена и мушкарац који воде заједнички живот у складу са законом којим се уређују породични односи - супружници, односно ванбрачни партнери..." Овако што није могуће, примера ради, и у Француској (чл. 152. ст. 2. Закона о јавном здрављу).

подразумева се да су партнери већ постигли претходни споразум о свом будућем родитељству. Према Закону о здравственој заштити оваква интервенција захтева пристанак и лица на коме се врши медицински захват, у овом случају мајке.²¹ Сагласност воља супружника на примену ове методе прокреације је основа за успостављање порекла детета. На овај начин се успоставља неоторива претпоставка очинства мужа, односно ванбрачног партнера.²² Они прихватају да ће бити родитељи детета које је биолошки везано за њих (хомологна) или није (хетерологна) инсеминација. У овом другом случају јасно је да правна веза која настаје не кореспондира са биолошким истином. Све је ово навело неке да закључе да постоје "уговорна деца".²³ Сроднички однос и правна веза која на овај начин настају произлазе из сагласности воља. Њихова сагласност управо кореспондира са идејом одговорности за прокреацију која све више постаје основа успостављања родитељскоправног односа. Порекло детета се, дакле, не заснива само на биологији већ и датој речи. Истовремено, сагласношћу воља ова лица су се одрекла и права на тужбу за оспоравање овако утврђеног родитељског односа.

Уколико се ради о ванбрачним партнерима, којима се такође према Породичном закону омогућава да на овај начин постану родитељи, овај споразум за њих има и други, много шири, значај осим овог везаног за успостављање родитељског односа. Овим се истовремено чини несумњивим постојање њихове заједнице што има значаја и у погледу остваривања неких других права из овог односа. Сагласност ових лица у погледу родитељства детета је истовремено њихова сагласност о постојању ванбрачне заједнице. У овом случају уговорне стране су везане овом сагласношћу у погледу родитељства и ни једна страна не може оспоравати овако успостављено очинство. Може се сматрати да су се својим споразумом овог права одрекле. Ово се односи и на дете па се овим легално оно онемогућава да сазна своје порекло што је противно чл. 7. Конвенције о дечијим правима. Својим споразумом, са дозволом законодавца, партнери су онемогућили примену једног правила које је постало део међународног правног поретка.

²¹ Закон о здравственој заштити ("Сл. гласник РС", бр. 107/2005), чл. 31. ст. 2.

²² Успостављање претпоставке ванбрачног очинства у случају оплодње уз биомедицинску помоћ ствара у погледу успостављања родитељскоправног односа једну додатну разлику између деце рођене изван брака: деца која су зачета природним путем немају успостављен правни однос са оцем по рођењу па се оно може установити признањем или судским путем, док деца рођена уз биомедицинску помоћ имају претпостављеног оца, оног који је дао пристанак.

²³ На овај начин ствара се једна нова врста сродства и један нов појам "уговорене деце". Појам је употребио француски правник J. Hauser, *Un nouveau-ne: l' enfant conventionnel*, D.1996, chron. 182. Наведено према: F. Dekeuwer-Defossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, стр.175; Y: *Aproche critique de la contractualisation* (S. Chassagnard-Pinet et D.Hiez), Paris, 2007.

Ако је у питању биомедицинска оплодња *in vitro*, како произлази из одлуке Великог већа суда у Стразбуру у случају Еванс против Уједињеног Краљевства, од 10. априла 2007. године, партнери који су пристали на ову врсту оплодње нису везани својим споразумом, чиме се негира постојање уговора између партнера у овом случају. Тумачећи правила Конвенције за заштиту људских права и основних слобода Суд сматра да се сагласност може једнострано повући све до момента док се не изврши имплантација ембриона у материцу жене.

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, чија је повреда у наведеном случају сигнализирала од подносиоца захтева, је од почетка била мало намењена да регулише приватне односе, посебно оне породичне. Уосталом, одредбе које се ближе или даље односе на породицу толико су лапидарне да се може поставити питање да ли се уопште односе на породицу. То се односи на чл. 8. (право на заштиту приватног и породичног живота), али и на чл. 12. (право на закључење брака и заснивање породице). Међутим, утицај који ова Конвенција данас има на ове односе није никако занемарљив. Велики број студија показује да је идеологија права човека била од свог почетка страна породичном праву, данас постаје његов основни покретач.²⁴

С тога се може констатовати да се еуропеизација породичног права увек дешава по истом моделу: на основу интерпретације Конвенције од стране Суда за људска права у Стразбуру. Једна детаљна анализа судских одлука у Стразбуру показује да се та интерпретација увек дешава тако да се води рачуна о законодавству у државама чланицама. Ово се на нарочито односи на одлуке из домена породичног права, више него у другим областима, будући да национални судови имају веће могућности сазнања о локалним специфичностима, о њеним социјалним и културним специфичностима, што није случај ако се ради о другим економским или социјалним односима.

Циљ Конвенције је био, пре свега, да установи корпус субјективних права које појединци остварују у односу на државу. Међутим, последњих година поље њене примене се шири и на обавезе које једна индивидуа мора поштовати и у односима са другим, себи сличним, индивидуама. Ово, тзв. хоризонтално дејство, састоји се у ширењу права човека и на односе између индивидуа, а не само односе држава - појединаца.²⁵ Дobar пример за ово пружа управо поменута

²⁴ Видети: André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille*, (predgovor F.Dekeuwer-Défossez), 1996, Paris, стр. 3.

²⁵ Ово хоризонтално дејство Конвенције за заштиту људских права се у литератури још и назива "приватизација" основних права. Видети: Veronique van der Plancke et Nathalie van Leuven, *Les privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l' Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal generalise?* доступан на: <http://cridho.cpdf.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf>

одлука Великог већа Суда за људска права у Стразбуру у случају Еванс против Уједињеног Краљевства донете 10. априла 2007.

Чињенице су следеће: госпођица Еванс је боловала од тумора јајника и саветовано јој је да се подвргне хирушкој интервенцији ради њиховог одстрањивања. У договору са својим партнером Ј. пре ове операције њена јајна ћелија је оплођена *in vitro* спермом партнера и овако добијен ембрион је замрзнут, са циљем да се имплантира у њену материцу у нади да ће тако затруднети и добити дете. Њен партнер је на то пристао и изјавио да жели бити отац детета које ће она родити. Према слову споразума ембрион који настане може бити усађен у њену материцу у року од 10 година пошто оздрави. Истовремено су информисани да према енглеском пропису из 1990 године (*Human Fertilisation and Embriology Act*) свако од њих има право да повуче своју сагласност у сваком моменту све док ембрион не буде имплантиран у материцу жене. На жалост, 6 месеци после операције (2001. године) они су се растали и бивши партнер је повукао своју сагласност за имплантацијом ембриона. Клиника је о томе обавестила госпођицу Еванс и рекла да ће ембриони бити легално уништени, што је значило да она никако више не може постати мајка детета рођеног природним путем. Упркос овога она је ипак захтевала од судова у Енглеској да се дозволи имлантација ембриона, тврдећи да њен партнер није имао право да повуче дату сагласност. Енглески суд је одбио њен захтев на шта се она обраћа суду у Стразбуру тврдећи да се ради о повреди "права на приватни живот" из чл. 8. Конвенције. Суд је 7. марта 2006. донео одлуку према којој нема повреде одредби Конвенције. На тражење подносиоца захтева и Велико судско веће се изјаснило о истом питању и потврдило одлуку о неповредивости права на приватни живот. Према овој одлуци појам "права на приватни живот" обухвата такође и "право поштовања одлука да се постане или не постане родитељ".²⁶

Према томе, из овог би се могло посредно извући закључак да не постоји "право на дете", што би значило да неко може имати дете кад хоће, како хоће и без обзира на околности.²⁷ Односно, са становишта Државе, да не постоји њена обавеза да омогући сваком лицу да добије дете, ако га не може

²⁶ Одлука је донета 7. априла 2007. године. Значај ове одлуке је у томе што је по први пут Суд у оквиру "права на приватни живот", поред свих других елемената, укључио и овај о "поштовању одлуке да се постане или не постане родитељ".

²⁷ У одлуци од 7. марта 2006. године Суд је истакао да појам "приватни живот" обухвата право поштовања одлуке да се има или нема дете" из чега су неки звукли закључак да се по први пут признаје "право на дете". Видети: J-P. Marguenaud, P. Remy-Corlay, *Le triste sort des embryon in vitro du couple separe*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, стр. 255-260. Велико веће Суда у Стразбуру у својој одлуци од 10. априла 2007. године није преузело исту формулацију, већ каже да "право на приватни живот" обухвата "право поштовања одлуке да се постане или не постане родитељ" (параграф 58. Одлуке).

имати природним путем, путем техника медицински потпомогнуте прокреације.²⁸ У овом случају В. Британија је гарантовала право на медицински потпомогнуту прокреацију под одређеним условима и то није било спорно. И по мишљењу Суда државе су слободне да то ураде на начин који сматрају да је најбољи. Али истовремено, Суд у Стразбуру додаје, када држава призна право на медицински потпомогнуту прокреацију, мора предвидети правило које поштује право на приватни живот лица која се подвргавају овој оплодњи. И ово правило морају поштовати све државе које ово питање регулишу. Према томе, иако не постоји право на дете, одлука да се постане родитељ мора бити поштована.

Једно овакво право на дете није признато у законодавству Европе и то би у суштини значило свођење детета на ствар, што би било несагласно са филозофијом права човека. Из ове одлуке произилази да нема гаранција за приступ техникама медицински асистираних прокреација које би омогућавале добијање деце на други начин осим природним путем и друго, што је новост, када једна држава регулише ово питање мора поштовати одлуку лица која су пристала да буду или не буду родитељи. Из ове одлуке произилази, такође, да сагласност на поступак медицински потпомогнуте оплодње нема уговорни карактер. Сагласност коју даје један партнер је несигурна и опозива и није извор правних обавеза и нема уговорни карактер.^{29 30}

Овакво резонување судија из Стразбура³¹ могло би се са више страна критиковати. Иако се оваквим тумачењем признаје право сваког лица да се поштује његова одлука да постане родитељ, ипак се даје првенство, у случају медицински потпомогнуте прокреације, сагласности странака (штити се

²⁸ Комитет директора за права човека Савета Европе је (1989) у свом једном извештају изразио мишљење да чл. 8. и чл. 12. Конвенције не садрже право на рађање детета захваљујући новим техникама прокреације. На исти начин се изјаснио и Суд за људска права у одлуци *Dickson/ Royaume-Uni* од 18. априла 2006. године.

²⁹ F. Dekeuwer-Defossez, *op.cit.*, стр. 176. Неке друге државе које су регулисале ову врсту оплодње (Аустрија, Естонија, Италија) предвиделе су да мушкарац може своју сагласност повући само до момента оплодње, а након тога само жена одлучује да ли ће и када наставити поступак; Видети: М. Драшкић, *Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права*, стр. 106, У: *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006.

³⁰ Ово што се односи на ову врсту прокреације важи и за адопцију. Право на адопцију такође може бити непризнато од стране националног права (*Fretee/France*, 26. februar 2002).

³¹ Одлука је донета са 4 гласа против и 13 за. Од 17 судија 12 су били мушкарци, што по мишљењу неких аутора није без значаја; Тако: P.Hilt, *Si avoir un enfant n'est pas un droit, la decision de devenir parent, elle, merite neanmoins du respect*, *Revue d'actualites juridiques, l'Europe des Libertes*, No 25, доступан на:

www.leuropeedeslibertes.u-stasbg.fr

"принцип првенства сагласности и тежи промовисању јасноће и правне сигурности)".³² У овом случају повлачење сагласности од стране партнера онемогућава подносиоца захтева да постане биолошки родитељ детета. У суштини ово значи да није поштована њена одлука да постане родитељ, на начин који је она изабрала, биолошким путем. Суд је ипак више поштовао одлуку њеног партнера да не постане родитељ.³³

Осим овога, да ли је овакво повлачење сагласности диспропорционално праву подносиоца захтева на заснивање породице (чл. 12). Додуше, та породица би била једнородитељска, али у сваком случају породица.³⁴ Шта више, овим јој је одузета једина могућност да то своје право оствари путем прокреације. Утисак је да је Суд више поштовао одлуку мушкарца да не постане родитељ од њене одлуке да постане, чак и у ситуацији када је то за њу била последња шанса да постане мајка. Чињеница да суд није довољно избалансирао интересе оба партнера, односно да није применио принцип пропорционалности у односима међу индивидуа,³⁵ јер њен партнер ипак у будућности може постати родитељ биолошким путем са неком другом партнерком. Поред овога, у овом случају је мушкарцу дата могућност да повуче своју сагласност после оплођења јајне ћелије, тиме је стављен у привилегован положај у односу на мушкарца који је оплодио јајну ћелију природним путем, у сексуалном односу.³⁶ И на крају, суд је признао да ембрион, који ће бити уништен, нема никакво право на живот заштићено чл. 2. Конвенције.

³² Суд у Стразбуру, Велико веће, 10. април 2007, *Evans/Royaume-Uni*, стр. 25, параграф 73.

³³ Видети критику ове одлуке: P.Hilt, *op.cit.*, као и: J-P. Marguenaud, P. Remy-Corlay, *Le triste sort des embryon in vitro du couple separe*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, стр. 255-260.

³⁴ Слична ситуација се појавила у Француској поводом оплодне *post mortem*, када је суд одбио да жена буде оплођена после смрти партнера, само што у овом случају жена може засновати породицу са неким другим мушкарцем а у случају Еванс таква могућност не постоји. Суд у Француској је то одбио са мотивацијом да дете не би имало оца (У питању је случај *Pargalaix*, суда у *Creteil*, од 1. августа 1984. године; Више о овој одлуци: M.T. Meulders-Klein, *Le droit de l' enfant face au droit à l' enfant et les procreations médicalement assistées*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 4/88, стр. 650).

³⁵ Као што је поштовао у једној другој одлуци *Mikulic/Croatie* од 7. фебруара 2002. године, када су опредељивао између права детета да успостави очинство и права претпостављеног оца да се не подвргне тесту ДНК.

³⁶ Управо је Врховни суд Израела у случају *Nachmani* позивајући се на аналогију са природним сексуалним односом забранио повлачење сагласности мушкарца након што је извршена фертилизација јајне ћелије. Међутим, отвара се овде једно друго питање. У ситуацији када би дошло до имплантације ембриона у материцу жене да ли би она своју сагласност могла повући прећутно, ако прекине трудноћу, што би имало значење једноставног раскида уговора.. Ако се погледају одредбе

Закључак

На крају, треба рећи да се приликом конципирања правила којима се утврђује порекло детета морају узети у обзир и биолошки и вољни елемент, или тачније, не сме се бити опчињен ни једним од њих два.³⁷

Поље аутономије воље и контрактуализације у породичном праву се проширује. Али, има своје границе. Та граница је најчешће постављена интересом детета. Међутим, када се ради о питањима која су била овде разматрана, интерес детета има маргиналан значај. Биолошка истина је граница ширења контрактуализације у овом домену.

*Prof. Dr. Zoran Ponjavic,
a full-time professor*

PRIVATIZATION OF ORIGIN -Contractual regulation of the child origin towards the parents-

The importance of an agreement as a manner of social relations regulation and the manner of conflict situations resolution spreads on the family law as well. This privatization process has not by-passed the status relationships which regulate the way of establishment of parent and legal relationship of children and their parents. This article discusses some of those situations regulated by an agreement.

Such cases are establishment of fatherhood according to confession, adoptions on the basis of agreements between biological parents and adopting parents and establishment of parenthood on the basis of bio-medical assistance. The last case is of vital importance, in which the will of a man and a woman for application of this method represents a basis for establishment of child's origin, which is why we speak about "agreement children" All the three discussed cases are related to the agreements which may not be the same as the ordinary agreements. Their specific character lies in the fact they are concluded in a specific form and they require the consent of the authorized bodies, court, or a body which provides custody.

The conclusion of the article provides the opinion that in all these agreements the interests of children are marginal when compared to the other agreements on family law, and due to the fact that the biological truth represents the limitation of spreading the contracting in this field.

Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, ("Сл. гласник РС", бр. 16/95 и 101/2005 - др. закон) овако што би било могуће.

³⁷ P. Murat, Les enjeux d' un droit de la famille, op.cit.

НИШТАВОСТ ФАЛСИФИКОВАНОГ ЗАВЕШТАЊА

Уводна разматрања

Ништавост завештања је врста грађанскоправне санкције која погађа завештање због повреде законских правила која регулишу услове његовог пуноважног настанка. Као санкција јачег правног дејства у односу на рушљивост, ништавост служи обезбеђењу поштовања оних правила чије установљаване има за циљ заштиту и остварење јавних интереса, интереса сигурности правног промета. Карактер интереса који се ништавошћу штите, представља повод да се недостатак услова пуноважности завештања сматра тако важним да се ничим не може отклонити. Ништавост завештања је стога неизлечива¹ и наступа по сили закона.

Узрок ништавости завештања битише од момента његовог настанка услед чега је онемогућено његово постојање као пуноважног правног посла. Из овог разлога, ништаво завештање се не може сматрати завештањем у правном смислу речи. Оно представља једну правну ситуацију која служи за означавање околности да у конкретном случају завештање није ни настало, па да услед тога не може произвести намеравано правно дејство. Дејство ништавости је трајно, па ништаво завештање не може постати пуноважно ако разлог ништавости касније нестане.

Као један од разлога ништавости, фалсификовање завештања је у наследно право Србије уведено законским текстом из 1995. године. Претходни законски текстови из материје наследног права, нису познавали овај узрок неважности завештања. Ни у важнијим европским кодификацијама грађанског права, односно законима о наслеђивању, фалсификовање завештања није предвиђено као посебан разлог неважности. Вероватно је то повод да, ненавикнути на његово постојање, нагињемо осећају да се ради о одредби која је преузета из кривичног права и вештачки уметнута у грађанско, односно наследно право. Шта је био повод његовог уношења у законски текст?

¹ Круљ Врлета, О неким питањима теорије ништавости правних послова, Југословенска адвокатура, бр. 3, Београд, 1955. године, стр. 36; Круљ Врлета, Ништавост правних послова (последике ништавости), док. дисертација, Београд, 1954. године, стр. 36.

Сви узроци неважности завештања резултат су непоштовања неког од законом предвиђених услова пуноважности (предмета, основа, способности за сачињавање завештања, правно релевантне воље или прописане форме). Који је од услова настанка пуноважног завештања повређен фалсификовањем завештања?

Код фалсификованог завештања не постоји уопште присуство воље лица које је означено као наводни завешталац. Будући да завештаочева воља при сачињавању фалсификованог завештања не учествује ни формално, ни у погледу материјалне садржине (у делу у коме је почињен фалсификат), увођење овог разлога ништавости испољава се као последица апсолутног одсуства воље лица означеног као завешталац.

Фалсификовање завештања као појмовна категорија

Под фалсификовањем се подразумева стварање лажних предмета којима се придају својства која они немају или мењање, односно преиначење правих предмета у погледу садржине, облика и вредности.²

Фалсификовање завештања спада у ред фалсификовања исправа. Под исправом се подразумева изјава воље неког лица сачињена у писменој форми, која садржи податке о извесној правно релевантној чињеници од значаја за правне односе. Познато је више деоба исправа (оригинали и преписи, дуплици, триплици итд.), међутим за тему коју овде обрађујемо од значаја је њихова подела на јавне и приватне. Приватне исправе су оне које су издате од стране субјекта права, учесника у заснивању правних послова, без учешћа органа јавне власти, а јавне исправе су оне које су издате уз садејство органа јавне власти (државних органа, овлашћених органа установа или организација које врше јавне функције).

Као врста исправе, завештање може бити сачињено у облику јавног или приватног завештања, па све оно што важи за фалсификовање јавних или приватних исправа, примењује се и на јавна, односно приватна завештања. Са становишта ништавости ирелевантно је да ли је завештање које се фалсификује сачињено у форми јавне или приватне исправе.

За постојање фалсификата завештања није од значаја тежина последица насталих у правном саобраћају, односно ирелевантно је да ли је или није фалсификовано завештање послужило као основ за расправљање заоставштине у конкретном случају. Одређивање ништавости као санкције за кривотворено завештање базира се на стварању могућности настанка, промене или престанка правних односа који се темеље на наслеђивању,

² Перовић Крсто, Кривична дела фалсификовања исправа, док. дисертација, Ниш, 1987. године, стр. 5; Лазаревић Љубиша, Кривично право, посебан део, Београд, 1981. године, стр. 654.

заснованих на неистини, било материјалној или интелектуалној, односно на завештању које не представља последњу вољу наводног завештаоца. Ништавошћу као санкцијом јачег правног дејства штити се општи интерес сигурности правног промета, сигурности правног саобраћаја, са циљем да се обезбеди поверење и заштита истинитости порекла и садржаја исправе.³

Због захтева везаних за постојање писменог текста исправе, подобна за фалсификовање су завештања сачињена у писменом облику, а што су у нашем праву сва завештања изузев усменог. Међутим, имајући у виду обавезу сведока усменог завештања да без одлагања саставе писмено о завештаоцевој изјави последње воље и да је предају суду,⁴ поставља се питање да ли се и овај облик завештања може кривотворити. Није тешко замислити ситуацију у којој "сведоци усменог завештања" само-иницијативно сачињавају лажну изјаву о распореду заоставштине неког лица, дату у измишљеним изузетним приликама и приказују је суду као усмено завештање, или смишљено мењају садржај једне стварно дате завештаоцеве изјаве? Уколико би се испунили посебни услови за наступање дејства усменог завештања,⁵ писмено у коме је приказана тобожња садржина завештаоцеве усмене изјаве последње воље, могло би представљати правни основ расправљања заоставштине као и било које друго завештање сачињено у писменој форми.

Но ипак, и поред постојања дужности посведочења садржине усмене наредбе последње воље путем сачињавања писмена, правно-теоријски ово завештање није погодно за фалсификовање. Писмено у које је унета садржина усменог завештања уз приказ околности које су пратиле његово сачињавање и чињеница које потврђују идентитет завештаоца, не може се сматрати исправом као изјавом воље неког лица сачињеној у писменој форми која садржи податке о извесној правно релевантној чињеници. Сходно томе, ни случајеви лажног приказивања или измене садржине усменог завештања се не могу окарактерисати као случајеви фалсификовања завештања. Они представљају случајеве лажног сведочења.

Обим ништвости фалсификованог завештања

Обим ништавости фалсификованог завештања зависи, у начелу, од начина његовог фалсификовања. У правној теорији прави се разлика између материјалног и интелектуалног фалсификовања.⁶ Материјални фалсификат постоји ако је исправа лажна по пореклу, односно уколико је

³ Фалсификовање исправе спада у ред кривичних дела против јавног реда и правног саобраћаја.

⁴ Видети чл. 111. ЗОН Србије

⁵ Видети чл. 110. ст. 2. ЗОН Србије

⁶ Перовић Крсто, нав. дело, стр. 8.

као њен издавалац назначено лице које исправу није потписало. Интелектуални фалсификат постоји када исправа није лажна у материјалном смислу, односно када је творац исправе лице назначено на исправи, али је неистинита њена садржина.

Уколико извесно лице није иза себе оставило наредбу последње воље, дакле у случају непостојања завештања, фалсификат се може починити прављењем лажне исправе, прављењем лажног завештања, дакле материјалним фалсификатом. Под прављењем лажног завештања подразумева се сачињавање исправе која садржи наредбу последње воље извесног лица са намером да јој се да вид праве, веродостојне исправе коју је наводно сачинило и потписало лице означено као завешталац. Овакво завештање је ништаво у целости. Ништавост у целости постоји и када се фалсификује завештаочев потпис, чак и када садржина текста која је претходила потпису потиче од завештаоца. Распростирање ништавости на цело завештање је у овом случају потпуно оправдано имајући у виду да својеручним потписом завешталац верификује текст којим одређује начин расподеле имовине за случај смрти. До стављања потписа, писмено не представља завештање, већ неку врсту нацрта последње воље. Непотписана наредба последње воље одражава завештаочеву неодлучност, околност да се још увек налази у фази размишљања да ли да сачини завештање, односно да ли завештање треба да буде такве садржине. Његова намера за остављање наредбе последње воље, до потписивања завештања, не може се сматрати озбиљном и стварном. Фалсификовањем потписа имитира се присуство чврсте и одређене намере и воље завештаоца да иза себе остави тестамент.

Када постоји завештање одређене садржине, фалсификат се може починити преправљањем, преиначењем садржине правог тестамена у намери да се употреби као веродостојан у поступку расправљања заоставштине. Фалсификовање преиначењем завештања врши се прецртавањем, брисањем, изменом или допуном текста завештања, уметањем речи, бројева или пак отклањањем прецртавања, допуна или измена које је на исправи која представља завештање чинио сам завешталац. Преправљањем садржине наредбе последње воље мења се неки од елемената садржаја, тако да завештање, односно поједине завештајне одредбе добијају смисао различит од оног који им је завешталац одредио. По природи ствари, преправке ће се најчешће односити на имена универзалних или сингуларних сукцесора или на величину наследног дела који је завештањем остављен одређеном лицу (промена величине наследне квоте са 1/5 на 1/2 заоставштине оставиоца или промена назива непокретности, врсте покретних ствари или предмета од посебне вредности, суме новца расподељене завештањем на одређен начин и слично).

Преиначење садржине завештања представља разлог његове делимичне ништавости. За разлику од прављења лажног завештања где је ништавошћу погођено цело фалсификовано завештање из разлога апсолутног непостојања воље лица лажно означеног као завештаоца, код преправљања садржаја завештања, завештаочева воља постоји, она је изражена у писаној исправи, али је њен смисао и значење недопуштено коригован од стране трећег лица. У овом случају, ништавошћу треба санкционисати само фалсификоване делове завештања.

Фалсификовање преиначењем садржине завештања постоји уколико је завештање које се кривотвори пуноважно сачињено. Промена садржине ништавог завештања учињена у намери да се завештаочева воља лажно искаже и да таква воља буде основ позивања на наслеђе, правно-теоријски није од значаја. Како ништавост делује од самог почетка, од настанка узрока ништавости завештања, услед чега га оставља без дејства, фалсификовање садржине ништавог завештања постаје беспредметно. Како смо напред видели, ништаво завештање и није завештање у правном смислу речи, већ правна илузија постојања завештања. Фалсификовање садржине једне такве правне илузије може да значи само дупло ништа. Но ипак, у спољашњем свету ништава завештања могу творити привид битисања и пуне правне снаге. У том смислу, практично посматрано, таквом врстом привида може бити обавијено и ништаво завештање чија садржина је фалсификована од стране трећег лица. Иако нешто што не постоји не поседује садржину која може бити фалсификована, у пракси се из разлога остварења правне сигурности и сигурности правног саобраћаја, као неопходна, намеће потреба за утврђивањем ништавости фалсификованог ништавог завештања.

Као врсту неважећих правних послова ЗОН Србије познаје и рушљива завештања, па се поставља питање да ли се фалсификат може починити преправљањем садржине рушљивог завештања?

Рушљиво завештање је оно које садржи извештан недостатак мањег значаја (на пример, мане воље) којим су првенствено оштећени појединачни, приватни интереси и услед чега оно може бити поништено од стране лица која за то поседују правни интерес. У противном, истеком законом прописаних рокова за поништај рушљивог завештања, оно бива коначно оснажено са дејством *ex tunc*. До протекла ових рокова постоји стање неизвесности, стање у коме се не зна да ли ће се овлашћено лице послужити законском могућношћу и издејствовати поништај рушљивог завештања или то неће учинити, па ће се рушљиво завештање наступањем конвалидације сматрати за пуноважно сачињено. Док траје стање неизвесности, рушљиво завештање битише као путативни, тобожњи основ расправљања заоставштине и као такво је у стању да произведе одређена правна дејства. Са друге стране, природа појединих разлога рушљивости је таква да они не морају неминовно доводити до ништавости завештања у

целости,⁷ већ када има места примени члана 158 ЗОН Србије, могу изазвати само делимичну ништавост наредбе последње воље. Управо су поједини разлози рушљивости завештања (мане воље) осмишљени тако да се њиховим истицањем постиже ослобађање садржине завештања оних делова у којима су испољени недопуштени утицаји на завештаочеву вољу. Сходно томе, могућност конвалидације рушљивог завештања, као и могућност његовог делимичног поништења, даје места констатацији да рушљиво завештање поседује садржину над којом може бити извршен интелектуални фалсификат, односно фалсификовање преиначењем садржине исправе.

Разликовање фалсификовања завештања од других узрока неважности завештања

Фалсификовање завештања - повреда форме

Као узроци неважности, фалсификовање завештања и повреда облика се доста разликују. Повод томе је најпре околност да је њихова неважност последица огрешења о различите узроке пуноважности завештања. Такође, фалсификовање завештања, за разлику од повреде облика, представља узрок његове ништавости, о којој суд води рачуна по службеној дужности и која се временски неограничено може истицати. Међутим, и поред очигледне неједнакости, у пракси можемо наићи на случајеве где није једноставно направити разлику између повреде облика и фалсификовања завештања, нарочито код постојања делимичног фалсификата.

У начелу, када је покренут поступак за поништај завештања због повреде облика, суд неће улазити у разматрање ваљаности његове садржине, без обзира на околност да ли је у конкретном случају садржина завештања противна принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима или је фалсификована, и без обзира на постојање обавезе суда да о извесним недостацима пуноважности води рачуна по службеној дужности. Вредновање формалне пуноважности завештања претходи оцени његове материјалне садржине, услед чега поништење завештања због повреде форме, оставља по страни његову садржину и све њене недостатке.⁸

Проблем око уочавања њихове диферентности може се појавити након протека рокова за истицање рушљивости завештања због повреде форме.⁹

⁷ То ће бити случај када је завештање рушљиво због повреде облика (чл. 168. ЗОН Србије) или због неспособности за расуђивање у тренутку сачињавања завештања (чл. 166. ЗОН Србије).

⁸ Антић О. - Балиновац З., нав. дело, стр. 436.

⁹ Видети чл. 170. ЗОН Србије

Њиховим истеком наступа конвалидација, оснажење рушљивог завештања, али не и фалсификованих делова, који се, као ни други узроци ништавости, не могу подвести под дејство конвалидације. Суштина њиховог разликовања, а тиме и потребе за неједнаким третманом, је што код фалсификованог завештања постоји намера трећег лица да лажно искаже оставиочеву вољу, која је праћена завештаочевим незнањем за такву намеру. Из овог разлога, сви пропусти извршени при процедури састављања завештања, ма колико били крупни, и наравно уколико нису били праћени намером лажног исказивања завештаочеве воље, представљају повреду форме и подложни су конвалидацији, а не фалсификат. На пример, завешталац жели да сачини својеручно завештање али услед изнемоглости замоли неко треће лице да то уместо њега учини. Када то лице веродостојно убележи завештаочеву вољу, коју завешталац доцније потпише, не постоји фалсификат својеручног завештања, већ повреда форме. Или када судија након сачињавања судског завештања, завештаоцу који није у стању да га прочита, не прочита завештање¹⁰ у присуству два сведока постоји повреда облика, али уколико приликом састављања судског завештања лицу које не зна да чита и пише, судија унесе у записник нешто што завешталац није рекао, и то писмено не прочита, поред повреде облика завештања постојаће и делимичан фалсификат. Повредом облика, а тиме и рушљивости, биће погођени они делови судског завештања у којима је садржана права воља завештаоца, а ништавости они делови у којима је завештаочева воља неистинито приказана. Сходно томе, једно завештање може у различитим деловима своје садржине бити подложно рушљивости због повреде форме и ништавости због постојања фалсификата. Ово је значајно, посебно због околности да делови завештања који су кривотворени никада не могу постати правно ваљани, односно што не постоји рок до кога се заинтересована лица могу позивати на њихову ништавост.¹¹

Фалсификовање завештања - мане воље

Као узроци неважности завештања, фалсификовање и мане завештаочеве воље, почивају на непоштовању истог услова пуноважности - на недостацима у домену воље за сачињавање завештања. Њихово разликовање на терену санкције (ништавост - рушљивост) која погађа завештање у коме нису испуњени услови везани за постојање и квалитет воље завештаоца, последица је различите дубине повреде поменутог захтева. Код мана воље, без обзира да ли је она последица претње, принуде, преваре или постојања заблуде, завештаоцу је позната садржина завештања. Иако оставиочева воља, изражена у тестаменту, услед недопуштеног уплитања у процес њеног

¹⁰ Видети чл. 88. ЗОН Србије

¹¹ Видети чл. 162. ст. 1 ЗОН Србије

образовања или изражавања, не одражава његову стварну вољу, формално-правно посматрано она стоји иза садржине завештања.

Код фалсификованог завештања постоји сасвим друга ситуација. У прављењу лажног завештања, завештаочева воља не учествује у његовом стварању ни формално, нити у погледу садржине. Резултат тога је да лице које је означено на кривотвореном завештању као његов творац, не зна за постојање завештања нити за његову садржину. Ако је фалсификовање учињено преправљањем садржине завештања, завештаочева воља (било стварна или манљива) постоји, али је коригована без знања завештаоца у намери да се лажно искаже и да произведе дејство пуноважног завештања. Код коригованих (преправљених) делова садржине завештања, као и код лажно сачињеног, завештаочева воља је одсутна, не постоји.

Идентична ситуација са напред изнетим случајевима код којих је у истом завештању могућа кумулација узрока неважности завештања (повреда форме и фалсификат), може се срести и уколико је један од узрока неважности завештања мана завештаочево воље а друга фалсификат. Тако, уколико неко лице претњом натера завештаоца да сачини својеручно завештање одређене садржине, постојаће рушивост због мана воље. Пошто се и рушљиво завештање може фалсификовати преправљањем садржине, то исто завештање може у различитим деловима своје садржине бити подложно рушљивости због мана воље или ништавости због фалсификата. Протеком рока за поништај рушљивог завештања због мана воље,¹² оно се, као и код повреде форме, оснажује и сматра пуноважним од самог почетка, с тим да се од дејства конвалидације, услед ништавости, изузимају фалсификовани делови.

Међутим, уколико лице које поседује правни интерес покрене поступак за поништај завештања (у целини или делимично) због мана воље, не би требало да и остали недостаци у садржини завештања, попут противности садржине завештања принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима или фалсификата, остану по страни. За разлику од ситуације када се поништава завештање због повреде форме у којој се суд, по правилу, не упушта у испитивање правне ваљаности садржине завештања, суд би, при утврђивању постојања мана воље, морао по службеној дужности или на захтев сваког заинтересованог лица, да води рачуна о свим узроцима ништавости садржине завештања. У том смислу би, услед кумулације узрока неважности завештања, пресуда којом се утврђује његова ништавост, имала у извесним деловима конститутивни, а у другим декларативни карактер.¹³

¹² Видети чл. 169. ЗОН Србије

¹³ Перовић Слободан, Облигационо право, Књига 2, Општа теорија уговора, Београд, 1968, стр. 248.

Закључак

Санкција ништавости фалсификованог завештања унета је у законски текст Закона о наслеђивању Србије из 1995. године као резултат потребе законодавца да целовитим регулисањем материје неважности завештања што боље заштити опште интересе, и то пре свега, интерес сигурности правног саобраћаја.

Фалсификат завештања може се појавити у виду материјалног или интелектуалног фалсификата. Први постоји када је исправа лажна по пореклу, односно уколико је као њен издавалац назначено лице које исправу није потписало. О интелектуалном фалсификату се говори уколико исправа није лажна у материјалном смислу, односно када је творац исправе лице назначено на исправи, али је њена садржина кривотворена путем преправљања, преиначења, у намери да се употреби као веродостојна. Како код фалсификованог завештања у целисти, односно у деловима који су подвргнути кривотворењу, завештаочева воља у сачињавању писмена презентованог као изјава његове последње воље, не учествује ни формално, ни у погледу материјалне садржине, односно како се овде ради о апсолутном одсуству завештаочеве воље, санкција ништавости је сасвим логична последица, па њено уношење у законски текст треба поздравити.

*Prof. Dr. Dragica Zivojinovic,
an associate professor*

NULLITY OF THE COUNTERFEIT WILL

The sanction of nullity of the counterfeit will was incorporated into the text of the Law on Inheritance from 1995 as a result of the legislator's need to protect the general interests and the safety of legal transactions by complete regulation of the matter.

The counterfeit will may appear as a material or intellectual counterfeit document. The first one exists when the document is forged by its origin, i.e. the person signed did not actually make the document. The intellectual counterfeit is in the case when the document is not materially false, i.e. the person signed did make the document, but the contents of the document is counterfeit by correction and changing aiming at making it real. As this is the case of the lack of the will producer intention and will, the sanction of nullity is a logical consequence and thus welcome as a part of the legal text.

Мр Вељко Влашковић,
асистент

UDK:347.633:061.1EC(4)"2008"

ОСВРТ НА ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ О УСВОЈЕЊУ ИЗ 2008. ГОДИНЕ

У европским државама се последњих деценија, са већом или мањом брзином, дешавају крупне друштвене промене. Стари системи вредности се замењују новим, а у условима измењеног морала, основно полазиште постаје слобода сваког појединца и уважавање његове индивидуалности и самосвојности. Правни одговор на промењену друштвену слику била је пуна афирмација идеје о људским правима. Наравно, породица се морала наћи у самом епицентру збивања. Продор концепта људских права у породичне односе имао је за последицу својеврсно атомизирање породице. На некада једноставном породичном пејзажу указали су се и жене и деца као засебне индивидуе са легитимним правима и интересима. Тако се родила потреба за хармонизацијом породичних права европских држава, која је дуго времена изгледала незамислива. Иза поменутог израза крије се тежња за утврђивањем минималних стандарда који ће се поштовати унутар породичних права европских земаља. Другим речима, то је потрага за заједничким вредностима сваког националног породичноправног поретка на европском тлу.

Међутим, породично право је врло незахвалан предмет хармонизације, којој треба приступити врло опрезно. Норме о породици нису „*lex mercatoria*“, већ правила сачињена од „крви и меса“¹ и верни израз националне културе,² како још увек наводе поједини правни писци. Прописи о усвојењу, као део корпуса породичног права нису изузетак. Напротив, представљају једну од најосетљивијих грана у ионако крхком и рањивом стаблу породичних односа. Упркос томе, правила о усвојењу су део породичног права који је међу првима постао предмет хармонизације на европском нивоу. Јасно је да је процес хармонизације могла покренути само одређена наднационална организација која има за циљ утврдити и очувати заједничке европске вредности. Поменуте вредности добиле су свој одраз управо кроз признавање људских права чије исходиште су морали бити и

¹ М. Meulders – Klein, „*Towards A European Civil Code on Family Law? Ends and Means*“, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe (K. Boele – Woelki, ed.), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, 109.

² Вид. W. Pintens, „*Europeanisation of Family Law*“, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe (K. Boele – Woelki, ed.), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, 7.

одређени заједнички принципи везани за усвојење.³ Најпотпунији систем заштите људских права на европском простору успостављен је под окриљем Савета Европе, као најмасовније европске организације са седиштем у Стразбуру.⁴ Захваљујући поменутој организацији, донета је Конвенција о усвојењу 1967. године.⁵ Био је то први међународни уговор испред Савета Европе који се непосредно односио на породичноправне односе.

Конвенцију из 1967. године је ратификовало 18 држава и више од четири деценије је представљала драгоцен правни извор и путоказ за национална законодавства о усвојењу.⁶ Поменута Конвенција се састојала из два основна дела. Први део су чиниле „суштинске одредбе“ („*essential provisions*“), које су државе – потписнице биле обавезне инкорпорисати у национална права. Други део је обухватао „допунске одредбе“ („*supplementary provisions*“), које је свака држава – потписница имала размотрити, али без обавезе уношења у национално законодавство.⁷ Премда је Конвенција била одраз свога времена, могле су се уочити одређене тежње које су настале као израз измењеног схватања циља усвојења и правног положаја детета. Под утицајем Декларације Уједињених нација о правима детета из 1959. године,⁸ као основни циљ усвојења означена је потреба да се детету обезбеди стабилан и хармоничан дом.⁹ Другим речима, са жеље усвојитеља да имају дете, тежиште је прешло на потребе детета да има породицу. Тако је „најбољи

³ Европски систем заштите људских права установљен је Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, *European Treaty Series – No 5*, 4. новембра 1950. године. Поменуто Конвенцију Србија је ратификовала 2003. године. Вид. „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори“, бр. 9/ 2003.

⁴ Вид. М. Драшкић, *Породично право и права деце*, Правни факултет у Београду – Службени гласник, Београд, 2007, стр. 32.

⁵ Европска Конвенција о усвојењу, *European Treaty Series – No. 58*, од 24. априла 1967. године.

⁶ Конвенцију о усвојењу из 1967. године су, између осталих држава, ратификовале и: Уједињено Краљевство (1967), Шведска (1968.), Швајцарска (1972), Италија (1976) и Немачка (1980). Француска је потписница Конвенције, али је никада није ратификовала, док Русија није ни потписала овај међународни уговор. Из нашег окружења, Конвенцију о усвојењу из 1967. године је потписала и ратификовала једино Бивша Југословенска Република Македонија 2003. године. Вид. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheStg.asp?NT=058&CM=8&DF=06/09/2009&CL=ENG>, 07. 09 2009.

⁷ Вид. R. Horgan and F. Martin, „*The European Convention on Adoption 2008: Progressing the Children's Rights Polemic*“, http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/family_law_and_children%27s_rights/Documents/Rosemary%20Horgan%20Article.pdf, 07.09.2009.

⁸ Декларацију о правима детета, донела је Генерална Асамблеја Уједињених Нација Резолуцијом бр. 1386 (XIV) од 20. новембра 1959. године

⁹ Вид. чл. 8. ст. 2. Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године.

интерес детета“ као принцип који је по први пут формулисан у поменутој Декларацији УН о правима детета,¹⁰ нашао своје место и у тадашњој Европској Конвенцији о усвојењу.¹¹ Такође се захтевало да орган надлежан за усвојење у сваком конкретном случају у одговарајућој мери утврди мишљење детета о могућем усвојењу.¹²

Међутим, и поред значајне улоге коју је Конвенција из 1967. године одиграла на пољу хармонизације европских законодавстава о усвојењу, њен пут се примицао крају. Поједина решења из Конвенције су неумољиво губила трку са временом и постајала баласт развоју законодавства о усвојењу. Судска пракса Европског суда за људска права такође није ишла у прилог Конвенцији из 1967. године. Ипак, непосредни повод за њен силазак са европске правне сцене била је снажна офанзива одређених мањинских друштвених група. Под плаштом ревидирања Конвенције о усвојењу, испред Савета Европе је 2008. године донет *de facto* нови међународни уговор.¹³ Нова Конвенције о усвојењу угледала је светлост дана као последица тежње да се право о усвојењу осавремени и побољша. Ипак, тешко се може сакрити да у бити њеног настанка лежи страх и настојање да се помири непомирљиво. Међутим, такво размишљање увек има своју цену.

1. Разлози и непосредни повод за доношење Конвенције о усвојењу из 2008. године

1.1. Основни недостаци старе конвенције о усвојењу

Није тешко закључити да у овако бурним временима по породицу, један општи правни акт који се њоме бави тешко може бити дугога века. Ако се то има у виду, може се рећи да је четрдесетогодишњи опстанак Конвенције о усвојењу из 1967. године успех.

Разлози који утицали на доношење нове европске Конвенције о усвојењу су веома разнолики по својој природи, али су тесно испреплетани. Сходно томе, могло би се говорити о социјалним, демографским, економским, медицинским и, разуме се, правним факторима који су утицали на доношење нове Конвенције о усвојењу.

¹⁰ Вид. принцип 2. Декларације УН о правима детета из 1959. године. О томе: D. Jakovac – Lozić, I. Vetma, „*Seksualna orijentacija posvojitelja i najbolji interes djeteta*“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56(5), 2006, 1408.

¹¹ Вид. чл. 8. ст. 1. Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године.

¹² Вид. чл. 9. ст. 2 (f). Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године.

¹³ Европска Конвенција о усвојењу, *Council of Europe Treaty Series – No 202*, од 27. новембра 2008. године.

Најпре, друштвена слика породице се за последњих четрдесет година умногоме променила. Нуклеарна породица више није неприкосновени идеал коме се тежи.¹⁴ Све је више непотпуних, једнородитељских породица, а слобода избора и индивидуални интереси престају наилазити на баријере.¹⁵ Брак престаје бити једини законити оквир за рађање деце. Број деце рођене изван брака се увећава, док горња граница ступања у брак расте.¹⁶ Ово код жена има за последицу касније материнство и неминовно мањи број рађања деце. Са друге стране, долази до све већег економског раслојавања између „богатих“ и „сиромашних“ земаља, што доводи до наглог пораста броја међународних усвојења.¹⁷ Истовремено развој медицинске науке у великој мери олакшава могућност детета за утврђивањем свог биолошког порекла. Ипак, у овом раду тежиште ће бити на правним разлозима због којих се Конвенција о усвојењу из 1967. године морала мењати.

Правни чиниоци који су условили силазак Конвенције из 1967. године са европске позорнице, могли би се сврстати у две групе. Прва група разлога везује се за доношење читавог низа међународних уговора универзалног и регионалног карактера са којима су одређене норме из старе Конвенције биле у колизији. Списак поменутих међународних аката може се наћи у преамбули нове Конвенције о усвојењу из 2008. године.¹⁸ Као најзначајнија, могу се издвојити три међународна правна акта, донета од стране различитих институција.

¹⁴ О напуштању унитаристичког модела породице заснованог на браку и двородитељској („нуклеарној фамилији“) вид. З. Поњавић, „Ново породично законодавство – процес приватизације породичног права“, Зборник радова са Саветовања „Ново породично законодавство“, одржаном 16. и 17. октобра 2006. године у Врњачкој Бањи, Крагујевац, 2006, стр. 1.

¹⁵ У Холандији се, на пример, деца која живе са оба своја биолошка родитеља налазе у мањини. Вид. С. van Nijnatten and W. de Graaf, „The Legal management of (social) parenthood: adoption and Dutch family policy“, *Journal of Social Welfare and Family Law* 24 (3), 2002, 264.

¹⁶ Из тог разлога је у новој Конвенцији укинута горња старосна граница за усвојитеља која је према Конвенцији из 1967. године износила 35 година и није се могла повећавати ни националним законодавством. Вид. чл. 7. ст. 1-2. Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године.

¹⁷ На пример, у Шведској се последњих година број деце која се усвајају из иностраних земаља креће између 800 и 1000. Вид. Å. Saldeen, „The Children's Ombudsman, Adoption by Homosexual partners and Assisted Reproduction“, *The International Survey of Family Law* (A. Bainham, ed.), Jordan Publishing, Bristol, 2004, 440.

¹⁸ Вид. D. Hrabar, „Posvojenje na razmedji interesa posvojitelja i posvojenika“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 58 (5), 2008, 1110.

Пре свих, треба навести Конвенцију Уједињених нација о правима детета из 1989. године.¹⁹ Поменути међународним уговором прописано је да државе – уговорнице имају предвидети такав систем усвојења који ће обезбедити да „најбољи интерес“ детета буде врхунски принцип приликом заснивања усвојења.²⁰ Конвенција о правима детета је предвидела читав каталог права чији су титулари деца. Поменута права су се морала на одређен начин преточити у нови текст европске Конвенције о усвојењу, с обзиром да је стара Конвенција донета знатно раније од Конвенције УН о правима детета. Тако се према Конвенцији из 1967. године није тражила сагласност детета одређеног узраста са усвојењем. Нова Конвенција о усвојењу предвиђа да је за заснивање усвојења неопходна сагласност детета које може у довољној мери разумети поменути поступак. Премда се националним правима држава – чланица оставља да одреде доњу границу узраста у којем дете стиче способност да се сагласи са усвојењем, нова Конвенције прописује да она не може бити виша од 14. година.²¹ Међутим, уколико је дете млађе од предвиђеног узраста, оно се мора консултовати и његово мишљење узети у обзир имајући у виду степен индивидуалне зрелости сваког детета.²²

Такође, морала се имати у виду и Хашка Конвенција о заштити деце и сарадњи код међународних усвојења из 1993. године.²³ Наведени међународни уговор резултат је активности Хашке конференције за међународно приватно право.

Међутим, на доношење нове европске Конвенције о усвојењу утицао је и један међународни документ који нема обавезујући карактер. Реч је о Препоруци Парламентарне скупштине Савета Европе 1443. (2000) која носи назив „Међународно усвојење: поштовање права деце“.²⁴ У наведеној Препоруци се, између осталог, тражи од држава – чланица да обезбеде детету усвојеном од стране њихових држављана могућност да сазна за своје корене.²⁵

¹⁹ Конвенција о правима детета је усвојена Резолуцијом бр. 44/25 Генералне скупштине Уједињених Нација од 20. новембра 1989. године. Наша земља је поменуту Конвенцију ратификовала 1990. године. Вид. „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 15/ 1990.

²⁰ Чл. 21. ст. 1. Конвенције УН о правима детета из 1989. године.

²¹ Вид. чл. 5. ст. 1 (b) Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

²² Вид. чл. 6. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

²³ Хашка Конвенција о заштити о заштити деце и сарадњи код међународних усвојења донета је 29. маја 1993. године, али је наша земља још увек није ратификовала.

²⁴ Препорука Парламентарне скупштине Савета Европе 1443 - „Међународно усвојење: поштовање права деце“ донета је 26. јануара 2000. године.

²⁵ Вид. део 5 vii Препоруке Парламентарне скупштине Савета Европе 1443 (2000)

На превазиђеност старе Конвенције о усвојењу указивала је и судска пракса Европског суда за људска права. Поменути орган представља својеврсног чувара вредности прокламованих Европском Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. Европски суд за људска права на тај начин има улогу која умногоме подсећа на ону коју имају уставни судови у националним правним системима.²⁶ Наведеном суду под одређеним условима представке могу подносити и физичка лица уколико сматрају да су им повређена нека од права призната Конвенцијом из 1950. године.²⁷ Одлуке које Суд доноси имају повратно дејство на национална законодавства држава - чланица и играју важну улогу у процесу хармонизације унутрашњих правних система. Изузетак нису ни правила о усвојењу. На тај начин су поједине одлуке Европског суда за људска права, под плаштом заштите права на поштовање породичног живота и забране дискриминације,²⁸ утицале на односе који се тичу усвојења.

Као илустративан пример како је пракса Европског суда за људска права утицала на стару Конвенцију о усвојењу, може се навести случај *Кијен против Ирске (Keegan v. Ireland)* из 1994. године.²⁹ У поменутом случају, дете је рођено у ванбрачној заједници двоје ирских држављана, која се недуго после рођења детета распала. Након тога, мајка је дете дала на усвајање без сагласности оца што је тада било у складу са ирским законодавством. Треба нагласити да овакав поступак мајке није био у супротности ни са старом Европском Конвенцијом о усвојењу, коју је Ирска потписала и ратификовала 1968. године.³⁰ Европски суд за људска права је проценио да је у поменутом случају прекршено право оца на поштовање породичног живота из чл. 8. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У образложењу одлуке, Суд је између осталог истакао како се „појам породице из члана 8. не везује искључиво за односе у браку и може обухватити и друге *de facto* „породичне везе“,

- „Међународно усвојење: поштовање права деце“.

²⁶ Вид. З. Поњавић, *Породично право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2007, стр. 28.

²⁷ Вид. М. Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, Зборник радова са Саветовања „Ново породично законодавство“, одржаном 16. и 17. октобра 2006. године у Врњачкој Бањи, Крагујевац, 2006, стр. 94-95.

²⁸ Вид. чл. 8. ст. 1. и чл. 14. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

²⁹ Вид. *Keegan v Ireland (Application No. 16969/90)* (1994.).

³⁰ Према Конвенцији о усвојењу из 1967. године, сагласност оца са усвојењем се тражила само ако је дете рођено у браку. Вид. чл. 5. ст. 1 (а). Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године.

где странке живе заједно изван брака а дете постаје *ipso facto* члан овакве породице у тренутку рођења“.³¹ Нова Конвенција о усвојењу из 2008. године прописује да се у оваквим случајевима усвојење не може засновати без сагласности оца детета.³²

Као што је речено, Конвенција о усвојењу из 1967. године морала је изгубити битку са временом јер су неке њене одредбе напосто постале превазиђене. Међутим, непосредни повод за доношење нове Конвенције о усвојењу био је један проблем који европски законодавац с краја шездесетих година прошлог века није могао ни наслутити. Реч је о пружању могућности хомосексуалним паровима да усвајају децу.

1.2. Непосредни повод доношења нове Конвенције о усвојењу

Поједина застарела решења из Конвенције о усвојењу из 1967. године наметала су потребу да се поменута Конвенција ревидира. Ипак, оно што је непосредно покренуло Савет Европе на акцију било је залагање да се хомосексуалним паровима омогући усвојење деце. Није тешко закључити да питање хомосексуалних усвојења није могло избити на површину пре легализације хомосексуалних бракова, односно заједница регистрованих по угледу на брак. Био је то неопходни предуслов да се оде корак даље у признавању породичних права лицима хомосексуалне оријентације. Због тога је потребно у кратким цртама осврнути се на увођење истополних партнера у свет породичноправних односа.

Може се рећи да је признавање породичних права хомосексуалним партнерима текло у пет фаза. Најпре им се омогућило заснивање заједница које се региструју код надлежног државног органа по угледу на брак, али се тако не зову. Реч је о тзв. регистрованим партнерствима или заједницама („*registered partnerships*“).³³ Оваква установа творевина је скандинавског правног круга, а пре свих Данске и Шведске.³⁴ Треба рећи

³¹ Вид. http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/keegan_ireland.html, 08.09.2009.

³² Вид. чл. 5. ст. 1 (а). Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

³³ Регистрована партнерства су у почетку доносила истополним паровима другачији, ужи правни статус од брачних партнера, али је касније, по правилу, долазило до изједначавања правног положаја са лицима у браку у законодавствима која предвиђају ову установу.

³⁴ Вид. W. Pintens, *op. cit.*, 12-13. Прва земља која је правно регулисала „регистровано партнерство“ била је Данска 1989. године. Наведено према: R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009. Ако се изузме немогућност црквене церемоније која би пратила заснивање овакве заједнице, једино у чему дански законодавац није изједначио регистровано партнерство са браком, била је управо могућност да регистровани партнери заједнички усвајају децу. Вид. I. Tan,

да се скандинавски модел регистрованог партнерства ограничава само на хомосексуалне парове. Међутим, поједине државе, попут Белгије, Француске и Холандије прошириле су поменути модел и на партнере различитог пола да би се избегла било каква дискриминација.³⁵ Овакав концепт носи у себи опасност од дискриминисања ванбрачних партнера у односу на регистроване истополне парове, што се може осетити и у тексту нове Конвенције о усвојењу.³⁶

У другој фази, одређене европске државе су признале истополним партнерима право на склапање брака. Прва држава која је то учинила била је Холандија 2001. године.³⁷

Трећа фаза признавања породичних права истополним партнерима означава прелазак са терена брачног права на усвојење деце. Почетни корак је било давање могућности истополном партнеру родитеља детета да се појави као усвојитељ.³⁸

У четвртој фази усвајање деце је омогућено хомосексуалним партнерима као брачном пару или регистрованим партнерима. Прва држава која је кренула овим путем била је Холандија, а прикључиле су јој се и земље попут Шведске, Шпаније, и Уједињеног Краљевства.³⁹

„*New Forms of Cohabitation in Europe: Challenges for English Private International Law*“, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe (K. Boele – Woelki, ed.), Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, 454 – 455.

³⁵ На пример, у Француској од 1999. године хомосексуални, али и хетеросексуални партнери могу озваничити своју заједницу у форми регистрованог партнерства познатој под називом „пакт о грађанској солидарности“ (*PACS*). Ова установа се у француском праву дефинише као уговор који закључују два лица истог или различитог пола ради организовања њиховог заједничког живота. Чл. 515-1. Француског Грађанског Законика. Вид, I. Tap, *op. cit.*, 448 – 449.

³⁶ Тако Европска Конвенција о усвојењу предвиђа како национална права морају дозволити регистрованим партнерима да заједнички усвоје децу где таква установа постоји. Са друге стране, државе – уговорнице могу, али не морају, право на усвајање проширити и на парове различитог пола који живе заједно у стабилној заједници. Упоредити: чл. 7. ст. 1. (а) ii са чл. 7. ст. 2. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

³⁷ Вид, чл. 30. ст. 1. Холандског Грађанског Законика. Измене Законика су извршене Законом од 21. децембра 2000. године који је ступио на снагу 1. априла 2001. године. Вид, W. Pintens, *op. cit.*, 15.

³⁸ У поменутој фази тренутно се налази Немачка, која је 2005. године изменила Закон о регистрованом партнерству. Наведено према, D. Jakovac – Lozic i I. Vetma, *op. cit.*, 1420.

³⁹ Наведено према: исто, 415. Вид, M. Freeman, *Understanding Family Law*, Sweet&Maxwell, London, 2007, 320 – 321.

Коначно, стигло се и до пете, за сада последње фазе у признавању породичних права хомосексуалним партнерима. Поједине државе су се одлучиле дати истополним партнерима могућност да усвајају и децу из иностранства. Прва држава која је то учинила била је Шведска Законом од 2002. године.⁴⁰ Управо ова држава је задала одлучујући ударац Конвенцији о усвојењу из 1967. године. У средишту пажње нашла се немогућност да истополни парови усвајају децу по старој Конвенцији о усвојењу. Поставља се питање каква је била улога Шведске у рушењу Конвенције из 1967. године.

У поменутој скандинавској земљи се врло рано јавила дилема треба ли хомосексуалним партнерима дозволити усвајање деце.⁴¹ Кључни моменат је било формирање парламентарног одбора од стране шведске Владе 1999. године, са задатком да изврши анализу положаја деце из хомосексуалних породица.⁴² Две године касније поменути одбор је поднео извештај Влади у коме је предложио да регистрованим партнерима треба омогућити да усвајају децу. Поменути извештај је имао за последицу Нацрт закона којим се регистрованим партнерима омогућава заједничко усвајање деце, што је довело до усвајања Закона од стране тамошњег парламента (*Riksdag*) 2002. године. Нечекајући да наведени Закон ступи на снагу, Шведска се повлачи из старе Конвенције о усвојењу, с обзиром да се њено законодавство сада нашло у колизији са нормама поменутог међународног уговора.⁴³ Овакав потез Шведске је приморао Савет Европе на акцију. Из страха да и остале државе – уговорнице не следе шведски пример, приступило се ревидирању Конвенције о усвојењу из 1967. године. Измене које ће уследити биће такве да се с правом може говорити о новом међународном уговору.

Након ступања измењеног шведског законодавства о усвојењу на снагу, испред Савета Европе је 2003. године формирана радна група (CJ-FA-GT1) са задатком израде нацрта нове Конвенције о усвојењу. Након четворогодишњег рада, Нацрт је прослеђен Комитету министара Савета Европе, да би крајем 2008. године нови текст Конвенције о усвојењу

⁴⁰ Вид. W. Pintens, *op. cit.*, 15 – 16. Међутим, треба нагласити како нити једна од држава која је имала сарадњу са шведским организацијама за усвојење није хтела дати децу на усвајање хомосексуалним паровима. Вид. <http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-sweden.pdf>, 10. 09. 2009.

⁴¹ Тако је почетком осамдесетих година прошлог века основана Комисија о положају хомосексуалаца у друштву, која је 1984. године проследила Влади извештај у коме се анализирао могућност да хомосексуални парови заједнички усвајају децу. Вид. Å. Saldeen, *op. cit.*, 441.

⁴² Исто.

⁴³ Проблем је представљао чл. 6. ст. 1. Европске Конвенције о усвојењу из 1967. године, према коме се усвојење допуштало само брачном пару или једном лицу.

коначно био на располагању државама-чланицама за потпис и ратификацију.⁴⁴

Нова Конвенција признаје могућност заједничког усвајања деце хомосексуалним брачним, али и регистрованим партнерима где таква установа постоји. Истовремено, државама-уговорницама се оставља слобода да поменути могућност прошире и на истополне partnere који живе заједно у „стабилној заједници“.⁴⁵ На овај начин европски законодавац је настојао отићи и корак даље предвиђајући ново проширење породичноправног статуса хомосексуалних партнера. Остављен је простор националним законодавствима да признају могућност заједничког усвојења и оним истополним партнерима који живе изван брака, односно регистрованог партнерства. Дакле, више се не тражи ни формални оквир за заједнички живот хомосексуалних парова да би могли заједнички усвојити децу. Овакво решење има своје упориште у најновијој судској пракси Европског суда за људска права у Стразбуру, о чему ће касније бити говора. Сходно томе, назире се шеста фаза у признавању права хомосексуалцима у сфери породичноправних односа.

Пут који су следили творци нове Конвенције о усвојењу није могао проћи без одређених правних потешкоћа и дилема. Проширити својство усвојитеља на хомосексуалне парове, неминовно је значило и опасност сукоба са једним начелом које представља темељ савремених породичноправних односа. Реч је о принципу „најбољег интереса детета“ („*the best interests of the child*“; „*le meilleur intérêt de l'enfant*“; „*kindeswohl*“), изричито предвиђеним Конвенцијом УН о правима детета из 1989. године. Према наведеној Конвенцији: „У свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, управни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета биће од првенственог значаја“.⁴⁶ Преко поменутог међународног уговора глобалног значаја, ово начело је на одговарајући начин инкорпорисано у сва европска законодавства. Треба рећи да заштита „најбољег интереса детета“ не представља само опште начело, већ и критеријум за вршење права деце, између осталог, и у области усвојења. Зато су творци нове Конвенције о усвојењу по сваку цену морали уподобити ово начело могућности хомосексуалних партнера да заједнички усвајају децу. На руку им је ишла чињеница да се иза овог магловитог принципа крије класичан правни стандард, без унапред одређене садржине. Међутим, начело „најбољег интереса детета“ не подлеже некаквим објективним и универзалним мерилима која би се без изузетка

⁴⁴ За детаљан приказ поступка израде Конвенције о усвојењу из 2008. године видети: R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009.

⁴⁵ Вид. чл. 7. ст.1 - 2. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

⁴⁶ Чл. 3. ст. 1. Конвенције УН о правима детета из 1989. године.

могла применити на свако друштво. Напротив, садржина овог принципа зависи од културних и моралних вредности које преовлађују у одређеном друштву и конкретне породичне ситуације сваког појединачног детета.⁴⁷ Поједине земље су заузеле став како омогућити усвојење хомосексуалним паровима не значи ускратити детету право на одговарајући развој и стабилну породицу. Поменуте државе су своја схватања правдале навођењем одређених емпиријских студија и истраживања која су требала доказати да живот деце у хомосексуалној средини не утиче или не утиче у довољној мери на њихову сексуалну оријентацију.⁴⁸ Међутим једно од напознатијих истраживања те врсте није до краја потврдило оваква схватања.⁴⁹

Ипак, као што је речено, одређени број европских националних законодавстава дозвољава хомосексуалним брачним, односно регистрованим партнерима да усвајају децу. Због тога је нова Конвенција о усвојењу морала прихватити ову реалност у намери да мотивише и наведене државе да јој приступе. Поред тога, поједини правни писци наводе како је последњих неколико година дошло до заокрета у пракси Европског суда за људска права по питању хомосексуалних усвојења.⁵⁰ Као илустрација овог процеса истичу се две одлуке Европског суда за људска права донете против Француске у распону од шест година. Најпре

⁴⁷ Вид. Boele-Woelki, Ferrand, Beilfuss et al, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, 36.

⁴⁸ Истиче се како је за развој деце важнији живот у мање конфликтној породици од сексуалне оријентације њихових родитеља. Вид. G. Коор, „*Children in Homosexual Households: A Research Review*“, <http://www.goshen.edu/~gregk/Children%20in%20Homosexual%20Households.pdf>, 11.09. 2009.

⁴⁹ Чувено истраживање о утицају живота у хомосексуалним породицама на сексуалну оријентацију деце спровеле су Сузан Голombok (*Susan Golombok*) и Фиона Таскер (*Fiona Tasker*) са Истраживачког центра за породичну и дечју психологију у Лондону. Истраживачки рад на овом пројекту је трајао равно 14 година. Голombokова и Таскерова су почела пратити одрастање две групе деце у узрасту од девет и по година која су живела са самохраним мајкама. У првој групи било је двадесет петоро деце чије су мајке биле оријентисане ка истом полу. У другој групи се налазило 21 дете чије су самохране мајке имале хетеросексуалне афинитете. Након 14 година, поново су посетиле наведене породице из обе групе. Између осталог, показало се да је четрнаесторо деце мајки хомосексуалне оријентације осетило наклоност ка истом полу или било у хомосексуалној вези наспрам четоворо деце из друге групе. Вид. S. Golombok and F. Tasker, „*Do Parents Influence on Sexual Orientation of Their Children? Findings from Longitudinal Study of Lesbian Families*“, *Developmental Psychology* 32, 3, 5.

⁵⁰ Вид. R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009.

је наведени суд у случају *Фретте иројив Француске (Fretté v France)* донео одлуку која није ишла у прилог усвајању деце од стране хомосексуалаца.⁵¹

Представку Суду у Стразбуру је поднео француски држављанин Филип Фрете (*Philippe Fretté*), коме није било допуштено да као појединац усвоји дете, премда таква могућност по француском праву постоји.⁵² За Фретеа, који се изјаснио као хомосексуалац, надлежни француски органи су проценили како „не може пружити довољне гаранције да ће детету пружити одговарајући дом са психолошке, васпитне и породичне тачке гледишта“.⁵³ Фрете (*Fretté*) је након тога упутио представку Европском суду за људска права наводећи да му је прекршено право на равноправност (начело забране дискриминације),⁵⁴ а у вези са правом на поштовање приватног и породичног живота из Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.⁵⁵ Суд у Стразбуру је проценио да у овом случају није било кршења права на поштовање породичног живота. У образложењу одлуке наведено је како „право на поштовање породичног живота претпоставља постојање породице, али чланом 8. се не штити пука жеља да се заснује породица“.⁵⁶ Како је суд истакао „усвојење значи обезбеђивање породице детету, а не детета породици“.⁵⁷ Код сваког усвојења настоји се остварити равнотежа између интереса могућих усвојитеља и интереса детета. Када то није могуће, предност се даје „најбољем интересу“ детета.⁵⁸

Шест година касније Европски суд за људска права је, такође у спору против Француске, донео одлуку за коју се наводи да би могла представљати прекретницу у давању могућности хомосексуалним паровима да усвајају децу. Реч је о случају *Е.Б. иројив Француске (E.B. v*

⁵¹ Вид. *Fretté v France (Application No.36515/97)* (2002.)

⁵² Вид. чл. 343 – 1. Француског Грађанског Законика.

⁵³ <http://www.echr.coe.int/eng/Press/2002/feb/Frett%C3%A9judypress.htm>, 11.09.2009. О овој одлуци Европског суда за људска права вид, М. Драшкић, *Породично право и права деце*, Правни факултет у Београду – Службени гласник, Београд, 2007, стр. 215.

⁵⁴ Вид. чл. 14. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

⁵⁵ Вид. чл. 8. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

⁵⁶ <http://www.echr.coe.int/eng/Press/2002/feb/Frett%C3%A9judypress.htm>, 11.09.2009.

⁵⁷ Исто.

⁵⁸ О овоме: D. Stanyte, „*Whether a person can be discriminated in adoption because of sexual orientation*“, *International Journal of Baltic Law*, Vol. 3, No. 3, 2007, 28. Преузето са интернет сајта: <http://vaidila.vdu.lt/~teise/IJBL/tom3/nr3/02-Stanyte.pdf>, 11.09.2009.

France),⁵⁹ на коју су посебну пажњу усмерили и творци нове Европске Конвенције о усвојењу.⁶⁰

Поступак пред Европским судом за људска права је покренула француска држављанка *E.B.*, којој француске власти нису дозволиле да усвоји дете. Поменута жена је отворено исказала своју хомосексуалну оријентацију и навела како се налази у стабилној вези са другом женом. У представи је истакла како је претрпела дискриминацију због своје сексуалне оријентације, што је представљало повреду њеног права на поштовање приватног живота.⁶¹ Овога пута, Европски суд за људска права је тесном већином подржао захтев поменуте француске држављанке. Суд је истакао како се дискриминација може оправдати само „леgitимним циљем“, који у случају сексуалног дискриминисања мора имати нарочито озбиљне и убедљиве разлоге.⁶² Проблем недостатка „мушког узора“ на који се позивала француска Влада, Суд је протумачио као препреку да се једно лице уопште појави у својству усвојитеља, независно од његове сексуалне оријентације.⁶³ Ни аргумент да је партнерка лица које је поднело представку релативно незаинтересована за питање усвојења детета, није помогао француској Влади у настојању да добије спор. Као и у случају Фрете (*Frette*), овде се није прекршило право на поштовање породичног живота. Међутим, према оцени суда, право на поштовање приватног живота јесте. Овом приликом Суд је подсетио како наведено право подразумева „право на заснивање и развој односа са другим људским бићима“, ⁶⁴ што се не може ускратити искључиво по основу сексуалне дискриминације. Начело „најбољег интереса“ детета очито није представљало препреку оваквом тумачењу. Међутим, треба подсетити да сексуална дискриминација приликом закључења обичног грађанскоправног уговора и заснивања усвојења не може имати исту тежину. Овакву праксу Суда у Стразбуру, творци нове Конвенције о усвојењу су уважили и испоштовали.⁶⁵ Све ово нас умногоме приближава концепту усвојења као права, а не као могућности, што никако не би смело бити. Ако би се усвојење схватило као право, лишило би се своје суштине, а то је да се детету обезбеди породица, а не обратно.⁶⁶

⁵⁹ Вид. *E.B. v France (Application No. 43546/02)* (2008.).

⁶⁰ Вид. R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009.

⁶¹ Вид. http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf, 12.09.2009.

⁶² О томе: R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009.

⁶³ Вид. http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=1129, 12.09.2009.

⁶⁴ http://www.asil.org/pdfs/ilib080125_1.pdf, 12.09.2009.

⁶⁵ Вид. R. Horgan and F. Martin, ц. интернет сајт, 07.09.2009.

⁶⁶ Када би се говорило о праву на усвојење, то би значило да надлежни орган не може одбити заснивање усвојења уколико подносиоци захтева испуњавају све

2. Наше право у светлу нове Европске Конвенције о усвојењу

Своје потписе на Европску Конвенцију о усвојењу је до сада ставило 11 држава. У том друштву нашла се и наша држава која је то учинила 18. јуна 2009. године.⁶⁷ Следећи корак би представљала ратификација овог међународног уговора у Народној Скупштини. Србија није била међу потписницима Конвенције о усвојењу из 1967. године, што је и разумљиво, с обзиром да је наша земља члан Савета Европе од 2003. године, када се већ почело са израдом Нацрта новог текста Конвенције. Међутим, пошто се Србија сада налази у кругу држава-уговорница, неминовно се мора размишљати о усаглашености нашег права са новом Конвенцијом о усвојењу.

Може се рећи да је наше право у великом делу у сагласности са Конвенцијом о усвојењу. Ипак, у светлу односа између нашег законодавства и нове Конвенције, могу се разликовати три врсте правила овог међународног уговора. Најпре, постоји правило на чију примену наша земља мора искористити могућност стављања резерве. Затим, норма на коју наша држава не мора ставити резерву, али би било пожељно то учинити. Коначно, у одређеном случају биће нужна одговарајућа измена и прилагођавање нашег права са текстом Конвенције о усвојењу из 2008. године.

Најпре, наша држава би морала искористити право стављања резерве на норму Конвенције којом се прописује да појединац може усвојити дете.⁶⁸ Разлог лежи у чињеници да Конвенција о усвојењу не тражи никакав додатни услов за овакав начин усвојења, осим да је усвојење у „најбољем интересу детета“.⁶⁹ Супротно томе, наше право допушта усвајање детета од стране појединца само из „нарочито оправданих разлога“.⁷⁰ Дакле, овакав начин усвојења у нашем законодавству не стоји равноправно са случајевима где дете усваја брачни или ванбрачни пар. Према нашем породичном праву, усвајање детета од стране појединца је изузетак и тако се има третирати.

Случај када није нужно, али би било пожељно ставити резерву, односи се на могућност појављивања хомосексуалних брачних или регистрованих партнера, као и истополних парова који живе заједно у стабилној вези, у својству усвојитеља. Наиме, Конвенција о усвојењу из 2008. година оставља

законом прописане услове.

⁶⁷ Истог дана текст нове Конвенције о усвојењу је потписала и Црна Гора, вид. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=202&CM=8&DF=13/09/2009&CL=ENG>, 13.09.2009.

⁶⁸ Вид. чл. 27. ст. 1. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

⁶⁹ Вид. чл. 7. ст. 1 (b) у вези са чл. 4. ст. 1. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

⁷⁰ Вид. чл. 101. ст. 3. Породичног закона Србије – „Службени гласник РС“, број 18 од 24 фебруара 2005.

државама-уговорницама на вољу признавање поменутих видова усвојења.⁷¹ Наш правни систем не познаје регистровано партнерство, а о хомосексуалним браковима и да не говоримо. Не може бити речи ни о третирању заједничког живота два лица истог пола као ванбрачне заједнице. Међутим, прихватање поменутог правила нове Конвенције о усвојењу би могло утрти пут увођењу наведених установа, односно модификацији норми о ванбрачној заједници у нашем праву. Такав законодавни потез засигурно не би одражавао слику нашег јавног мњења у овом тренутку, о чему сваки законодавац треба водити рачуна. Нарочито је незамисливо говорити о могућности да хомосексуални партнери усвајају децу у нашем праву, с обзиром да би такво решење било дубоко у супротности са "најбољим интересом детета". Поменуто начело у нашем правном поретку не може имати исти домашај као у неким другим правима, с обзиром на наш културолошки модел, традицију и свеукупну друштвену слику у овом моменту. У реформи породичног права, не бисмо смели следити "шпански модел", који је за релативно кратко време прешао пут од правног система који не допушта развод брака до једног од најлибералнијих породичних законодавстава у Европи.

На крају, у одређеном случају биће нужно усаглашавање нашег законодавства са Конвенцијом о усвојењу из 2008. године. Реч је о одредби поменуте Конвенције која се односи на престанак усвојења поништењем. Наиме, новом Конвенцијом о усвојењу се изричито захтева да се национална законодавства одреде по питању рока у коме се може тражити поништење усвојења.⁷² Такав рок би се морао предвидети у случајевима када тужбу за усвојење подносе усвојитељи, усвојеник, родитељи односно старатељ усвојеника, јавни тужилац, као и лица која имају правни интересе да усвојење буде поништено. На овај начин би се у ситуације када је усвојење апсолутно ништаво унели и елементи релативне ништавости, што не би био први случај у нашем породичном праву.⁷³ Овакво решење европског законодавца има своје оправдање у разлозима правне сигурности, али и заштите „најбољег интереса“ детета, које би претрпело вероватно највећу штету ако право на поништење усвојења не би било ограничено роком. Када је реч о узроцима апсолутне ништавости, чини се да суду треба дати право да одбије захтев за поништењем ако би то било противно „најбољем интересу“ детета. Таква конвалидација је уосталом могућа када је реч о узроцима ништавости бракова,⁷⁴ па би се тим пре могла применити и на односе који се тичу деце.⁷⁵

⁷¹ Вид. чл. 7. ст. 2. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

⁷² Вид. чл. 14. ст. 3. Европске Конвенције о усвојењу из 2008. године.

⁷³ На пример, Породични закон Србије предвиђа рок у коме родитељи могу поништити „малолетнички брак“ свога детета закључен без дозволе суда. Вид. чл. 215. ст. 2. Породичног закона Србије.

⁷⁴ На пример, суд неће поништити брак који је закључен у циљу заједнице живота ако је ова заједница накнадно успостављена. Вид. чл. 32. ст. 2. Породичног закона

M.Sc. Veljko Vlaskovic,
an assistant

A REVIEW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON ADOPTION 2008.

After more than four decades of implementation, the old Council of Europe Adoption Convention was fully revised and replaced by a new multilateral international contract. Growing changes that have been taking place in the area of family could not pass the national legislations on adoption. That is why the Council of Europe was forced to react trying to harmonize the national adoption laws on member-states in the biggest possible way. However, that effort was initiated by incapacity of homosexual couples to adopt according to old Convention on Adoption 1967 and Sweden has just pulled the trigger of changes withdrawing from the old Convention. Although Convention on Adoption formally embraced the principle of „the best interests of the child“, this question has threatened to collide with the expanded legal status of homosexual couples. Enabling homosexual to adopt was justified by some recent decisions of the European Court of Human Rights and reality in some influencing European countries. On the other hand, new text of The Convention on Adoption 2008 overcame some outdated provisions of the old Convention, such as denying capacity of an unmarried father to give his consent to adoption.

Surprisingly or not, our country joined the group of eleven states that have signed the mentioned Convention so far. This opens the question of accordance of our legislation on adoption with the European Convention on Adoption 2008. In further examination, this paper has focussed particularly on the necessity to make reservations in respect of certain provisions of the Convention on Adoption 2008. It is also shown that our provisions on application for annulment of the adoption must involve time limitation aspect in order to satisfy the terms of the Convention.

Србије.

⁷⁵ Вид. С. Панов, *Породично право*, Правни факултет у Београду – Службени Гласник, Београд, 2008, стр. 514.

ПРЕСТАНАК БРАЧНОГ УГОВОРА

1. Увод

Још је Српски грађански законик ¹ познавао брачни уговор и супружницима омогућавао уговорно регулисање међусобних имовинских односа. Касније наше законодавство није кренуло тим путем, па у нашем послератном праву, имовински односи супружника бивају регулисани императивним законским нормама. Законски императивни режим супружници нису могли споразумно мењати, нити искључити.

Породични закон из 2005. године ², по угледу на западноевропске земље у наше право поново враћа брачни уговор. У већини европских законодавстава постоје значајна ограничења слободе уговарања. Закони често предвиђају могуће имовинске режиме а супружници имају слободу избора и могућност прилагођавања изабраног модела властитим потребама. ³ У овом контексту, Породични закон отишао је даље од својих узора управо по ширини аутономије коју признаје супружницима. Једино ограничење слободе уговарања предвиђено законом тиче се поштовања законских императивних норми. Дакле, супружници не би могли споразумно искључити законом наметнуте обавезе, нити уговорити права и прихватити обавезе које су супротне природи брака и закону. У оквиру овог ограничења постоји широка слобода уговарања и уређења међусобних имовинских односа.

У овом раду биће речи о престанку брачног уговора. Породични закон не регулише ово питање па ће се у овом случају примењивати правила Закона о облигационим односима ⁴, на шта уосталом упућује и Породични закон. ⁵

Да би смо размотрили могућности примене правила Закона о облигационим односима на престанак брачног уговора покушаћемо, пре свега одредити појам и правну природу овог уговора.

¹ Видети: пар. 759. Српског грађанског законика из 1844. године.

² „Сл. гласник РС“, број 18 од 24. 02. 2005. године.

³ Видети: члан 182. ст. 2. Швајцарског грађанског законика. Исто: члан 1497. Француског грађанског законика.

⁴ „Службени лист СФРЈ“, број 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, број 31/93.

⁵ Видети: члан 196. Породичног закона.

2. Појам и правна природа брачног уговора

Брачни уговор је правни посао између супружника или будућих супружника, који они предузимају с циљем уређења имовинских односа на постојећој или (и) будућој имовини.

Ово је формалан уговор јер закон за његов настанак захтева испуњење одређене форме. Сама чињеница да је регулисан законом, сврстава га у ред именованих уговора. Ако се брачни уговор закључује у току трајања брака као уговорне стране појављују се супружници. Брачни уговор може бити закључен и пре склапања брака када се као уговорне стране појављују будући супружници (нуптуријенти). Иако термилолошки апсурдно, брачни уговор могли би закључити и ванбрачни партнери имајући у виду чињеницу да они у нашем породичном праву имају иста права и обавезе као и супружници.⁶ Из напред наведеног видимо да се брачни уговор закључује као уговор *intuitu personae*.

Према односу права и обавеза, уговори могу бити једнострано обавезујући и обострано обавезујући. Зависно од намере супружника и циља који овим уговором желе постићи, брачни уговор могуће је закључити и у једном и у другом виду. Исто важи и за поделу уговора према распореду терета. Другим речима, ако један супружник дугује другом накнаду за користи које од њега прима онда говоримо о брачном уговору као теретном. У супротном, брачни уговор је добротин. Ово је затим, комутативан и мешовит уговор јер и поред тога што га закон регулише, његова садржина зависиће од нахођења странака у сваком конкретном случају, па ће се најчешће састојати од елемената два или више једноставних уговора.

Поред осталог, ово је каузалан, факултативан⁷ и акцесоран⁸ уговор уз брак. Његов неспорно акцесорни карактер видљив је из чињенице да престанак брака, на неки од законом предвиђених начина, доводи до престанка брачног уговора. Исто тако, уговор који би будући супружници закључили пре брака производио би дејства од момента закључења брака.⁹ Ипак, очигледно је да брачни уговор не мора увек бити акцесоран формалној

⁶ Уговор о имовинским односима ванбрачних партнера, можда би био прикладнији назив у овом случају. О потреби разликовања ових уговора видети: Nigel Lowe, Prenuptial agreements: The English position, http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1080&pdf=508_en.pdf.

⁷ Видети: Зоран Поњавић, “О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору”; Новине у породичном законодавству, Ниш, 2006, стр. 170. Исто и: Невена Петрушић - Андријана Човић, Брачни уговори-теоријски и практични аспекти, Нови Сад, 2008, стр. 6.

⁸ Видети: Исто.

⁹ Тако је у Немачкој. Наведено према: Ирена Мајсторовић, Брачни уговор, Загреб, 2005, стр. 52.

брачној заједници, у ситуацији када га закључују ванбрачни партнери, овај уговор биће акцесоран ванбрачној заједници.¹⁰

3. Уопште о престанку уговора

Уговор може престати на више начина у зависности од своје правне природе, воље уговорних страна или своје правне (не)ваљаности.

Непуноважни уговори престају поништењем. Они обухватају ништаве (апсолутно ништаве) и рушљиве (релативно ништаве) уговоре. То су, дакле, они уговори код којих нису испоштовани услови за њихов пуноважан настанак.

За разлику од њих, раскидом престају уговори који су пуноважно настали, који су без недостатка¹¹, а сам раскид уговора може бити споразумни и једностранни.

Трајни уговорни односи могу имати одређен или неодређен рок трајања. Ако је трајни уговор закључен са одређеним роком трајања, он престаје истеком рока на који је закључен.

По правилу, смрћу уговорних страна, уговор не престаје. Међутим, ако је уговор закључен с обзиром на личност једне или обе уговорне стране, смрћу стране уговорнице гаси се и уговор.

Поред наведеног, уговор може престати и ако наступи случајна, накнадна, немогућност испуњења. Да би уговор престао на овај начин потребно је да се ради о обострано обавезујућем уговору, а предмет његове престације мора бити индивидуално одређен.

Размотримо прво могућности престанка брачног уговора на напред наведене начине, а потом и посебне разлоге престанка брачног уговора, као уговора акцесорног браку.

3.1. Престанак брачног уговора поништењем

3.1.1. Ништавост брачног уговора

Брачни уговор је ништав ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.¹² Уговор који би ограничавао слободе једног супружника или би једног супружника дискриминисао у односу на другог, био би противан јавном поретку. То би рецимо, био

¹⁰ Уговор о имовинским односима ванбрачних партнера могао би пратити судбину заједнице живота, као основног и највидљивијег елемента ванбрачне заједнице.

¹¹ Јаков Радишић, Облигационо право, Општи део, Седмо издање, Београд, 2004, стр. 170.

¹² Видети: члан 103. став. 1. Закона о облигационим односима.

случај ако би један супружник преузео обавезу да се не разведе од другог.¹³ Противна законским императивним нормама, била би уговорна одредба којом би један супружник искључио законску обавезу издржавања другог.¹⁴

Пример брачног уговора који се противи и императивним прописима и јавном поретку али и моралним схватањима је зеленашки брачни уговор. Супружници могу имати различите позиције, могу бити различитог имовног стања и имати различита знања, што би један од њих могао злоупотребити и уговорити за себе несразмерну корист. Учесће судије у настанку овог уговора није гаранција да до закључења зленашког уговора неће доћи. Судија, према Закону о ванпарничном поступку¹⁵, има обавезу да утврди идентитет странака, да провери да ли је у уговору изражена њихова права воља и да оцени да ли је садржина уговора допуштена. Ипак, могуће је да судија не примети недопуштене погодбе и да овакав уговор овери. Према Закону о облигационим односима, овај уговор био би ништав.¹⁶

Поред овог, пуноважан уговор претпоставља испуњење законом предвиђених, материјалних и формалних услова за његов настанак. Кршење неког од њих спречава пуноважан настанак уговора.

3.1.1.1. Непоштовање материјалних услова

Пре свега, потребно је да уговорне стране поседују пословну способност за закључење уговора. Пошто је брачни уговор акцесоран браку то је за његово закључење потребна способност која се тражи за закључење брака, брачна способност.¹⁷ Она се, у нашем праву, по правилу стиче пунолетством, када се стиче и пословна способност. Од овог правила постоје два изузетка. Одлуком суда лице које је постало родитељ и има шеснаест година може превремено стећи пословну способност. Исто тако, лице које је навршило шеснаест година и добило дозволу суда за закључење брака, стиче пословну способност закључењем брака, коју не губи ни у случају да брак на било који начин престане пре пунолетства.

Пословну способност могуће је и изгубити током живота, наиме, ако за то постоје законом предвиђени разлози, суд ће у ванпарничном

¹³ Видети: члан 62. Устава Републике Србије.

¹⁴ Видети: члан 8. Породичног Закона.

¹⁵ Видети члан 171. и 172. Закона о ванпарничном поступку, „Сл. Гласник СРС“, број 25/82, 48/88 и „Сл. Гласник РС“, број 46/95- др. Закон и 18/2005- др.

¹⁶ Видети: члан 141. Закона о облигационим односима.

¹⁷ Зоран Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, ор. cit., стр. 172.

поступку лишити неко лице потпуно или делимично пословне способности.

Лица потпуно лишена пословне способности не би могла да закључе пуноважан брак, па самим тим ни брачни уговор. Ипак, у упоредном праву има другачијих решења. Тако у Хрватској, лица лишена пословне способности могу закључити брачни уговор али не самостално већ преко свог старатеља и уз претходно одобрење органа старатељства.¹⁸ У праву Аустрије, особе лишене пословне способности могу закључити овај уговор уз сагласност старатељског суда.¹⁹ У Немачкој, за пуноважност овог уговора закљученог од стране лица потпуно или делимично лишеног пословне способности, потребна је сагласност законског заступника а у неким ситуацијама и старатељског суда.²⁰

Што се тиче лица делимично лишених пословне способности, требало би узети да она могу закључити брачни уговор уколико је у одлуци о делимичном лишењу пословне способности одређено да су способна за закључење брака.

Брачни уговор је дело заједничке воље супружника. Да би произвео жељена дејства неопходан услов је сагласност њихових воља изјављених у циљу склапања уговора. Воља која је подобна да доведе до пуноважног уговора мора бити озбиљна, слободна и стварна. У супротном, реч је о манама воље. Мане воље традиционално се сматрају узроцима рушљивости уговора па ће о њима бити речи на одговарајућем месту. Ипак, ако су стране у заблуди о природи уговора, о основу или предмету обавезе, уговор не настаје.²¹ То су заблуде препреке²², које доводе до неспоразума, чине уговор непостојећим.²³ Теоријски, ништаве и

¹⁸ Видети: чл. 256. Обитељског закона. Иако на први поглед необично, ово решење логична је последица чињенице да је пословна неспособност у хрватском праву отклоњива брачна сметња. У нашем праву то није случај, па закључење брачног уговора од стране заступника пословно неспособног лица неће бити могуће. Супротно, лице које поседује способност за закључење брака, могло би издати специјално пуномоћје и брачни уговор закључити преко пуномоћника.

¹⁹ Наведено према: Ирена Мајсторовић, стр. 75.

²⁰ Видети: Исто, стр. 57-58.

²¹ Видети: члан 63. Закона о облигационим односима.

²² Слободан Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981, стр. 293-294.

²³ Непостојеће послове наше право преузело је из Француског Грађанског Законика, где су настали као теоријска подлога оправдања законодавчевог пропуста да предвиди све узроке ништавости брака. Категорија непостојећих послова све више губи на значају. Ово послове још увек познаје правна теорија, док пракса врло ретко. Наш Породични закон, не познаје непостојеће бракове, а није их познавао ни Закон о браку и породичним односима. За разлику од нашег,

непостојеће уговоре требало би разликовати²⁴, премда се на практичном плану ова разлика не прави.

Исто тако, ако воља за закључење уговора није стварна, уговор не производи дејства међу уговорним странама. Реч је о привидном уговору. Привидни уговори јављају се у два вида, као чисти привидни (фиктивни) и симуловани уговори.²⁵ Фиктивни брачни уговор, као што је речено, не би производио дејства међу супружницима.²⁶ Симуловани брачни уговор, такође, не би производио дејства, али би дисимуловани био пуноважан ако су испуњени услови за његову пуноважност.²⁷

Следећи захтев у погледу пуноважности брачног уговора односи се на његов предмет. Предмет брачног уговора је уређење односа на постојећој или (и) будућој имовини супружника. Пошто предмет мора бити допуштен, могућ и одређен²⁸, то се брачни уговор не би могао односити на лична и личноимовинска питања какво је право издржавања или право становања, пошто Породични закон императивно одређује да се ова права не могу мењати споразумом супружника. И у упоредном праву, закони предвиђају ограничења аутономије супружника. У Швајцарској рецимо, интерес заштите породичног стана претеже над слободом уговарања. Наиме, супружници заједнички одлучују, управљају и располажу породичним станом и ово уговором не могу мењати.²⁹ Честа је и забрана уговарања примене страног права на овај уговор, што је случај у праву Републике Српске.³⁰

Постојање и допуштеност основа³¹ (каузе), такође је један од услова за пуноважност уговора. Брачни уговор већ смо дефинисали као каузалан, дакле, кауза је видљива из самог овог посла. Основ је циљ који се уговором жели постићи и он је код исте врсте уговора увек исти.³² Код

Обитељски закон Републике Хрватске предвиђа у чл. 24. услове за постојање брака, па ће у случају непоштовања истих брак бити непостојећи.

²⁴ Лепосава Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, Правни живот, бр. 10/95, стр. 405-412.

²⁵ Видети: Љиљана Ђуровић, „Привидни уговори“, Правни живот, бр. 10/97, стр. 431-450.

²⁶ Према члану 66. ст. 3. Закона о облигационим односима, привидност уговора не може ићи на штету трећег савесног лица, па ако је оно стекло неко право по основу оваквог уговора, то право остаје на снази.

²⁷ Видети: члан 66. ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима.

²⁸ Видети: члан 46. Закона о облигационим односима.

²⁹ Наведено према: Ирена Мајсторовић, *op. cit.*, стр. 85-86.

³⁰ Видети: члан 5. Закона о измјенама и допунама Породичног закона, „Сл. гласник РС“, бр. 41/08.

³¹ Видети: члан 52. Закона о облигационим односима.

³² Јаков Радишић, *Облигационо право...*, *op. cit.*, стр. 86.

узајамних уговора, обавеза једне стране основ је обавезе друге, а код добротних уговора основ је жеља да се поклонопримчева имовина увећа. У основ добротних брачног уговора улази мотив па би ништавост у овом случају могла да се појави као последица недопуштености мотива. Супротно, код теретног брачног уговора, недопуштен мотив довешће до ништавости уговора само ако је он одлучујуће утицао на једног супружника да уговор закључи, а другом је то било или могло бити познато.³³

3.1.1.2. Непоштовање формалних услова

У нашем праву као и у већини европских држава, брачни уговор је строго формалан. Према Породичном закону, закључује се у писменом облику и оверава од стране судије који је дужан да, пошто прочита уговор, упозори супружнике да њиме искључују законски имовински режим.³⁴ Ако се уговор односи на непокретности, уписује се у јавни регистар права на непокретностима. У случају непоштовања ових формалних услова уговор је ништав, а то значи да не производи дејства од момента закључења.

Међутим изузетно, могућа је конвалидација, накнадно оснажење, добровољним испуњењем уговора коме недостаје форма. Према члану 73. Закона о облигационим односима „Уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра се пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго“. У теорији је изнето мишљење да брачни уговор, у овом случају, не би могао бити конвалидиран.³⁵ Наиме, форма брачног уговора састоји се из више елемената, а један од њих је упозорење супружника од стране судије на последице закључења уговора. Ако би ово упозорење изостало, циљ форме брачног уговора не би био испуњен, а тај недостатак не би се могао надоместити добровољним испуњењем уговора. Захтев форме важи и за све касније измене и допуне овог уговора.

3.1.2. Домен ништавости

Ништавост једне одредбе може имати двојако дејство на сам уговор. Некада ће због ништавости једне одредбе бити ништав цео уговор. Пре свега то ће бити случај када је ништава одредба била услов или одлучујућа

³³ Слободан Перовић у Коментару закона..., *op. cit.*, стр. 245- 246.

³⁴ Видети: члан 188. ст. 2. Породичног закона.

³⁵ Олга Сокић, „Брачни уговор“, Ново породично законодавство, Врњачка Бања, 2006, стр. 423- 424.

побуда уговора. Могуће је међутим, да ништава одредба не утиче на опстанак уговора и у том случају уговор без такве одредбе остаје на снази. То ће бити случај чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора, али је ништавост установљена управо зато да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње. Такав је случај са напред наведеним искључењем обавезе издржавања, па ће брачни уговор без ове одредбе остати на снази. У овом случају важи старо правило да се корисно штетним не квари.

3.1.3. Рушљивост брачног уговора

Рушљив брачни уговор био би онај код ког су постојале мане воље приликом његовог закључења. Дакле, заблуда, претња и превара.

Заблуда је нетачна представа о чињеницама важним за закључење брачног уговора. Ипак, неће свака заблуда имати исте последице на опстанак уговора. Подобна да доведе до поништења уговора је само бита заблуда. Ако би у брачном уговору супружници у току расподеле имовине били у заблуди о вредности и ауторству неке уметничке слике коју су сматрали вредном, радило би се о битној заблуди. Битна заблуда биће и свака друга ако супружник који погрешно верује у неке околности не би закључио уговор да је о тим околностима имао тачну представу. Поништење уговора по овом основу неће моћи захтевати супружник који је својом кривицом био у заблуди.³⁶ Наиме, од супружника се очекује да при закључењу уговора поступају са повећаном пажњом, имајући у виду значај овог уговора. Ако овом послу не посвете одговарајућу пажњу, сходно својим могућностима, ризик таквог понашања искључиво је на њима. Поништење уговора због заблуде неће бити могуће ни ако друга страна покаже спремност да уговор изврши као да заблуде није било.³⁷

За разлику од закључења брака, где превара није правно релевантна, брачни уговор биће рушљив ако је један супружник доведен у заблуду или у њој одржаван од стране другог. Превара ће код брачног уговора постојати ако се један супружник обавезе предати одређене непокретности стечене пре брака другом, у замену за већи удео у будућој имовини коју ће заједнички стећи. При том, као доказе за поседовање непокретности поднесе фалсификоване исправе. Према нашем закону не постоји обавеза достављања документације о својини над непокретностима, али пракса вођена начелом правне сигурности, захтева достављање одговарајућих исправа.³⁸ Самим тим, смањена је могућност да брачни друг

³⁶ Видети: члан 61. ст. 2. Закона о облигационим односима.

³⁷ Видети: члан 61. 4. Закона о облигационим односима.

³⁸ Видети. Невена Петрушић - Андријана Човић..., *op. cit.*, стр. 9.

буде у заблуди у погледу већ постојећег имовног стања другог брачног друга, што би у овом случају представљало битну заблуду.

Брачни уговор закључен је услед претње ако постоји свесни несклад између стварне и изјављене воље која се јавља као последица недопуштеног утицаја на једну уговорну страну. Неопходно је да је претња изазвала оправдан страх и одлучујуће утицала да страна којој је прећено изјави вољу за закључење уговора.³⁹ Рушљив би био брачни уговор, закључен тако што би имућнији супружник запретио другом да ће се од њега развести ако не пристане на закључење уговора којим би био уговорен режим посебне имовине. Супружник који је на овај начин пристао на закључење уговора може захтевати његово поништење. Специфичност брачног уговора због посебног односа у коме се налазе његове уговорне стране управо долази до изражаја у оваквим ситуацијама. Основни принцип поништења уговора због претње важи код овог уговора као и код свих других. Ипак, претња би код брачног уговора могла довести до озбиљне и трајне поремећености брачних односа, па самим тим и до развода брака и престанка уговора на том основу.

Рушљивост брачног уговора због прекомерног оштећења прилично је спорна. Уколико супружници закључују брачни уговор који за предмет има уређење имовинских односа у погледу будуће имовине, прекомерно оштећење није могуће. Уколико би се, пак, брачни уговор односио само на већ стечену имовину, рушљивост уговора због прекомерног оштећења била би могућа ако би то одговарало садржају престација уговора. Ако би један супружник, иначе колекционар уметничких слика, предао другом неку непокретност (стан) у замену за уметничку слику која му недостаје у колекцији, па се после установи да је био у заблуди и да се уопште не ради о оригиналној слици. У овом би случају постојала очигледна несразмера узајамних давања у тренутку закључења уговора, у теретном уговору за коју стране нису знале, што оштећеној страни даје право да захтева поништење овог уговора.

3.2. Престанак брачног уговора раскидом

Брачни уговор, као уосталом и сваки други, може престати раскидом. За разлику од престанка уговора поништењем, раскидом престаје дејство пуноважног уговора. Раскид може бити споразумни и једнострани па и брачни уговор може престати сагласношћу уговорних страна или вољом једне уговорне стране ако су испуњени услови за једнострани раскид.

³⁹ Недопуштен утицај може потицати од супружника али и од трећег лица. Видети: <http://appelbe. Co. uk/DivorceAndFamilylaw. htm>.

Споразумни раскид је нови уговор између истих страна и производиће жељена дејства ако су испуњени сви услови за његов пуноважан настанак, који се цене независно од услова за настанак уговора који се раскида.

Оно што може бити спорно у вези споразумног раскида брачног уговора, тиче се његове форме. Пуноважан настанак брачног уговора условљен је поштовањем прописане форме али се исто по аутоматизму не би могло применити на раскид овог уговора, имајући у виду да је у нашем праву прихваћено начело консенсуализма. Према Закону о облигационом односима, „формални уговор може престати неформалним путем, осим, ако закон за његов престанак не предвиђа другачије или ако циљ форме прописане за његов настанак не захтева да раскидање уговора буде у истој форми.“⁴⁰ Захтев за поштовањем форме код споразумног раскида, могао би се правдати само циљем форме. Циљ форме за закључење уговора састоји се у заштити интереса трећих лица али и заштити приватног интереса, што се види кроз обавезу упозорења супружника на имовинске конеквенце закључења брачног уговора, па чини се да упозорење супружника на исте конеквенце његовог раскида не би било на одмет. Ово тим пре, што уговорне стране раскиду често дају ретроактивно дејство, па самим тим имовинске последице раскида брачног уговора могу бити значајне. Имајући све ово у виду, чини се да би споразумни раскид брачног уговора требао бити формалан, што је уосталом чест случај у упоредном праву.⁴¹

Једнострани раскид уговора могућ је само из узрока предвиђених законом или вољом уговорних страна. Најважнији случајеви једностраног раскида уговора су раскид уговора због неиспуњења и раскид уговора због промењених околности (*clausula rebus sic stantibus*).

Раскид уговора због неиспуњења није могућ код свих уговора него само код двострано обавезујућих, тачније теретних уговора. Под претпоставком да је брачни уговор закључен као двострано обавезујући и теретан, страна верна брачном уговору могла би једнострано раскинути уговор. За једнострани раскид уговора потребно је да се стекну одређене претпоставке. Пре свега, то право припада супружнику који поштује своје обавезе из уговора. Уговор може раскинути ако други супружник није испунио своје уговорне обавезе и пошто другом супружнику остави накнадни примерен рок за испуњење. У нашем праву, једнострани раскид уговора врши се простом, једностраном изјавом воље, дакле, вансудским путем. Улога суда сводила би се само на утврђење да је уговор престао. Специфичности брачног уговора могу захтевати одступање од општих

⁴⁰ Видети: члан 68. Закона о облигационим односима.

⁴¹ Видети: Sanford. N. Katz. Family law in America. <http://books.google.ba/books?id=lullt9DxEeC&pg=pa202&lpg=pa202gd=revoked+of+premarital+ag>.

правила облигационог права, и интервенцију суда при раскиду. У теорији већ су изнета мишљења о потреби судског раскида брачног уговора.⁴²

Clausula rebus sic stantibus, други је разлог за једнострани раскид уговора. Брачни уговор могао би бити раскинут из овог разлога ако би услед промењених околности било отежано испуњење обавезе једне стране, или ако би био осујећен циљ уговора, па не би било правично оставити га на снази.⁴³ Пошто је „читава мисао о проблему уважавања промењених околности у праву била инспирисана напором да се изнађе такво решење које у себи треба да помири два супротстављена правна принципа, принципа обавезне снаге уговора и принципа правичности“⁴⁴, то би ова клаузула морала имати своје место примене код брачног уговора са трајним извршењем као и код свих двостраних, трајних уговора. У овом случају, неспорно, о раскиду уговора одлучивао би суд. Међутим, не би било могуће да се на промењене околности позове супружник који је исте био дужан узети у обзир у време закључења уговора. Уговор неће бити раскинут ни ако друга страна понуди или пристане да се уговор правично измени.

4. Последице престанка уговора поништењем и раскидом

Неважећи уговори, и ништави и рушљиви, престају поништењем. Поништење ништавог уговора може захтевати свако правно заинтересовано лице. Захтев за утврђивање ништавости уговора није ограничен роком. Поништење ништавог уговора делује ретроактивно, као да уговор није ни био закључен. Код брачног уговора ово ће за последицу имати успостављање законског имовинског режима за супружнике.

Насупрот томе, поништење рушљивог брачног уговора могао би захтевати само супружник у чијем је интересу рушљивост установљена. Ово право ограничено је роком који износи годину дана од сазнања за разлог рушљивости. Право да се захтева поништење у сваком случају престаје истеком три године од закључења уговора. Уколико супружник ово право не би користио у предвиђеном року, наступила би конвалидација уговора те се он више не би могао нападати због рушљивости. Уколико у предвиђеном року буде тражено поништење овог уговора од стране лица у чију корист је рушљивост установљена, уговор ће бити поништен. Поништење по правилу делује ретроактивно. Уговорне стране враћају се на позиције од пре

⁴² Зоран Поњавић, *Породично право*, друго измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2007, стр. 370.

⁴³ Видети: члан 133. Закона о облигационим односима.

⁴⁴ Марко Ђурђевић, „Правичност и раскид уговора због промењених околности“, *Правни живот*, бр. 11-12/1994, стр. 1568.

закључења уговора, а на имовинске односе супружника биће примењен законски имовински режим. Ипак, код рушљивих уговора могућ је споразум уговорних страна о дејству поништења.⁴⁵ Овим споразумом може бити одређено да поништење делује само за будућност, па би дејства која је уговор произвео до момента поништења остала на снази. Поништење ће деловати само за будућност и када то захтева сама природа уговора.⁴⁶

Споразумни раскид уговора по правилу делује за будућност. Уговорне стране ослобађају се обавеза које нису извршене до момента раскида. Дакле, ако један уговор није уопште извршен раскид ће имати ретроактивно дејство, а ако је делимично извршен раскид ће деловати *ex nunc*. Вољом уговорних страна раскиду је могуће дати ретроактивно дејство у ком случају долази до реституције, што би за практичну последицу имало примену законског имовинског режима на имовинске односе супружника. Међутим, природа неких уговора (са трајним извршењем обавеза), што ће често бити случај и са брачним уговором, налагаће да раскид делује *pro futuro*.

5. Престанак брака као узрок престанка брачног уговора

Брачни уговор је акцесоран уговор уз брак, те своју егзистенцију нема без брака. Другим речима, законом предвиђени начини престанка брака истовремено су и разлози престанка права и обавеза из брачног уговора.

Брак престаје смрћу супружника, проглашењем несталог супружника за умрлог, разводом и поништењем брака.

Ако је брак престао смрћу или проглашењем несталог супружника за умрлог, тренутак смрти или тренутак који се узима за тренутак наступања смрти, означавају крај брака. То је моменат од ког и брачни уговор престаје да производи дејства, у складу са својом акцесорном природом.

Слично је и у случају престанка брака разводом. Правоснажношћу судске пресуде, престају брак и брачни уговор. Сва дејства брака и брачног уговора до тад произведена остају на снази. Специфична ситуација настаје ако је у питању престанак брака поништењем. Последице поништења могле би бити различите зависно од узрока ништавости.⁴⁷ Брак може бити поништен из разлога који не утичу на пуноважност уговора (рецимо због средства као

⁴⁵ У овом случају, дејство поништења могуће је споразумно одредити пошто разлози због којих се захтева поништење не дирају у јавне интересе, већ се тичу искључиво приватних интереса уговорних страна. Видети: Слободан Перовић, у Коментару закона о облигационим односима... ор. cit., стр. 376-377. Исто: Јаков Радишић, Облигационо право...ор. cit., стр.176-177.

⁴⁶ Такви су, на пример, уговори који имају за предмет пружање услуга или коришћење ствари. Видети: Јаков Радишић, Облигационо право...ор. cit.

⁴⁷ У том смислу видети: Олга Сокић, „Брачни уговор“, ор. cit.стр. 425.

брачне сметње). У том случају, правоснажношћу пресуде о поништењу брака престаће и брачни уговор. Поништење брака за разлику од општих правила облигационог права делује *ex nunc*, па би исто одступање требало да важи и за уговор који је регулисао имовинске односе супружника за време трајања таквог брака. Ово тим пре што је сам брачни уговор био пуноважан. Ако је брак ништав из разлога који доводе и до ништавости брачног уговора, (пословна неспособност) ситуација је нешто другачија. Иако дејства која је брак произвео и у овом случају остају на снази, чини се да то не би требало да важи за дејства брачног уговора. Наиме, у овом случају као и у сваком другом случају ништавости уговора, поништење треба да делује ретроактивно. Ово пре свега, што би у овим ситуацијама требало ићи у корист законом предвиђеног имовинског режима а не у корист дејстава која је произвео ништав уговор.

6. Остале могућности престанка брачног уговора

Нешто веће дилеме од свих до сада изнетих начина престанка брачног уговора може изазвати престанак овог уговора истеком рока. На први поглед овом би се решењу могло приговорити да није у складу са акцесорном природом брачног уговора, да дестабилише супружничке односе и подстиче неповерење међу њима. Ипак, аргументи у прилог овог решења изгледају уверљивији. Иако је брачни уговор акцесоран браку, брак не зависи од постојања или престанка брачног уговора. “Уговор и брак немају исте циљеве. И уговор и брак су подешени да остваре циљеве ради којих постоје”.⁴⁸ Сама чињеница да супружници имају слободу у погледу тога хоће ли или неће закључити брачни уговор, када ће га закључити и како ће њиме регулисати своје имовинске односе, упућује на то да брачни уговор у погледу свог постојања не утиче на постојање брака. Пошто је могуће закључен уговор споразумно мењати, раскинути или новирати, било би изгледа могуће овај уговор и ограничити роком. „У Немачком праву по правилу је допуштено уговарање уз услов и рок”.⁴⁹ Ако би брачни уговор могао бити закључен на одређено време, тада би истеком рока уговор престао да производи дејства. Од тог момента на супружнике би се примењивао законски имовински режим, уз могућност поновног уговорног регулисања међусобних имовинских односа.

Имајући у виду широку слободу уговарања коју закон признаје супружницима, могуће је предвидети разноврсне престације у оквиру брачних уговора. Ако би неки од њих био закључен као двострано обавезујући и теретан, где би се обавеза једне стране састојала у предаји

⁴⁸ Рајко Суџум, „Алтерација уговора кога закључе супрузи“, Правни живот, бр. 10/1997, стр. 459.

⁴⁹ Наведено према: Ирена Мајсторовић, *op. cit.*, стр. 53.

индивидуално одређене ствари, било би могуће размишљати о престанку овог уговора услед накнадне, објективне, немогућности испуњења.

7. Закључак

Из до сада изложених начина престанка брачног уговора и могућности примене правила облигационог права на ово питање, може се приметити да већина правила уговорног права може бити примењена на овај уговор. С друге стране, примена неких института изазива дилеме. Томе на руку иде врло штура регулатива брачног уговора Породичним законом који, као основни у овој области, може и треба детаљније регулисати овај институт. Уместо тога законодавац се задовољио упућивањем на примену правила облигационог права. Чини се да би природи брачног уговора, у одсуству посебног регулисања, више одговарало упућивање на сходну примену наведених правила, што би отворило пут њиховој алтерацији која је неопходна у материји породичног права. Ово тим пре, што је брачни уговор у наше право уведен релативно скоро, после низа година непознавања овог института. Упоредни узор нашег законодавца већ имају традицију постојања и изграђен систем примене брачног уговора, што у нашем праву није случај. Све ово требало је бити разлог прецизнијем и детаљнијем регулисању овог уговора Породичним законом.

Bojana Micovic,
an associate

TERMINATION OF THE MARITAL CONTRACT

The work discusses the termination of the marital contract. It identifies that the Family Law did not dedicate enough space and attention to this instrument which creates the need for this to be regulated by application of the provisions of Law on Contracts and Torts, according to the nature of this issue. The work discusses the application of these provisions in the case of marital contracts termination. It points out the dilemmas resulting from termination of contracts due to lapse of time and due to lack of objective ability to meet its terms. The author also dealt with the consequences of marital contract termination. The author concluded that solving these issues sometimes requires adjustments to the nature of marriage in terms of the provisions of the Law on Contracts and Torts.

Одељак VI

Привредно право

*Др Миодраг Мишовић,
редовни професор*

UDK:336.71(4-672EU)

ДИРЕКТИВА ЕУ 2008/48 И ЗАШТИТА КОРИСНИКА ПОТРОШАЧКОГ КРЕДИТА

I Значај заштите корисника и основни појмови о потрошачком кредиту

1. Значај заштите корисника потрошачког кредита

Потрошачки кредити,¹ као средство путем кога корисници могу да задовоље сопствене потребе или потребе свог домаћинства, носе за потрошаче одређене погодности, али и бројне мане. Најпре, кредит отвара могућност потрошачу да одмах купи одређену робу и тако реши своје тренутне потребе. Али, потрошачки кредит може да буде и извор неприлика за потрошача. Назив „лако до циља“, који банке користе при оглашавању потрошачких кредита, може да доведе потрошача до тога да лакомислено закључи уговор о кредиту, без ваљане процене кредитног аранжмана, као и властитих потреба и могућности. Као крајњи резултат настојања да се дође „лако до циља“ може да буде презадуженост корисника кредита.

Приликом закључења уговора о кредиту, положај потрошача је по правилу неповољан. Јер, насупрот његовој нестручности да процени колико кошта кредит и, евентуално, стању нужде, налази се банка, у чију пословну делатност спада одобравање кредита. Стручност и економска снага омогућавају банци да потрошачу наметне уговор који јој одговара и који је она унапред припремила, са клаузулама које су за потрошача често нејасне или двосмислене. То је разлог што су многе земље донеле посебне прописе којима су уредиле питања која се постављају поводом потрошачког кредита.² У том погледу предњаче Енглеска, која је још 1974. године донела Закон о потрошачком кредиту, и Француска, која је 1978. године донела Закон о заштити потрошача (бр. 78 – 22 од 10. 1. 1978.

¹ Потрошачки кредити су се развили у малим трговачким радњама у Француској почетком 19. века. У Немачкој су се одомаћили око 1830. године, првобитно као начин месечне отплате животних намирница. О овоме: Филиповић, Х., *Потрошачки кредити у систему кредитирања*, Преглед, Сарајево, бр. 4/60, стр. 313.

² Забел, Б., *Тржно право*, Љубљана, 1999, стр. 481.

године), а потом га модификовала 1989. и 1993. године. Пут ка доношењу посебних закона којима се регулишу потрошачки кредити отворен је доношењем Директиве ЕУ 87/102 (модификована Директивом ЕУ 90/88 и 98/7). Данас ова питања регулише Директива ЕУ 2008/48 од 23. априла 2008. године о уговорима о потрошачким кредитима. Као повод за њено усвајање, између осталог, наведена је потреба да се потрошачи заштите од некоректних клаузула, да им се обезбеди да добију адекватне информације о условима, цени кредита и њиховим обавезама, а нарочито о укупној годишњој стопи која се плаћа на одобрени кредит.

У нашем праву, осим правила о кредиту, која су садржана у ЗОО (чл. 1065 – 1068), Закон о заштити потрошача ("Сл. гласник РС", бр. 79/05; у даљем тексту ЗЗП) уговору о потрошачком кредиту посвећује два члана (чл. 29 - 30).³ Начин обрачуна и објављивања камате и трошкова кредитирања регулисан је Одлуком НБС о начину и поступку спровођења општих услова пословања које банка примењује у односу с клијентима физичким лицима ("Сл. гласник РС", бр. 74/09).⁴

2. Одређење основних појмова о потрошачком кредиту

О потрошачком кредиту може да се говори ако су задовољене одређене претпоставке које се тичу лица која могу да се појаве као уговорне стране, предмета уговора, вредности уговора, начина враћања и рока важења уговора.

Уобичајено се каже да је корисник потрошачког кредита грађанин, физичко лице (на грађанина као корисника потрошачког кредита упућивале су и одредбе Закона о финансијском пословању и Закона о промету робе). У Директиви ЕУ 2008/48 се под корисником кредита подразумева физичко лице које уз помоћ кредита жели да оствари циљ који излази изван оквира његових трговачких или професионалних активности (чл. 3. ст. 1. тач. а). Из тога проистиче да се као корисник кредита може појавити и предузетник ако користи кредит за задовољавање сопствених потреба. Према ЗЗП, као корисник кредита, са статусом потрошача, могло би да се поред физичког

³ Једна врста кредитног односа успоставља се између потрошача и продавца и куповином производа на више месечних рата (чл. 31. ЗЗП), с тим што се на тај однос не могу применити правила о потрошачком кредиту ако је вредност свих рата једнака цени купљеног производа.

⁴ У циљу јаснијег информисања о условима кредитирања НБС је донела три препоруке: БАН 001/08 у вези са уговором о кредиту са променљивом каматном стопом која зависи од промена референтне каматне стопе и/или марже; БАН 002/08 у вези са уговором о кредиту с променљивом каматном стопом која зависи од пословне политике банке (у обе препоруке одређује се да су пословне банке дужне да клијенте о промени каматне стопе обавесте 15 дана пре доспећа за плаћање анuitета); БАН 003/08 у вези са уговором о кредиту с валутном клаузулом.

лица, појави и предузеће, друго правно лице и предузетник (чл. 2). У том смислу заузет је став у француској теорији према коме лице које је регистровано за обављање привредних активности, као корисник кредита, ужива заштиту која се пружа потрошачу ако кредит не користи за финансирање професионалних активности.⁵

Као давалац кредита може да се појави банка, али и производна и трговинска предузећа. Према Директиви ЕУ 2008/48 то могу да буду сва физичка или правна лица која одобравају кредит у оквиру трговачке или професионалне активности коју обављају (чл. 3. ст. 1. тач. б).⁶

С обзиром да се на страни даваоца кредита може појавити, поред банке, и друго лице,⁷ то предмет кредита, поред новца, може да буде и нека друга вредност (роба или услуга), у ком случају се ради о тзв. робном (комерцијалном) кредиту. Хрватски ЗЗП кредитни однос који има за предмет робе и услуге дефинише као уговор којим се овлашћује потрошач да плати куповину у неколико obroка, при чему вредност свих obroка мора бити виша од цене производа или услуге (чл. 71. ст. 2). Имајући у виду и овакав кредитни однос, Директива ЕУ 2008/48 дефинише потрошачки кредит као уговор на основу кога кредитор даје или обећава дати потрошачу кредит у форми одложеног плаћања, зајма или сличног финансијског аранжмана, с тим што се под овај појам не могу подвести оброчна плаћања која се врше за време уговорене сукцесивне испоруке робе или вршења услуга (чл. 3. ст. 1. тач. ц).

Потрошачки кредити се одобравају за куповину трајних потрошних добара веће вредности (намештај, бела техника, аутомобили). Правила потрошачког кредита не примењују се на: уговоре о кредиту који су обезбеђени хипотеком или правом које је везано за непокретност; уговоре о кредиту уз помоћ којих се стиче право својине на земљишту или некој непокретности; кредит чија је вредност мања од 200 € или већа од 75.000 €; уговоре о закупу или лизингу где обавеза куповине предмета уговора није утврђена нити самим уговором, нити посебним споразумом; уговоре о кредиту који се дају без камате и других трошкова, на рок који не прелази три месеца; кредите које послодавац одобрава само запосленима уз годишњу ефективну цену која је нижа од тржишне; уговоре о кредиту који су производ споразума закљученог уз учешће суда; уговоре о кредиту који су обезбеђени стварима које се предају зајмодавцу, уколико је одговорност потрошача

⁵ Rives – Lange, J. L., Contamine – Raynand, M., *Droit bancaire*, Paris, 1995, стр. 672.

⁶ Како би се нагласило да зајмодавац може бити и небанкарска институција у појединим законима се уместо термина "потрошачки кредит" користи термин "потрошачки зајам". О томе: Чулиновић - Херц, Е., Димитрић, М., *Начин обрачуна каматне стоје*, Зборник ПФ Ријека, бр. 1/06, стр. 61.

⁷ Уговор о кредиту није само банчин посао (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 7814/03 од 4. 3. 2004, Параграф прес, бр. 183.

стриктно ограничена на вредност ствари која је дата у залогу (чл. 2. ст. 2. Директиве ЕУ 2008/48).

II Заштита корисника кредита путем ограничења слободе уговарања

Класични или најстарији начин путем кога се пружа заштита кориснику потрошачког кредита огледа се у утврђивању правила којима се ограничава слобода уговарања. То се чини прописивањем обавезне писмене форме, утврђивањем обавезних елемената, постављањем правила којима се олакшава положај потрошача, односно којима се спречава довођење потрошача у неповољан положај у односу на другу страну.

Према општим правилима о уговору о кредиту (чл. 1066. ЗОО), као и према ЗЗП (чл. 29. ст. 1), уговор о потрошачком кредиту закључује се у писменој форми. Писмена исправа коју корисник кредита потписује треба да му усмери пажњу на тежину обавеза које преузима и натера га да о њима подробно и сталожено размисли. Она треба да предупреди потрошача да не донесе исхитрену и неразумну одлуку.⁸ Ако се уговор не закључи у писменој форми, он је ништав и не производи никакво дејство (чл. 70. ЗОО).

Што се тиче битних елемената уговора о потрошачком кредиту, ЗЗП одређује да уговор обавезно садржи: опис и цену производа или услуге која је предмет уговора; укупан износ,⁹ рок отплате, број и износ месечних рата кредита, каматну стопу,¹⁰ начин обезбеђивања плаћања кредита и услове раскида уговора о кредитирању;¹¹ годишњу каматну стопу и услове под којима се она може променити; услове и начин отплате кредита пре уговореног рока (чл. 30).¹² Осим наведеног, уговор свакако треба да садржи и

⁸ Ђурђевић, М., *Ограничење слободе уговарања у уговорима о кредити између банке и појединца*, Право и привреда, бр. 5 – 8/03, стр. 351.

⁹ Ако уговором није регулисано како се врши исплата кредитне своте сматра се да корисник кредита има право да му се исплата изврши одмах и у целости - анекс I Директиве ЕУ 2008/48 (чл. II тач. а)

¹⁰ Уговором о кредиту не може се поред уговорене камате уговорити и ревалоризација кредита. Супстанца кредита се чува уговорном каматом која је већа од затезне камате (Решење Вишег суда Србије, Пж. 5265/04 од 26. 4. 2004. године, Избор судске праксе, бр. 7 - 8/00, стр. 60).

¹¹ Уговор који је закључен на неодређено време потрошач може да раскине без трошкова и у сваком тренутку уколико уговором није предвиђен примерени рок, који не може да буде дужи од једног месеца. Ако је уговором предвиђено, кредитор може да раскине уговор по истеку два месеца од учињеног обавештења потрошачу у писменој или некој другој трајној форми - чл. 13. Директиве ЕУ 2008/48.

¹² Директива ЕУ 2008/48 одређује да уговор треба на јасан и концизан начин да

одредбе о укупним трошковима кредита,¹³ о праву потрошача на смањење кредитне обавезе у случају враћања кредита пре уговореног рока доспелости, рок за размишљање у оквиру кога потрошач може да одустане од уговора.¹⁴

Ефективна каматна стопа обухвата: висину номиналне каматне стопе на кредит, износ накнада и провизија које банка обрачунава у поступку одобравања кредита, износ накнада и провизија које банка обрачунава клијенту у току реализације уговора о кредиту. У обрачун ефективне каматне стопе на кредите који се одобравају уз полагање депозита укључују се и новчана средства тог депозита (тач. 9. ст. 2. Одлуке о начину и поступку спровођења општих услова пословања које банка примењује у односу с клијентима физичким лицима).

Што је већа ефективна годишња каматна стопа, то значи да је кредит неповољнији за потрошача. Да би се израчунала годишња укупна ефективна стопа кредита (исказује се у процентуалном износу у односу на кредитну своту) потребно је утврдити укупне кредитне трошкове, у које не спадају трошкови које ће имати потрошач ако не изврши уредно своје уговорне обавезе; факултативни трошкови отварања рачуна (отварање рачуна није обавезно) преко кога се врши отплата кредита или подиже кредитна свота; трошкови, различити од продајне цене производа или услуге за чију се куповину кредит одобрава, које би потрошач, на основу уговора о куповини

садржи: назив и адресу зајмодавца; опис главних карактеристика кредита (тип кредита, укупни износ кредита, начин и време добијања новца, трајање уговора, износ, број и време отплате кредитних рата, укупан износ који треба платити - обухвата главницу, камату, трошкове; ако се производи или услуге купују на кредит, у уговору се наводи њихова цена у готовом; ако се ради о обезбеђеном кредиту, наводи се опис средства обезбеђења које се предаје кредитору), кредитни трошкови (каматна стопа, уз назнаку да ли је фиксна или променљива, у ком случају се наводи референтна стопа која се примењује на каматну стопу, годишња укупна ефективна стопа исказана процентуално у односу на кредит; ако је за добијање кредита обавезно да се закључи уговор о осигурању или о некој пратећој услузи, трошкови морају да буду наведени у уговору, јер у супротном неће бити укључени у износ годишње ефективне стопе; ако је неопходно за регистровање плаћања и подизања кредитне своте, наводе се трошкови отварања рачуна, трошкови коришћења кредитних картица; нотарски трошкови, ако постоје; трошкови у случају кашњења са отплатом кредита), друге битне елементе (право корисника кредита на одустанак од уговора, право на превремену отплату кредита; право кредитора на накнаду штете у случају превременог враћања кредита; поступање по приговору у вансудском поступку, ако је то предвиђено).

¹³ Корисник кредита је дужан да банци накнади стварне трошкове који су настали из кредитног односа. Отуда се уговором не може предвидети да је корисник кредита, уз камату, дужан да плати трошкове у процентуалном износу од износа кредита (Решење Врховног суда Србије, Прев. 295/99 од 19. 1. 2000, Избор судске праксе, бр. 10/01, стр. 54).

¹⁴ Rives - Lange, J. L., Contamine - Raynand, M., *нав. дело*, стр. 672.

производа или услуга, био дужан да плати без обзира да ли их плаћа својим или позајмљеним новцем.¹⁵ У случају да уговор о кредиту садржи одредбе које дозвољавају промену каматне стопе и трошкова који су садржани у ефективној годишњој каматној стопи, тада се ефективна стопа израчунава тако што се полази од хипотезе да ће до испуњења уговора камата и остали трошкови који улазе у ефективну каматну стопу остати непромењени (чл. 19. Директиве ЕУ 2008/48).

Поводом битних елемената поставља се питање каква је судбина уговора који не садржи битне састојке? Да ли недостатак неког од наведених елемената доводи до ништавости уговора? Наш законодавац се о овом питању не изјашњава, у теорији о томе или нема става, па чак ни сагласности који су битни елементи,¹⁶ или се, с обзиром на формулацију чл. 30. ЗЗП, према којој уговор обавезно садржи..., истиче да уговор не производи правно дејство.¹⁷ Словеначки законодавац предвиђа право потрошача на једнострани раскид уговора. Оно је временски ограничено (у року од месец дана рачунато од уплате прве обавезе из уговора). У том случају морају се вратити све уплате у року од 8 дана од пријема изјаве потрошача, као и примљени кредит (чл. 10. словеначког Закона о потрошачким кредитима).

Директива ЕУ 2008/48 (анекс I, тач. д, г) поред битних елемената, познаје и претпостављене битне елементе уговора о кредиту, уз помоћ којих се обрачунава ефективна каматна стопа, а тичу се износа кредита (ако није наведен у уговору претпоставља се да износи 1 500 €), времена на које је одобрен кредит и начина враћања (ако није уговорено, сматра се да је кредит одобрен на годину дана и да се враћа у дванаест једнаких месечних рата).

Заштита потрошача се постиже и забраном уношења у уговор клаузуле којом се предвиђа преношење права на даваоца кредита. Наиме, може се прописати да се уговором о зајму потрошач не може обавезати да пренесе или ограничи своја права која у случају неуредног испуњења уговора има према продавцу са којим је склопио уговор који се финансира уговором о кредиту.¹⁸

Уколико дође до промене на страни кредитора цесијом уговора о кредиту, корисник кредита задржава право да према цесионару истакне све приговоре које је могао истаћи и према кредитору, укључујући и приговор компензације (чл. 17. Директиве ЕУ 2008/48).

¹⁵ Хрватски ЗПП наводи да у трошкове не спадају ни трошкови трансфера новца на рачун потрошача; трошкови дознака; трошкови осигурања отплате кредита; трошкови чланарина у одређеним удружењима који не произилазе из уговора о кредиту, а утичу на услове уговора (чл. 61).

¹⁶ Васиљевић, М., *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 281.

¹⁷ Симоновић, Д., *Уговор о потрошачком кредити*, Правна пракса, бр. 2/07, стр. 24.

¹⁸ О томе: Јованић, Т., *Заштити потрошача у вези са потрошачким кредитом*, Правни живот, бр. 12/02, стр. 559; чл. 67. ЗЗП Републике Хрватске.

III Посебне обавезе и права у функцији заштите корисника кредита

Заштита корисника кредита остварује се, с једне стране, утврђивањем обавезе за даваоца кредита да информише корисника, а с друге стране, предвиђањем посебних права за корисника кредита.

У циљу пружања што потпуније заштите кориснику кредита данас се све чешће предвиђа обавеза за даваоца кредита да корисника информише, да му понуди довољно и благовремено информације које су неопходне за разумевање какве ће обавезе настати за њега закључењем уговора о кредиту.¹⁹ Обавеза информисања постоји пре и после склапања уговора.

Према ЗЗП давалац потрошачког кредита дужан је да, пре склапања уговора у писменој форми,²⁰ обавести потрошача о највишем износу потрошачког кредита, о годишњој каматној стопи и условима под којима се она може променити, о трошковима кредита који се наплаћују у време склапања уговора и условима под којима се они могу променити, о условима и поступку раскидања уговора (чл. 29. ст. 2).²¹ За разлику од нашег ЗЗП,²² у Француској непоштовање обавезе информисања, уз навођење података који су прецизирани законом, повлачи значајне новчане санкције.²³

Према Директиви ЕУ 2008/48, након склапања уговора давалац кредита је дужан да потрошача писмено обавести о промени трошкова кредитирања (о новој каматној стопи и плану отплате) пре него што измена ступи на снагу (чл. 11). Уговором о кредиту може се предвидети да се ово обавештење

¹⁹ Jalowicz, J. A., *Droit anglais*, Paris, 1986, стр. 230.

²⁰ У случају оглашавања кредита (начин није битан) потрошач мора да буде упознат са каматном стопом (да ли је променљива или фиксна), укупним кредитним трошковима, износом кредита, годишњом ефективном каматном стопом, трајањем кредита, са обавезом закључења уговора о осигурању - чл. 4. Директиве ЕУ 2008/48.

²¹ Директива ЕУ 2008/48 одређује да потрошач мора да буде информисан о свим елементима које треба да садржи уговор (наведено у фусноти 12), као и о следећем: о праву на бесплатан примерак предлога уговора; о праву да буде без одлагања обавештен о резултату провере његовог кредитног потенцијала, ако исти није прихваћен и ако такво обавештење није законом забрањено; о року у коме је кредитор везан пласираним информацијама.

²² ЗЗП не предвиђа никакву, чак ни прекршајну санкцију за повреду ове обавезе. Грађанскоправна санкција морала би се тражити у одредбама ЗОО и то у правилу према коме уговорна страна која пропусти да другу страну обавести о чињеницама које су од значаја за њихов међусобни однос одговара за штету коју је друга страна претрпела услед тога што није била на време обавештена. О томе: Ђурђевић, М., *Облигација обавештавања у уговорима у пошрошњи*, Право и привреда, бр. 5 - 8/08, стр. 570.

²³ Rives - Lange, J. L., Contamine - Raynand, M., *нав. дело*, стр. 674.

доставља потрошачу периодично уколико до промене каматне стопе долази услед промене референтне стопе (чл. 12).

Ради заштите потрошача од непромишљених одлука или непотребног задуживања, кориснику кредита поједина законодавства²⁴ признају право на промену мишљења или покајање.²⁵ Другим речима, ради се о праву корисника кредита да одустане од уговора пре него што почне да користи кредит (чл. 1068. ст. 1. ЗОО). На основу права на покајање, а у оквиру рока за размишљање,²⁶ односно периода хлађења,²⁷ који у Француској износи седам дана, а у Енглеској четири дана, рачунато од дана прихвата понуде, корисник кредита стиче право опције.²⁸ Он може вршећи своје право, једностраном изјавом воље, да одустане од свог ангажмана,²⁹ и тиме да раскине уговор, или ћутањем, невршењем права, да оснажи закључени уговор. Право на покајање се остварује изјавом воље на формулару који се предаје заједно са понудом кориснику кредита. Рок за покајање почиње да тече од дана закључења уговора о кредиту или од дана када потрошач прими уговорне услове (у случају када се датум закључења уговора и пријема услова не поклапају) (чл. 14. ст. 1. Директиве ЕУ 2008/48). У случају покајања, давалац кредита има право на накнаду трошкова одобрења кредита и трошкова резервације средстава (чл. 11. ст. 4. словеначког Закона о потрошачким кредитима).³⁰ Потрошач је дужан да најкасније у року од 30 дана исплати даваоцу кредита главницу и акумулиране камате рачунато од дана подизања кредита па до његовог враћања. (чл. 14. ст. 3. тач. б. Директиве ЕУ 2008/48).

Уколико давалац кредита учини необавезну понуду,³¹ сматраће се да је уговор закључен ако су испуњена два услова. У року од четири или седам

²⁴ Ђурђевић, М., *Ограничење слободe уговарања...*, стр. 354.

²⁵ Payet, M. S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, 2001, стр. 299.

²⁶ У једном делу теорије се истиче да право на покајање и рок за размишљање штете интересима потрошача зато што посредно поскупљују потрошачки кредит, а осим тога подстичу код потрошача немар и злоупотребе. О овоме: Табароши, С., Јованић, Т., *Нова регулатива кредитирања у ЕУ*, Правни живот, бр. 12/08, стр. 722.

²⁷ Ferreir, D., *La protection des consommateurs*, Paris, 1996, стр. 38; Jalowicz, J. A., нав. дело, стр. 230.

²⁸ Према Директиви ЕУ 2008/48 тај рок износи 14 дана и тече од дана закључења уговора, односно од дана достављања потрошачу уговорних услова (чл. 14. ст. 1).

²⁹ Одустанак од уговора о кредитирању подразумева и раскид уговора којим је давалац кредита или треће лице пружило потрошачу споредну услугу која је повезана са уговором о кредиту - чл. 14. ст. 4. Директиве ЕУ 2008/48.

³⁰ Директива ЕУ одређује да кредитор има право само на уговором одређену камату на коришћена средства а за период од исплате па до повраћаја - чл. 14. ст. 3. тач. б.

³¹ О томе: Јанковец, И., Мићовић, М., *Привредно право*, Београд, 2006, стр. 141.

дана, зависно колико траје рок за размишљање, корисник кредита не сме да повуче свој прихват понуде, а давалац кредита треба да га обавести да је одобрио кредит.³²

Поред права да одустане од уговора, корисник кредита има право да врати кредит пре рока одређеног за враћање. Према општим правилима ЗОО, у том случају корисник кредита је дужан да о томе унапред обавести банку и да банци накнади штету, уколико је наступила (чл. 1068. ст. 2. и 3. ЗОО). Али, штета се не може састојати у камати коју банка није остварила због тога што кредит није искоришћен или је враћен пре уговореног рока. Банка нема право на камату за време за које корисник није користио кредит (чл. 1068. ст. 4. ЗОО). У случају превременог враћања кредита потрошачу треба признати право на сразмерно снижење укупног трошка кредита, који се састоји у разлици износа камата од тренутка плаћања до тренутка у коме је, према уговору, требало извршити плаћање.

За разлику од нашег права, у Директиви ЕУ 2008/48 се не предвиђају никакви услови за остварење права на раније враћање кредита, с тим што се потрошачу признаје право на правично смањење трошкова кредита (чл. 16). Давалац кредита има право на правичну накнаду трошкова који су директно везани за раније враћање кредита под условом да је превремена отплата извршена у периоду када је каматна стопа била фиксна.³³ Обештећење не може да пређе 1% од износа кредита, ако је кредит враћен годину и више пре истека важности уговора. Ако је тај рок краћи тада обештећење не може да пређе 0,5% од износа кредита. Ова правила важе под условом да давалац кредита не докаже да је због превременог враћања кредита претрпео већу штету. У сваком случају евентуално обештећење не може да буде веће од камате коју би потрошач био дужан да плати у периоду између превременог враћања и датума одређеног уговором за престанак кредитног односа.

Према француском праву, да би се побољшао положај корисника кредита који је запао у финансијске проблеме, а понашао се у доброј вери што се тиче извршења уговорних обавеза (узрок проблема може да буде недовољно или нетачно информисање које је понуђено од стране даваоца кредита заинтересованим лицима, промене околности које битно утичу на економску ситуацију корисника кредита), његове обавезе могу да се суспендују или да се преуреди њихово извршење.³⁴ До суспензије извршења обавеза може да дође нарочито када корисник кредита остане без посла. У том случају суд може да донесе одлуку према којој обавеза корисника на

³² Ripert, G., Roblot, R., *Traité de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996, стр. 520.

³³ Давалац кредита нема право на накнаду трошкова ако је отплата извршена на основу уговора о осигурању намењеног обезбеђењу отплате кредита, у случају дозвољеног минуса или ако се превремена отплата врши у току периода када каматна стопа није фиксна - чл. 16. ст. 3. Директиве ЕУ 2008/48.

³⁴ Ferrier, D., *нав. дело*, стр. 61.

враћање кредита мирује у року који не може да буде дужи од две године, с тим што се у том року не обрачунава камата на преостали износ дуга. Ипак, ако се не може очекивати да ће се ситуација дужника поправити, корисник кредита не може да оствари наведено право.³⁵

Ако корисник не испуњава своје уговорне обавезе, давалац кредита може да захтева враћање у целости неотплаћеног износа кредита, при чему се на тај износ до момента исплате обрачунава камата по стопи која је идентична оној која је била одређена у закљученом уговору.³⁶ Али, у случају презадужености корисника кредита могуће је спровести посебан поступак ради преуређења његових обавеза. Дужник може да се обрати надлежном државном органу (Одбор за поравнање) са предлогом мера за преуређење његових обавеза. Он може да предложи одлагање исплате кредитних рата, опроштај дуга, смањење или укидање каматне стопе. Одбор о учињеном предлогу обавештава повериоца, након чега су могуће две ситуације. Поверилац може да прихвати предлог и о томе се закључује споразум. Ако поверилац не прихвати предлог, дужник, након примљеног обавештења о одбијању предлога, може у року од 15 дана да предложи Одбору за поравнање да он сачини предлог мера. Ако су са предлогом сагласни учесници, уз учешће суда закључује се споразум. Ако споразума нема, тада у даљем року од 15 дана учесници могу овластити суд да он утврди мере које ће обавезивати учеснике.³⁷ Иначе, о одобреним кредитима, поводом којих се не извршавају обавезе, води се регистар код Националне банке Француске, у који се уписују и предузете мере до којих се дошло споразумно или преко суда.³⁸

IV Заштита корисника правним повезивањем уговора о кредиту и уговора о продаји

Када се потрошачким кредитом финансира куповина одређених роба или коришћење одређених услуга намеће се потреба да се успостави чврста веза између уговора о кредиту и послова који се финансирају помоћу потрошачког кредита. У том циљу уводи се институт "повезаног кредита" који подразумева кредит који служи искључиво за финансирање уговора о продаји, при чему та два уговора са објективне тачке чине комерцијалну целину.³⁹ На овај начин се

³⁵ Rives – Lange, J. L., Contamine – Raynand, M., *нав. дело*, стр. 671.

³⁶ *Истио*, стр. 676.

³⁷ Neuville, S., *Le traitement planifié du surendettement*, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, бр. 1/01, стр. 31 – 48.

³⁸ Ripert, G., Roblot, R., *нав. дело*, стр. 530.

³⁹ Мисита, Н., *Заштитица потрошача и подржавање финансијских услуга ЕУ*, Зборник радова: Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, Мостар, бр. 6/08, стр. 95.

отклањају неповољне последице које могу погодити потрошача ако се појаве проблеми у фази закључења или извршења ових уговора.

Веза између наведених послова, уговора о кредиту и потрошачког уговора, успоставља се на три нивоа. У фази редакције, састављања уговора о кредиту и уговора о продаји или пружању услуга неопходно је да се у оба уговора унесу клаузуле из којих ће јасно проистицати да су ти уговори међусобно повезани. Тако, уговор о кредиту, што предвиђа и ЗЗП, мора да садржи опис и цену производа или услуге који се финансирају (чл. 30). Али, и уговор о продаји мора да садржи клаузулу из које се види да се плаћање врши уз помоћ кредита који је одобрен искључиво за куповину одређеног производа или услуге.⁴⁰

У фази закључења, уговор о продаји или пружању услуга је подређен претходном закључењу кредитног посла. Никакав посао не може да буде ваљано уговорен између купца и продавца, ако купац није претходно закључио уговор о кредиту. У складу са тим је и следеће правило према коме док се кредитна операција не закључи дефинитивно (протекао рок за размишљање а корисник кредита није искористио право на промену мишљења), продавац не сме да прими од купца било какву исплату, осим оног износа који је купац прихватио да плати у готовом (тај износ ће продавац бити дужан да без одлагања врати ако купац искористи своје право да одустане од уговора о кредиту). А, ако корисник кредита искористи своје право да одустане од уговора или ако давалац кредита не одобри кредит, уговор о продаји се раскида у целости без обавезе на накнаду штете (чл. 15. ст. 1. Директиве ЕУ 2008/48).⁴¹

У фази извршења, продавац није дужан да изврши обавезу испоруке робе ако претходно није обавештен да је кредит одобрен, односно док корисник кредита није изгубио право да одустане од уговора. Сходно томе, обавеза за корисника на враћање кредита настаје тек од момента када прими ствар коју купује, под условом да је испоручена ствар саобразна закљученом уговору. Ако поводом тога настане спор, суд може, до окончања поступка, да суспендује извршење уговора о кредиту. У случају неиспуњења или неуредног испуњења уговора о продаји, потрошач може, уколико не оствари своја права према продавцу, да захтева од зајмодавца накнаду штете коју је претрпео због неиспуњења или неуредног испуњења уговора (чл. 15. ст. 2. Директиве ЕУ 2008/48). Ако се због неиспуњења или неуредног испуњења уговор о продаји раскине, раскида се и уговор о кредиту.⁴²

⁴⁰ Ripert, G., Roblot, R., *нав. дело*, стр. 522.

⁴¹ *Истио*, стр. 522.

⁴² Rives – Lange, J. L., Contamine – Raynand, M., *нав. дело*, стр. 678.

V Закључак

Заштита корисника потрошачког кредита остварује се на три начина: уз помоћ правила о форми и садржини уговора; путем правила о информисању (пре и после закључења уговора) и одустанку од уговора; успостављањем везе између уговора о кредиту и уговора о продаји.

У погледу наведених начина заштите корисника кредита уочљиво је да наше право не садржи потребна правила или да су постојећа правила недовољна да се постигне потребан степен заштите потрошача. Чини се да највише недостају правила која се тичу права на покајање и она којима се успоставља веза између уговора о кредиту и уговора о продаји. Уз помоћ права на покајање правила о претходном информисању би добила на значају: потрошач би имао довољно времена да размотри понуђене информације, да прочита текст уговора, потражи савет стручњака и донесе коначну одлуку. Успостављањем везе између кредита и продаје потрошач стиче могућност да, уколико продавац не изврши или неуредно изврши своју обавезу, захтева накнаду штете и од продавца и од даваоца кредита. Осим тога, раскидом уговора о кредиту, раскида се и уговор о продаји, и обрнуто.

Prof. Dr. Miodrag Micovic,
a full-time professor

DIRECTIVE EU 2008/48 END THE PROTECTION OF CONSUMER LOAN USERS

The position of consumers when signing the consumer loan contract is extremely unfavourable, due to the urgency of situation and lack of expertise and information in this field. Therefore, a number of regulations has been established (which are not included in our legislation) aimed at the protection of consumer loan users.

The consumers' protection is realized in three ways. Firstly, there are some restrictions related to the contract (it has to be in a written form, it has to include certain aspects, it cannot contain unfair clauses, etc). Secondly, an obligation has been imposed on the loan giver to inform the loan taker about the conditions of taking the loan prior and after the signing of the loan contract, including the recognition of the consumer's right to change his mind. Thirdly, a clear link between the loan contract and financed activities has been established in order to prevent the appearance of adverse consequences that may affect the consumers in the phase of contract signing of exercising.

ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД ПОТРОШАЧКОГ УГОВОРА У СВЕТЛУ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА И НАЦРТА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА СРБИЈЕ

Пуноважно закључен уговор делује као закон за уговорне стране,¹ које су дужне да испуне своју обавезу и одговорне су за њено испуњење.² Ово је суштина једног од основних правила у материји уговора, правила *pacta sunt servanda* које представља израз приватне аутономије и самоодређења уговорника. Међутим, као резултат вековне еволуције уговорног права, савремени правни системи познају значајан број изузетака од овог начела (*clausula rebus sic stantibus*, прекомерно оштећење, мане воље, раскид обострано обавезујућих уговора због неиспуњења, зеленашки уговори и др.). Ова одступања налажу разлози правичности, начело савесности и поштења, неједнаки економски потенцијали уговорних страна, односно социјални и економски садржаји који у складу са процесом социјализације (морализације) грађанског права, прожимају и уговорно право.³ Дакле, одступања од начела *pacta sunt servanda* су могућа, али само из разлога који су предвиђени законом или вољом самих уговорника.⁴

У новије време, у оквиру правног уређења заштите потрошача,⁵ појавио се један сасвим јединствен изузетак од правила *pacta sunt servanda*. Ради се о праву потрошача на једностранни раскид уговора закљученог са трговцем. Специфичност овог одступања састоји се у томе што потрошач може, у прецизно одређеним ситуацијама, једностраном изјавом воље раскинути пуноважно закључен уговор не наводећи ниједан разлог због којег то чини.

¹ „Уговори закључени по закону важе као закон за оне који су их закључили“, стоји у члану 1134. француског Грађанског законика (Code Civil). Иста идеја формулисана је и у члану 1020. Општег имовинског законика за Црну Гору - „разговор је разговор, а уговор странама закон“.

² Видети: члан 17. Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ“, број 53/78, 39/85, 57/89, „Службени лист СРЈ“, број 31/93).

³ Видети: Оливер Антић, Облигационо право, друго измењено и допуњено издање, Београд, 2008, стр. 363.

⁴ Видети: Слободан Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981, стр. 374.

⁵ Колоквијално названо „потрошачко право“.

Право на једностранни раскид потрошачког уговора налази се у тесној вези са обавезом трговца да пре закључења уговора обавести потрошача о низу околности које су за њега значајне. Ово су темељна правила потрошачког права и ефикасни облици правне заштите потрошача којима се настоји отклонити објективна неравноправност између трговца и потрошача у предуговорном стадијуму.

Испуњењем обавезе претходног обавештавања остварује се превентивна заштита потрошача. Наиме, трговац је дужан да пре закључења уговора на јасан, недвосмислен и разумљив начин саопшти потрошачу бројне информације, које су му потребна за доношење одлуке да ли ће постати купац производа или корисник услуга које му трговац нуди. На овај начин, потрошачу се пружа могућност да пажљиво и одговорно донесе одлуку о закључењу уговора. Обавеза претходног обавештавања заснива се на идеји према којој свака уговорна страна има моралну дужност да свог саговорника обавести о свим чињеницама меродавним за његову одлуку да ли да уговор уопште закључи, као и о чињеницама које представљају сметњу за закључење пуноважног уговора.⁶ Несумњиво је да предвиђање овакве обавезе трговца значајно доприноси подизању општег нивоа заштите потрошача. Међутим, треба рећи да поједини правни писци говоре о „хипертрофији дужности обавештавања, која прелази потребе заштите потрошача и полако прелази у своју негацију.“⁷ Наиме, суочен са обиљем информација које му презентирају различити понудиоци, потрошач се може наћи у дилеми да ли уопште да прихвати неку од понуда. Дакле, у погледу прихвата понуде налази се у сличној ситуацији као и потрошач који није добио потребна обавештења.⁸

Право потрошача да једностраном изјавом воље раскине уговор, не наводећи за то никакве разлоге, представља средство заштите које потрошачу стоји на располагању за одређено време након закључења уговора. Потрошачу се признаје право на промену мишљења (право на предомишљање), односно тзв. право покајања. Међутим, неопходно је рећи да право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора није предвиђено као опште правило, приликом закључења било којег потрошачког уговора, већ једино када се он налази у ситуацијама у којима му је такво право потребно. Наиме, сви појединачни разлози који оправдавају признавање овог права потрошачу могу се сврстати у две групе. У прву улазе

⁶ Видети: Миодраг Мићовић, О темељним правилима потрошачког права, Зборник радова „Од caveat emptor до caveat venditor“ (приредио Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, стр. 44.

⁷ Марко Баретић, Заштита потрошача у Републици Хрватској – тренутно стање и перспективе, Зборник радова „Од caveat emptor до caveat venditor“ (приредио Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, стр. 94.

⁸ Видети: Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, стр. 212.

разлози „ситуационе природе“, који потрошача доводе у неповољан положај приликом закључења уговора.⁹ Они су присутни приликом закључења потрошачког уговора изван пословних просторија трговца, потрошачког уговора на даљину (укључујући и уговоре закључене у електронском облику) и потрошачког уговора о финансијским услугама на даљину. Разлози из друге групе могу се означити генеричким појмом „сложеност одређених трансакција“.¹⁰ Њима се аргументује право на раскид уговора о потрошачком кредиту. Обе групе разлога присутне су приликом закључења уговора о праву на временски подељено коришћење непокретности (*time-sharing*) и уговора повезаних са *time-sharing*-ом. Дакле, право потрошача на једнострани раскид уговора резервисано је за изузетне ситуације у којима је у значајној мери изражена опасност од нарушавања равноправности потенцијалних страна уговорница.¹¹ То заправо значи да је сваки потрошачки уговор закључен у ситуацијама у којима се ово право признаје потрошачу модификован раскидним потестативним условом.¹² Закључени уговор производи дејства на која је управљен и том погледу нема неизвесности, али је неизвесно да ли су та дејства дефинитивна, да ли ће опстати. Због тога се у правној теорији називају уговорима чија је важност „лебдећа“, односно „висећа“.¹³ Коначна судбина уговора зависи од воље само једне уговорне стране, а то је потрошач.

⁹ Видети: Basil Markesinis – Hannes Unberath – Angus Johnston, *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, Oxford University Press, 2006, стр. 266.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ С обзиром да Европска Унија и њене државе чланице имају подељену законодавну надлежност у области заштите потрошача, правила комунитарног права су правила минималне хармонизације. Наиме, да би сви потрошачи у Унији, имали приближно једнаку заштиту, комунитарним правом предвиђа се минимум правне заштите, а државама чланицама се оставља могућност да у свом правном систему обезбеде већи ниво заштите. У том контексту, интересантно је поменути да је у немачком праву предвиђено, поред наведених, и право потрошача на једнострани безразложни раскид уговора о продаји са оброчним отплатама цене, уговора о осигурању живота и уговора о образовању на даљину.

¹² Другачије је у француском праву. Закон о заштити потрошача ове земље (из 1978. године, модификован 1989. и 1993. године), у циљу повећања нивоа заштите потрошача, предвиђа да пре истека рока за промену мишљења, трговац не може захтевати извршење обавезе, нити може да приступи извршењу услуге. Дакле, уговор је модификован одложним потестативним условом. Видети: Мићовић, *op. cit.*, стр. 49. Сматрамо да решење француског права има значајних предности јер се овим путем онемогућава усложњавање правних односа који могу настати између трговца и потрошача у случају раскида уговора, везано за обострану реституцију. На пример, ако је код уговора о продаји изван пословних просторија умањена вредност робе услед употребе од стране потрошача.

¹³ Видети: Markesinis – Unberath – Johnston, *op. cit.*, стр. 267

У нашем праву, право на одустанак од уговора предвиђено је у Закону о облигационим односима код уговора о продаји са оброчним отплатама цене и код уговора о кредиту. Код уговора о продаји са оброчним отплатама цене купац, који овде мора физичко лице, може одустати од уговора ако то у писменом облику саопшти продавцу у року од три дана од потписивања исправе.¹⁴ Код уговора о кредиту, корисник кредита може одустати од уговора пре него што је почео користити кредит.¹⁵ Важећи Закон о заштити потрошача Србије¹⁶ је, по питању права на преомишљање потрошача далеко од европских стандарда. Ово право признаје се потрошачу у случају куповине на пробу, коју редактори Закона погрешно сврставају у облике продаје на даљину. Куповина на пробу представља вид условне продаје код које купац (потрошач) задржава право да испроба ствар да би утврдио да ли одговара његовим жељама и да у одређеном року обавести продавца (трговца) да ли остаје при уговору. Потрошач има право да у року који не може бити краћи од седам дана обавести трговца да је одустао од уговора и да му врати производ са обавезом плаћања трошкова враћања. Сматра се да је потрошач остао при уговору ако не врати производ трговцу или га не обавести да је одустао од уговора. Пре истека рока у којем потрошач има право да испроба производ и откаже уговор, трговац не може наплатити производ.¹⁷

Правну обавезу имплементирања правних тековина Европске уније (*acquis communautaire*) у свој правни систем Србија је преузела на основу Споразума о стабилизацији и придруживању који са Европском унијом и њеним државама чланицама закључен 2008. године. У том циљу, Влада Србије је најавила да ће до краја 2009. године правна регулатива заштите потрошача бити заокружена читавим низом закона који ће бити у потпуности усклађени са законодавством Европске уније. Као корак у том правцу Министарство трговине и услуга недавно је израдило Нацрт Закона о заштити потрошача.¹⁸ При изради Нацрта прихваћен је француски и италијански модел издвајања Закона о заштити потрошача из опште кодификације грађанског права. Супротан модел прихваћен је у Немачкој где је Законом о модернизовању облигационог права од 26. 11. 2001. године извршена измена

¹⁴ Видети: члан 544. став 2. Закона о облигационим односима. О овоме, видети: Марко Ђурђевић, Општи услови уговора и заштита потрошача, Зборник радова „Од *caveat emptor* до *caveat venditor*“ (приредио Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, стр. 254 - 256.

¹⁵ Видети: члан 1068. став 1. Закона о облигационим односима.

¹⁶ Закон о заштити потрошача Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 79/05.

¹⁷ Видети: Члан 26. Закона о заштити потрошача.

¹⁸ Нацрт Закона о заштити потрошача (у даљем тексту: Нацрт) је објављен 1. септембра 2009. године и анализиран је у верзији у којој се у време писања овог рада налазио на вебсајту Министарства трговине и услуга.

и допуна Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*). Интересантан је приступ изабран у Хрватској где су напоредо прихваћена оба наведена модела. Наиме, највећи део материје заштите потрошача уређен је Законом о заштити потрошача из 2007. године, али су нека питања из ове области уређена Законом о обвезним односима из 2005. године и низом посебних прописа.

Са теоријског аспекта, поставља се питање избора одговарајућег термина за означавање овог права потрошача.¹⁹ Закон о заштити потрошача за означавање права на покајање у случају куповине на пробу користи термине „одустанак од уговора“ и „отказ уговора“. Док је први термин у духу одговарајућих правила нашег Закона о облигационим односима,²⁰ други се не може сматрати адекватним у овом контексту. Наиме, отказ уговора је начин престанка дуготрајног уговорног (облигационог) односа чије време трајања није унапред одређено. Са друге стране, ово право је, као што је речено признато код тачно одређених уговора, који су, по правилу, или краткотрајни (са тренутним извршењем обавезе) или дуготрајни (са трајним извршењем обавеза) уговори закључени на одређено време. Ранији Закон о заштити потрошача из 2002. године признавао је потрошачу право на „опозив“ уговора закључених изван пословних просторија и уговора закључених на даљину. Ни овај термин није одговарајући. Потрошач, наиме, може да опозове своју изјаву о прихвату понуде ако понудилац прими изјаву о опозиву пре изјаве о прихвату или истовремено са њом.²¹ Међутим, не може се опозвати уговор који настаје као резултат сагласности воља уговорних страна.²² Састављачи Нацрта су за означавање овог права потрошача одабрали термин „раскид уговора“ који је, имајући у виду наведене мањкавости осталих термина, вероватно најисправнији.²³

У даљем излагању засебно ћемо анализирати сваку од ситуација у којој је право на једнострано безразложно раскид потрошачког уговора предвиђено у комунитарном праву и Нацрту Србије. При томе, настојаћемо да у најкраћем,

¹⁹ Неуједначена терминологија карактерише и комунитарно право у овом погледу. Наиме, за обележавање овог права потрошача напоредо се користе термини „right of cancellation“ и „right of withdraw“. У немачком праву се употребљава термин „Widerruf“ који би у нашем језику одговарао термину „опозив“.

²⁰ Видети: члан 534. Закона о облигационим односима.

²¹ Видети: члан 39. став 3. Закона о облигационим односима. У правној теорији је примећено да би исправније било говорити о повлачењу изјаве о прихвату понуде, уместо опозива, због тога што прихвата и нема ако изјава о опозиву стигне понудиоцу пре изјаве о прихвату. Видети: Младен Драшкић, Закључивање уговора о купопродаји, Београд, 1986, стр. 81.

²² Видети: Миодраг Мићовић, Заштита права потрошача, Крагујевац, 2009, стр. 68.

²³ У том смислу: Мићовић, Заштита права потрошача, *op. cit.*, стр. 69-69. Исти термин прихваћен је у хрватском и црногорском законодавству.

изнесемо најбитније разлоге *pro et contra* признавања овог права потрошачу и да укажемо на неке од проблема које је узроковала практична примена овог права.

I. Право на једностранни раскид потрошачког уговора закљученог изван пословних просторија и потрошачког уговора на даљину

Уговори закључени изван пословних просторија²⁴ склапају се изван трговачког објекта или пословних просторија трговца намењених за продају или пружање услуга, укључујући продајне и сајамске штандове, уз истовремено физичко присуство трговца и потрошача на истом месту. У ужем смислу, за означавање оваквих уговора користе се термини кућна продаја, продаја „од врата до врата“, продаја „на кућном прагу“, у ситуацијама када је уговор закључен у стану потрошача. Међутим, уговором закљученим изван пословних просторија сматра се и уговор закључен на јавном месту (на улици, у лобију хотела, на аутобуској или железничкој станици итд.), на радном месту потрошача или другог потрошача. По узору на неке од земаља скандинавског правног круга,²⁵ право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора је на нивоу Европске Уније први пут предвиђено Директивом 85/577/ЕЕЗ о заштити потрошача у вези са уговорима закљученим изван пословних просторија,²⁶ која представља једну од првих законодавних мера комунитарног права на подручју заштите потрошача. Основни аргумент којим се оправдава ово ефикасно средство правне заштите потрошача је чињеница да се приликом закључења уговора изван пословних просторија потрошач налази у веома неповољном положају. Код ових уговора обично трговац има иницијативу у започињању преговора. Такође, потрошач је неретко изложен агресивним методама (техникама) продаје трговаца, док потрошач по правилу није припремљен за закључење уговора. Другим речима, трговац користи фактор изненађења у односу на потрошача који је затечен „без одбране“, те долази у искушење да закључи

²⁴ Као једна од првих модерних кодификација у којој наилазимо на регулисање ових уговора наводи се Закон о трговини и индустрији немачке Северне лиге (*Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes*) из 1869. године, који је након 1871. године постао закон новооснованог немачког Рајха. Овим Законом су, између осталог, регулисана и питања која су се постављала у вези са уговорима који су закључени са путујућим трговцима. Видети: Zimmermann, *op. cit.*, стр. 167.

²⁵ Ово право предвиђено је у Закону о потрошачким продајама Шведске из 1973. године и Закону о заштити потрошача Финске из 1978. године.

²⁶ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contract negotiated away from business premises, OJ 1985 L 372/31.

уговор без могућности да трезвено размотри своје потребе.²⁷ Фактор изненађења је квалификован чињеницом да је уговор закључен изван пословних просторија, те потрошач није у могућности да провери квалитет производа и услуга и њихове друге карактеристике, ни да упоређи њихову цену са производима и услугама исте врсте.

Уговори на даљину (дистанциони уговори) су уговори о продаји робе или пружању услуга закључени између трговца и потрошача коришћењем једног или више средстава комуникације на даљину, без њиховог истовременог физичког присуства на истом месту. Ова маркетиншка техника је последица развоја нових технологија и омогућава трговцима ефикасно и профитабилно пословање уз знатно ниже трошкове у односу на традиционалан начин продаје у пословним просторијама. Огроман економски значај и специфичност овог облика трговине захтевао је и прецизну правну регулативу. У оквиру Европске Уније, правна правила која уређују питања која се постављају поводом дистанционих уговора садржана су у Директиви 97/7/ЕУ о заштити потрошача у вези са уговорима на даљину.²⁸ Дистанциону продају финансијских услуга регулише Директива 2002/65/ЕУ о дистанционој продаји финансијских услуга.²⁹ С обзиром да потрошачки уговор закључен путем електронских средстава комуникације спада у уговоре на даљину, од значаја за овај вид пословања су и правила Директиве 2000/31/ЕУ о електронској трговини.³⁰ Право на покајање код уговора на даљину оправдава се чињеницом да потрошач пре закључења уговора често није у могућности да види производ који купује, није у могућности да оцени његов квалитет, нити квалитет услуге која се нуди пре него што закључи уговор. Поред тога, потрошач може погрешно да схвати податке који су објављени путем електронских средстава комуникације или у каталогу, због врло честе непотпуности, односно неистинитости тих података.³¹ Присутно је и мишљење

²⁷ Да би се остварило право на раскид, закључење уговора не мора бити изнуђено од стране продавца, довољна је само таква потенцијална опасност. Проф. Стефан Лоренц (Stephan Lorenz) истиче да оваква претпоставка неизбежно води прекомерној заштити потрошача, док истовремено у неким областима постоје значајне правне празнине. Наведено према: Markesinis – Unberath – Johnston, op. cit.

²⁸ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ 1997 L 144/19.

²⁹ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services, OJ 2002 L 271/16.

³⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the internal market (Directive on electronic commerce) OJ 2000 L 178.

³¹ Видети: Мићовић, Заштита права потрошача, op. cit., стр. 66.

према којем право на једностранни раскид уговора на даљину представља погодно средство заштите потрошача од непоштених трговачких поступака.³²

Уговоре закључене изван пословних просторија и уговоре на даљину Нацрт регулише истим правилима, уз минимална одступања. При томе, временска дистанца у односу на усвајање релевантних Директива омогућила је састављачима Нацрта да по многим питањима направе корак напред у односу на решења предвиђена у комунитарном праву.³³

Као средства заштите потрошача приликом закључења уговора изван пословних просторија и уговора на даљину предвиђени су дужност трговца да потрошача обавести о свим чињеницама које су од значаја за закључење уговора, потврда пријема ових обавештења, поштовање обавезних формалних услова за закључење уговора и право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора.

1. Вршење права на раскид, рок у коме се уговор може раскинути и правне последице раскида

Потрошач има право да једностраном изјавом воље раскине уговор,³⁴ без обавезе навођења разлога из којих то чини. Према Директивама 85/577/ЕЕЗ и 97/7/ЕУ рок за остваривање овог права потрошача износи најмање седам радних дана,³⁵ а према Нацрту четрнаест дана.³⁶ Код

³² Првенствено се мисли на трговце који приме исплату за поручену робу, односно услугу, а затим не изврше своју уговорну обавезу. Видети: Ian Brown, *Commercial Law*, Butterworths Publishing, стр. 199. Нацрт предупредује овакву могућност предвиђајући да трговац не може захтевати од потрошача да унапред плати за поручену робу односно услугу. Видети: члан 28. став 2. Нацрта.

³³ Нацрт детаљније регулише дужност трговца да обавести потрошача о чињеницама које су од значаја за закључење уговора; предвиђа да ако трговац не обавести потрошача о праву на једностранни безразложни раскид уговора ово право није временски ограничено; онемогућава да трговац наплати робу или услугу, а да потом не изврши своју уговорну обавезу; детаљније регулише правне последице раскида уговора; проширује листу средстава комуникације на даљину; решава недоумице које су у упоредној судској пракси појавиле поводом раскида уговора на даљину закључених на Интернет аукцијама.

³⁴ На одређене уговоре закључене изван пословних просторија и уговоре на даљину не примењују се правила која уређују право потрошача на једностранни раскид. Видети: члан 3. Директиве о заштити потрошача у вези са уговорима закљученим изван пословних просторија и чланове 3. и 6. став 3. Директиве о уговорима на даљину. Такође, видети: чланове 33. и 34. Нацрта.

³⁵ Видети: члан 5. Директиве о заштити потрошача у вези са уговорима закљученим изван пословних просторија и члан 6. Директиве о уговорима на даљину.

³⁶ Видети: члан 29. став 1. Нацрта.

уговора о продаји робе закљученог на даљину, рок почиње тећи од дана када је сва роба која је предмет обавезе доспела у државину потрошача, а код уговора о пружању услуга, од дана закључења уговора.³⁷ Код уговора закључених изван пословних просторија четрнаестодневни рок за вршење овог права почиње тећи од дана закључења уговора.³⁸ Код уговора о финансијским услугама закљученим на даљину Директива 2002/65/EУ предвиђа да потрошач има право да раскине уговор у року од четрнаест радних дана од дана закључења уговора. Овај рок износи тридесет дана ако се ради о уговорима који за предмет имају осигурање живота или пензионе послове.³⁹

Изјава о раскиду уговора чини се у писменој форми, на папиру или другом трајном носачу записа.⁴⁰ Трговац се, на пример, о раскиду уговора може обавестити факсом, стандардним писмом или електронском поштом (*e-mail*). Изјава о раскиду се може учинити путем телефона само у случају изричитог пристанка трговца. Такав пристанак може бити садржан у обавештењима која је трговац саопштио потрошачу, а која представљају саставни део уговора.⁴¹

У сврху раскида може се употребити и посебан образац који је трговац дужан да преда потрошачу приликом закључења уговора. Ако је уговор на даљину закључен путем Интернета, трговац може омогућити потрошачу да у електронском облику, на вебсајту трговца, попуни и поднесе образац за раскид уговора.⁴² Изјава о раскиду сматра се благовременом ако је послата пре истека рока за остварење овог права. Као благовремена изјава о раскиду сматра се и слање трговцу робе која је примљена по основу уговора. Сматра се да је уговор раскинут у часу када је изјава о раскиду послата трговцу. Почетак тока рока одлаже се уколико трговац благовремено не обавести потрошача о постојању овог права. У

³⁷ Видети: члан 6. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину и члан 29. став 2. Нацрта.

³⁸ Видети: члан 5. Директиве о заштити потрошача у вези са уговорима закљученим изван пословних просторија и члан 29. став 3. Нацрта.

³⁹ Потрошач нема право на раскид када се ради о финансијским услугама чија цена зависи од промена на финансијском тржишту које су изван контроле трговца (нпр. услуге везане за мењачке послове, хартије од вредности, фјучурсе, свопове, опције), уговору о осигурању са роком краћим од три месеца и уговорима у целости извршеним на захтев потрошача. Видети: Мићовић, Заштита права потрошача, *op. cit.*, стр. 73.

⁴⁰ Видети: члан 30. став 1. Нацрта.

⁴¹ Видети: Home shopping: Distance Selling Regulation, www.brc.gov.uk/docs/loads/pdf/e_com_pdf (12. 8. 2009).

⁴² Видети: члан 30. став 1. и 2. Нацрта.

том случају рок за раскид почиње тећи оног дана када потрошач прими то обавештење.⁴³

Према Директиви 97/7/ЕУ, ако трговац није обавестио потрошача о праву на раскид, долази до продужења рока за остваривање овог права. У том случају рок траје три месеца. Код уговора о продаји робе, рок почиње тећи од дана пријема робе од стране потрошача, а код уговора о пружању услуга, од дана закључења уговора.⁴⁴

Нацрт за овакве ситуације предвиђа решење које обезбеђује знатно виши ниво заштите потрошача. Према Нацрту, право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора није временски ограничено ако трговац не обавести потрошача о овом праву.⁴⁵ Опредељење састављача Нацрта за овакво решење очигледно је последица стваралачке делатности праксе Европског суда правде (*Court of Justice of the European Communities*). Наиме, у овом контексту незаобилазна је одлука овог Суда у случају „*Heininger*“ од 13. децембра 2001. године⁴⁶ којом је дато тумачење одредбе члана 5. Директиве 85/577/ЕЕЗ о заштити потрошача у вези са уговорима закљученим изван пословних просторија. Европском суду правде је захтев за тумачењем ове одредбе упутио немачки Савезни врховни суд (*Bundesgerichtshof*). Немачки грађански законик (*BGB*) је у циљу обезбеђења конзистентних решења, предвиђао да у свим ситуацијама у којима је признато право на једностранни раскид, потрошач који није обавештен о овом праву може раскинути уговор у року од шест месеци, рачунато од његовог закључења.⁴⁷ Истеком овог рока право на раскид није се могло остварити. Европски суд правде је утврдио да у погледу уговора закључених изван пословних просторија овакво решење није у складу са Директивом 85/577/ЕЕЗ. У својој одлуци, Суд је заузео став да одредбу члана 5. ове Директиве треба тумачити тако да право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора није временски ограничено ако га трговац не обавести о овом праву.⁴⁸ Дакле, као и у

⁴³ Видети: члан 29. став 2. и 6. Нацрта.

⁴⁴ Видети: члан 6. став 1. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину. Исто решење усвојено је у црногорском праву – видети: члан 51. став. 2. Закона о заштити потрошача Црне Горе.

⁴⁵ Видети: члан 29. став 7. Нацрта. Исто решење усвојено је у хрватском праву – видети: члан 33. став. 2. Закона о заштити потрошача Хрватске.

⁴⁶ C-481/99, [2001], NJW 2002, 281.

⁴⁷ О овоме: Peter Rott, Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC consumer Law?, German Law Journal 12/2006, www.germanlawjournal.com/article.php?id=782 (5. 8. 2009).

⁴⁸ О овоме: Galf-Peter Calliess, The Limits of Eclectism in Consumer Law: National Struggles and the hope for a coherent European Contract Law. A coment on the ECJ's and the FCJ's „Heininger“ decisions, German Law Journal 8/2002, www.germanlawjournal.com/article.php?id=782

другим сличним ситуацијама, интереси потрошача одмерени су према интересима трговца, и као у већини случајева, предност је дата потрошачким интересима.⁴⁹ Као последица оваквог тумачења уследила је и одговарајућа допуна пар. 355 (3) и пар. 312 д (2) *BGB*-а. Треба рећи да поједини правни писци постављају питање исправности тумачења Европског суда правде.⁵⁰ По њима, овакво тумачење значајно нарушава правну сигурност и ствара неизвесност по питању опстанка уговора за један дуг временски период. То се не може сматрати оправданим, нарочито због тога што је пропуст трговца да потрошача обавести о праву на раскид неретко последица недостатака „техничке природе“. Као потврду свог става, наводе да се право на поништење рушљивих уговора, који несумњиво садрже значајније недостатке, може остварити само у предвиђеним роковима, а ако се у том року не оствари наступа конвалидација и уговор производи дејства од момента закључења.⁵¹

У случају раскида уговора, уговорне стране се ослобађају свих својих обавеза, изузев обавезе да врате оно што су примиле на основу уговора. Потрошач је дужан да о свом трошку врати робу трговцу, с тим што при томе мора показати разумну пажњу, како не би дошло до њеног оштећења од тренутка раскида уговора до тренутка пријема од стране трговца. Са друге стране, трговац је дужан да потрошачу врати целокупан износ који је потрошач платио по основу уговора, увећан за износ затезне камате рачунато од раскида до исплате. Ове обавезе морају се извршити у што је могуће краћем року, а најкасније у року од тридесет дана од дана када је трговац примио изјаву о једностраном раскиду. У случају задоцњења са извршењем ове обавезе трговац је дужан да, поред затезне камате, плати десет процената дуговане суме за сваких тридесет дана задоцњења. Под одређеним условима, трговац може да одбије да врати износ који је потрошач платио по основу уговора. Он то може учинити све док не прими или не преузме робу коју је по основу уговора испоручио потрошачу, односно док потрошач не достави доказ да је робу послао трговцу, у зависности од тога шта је раније од то двоје.⁵²

Потрошач не одговара за штету коју трговац трпи због раскида уговора. Такође, не одговара ни за умањену вредност робе уколико га

lawjournal.com/article.php?id=175 (28. 8. 2009).

⁴⁹ Видети: Криста Јесел-Холтс, CAVEAT VENDOR - Одлука Европског суда правде у случају С - 404/06 и њен утицај на потрошачке продаје у Немачкој, Зборник радова „Од caveat emptor до caveat venditor“ (приредио Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2009, стр. 331-337.

⁵⁰ Видети: Markesinis – Unberath – Johnston, op. cit., стр. 268-269 У истом смислу: Видети: Reinhard Zimmermann, op. cit., стр. 213.

⁵¹ Видети: Markesinis – Unberath – Johnston, op. cit.

⁵² Видети: члан 31. став 1 – 3. Нацрта.

трговац није обавестио о праву на раскид. За умањену вредност робе потрошач одговара једино под условом да је до тога дошло услед употребе робе која је различита од употребе која је неопходна да би се утврдиле особине или исправност функционисања.⁵³ Да бисмо приближили ову одредбу, описаћемо један случај из холандске праксе. Потрошач је путем Интернета купио батерију за свој преносни рачунар (*notebook*). Међутим, с обзиром да није пажљиво прочитао податке који су се налазили на вебсајту трговца, испоставило се да батерија није одговарајућа. Када је потрошач обавестио трговца да жели да искористи своје право на једностранни безразложни раскид уговора, овај је одбио захтев потрошача. Трговац се позвао на околност да је батерија специјално поручена за купца. Поред тога, купац је приликом отварања оштетио амбалажу у којој је батерија била запакована, тако да трговац више није могао исту батерију продати као нов производ. У овом случају одлучено је да је захтев потрошача основан, са образложењем да је он предузео само оно што је било потребно да би се утврдила употребљивост производа у одређеној сврху, односно његове особине и исправност функционисања.⁵⁴

У случају раскида уговора о пружању услуга, потрошач није дужан да даваоцу услуге плати цену услуга, нити било какве трошкове у вези са услугама које су му пружене пре истека рока за једностранни раскид. Међутим, треба рећи да право на једностранни раскид не представља одговарајуће средство заштите потрошача код уговора закључених изван пословних просторија и уговора на даљину који имају за предмет пружање услуга. Наиме, потрошач губи право на раскид, ако трговац, уз изричиту сагласност потрошача, започне пружање услуга пре истека рока у коме се уговор може раскинути.⁵⁵

Уколико се плаћање неке робе делимично или у целости финансира путем кредита, у случају раскида уговора раскида се и уговор о потрошачком кредиту. Исто важи и за остале споредне уговоре. При томе није од значаја да ли је уговор о кредиту закључен са испоручиоцем робе или са трећим лицем, на основу споразума између испоручиоца и трећег лица. У оваквим ситуацијама потрошач нема обавезу накнаде штете коју је претрпео кредитор (трошкови, камата, уговорна казна). Са друге стране, кредитор је дужан да, потрошачу без одлагања врати средства која су до

⁵³ Видети: члан 6. став 2. Директиве о заштити потрошача у уговорима на даљину и члан 31. став 4. Нацрта.

⁵⁴ Видети: J. Van den Brande – D. C. Elzinga, *Cyber Consumer Protection and Fair Trading in the Netherlands*, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1, стр. 7 - 8, <http://www.ejcl.org> (1. 8. 2009).

⁵⁵ Видети: члан 33. став 1. тач. 1. Нацрта.

раскида плаћена по основу уговора, најкасније у року од 30 дана од дана пријема обавештења о раскиду уговора.⁵⁶

2. Право на једностранни раскид потрошачког уговора на даљину и уговори закључени на Интернет (*on-line*) аукцијама

Једно од значајних питања које се поставља у вези са правом на једностранни безразложни раскид дистанционих уговора је да ли потрошач ово право може остварити код уговора закључених на Интернет (*on-line*) аукцијама.⁵⁷ У компаративној легислативи, пракси и теорији наилазимо на опречне одговоре на ово питање.

Простор за недоумицу у овом погледу оставила је недовољно прецизна регулатива Директиве 97/7/ЕУ. Наиме, у члану 3. ове Директиве предвиђено је да се њоме предвиђена правила⁵⁸ не примењују на уговоре закључене на аукцијама (тј. уговоре закључене путем јавног надметања). Међутим, није прецизирано да ли су од правила предвиђених Директивом изузети само уговори закључени на традиционалним аукцијама (аукције *in vivo*) или и уговори закључени на Интернет (*on-line*) аукцијама.

Изван сваке сумње је да потрошачки уговор закључен путем електронских средстава комуникације⁵⁹ представља једну врсту дистанционог уговора. Стога би, на први поглед, потрошач могао једностранно раскинути уговор закључен на Интернет аукцији под истим условима као и сваки други уговор на даљину. С друге стране, право на једностранни

⁵⁶ Видети: члан 32. Нацрта.

⁵⁷ О Интернет (*on-line*) аукцијама детаљно: Дубравка Стојановић, Закључење уговора о продаји путем Интернета, магистарски рад, Крагујевац, 2003, стр. 148 – 167.

⁵⁸ Укључујући и правила која уређују право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора на даљину.

⁵⁹ Интернет није наведен као једно од средстава комуникације на даљину предвиђених у Анексу I Директиве 97/7/ЕУ. Међутим, ово набрајање никако не би требало схватити као таксативно (*numerus clausus*), већ као набрајање *exempli causa* (отворена листа), имајући у виду брзину развоја средстава комуникације на даљину. Тако, Нацрт проширује листу из Анекса I Директиве 97/7/ЕУ. Средства комуникације на даљину предвиђена Нацртом су: насловљени и ненасловљени штампани материјал, стандардно писмо, оглас у штампи који садржи поруџбеницу, телефон са људском интервенцијом и телефон без људске интервенције (аутоматске машине за позивање, аудиотекст), радио, видеотелефонија (телефон са екраном), факсимил (телефакс), телевизија (*teleshopping*), каталог, електронска пошта (*e-mail*), видеотекст (микрокомпјутер и телевизијски екран) са тастатуром или екраном осетљивим на додир, интернет; Видети: члан 4. став 1. тач. 8 Нацрта.

безразложни раскид уговора налази се у противуречности са алеаторним карактером овог метода продаје.⁶⁰ Наиме, овде се не појављују само трговац и потрошач као код осталих дистанционих уговора. Код *on-line* аукција на једној страни налази се аукционар (продавац) и неодређени број потенцијалних купаца, на другој страни. Аукционар оглашава *on-line* надметање ради закључења уговора о продаји одређене ствари (односно, одређене количине ствари) или уговора о пружању услуга, уз одређивање почетне цене и временског интервала током кога ће трајати надметање. У ствари, аукционар допушта да тржиште одреди вредност робе.⁶¹ Понуде и прихват понуде врше се по специјално регулисаном поступку током ограниченог временског интервала. Након истека времена предвиђеног за трајање надметања аукционар закључује уговор са најповољнијим понудиоцем. Када би се код уговора закључених на овај начин потрошачу признало право на једнострану безразложни раскид, учесник надметања би без икаквог ризика могао ставити најповољнију понуду, па да након закључења аукције одустане од уговора. Ако би аукционар закључио уговор са неким од наредних понудилаца, био би оштећен у износу разлике између прихваћене и најповољније понуде.⁶² У случају одржавања нове аукције постоји реална могућност да најповољнија понуда буде знатно испод најповољније понуде на претходној аукцији. С обзиром на продужени период *on-line* надметања (по правилу седам дана) право на једнострану раскид утицало би и на успорење промета. Дакле, право на једнострану безразложни раскид уговора закљученог на Интернет аукцијама, у значајној мери доводи у питање предности оваквог облика трговине.⁶³

Наведено решење Директиве 97/7/ЕУ преузето је, без икаквог прецизирања, у већини европских земаља. Холандски грађански законик је један од ретких законодавних аката који изричито предвиђа да потрошач нема право на једнострану раскид уговора закљученог на Интернет

⁶⁰ Видети: Gerald Spindler, Internet – Auctions versus Consumer Protection: The Case of the Distance Selling Directive, German Law Journal, 06/33, стр. 730 (7. 8. 2009).

⁶¹ Видети: Стојановић, *оп. cit.*, стр. 155.

⁶² Ова разлика не може бити покривена кауцијом као у случају традиционалних надметања, с обзиром да учесници *on-line* надметања не полажу кауцију као услов за учешће у надметању.

⁶³ Неке од предности овог облика трговине су: најразноврснији асортиман робе који се нуди учесницима, куповина је могућа двадесет четири сата на дан, током читаве године, продавцима се пружа могућност да своју робу понуде великом броју потенцијалних купаца широм света. Интернет аукције, што је посебно значајно, по први пут у економској историји представљају добро организовано тржиште за продају половне робе, посебно аутомобила, уз сразмерно мале трошкове.

аукцијама.⁶⁴ Немачка судска пракса је по овом питању била подељена све до доношења одлуке Савезног врховног суда (*Bundesgerichtshof*) од 3. новембра 2004. године.⁶⁵ Према овој одлуци, пар. 312. д (3-4) и пар. 355. *BGB*-а треба тумачити тако да потрошач може једностраном изјавом воље раскинути уговор закључен на Интернет аукцији не наводећи за то никакве разлоге, са образложењем да су потрошачи који учествују на Интернет аукцијама изложени истом степену ризика као и потрошачи код осталих дистанционих уговора и стога им треба обезбедити исти ново заштите.⁶⁶ Такође, Суд се позвао и на то да правила комунитарног права у области заштите потрошача представљају правила минималне хармонизације. Из тога произилази да комунитарно право не искључује могућност да се националним прописима предвиди виши ниво заштите потрошача, укључујући и право потрошача на једностранни раскид уговора закључених на Интернет аукцијама.⁶⁷

О темељности приликом израде Нацрта Србије потврђује и чињеница да су његова решења по овом питању у знатној мери прецизнија у односу на решења комунитарног права. Наиме, Нацрт дефинише појам аукције и искључује могућност једностраног безразложног раскида уговора закључених на њима, предвиђајући обавезу најповољнијег понудиоца да закључи уговор са аукционаром. Према Нацрту, аукција представља начин продаје робе или услуга у поступку надметања потрошача које се може обавити употребом средстава комуникације на даљину.⁶⁸ Продаја роба или услуга са фиксном (унапред одређеном) ценом се, према Нацрту, не сматра аукцијом. Из овога произилази да се наведено решење односи на сва надметања остварена употребом средстава комуникације на даљину, било да су у питању Интернет аукције, или на пример, телевизијске и телефонске аукције. На овај начин аукционарима се пружа сасвим довољан степен правне сигурности, што је веома битно имајући у виду потенцијале овог метода продаје роба и услуга.

⁶⁴ Наведено према: Van den Brande – Elzinga, op. cit., стр. 2.

⁶⁵ BGH Urteil v. 3. November 2004 – VII ZR 375/03, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040281.htm> (1.8.2009)

⁶⁶ У поменутом случају трговац златним и сребрним накитом је, путем аукције на вебсајту компаније eBay International AG, огласио надметање у циљу закључења уговора о продаји наруквице (израђене од петнаестократног дијаманта) са почетном ценом од једног евра. Најповољнији понудилац је након закључења аукције одбио да преузме наруквицу и исплати цену.

⁶⁷ Један од највећих ауторитета у Немачкој у области права Интернета проф. Гералд Спиндлер (Gerald Spindler) наведену одлуку Савезног врховног суда Немачке изложио је оштрој критици. Према његовом мишљењу, право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора закључених на Интернет аукцијама у великој мери угрожава даљи развој овог облика трговине. Видети: Spindler, op. cit., стр. 727 – 731.

⁶⁸ Видети: члан 4. став 1. тач. 19. Нацрта.

On-line аукције данас представљају значајан сегмент електронске трговине и на њима се остварује највећи промет робе и новца.⁶⁹ И на нашим просторима, овај вид закључења уговора све више је присутан⁷⁰ и основано се претпоставља да ће доживети експанзију у годинама које долазе.

II. Право на једностранни раскид уговора о потрошачком кредиту

Уговор о потрошачком кредиту представља посебну врсту уговора о кредиту који омогућава корисницима да задовоље сопствене потребе или потребе свог домаћинства за одређеним трајним потрошним добрима веће вредности. У тржишним економијама потрошачки кредити су један од основних извора средстава за задовољење савремених потреба човека (потреба за аутомобилом, намештајем, техничком опремом итд.) и значајан „покретач“ привредног развоја сваког друштва. Уговор о потрошачком кредиту је уговор по приступу, јер елементе и услове уговора унапред одређује давалац кредита.⁷¹ Економски потенцијал и стручни капацитети омогућавају даваоцу кредита да једностранним редиговањем уговорних клаузула првенствено заштити своје интересе. Са друге стране, уговорне одредбе често нису довољно јасне потрошачу, он често није довољно стручан да процени колико кошта кредит, неретко се налази у стању нужде.⁷² С обзиром да економска неједнакост лежи у основи ових уговора, може се рећи да они у извесном смислу представљају „опасност“ за потрошача, као економски слабију уговорну страну. То је условило потребу да се правним правилима која уређују питања која се постављају поводом потрошачког кредита предвиде посебна средства заштите корисника кредита. Нека од тих средстава заштите се могу назвати класичним, попут прописивања обавезне писмене форме уговора и његових обавезних елемената.⁷³ Поред тога, заштита корисника кредита остварује се и обавезивањем даваоца кредита да благовремено саопшти кориснику бројне релевантне информације и предвиђањем посебних права за корисника кредита. Међу тим правима је и

⁶⁹ На пример, аукцијска компанија eBay има педесет милиона регистрованих корисника, а укупан приход остварен од продаје на on-line аукцијама у 2008. години износио је педесет девет билиона евра. Forrester Research, www.forrester.com (15. 8. 2009).

⁷⁰ Домаћи аукциони сајтови преузимају сва позитивна светска искуства, а најпознатији су: www.limundo.com (скоро тридесет хиљада регистрованих корисника); www.kolekcionar.com; www.YUbazar.com

⁷¹ Видети: Ивица Јанковец, Привредно право, друго измењено и допуњено издање, Београд, 1989, стр. 507.

⁷² Видети: Мићовић, Заштита права потрошача, *op. cit.*, стр. 126.

⁷³ *Ibidem*, стр. 129.

право на једностранни безразложни раскид уговора о потрошачком кредиту (право на промену мишљења или тзв. право покајања).

Право корисника потрошачког кредита да једностраном изјавом воље раскине уговор је у европским оквирима први пут нормирано Законом о куповини на кредит (*Hire-Purchase Acts*) В. Британије из 1964. године које је предвиђао право потрошача да одустане од уговора у року од четири дана од дана прихвата понуде.⁷⁴ У позитивном британском праву ово питање је на истоветан начин регулисано Законом о потрошачком кредиту (*Consumer Protection Act*) из 1974. године. Као што је речено, наш Закон о облигационим односима садржи правило према коме корисник кредита може одустати од уговора пре него што је почео користити кредит. У оквиру комунитарног права, Директива 87/102/ЕУ о потрошачком кредиту⁷⁵ није регулисала ово питање. То је, између осталог, био повод за усвајање Директиве 2008/48/ЕУ о потрошачком кредиту.⁷⁶ Нацрт у овом погледу у потпуности следи решења поменуте Директиве.

Потрошач има право да једностраном изјавом воље раскине уговор, не наводећи разлоге из којих то чини. Рок за остваривање овог права износи четрнаест дана, рачунато од дана закључења уговора, односно од дана када је потрошач примио примерак уговора, уколико га је примио након закључења уговора. Право на раскид остварује се изјавом воље на посебном обрасцу који се потрошачу предаје заједно са понудом. Потрошач је дужан да најкасније у року од 30 дана од дана раскида уговора даваоцу кредита исплати главницу и камату за време коришћења кредита. У случају једностраног раскида уговора о потрошачком кредиту, давалац кредита нема право на накнаду трошкова одобрења кредита.⁷⁷

Као разлози којима се оправдава право на покајање код уговора о потрошачком кредиту могу се навести неразумљивост и двосмисленост

⁷⁴ Наведено према: Brown, op. cit., стр. 253.

⁷⁵ Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ 1987 L 42/48. Директива је два пута модификована. Први пут Директивом 90/88/EEC (Council Directive 90/88/EEC of 22 February 1990 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ 1990 L 61/14), а други пут Директивом 98/7/EУ (Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1990 amending Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ 1998 L 101/17).

⁷⁶ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC, OJ L 133/66.

⁷⁷ Видети: члан 14. Директиве 2008/48/ЕУ о потрошачком кредиту и члан 140. Нацрта.

уговорних клаузула, као и значајне економске последице кредитног аранжмана за потрошача. У оквиру рока за преомишљање потрошач има шансу да, још једном, пажљиво и детаљно размотри обавезе које преузима на основу уговора. Такође, има могућност и да се посаветује са неким ко поседује потребна стручна знања. На тај начин, могуће је да увиди да укупне обавезе које би га теретиле по основу уговора превазилазе његове финансијске могућности. Замислимо је и да у оквиру овог рока сазна за повољнију понуду. Са друге стране, могуће је навести и подједнако убедљиве аргументе против признавања права на једностранни раскид уговора о потрошачком кредиту. Наиме, чини се да поменуто дужност обавештавања коју давалац кредита има пре закључења уговора пружа потрошачу сасвим довољан степен заштите од лакомисленог и непотребног задуживања. Другим речима, омогућава му да буде у потребној мери информисан пре доношења одлуке о закључењу уговора.⁷⁸ Нарочито, имајући у виду бројност и прецизност информација које се потрошачу стављају на располагање. Такође, давалац кредита је дужан да потрошачу, на његов захтев, преда бесплатну копију нацрта (предлога) уговора о потрошачком кредиту. То потенцијалном кориснику кредита омогућава да свестрано анализира услове под којима се одобрава кредит, да упореди понуду даваоца кредита са другим понудама или да, по потреби, обезбеди савет стручног лица. Као још један противаргумент може се навести мишљење да кратак рок за промену мишљења није одговарајуће средство за постизање сврхе ради које је предвиђен.⁷⁹ Наиме, по правилу је потребно да протекне знатно дужи временски период након закључења уговора, него што износи рок у коме се може остварити право на раскид, да би корисник кредита схватио да обавезе које га терете по основу уговора превазилазе његове финансијске капацитете и да заправо није у могућности да их исплати.

III. Право потрошача на једностранни раскид уговора о временски подељеном коришћењу непокретности (*time-sharing*) и повезаних трансакција

Динамичан развој заштите потрошача у оквиру Европске уније одразио се и на проширење подручја примене права на једностранни раскид потрошачког уговора. Наиме, временом су препознате нове ситуације које, по процени европског законодавца, завређују појачану заштиту потрошача. Једна од таквих је и ситуација у којој се потрошач налази приликом закључења уговора о праву на временски подељено коришћење

⁷⁸ Видети: Markesinis – Unberath – Johnston, op. cit., стр. 268.

⁷⁹ Видети: Zimmermann, op. cit., стр. 215.

непокретности (*time-sharing*).⁸⁰ Овим уговором трговац се обавезује да потрошачу омогући коришћење, у два или више наврата, једне или више непокретности, а потрошач се обавезује да за то плати накнаду. Иако се *time-sharing* односи на коришћење непокретности у најширем смислу речи, у далеко највећем броју случајева ради се о туристичким објектима.⁸¹ На овај начин се потрошачима који немају довољно средстава за куповину туристичког објекта, омогућава коришћење уговорене смештајне јединице (обично апартмана)⁸² за одређени или одређиви период у години. Током преосталог времена туристички објект користе други потрошачи.⁸³

Први акт комунитарног права⁸⁴ који је регулисао питања поводом *time-sharing*-а била је Директива 94/47/ЕУ о заштити стигалаца (купаца) у вези са одређеним уговорним аспектима који се односе на право временски подељеног коришћења непокретности.⁸⁵ Експанзиван развој туристичке привреде⁸⁶ у периоду након усвајања поменуте Директиве имао је за последицу појаву нових производа за одмор.⁸⁷ То је условило и појаву нових уговора о туристичким услугама сличних *time-sharing*-у. Такође, развиле су се и поједине трансакције везане за *time-sharing*, као што су препродаја и размена уговора. С обзиром да наведена питања нису

⁸⁰ Први уговор ове врсте закључен је у једном зимском туристичком центру у Француској 1967. године. Наведено према: Мићовић, Заштита права потрошача, *op. cit.*, стр. 120.

⁸¹ Видети: Јелена Вилус, Туристичке услуге – timesharing и пакет аранжмани, Економске теме, бр. 1/2007, стр. 33.

⁸² Поред уговорене смештајне јединице, стиче се и право коришћења допунских услуга, заједничких просторија, спортских терена итд, као и одржавање свега тога.

⁸³ Видети: Ивица Јанковец – Миодраг Мићовић, Привредно право, пето измењено и допуњено издање, Крагујевац, 2006, стр. 434.

⁸⁴ И у овом случају као узор европском законодавцу послужила су решења усвојена у неким државама чланицама. У Великој Британији је 1992. године усвојен Закон о временски подељеном коришћењу непокретности (Timeshare Act), који је модификован 1997. године.

⁸⁵ Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, OJ 1994 L 280/83.

⁸⁶ При крају прве деценије 21. века туризам представља једну од највећих индустрија. По приходу од извоза, туристичке услуге су треће у свету, одмах после нафтне и аутомобилске индустрије. Видети: Вилус, *op. cit.*, стр. 34.

⁸⁷ На пример, јахте, глисери. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, <http://conflictoflaws.net/.../ec-commission-presents-a-proposal-for-a-directive-on-consumer-rights/> (16. 8. 2009).

регулисана Директивом 94/47/ЕУ, у циљу изједначавања нивоа заштите потрошача и спречавања нелојалне конкуренције на унутрашњем тржишту усвојена је Директива 2008/122/ЕУ о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене.⁸⁸ Одредбе Нацрта Србије представљају прилично верну копију правила садржаних у Директиви 2008/122/ЕУ.

Као средства заштите потрошача од непромишљеног закључења уговора о *time-sharing*-у, уговора о трајном производу за одмор,⁸⁹ уговора о препродаји⁹⁰ и размени⁹¹ временски подељеног коришћења непокретности предвиђени су дужност предуговорног обавештавања потрошача, поштовање обавезних формалних услова за закључење уговора и право потрошача на једностранни безразложни раскид уговора.

У поређењу са ранијом комунитарном легислативом, правила која се односе на право једностраног раскида модификована су дужим роком за остварење права, могућношћу продужења тог рока под одређеним условима и предвиђањем нових средстава путем којих се може дати изјава о раскиду. Како би се потрошачу омогућило да у потпуности схвати своја права и обавезе која произилазе из уговора, остављен му је рок од четрнаест дана⁹² у оквиру кога може, без образложења, одустати од

⁸⁸ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14. January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, OJ L 33/10.

⁸⁹ Уговором о трајном производу (Према Нацрту: уговор о трајним олакшицама за одмор) обавезује се трговац да потрошачу да попуст или друге привилегије и олакшице у погледу смештаја за одмор, посебно или уз друге туристичке услуге, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду. Видети: члан 2. став 1. (б) Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене и члан 115. став 2. Нацрта.

⁹⁰ Уговором о помоћи приликом препродаје обавезује се трговац да потрошачу помогне приликом куповине или продаје временски подељеног коришћења непокретности или трајних производа за одмор, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду. Видети: члан 2. став 1. (ц) Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене и члан 115. став 3. Нацрта.

⁹¹ Уговором о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности трговац се обавезује да потрошача укључи у систем размене временски подељеног коришћења непокретности, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду. Видети: члан 2. став 1. (е) Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене и члан 115. став 4. Нацрта.

⁹² Према члану 5. став 1. Директиве 94/47/ЕУ био је предвиђен рок од десет дана

уговора. Према Директиви, рок од четрнаест дана, рачуна се од дана закључења уговора (предуговора), односно од дана када је потрошач примио примерак уговора (предуговора), уколико се то десило касније.⁹³ Према Нацрту, за почетак тока рока релевантан је једино дан пријема примерка закљученог уговора, односно предуговора.⁹⁴ Да би произвела правно дејство, изјава о раскиду мора бити учињена у писменој форми, на папиру или другом трајном носачу записа. Право на раскид може се остварити и на посебном обрасцу који представља интегрални део самог уговора. Изјава о раскиду се сматра благовременом ако је послата пре истека рока за остварење овог права.⁹⁵ Потрошач има право на продужење рока за раскид уговора, уколико му трговац не достави посебан образац за раскид, односно уколико му не пружи информације о обавезној садржини уговора. Уколико потрошачу није достављен образац, рок за раскид износи годину и четрнаест дана од дана пријема уговора (предуговора). Ако је образац за раскид достављен потрошачу пре истека једне године од дана када је примио примерак закљученог уговора (предуговора), рок за раскид износи четрнаест дана од дана пријема обрасца. У ситуацијама када потрошач није добио потребна обавештења пре закључења уговора рок износи три месеца и четрнаест дана од дана пријема уговора (предуговора). Уколико му се информације доставе пре истека три месеца од пријема уговора, право на раскид се може остварити у року од четрнаест дана од дана пријема тих информација. У случају раскида, од купца се не могу захтевати накнаде и трошкови нити је дужан да плати услуге које су му пружене пре раскида уговора.⁹⁶ Такође, када потрошач једнострано раскине уговор, престају и сви споредни уговори (нпр. уговор о кредиту) без икаквих последица (трошкова) за потрошача.

Као што је речено, два су основна разлога којима се оправдава право потрошача на једнострано раскид уговора о временски подељеном коришћењу непокретности и повезаних трансакција. Први је комплексност ових трансакција. То има за последицу да просечан потрошач због недовољне стручности, недовољног знања или неискуства често није у

од дана закључења уговора за остварење овог права потрошача.

⁹³ Видети: члан 6. став 2. Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене.

⁹⁴ Видети: члан 119. став 2. Нацрта.

⁹⁵ Видети: члан 7. Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене и члан 121. Нацрта.

⁹⁶ Видети: члан 6. став 3. Директиве о заштити потрошача у погледу појединих аспеката временски подељеног коришћења непокретности, трајних производа за одмор, препродаје и размене и члан 120. Нацрта.

могућности да правилно схвати смисао и домашај уговорних одредби. Други разлог је специфична ситуација у којој се налазе потрошачи приликом закључења ових уговора. Наиме, потрошачи су изложени великом маркетиншком притиску у циљу њиховог закључења.⁹⁷

У принципу, ови аргументи су неспорни. Међутим, искуство је показало да рок од десет дана од дана закључења уговора који је Директивом 94/47/ЕУ био предвиђен за остварење овог права потрошача није примерен за постизање сврхе ради које је предвиђен.⁹⁸ У правној теорији је изражено веома ауторитативно мишљење према коме би се исто могло рећи и за четрнаестодневни рок предвиђен Директивом 2008/122/ЕУ.⁹⁹ Да би потрошач на одговарајући начин одмерио погодности које за њега произилазе из ових трансакција и, с тим у вези своје обавезе, по правилу је потребан дужи временски интервал.¹⁰⁰

Чини се да је сасвим оправдано поставити питање да ли право на једнострани раскид потрошачког уговора у поменутих ситуацијама представља адекватно средство уравнотежења економских интереса потрошача и трговаца, имајући у виду могућност злоупотребе овог права од стране потрошача. Нарочито ако се зна да он није дужан да наведе разлоге због којих раскида уговор. Таква могућност свакако постоји и није реткост. Међутим, право потрошача на једнострани безразложни раскид уговора већ дуго се примењује у пословној пракси трговаца у развијеним тржишним економијама. Као објашњење за овакву праксу наводи се заштита права потрошача и тежња за стварањем односа поверења између трговца и потрошача, а прави разлог у ствари је снажна конкуренција и стална маркетиншка „борба“ за задржавањем старих и стицањем нових купаца. Право на раскид признато потрошачима у овим трансакцијама заправо подстиче трговце да побољшају квалитет роба и услуга које нуде.

⁹⁷ Трговци се неретко служе агресивним маркетиншким техникама и презентирају потрошачу непотпуне или погрешне податке не би ли се потрошач „опчињен“ атрактивношћу туристичких дестинација навео да закључи уговор. Видети: Zimmermann, *op. cit.*, стр. 216.

⁹⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, <http://conflictoflaws.net/.../ec-commission-presents-a-proposal-for-a-directive-on-consumer-rights/> (16. 8. 2009).

⁹⁹ Видети: Reinhard Zimmermann, *op. cit.*

¹⁰⁰ Наиме, нереално је очекивати да потрошач размотри укупне последице трансакције за време док се налази на одмору. То се уобичајено дешава након његовог повратка са пута, а у највећем броју случајева рок у коме се уговор може раскинути је тада већ истекао.

*Zoran Vukovic,
an assistant*

THE RIGHT OF WITHDRAWAL FROM CONSUMER'S CONTRACT IN THE LIGHT OF COMMUNITY LAW AND THE CONSUMER PROTECTION BILL OF SERBIA

A new, quite unique exemption from *pacta sunt servanda* principle as a general rule of Contract Law, has appeared in the area of consumer's protection legal arrangement in recent times. It is the consumer's right to unilaterally revoke the contract concluded with merchant. Distinctiveness of this exemption involves the possibility for a consumer to revoke a contract by unilateral statement in precisely specified situations without indicating any reason for such action. Such right was not predicted as a general rule in making of any consumer's contract, but only when consumer finds himself/ herself in situations when the mentioned right is needed. European legislator has recognized such situations in consumer's contract negotiated away the business premises, consumer's distance contracts, consumer credit agreements, time-sharing and the consumer's contract on the distance financial services.

This paper deals separately which each of the cases predicted by the Community Law and Consumer Protection Bill of Serbia. At the same time, there are presented the most important reasons *pro et contra* for establishing of this right to consumer and it is pointed out on some of the problems caused by applying of this right. After conducted analysis, we may conclude that Consumer Protection Bill of Serbia in this respect is not only in the accordance with the mentioned Directives, but also makes a step forward comparing to Community Law on numerous issues.

Одељак VII
Међународно право

ПОСАО ФОРФЕТИРАЊА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРОМЕТУ

1. Опште карактеристике уговора о форфетирању

Термин и појам. Израз форфетирање потиче из француског језика у коме "à forfait" значи уступање права на некога и у српском језику се може превести као "ђутуре". Међутим, чешће се не преводи. Посао форфетрирања се реализује уговором о форфетирању којим се једна страна, форфетер, обавезује да ће од друге стране, клијента, без права регреса откупити уз паушалну накнаду недоспела потраживања која су садржана у меници. У ширем смислу, форфетирање може бити дефинисано као куповина, без права регреса према продавцу, права и потраживања из постојећих краткорочних, средњорочних и, изузетно, дугорочних послова заснованих на дужничким инструментима, као и на акредитивним или гарантним обавезама, а у изузетним случајевима и других потраживања које има продавац у вези са испоруком робе или услуга према купцу.¹

Настајак и извори права. Слично факторинг послу и форфетирање је посао који је створила пословна пракса, али знатно касније - између педесетих и шездесетих година у прошлом веку. Разлоге настанка овог посла би требало тражити у промењеним односима између продаваца, са једне стране, који су имали доминантну улогу, и све значајније улоге купаца и потрошача, са друге стране, који су захтевали дужи период кредита.

Сматра се да први послови форфетирања потичу из праксе циришких банака у току II светског рата.² Већ у ово време циришке банке су откупом потраживања без права регреса финансирале продавце у пословима продаје житарица из САД у источноевропске државе.

Данас се као познати форфетинг центри, осим Цириха, сматрају и Лондон и Луксембург, мада је пракса форфетирања врло развијена и у Немачкој и осталим европским државама. У САД, међутим, форфетинг

¹ Guild and Harris, Forfeiting an Alternative Approach to Export Trade Finance, Woodhead-Faulkner, 1985, стр. 1.

² H-U. Jaeger, Export Factoring and Forfeiting, u: Studies in Transnational Economic Law, vol. 6, ed.N. Horn, Kluwer, 1989, стр. 279.

послови због додатних захтева у погледу докумената, готово да и не постоје или су у настанку.

Међутим, и поред несумњивог значаја који има у пракси, посао форфетирања није регулисан посебним прописима, па се у пракси примењују одговарајуће одредбе прописа којима су регулисани менични послови, а посебно есконт, прописи о уговорима о продаји, односно куповини потраживања и општи услови пословања познатих банака као форфетера. Ни у домаћем праву посао форфетинга није регулисан. Ипак, на међународном нивоу је после више година усаглашавања, 2001. године усвојена Конвенција УН о уступању потраживања у међународној трговини.³ Конвенција је резултат готово шестогодишњег рада УНЦИТРАЛА, а ступиће на снагу након што је ратификује пет држава. Основни циљ Конвенције је да промовише међународну или прекограничну расположивост капитала и кредита под повољнијим каматама, како би се убрзало прекогранично кретање робе и услуга.⁴ Иако, пре свега, регулише општа питања преноса потраживања, њена решења се могу применити и на послове факторинга и форфетирања.

Уговорне стипране. У послу форфетирања у ужем смислу учествују две стране: *форфетер* и његов *клијент*, који се означава и као форфетист.⁵ *Форфетери* су познате финансијске куће које имају средстава и интереса да у дужем временском периоду практично кредитирају клијенте. *Клијенти* могу бити сва лица која имају недоспела потраживања по основном послу, а на овај начин желе да их наплате пре доспелости. То су по правилу мала и средња предузећа која извозе робу у иностранство и по том основу стичу потраживања, мада је било случајева продаје потраживања и од стране великих компанија. Иако су у питању сопствена потраживања, којима према општим правилима уговорног права могу слободно располагати, клијенти морају водити рачуна да ли су такве трансакције са форфетерима из иностранства дозвољене према домаћим девизним прописима или прописима о кредитним пословима. У ширем смислу у послу форфетирања учествује и треће лице од кога форфетер наплаћује потраживање, односно чијим се дугом тргује, које се означава и као уступљени дужник.

Предмет уговора. Предмет уговора је пренос или продаја недоспелих потраживања. Основ настанка ових потраживања у принципу није од значаја, али су у пракси најчешће у питању потраживања настала из

³ G.A. Res. 56/81, U.N. GAOR, 56th Sess., Agenda Item 161, U.N. Doc. A/RES/56/17 (2002), [2001]

⁴ Вид. S. V. Bazinas, The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: Insolvency Aspects, *INSOL International Insolvency Review*, Vol. 13 (2004), стр. 156.

⁵ S. Царић и Ф. Хрибовшек, Спољнотрговинска плаћања, Београд, 1990, стр. 314.

извозних послова, тј. из међународне продаје робе или вршења услуга. Међутим, да би потраживања била подобна за продају - форфетирање потребно је да су недоспела, тј. да до доспећа има још довољно времена, да постоји довољан степен апстрактности и да за форфетера постоји подношљиви ризик.⁶

Пренос се врши уз паушалну накнаду коју форфетер исплаћује извознику за откупљено потраживање. Овај износ је у поређењу са накнадом код факторинга мањи, јер су у питању средњорочна и дугорочна потраживања па су и недоспеле камате и ризик већи.⁷

Сам пренос потраживања се врши преносом хартија од вредности, а најчешће меницом коју је продавац (извозник) по основном послу захтевао од купца (увозника). При томе се, због разлика које постоје у правном регулисању менице између континентално европског и англосконског система, пренос практично врши или путем класичне трасиране менице или промисорном нотом.

Код класичне континентално европске менице извозник или продавац се појављује као трасант и ремитент менице коју вуче на увозника, као трасата и каснијег акцептанта. Код преноса потраживања путем такве менице проблеми настају што се, према Женевским конвенцијама о меници, извозник као трасант не може ослободити од одговорности за њену исплату једноставним уношењем клаузуле "без регреса" (*without recourse*) на самој меници, већ једино као индосант. Због тога се код преноса ове менице одрицање од права на регрес врши посебном изјавом или исправом. Форму исправе одређује право државе извозника. Међутим, дејство такве изјаве о одрицању је релативног карактера. То практично значи да извозник као трасант не би могао истаћи приговоре засноване на постојању посебне исправе о одрицању од регреса против трећих савесних ималаца менице коју је форфетер након откупа продао на секундарном тржишту капитала. У том случају извознику би се за накнаду исплаћеног регресног захтева могао обратити једино форфетеру по основу споразума о одрицању од регресног захтева. Међутим, клијент би регресни захтев форфетера могао одбити личним приговором, позивајући се на његову несавесност.⁸

Код промисорних нота ови проблеми не постоје, па се одрицање форфетера од права регреса према извознику врши на самој меници.

Без обзира којим инструментом се врши пренос потраживања, инструмент мора бити правно ваљан и у складу са девизним прописима у

⁶ С. Царић и Ф. Хрибовшек, н. дело, стр. 237.

⁷ У литератури се наводи да се од номиналног износа потраживања одбија имеђу 7. и 12%, али тај износ извозник зарачунава у цену и практично тај трошак преваљује на купца.

⁸ С. Царић и др., н. дело, стр. 420.

земљи увозника како би се избегла могућа ограничења код испуњења захтева. Стога форфетеру може бити ускраћена исплата ако, на пример, није обезбеђена увозна дозвола.

Неки проблеми збој разлика у правним системима. Осим о разликама које постоје између трасираних меница и промисорних нота које условљавају различите врсте преноса, форфетер мора имати у виду да је правно дејство обавеза преузетих трасираном меницом и промисорном нотом регулисано различитим прописима чија се решења могу разликовати. Тако је дејство обавеза акцептанта и издаваоца промисорне ноте регулисано правом места плаћања ових инструмента, док је дејство потписа осталих меничних дужника регулисано према праву места где су потписи дати. То практично значи да ће форфетер често морати да испита различите правне режиме у вези исте менице или промисорне ноте⁹ да би могао прецизно да одреди карактер и обим својих права, као и према којим лицима их може користити.

Разлике постоје и у начину на који се може дати авал према правима заснованим на Женевској конвенцији и према англосаксонском праву. У континенталним правима банка која гарантује плаћање може дати авал на самој меници "као авалиста". Према енглеском праву класичан авал није дозвољен, па се замена мора тражити у издавању посебне гаранције,¹⁰ чија се чврстина или апстрактност и могућност преноса цене према енглеском, односно америчком праву, које не познаје преносивост гаранције.¹¹ Ваљаност авала и обим обавезе коју авалиста или гарант преузимају су од пресудног значаја за форфетера у процени ризика код откупа таквог потраживања.

Проблеми за форфетера могу настати и у случајевима *кад се разликује валута* у инструменту преноса (трасираној меници или промисорној ноти) од валуте места у којој плаћање треба да буде извршено. Ово је релативно чест случај кад извозник уговара валуту своје државе, а меницу треба платити у држави увозника. У таквим ситуацијама је дужник, у складу са Женевском конвенцијом, дужан да износ дуга исплати у домаћој валути према курсу на дан доспећа. Да би се избегле штетне последице које могу

⁹ Вид. о томе Jaeger, н. дело, стр. 300-301. Аутор наводи да се према праву Шпаније до 1986. док није ступио на снагу Закон о меници у складу са Женевском конвенцијом, промисорна нота названа "пагаре" није третирао као хартија од вредности, па је и дуг по њој имао карактер обећаног плаћања према правилима грађанског права. Египатски Закон о меници захтева као битан елемент менице клаузулу "за вредност примљену", иначе се таква исправа без ове клаузуле неће сматрати меницом.

¹⁰ Вид. о томе Johns, Aval, Endorse or Guarantee? The London Forfait Dilemma, Euromoney Trade Finance Report, March 1986, стр. 35.

¹¹ Исто.

настати због разлика између уговорене и стране валуте плаћања, у меници мора бити изричито стипулисано да се плаћање врши у одређеној валути, тј. у ефективној страниј валути.

Кад је реч о *принудном извршењу*, према неким правима, принудно извршење је могуће само у земљи увозника у складу са локалним пореским законима. У неким државама такви порези могу бити само евидентирани у посебном документу а не на самом инструменту.

2. Питање потпуности преноса - конкуренција захтева

Пошто се пренос потраживања врши преносом или трасирање менице или промисорне ноте, као апстрактних хартија од вредности, поставља се питање да ли су на тај начин аутоматски пренета сва права и обавезе из основног посла на форфетера. Другачије речено, да ли је увозник из основног посла акцептирањем менице коју је на њега вукао извозник и њеном предајом извознику уступио и сва своја права и обавезе по уговору, а онда је све то извозник пренео на форфетера. За форфетера је то од практичног значаја да би знао како да се постави према евентуалним споредним захтевима који би произишавали из основног посла ако преносом менице нису пренета сва права и обавезе из уговора. Ове захтеве према њему може поставити и извозник и увозник.

Општи одговор на питање се мора тражити у односу који постоји између апстрактних хартија од вредности и основног посла. Основно значења начела апстрактности подразумева потпуну одвојеност менице од основног посла и да се права и обавезе учесника у меничном послу цене искључиво према садржини менице.

Са друге стране, полазећи и од њене функције као средства обезбеђења, може се закључити да је увозник акцептирањем и предајом менице извознику само гарантовао да ће платити дуг, али да дуг није угашен. То практично значи да су права и обавезе уговорних страна по основном послу и даље остала, па ће, и након преноса менице форфетеру од стране извозника, уговорне стране једна другој моћи да постављају захтеве из уговора.

Иста правила важе и за однос извозника и форфетера настао продајом менице. Из тога следи да су форфетинг посао у ужем смислу, као однос заснован на купљеној меници, и основни посао *правно независни и да паралелно постоје*.¹² То подразумева да је потребно права и обавезе из основног посла додатно пренети на форфетера. У супротном, без додатног преноса, извозник би могао и даље да врши сва права по уговору о продаји према увознику, па и да тражи исплату цене.

¹² С. Царић и Ф. Хрибовшек, н. дело, стр. 243.

Додатни пренос би, међутим, према општим правилима облигационог права о преносу потраживања, значио да увозник према форфетеру као новом повериоцу може истицати одређене приговоре који су засновани на основном послу. И у једном и у другом случају је могуће да сврха форфетирања буде изиграна, а права форфетера угрожена несавесним понашањем страна из основног посла.

Пошто, ово питање није на изричит начин регулисано прописима, помоћ се мора тражити у општим начелима. Тако би форфетер у случају ако се сматра да на њега није извршен пренос уговора, против захтева извозника којим би од купца захтевао исплату цене могао једино истаћи приговор заснован на повреди начела савесности и поштења. У супротном, увозник би два пута платио цену из основног посла. Једном, извознику по основу уговора о продаји, а други пут форфетеру, као акцептант менице. При томе се код захтева за исплатом менице због њене апстрактне природе не би мога позвати да је дуг по основном послу већ исплатио. Он би, додуше, касније повраћај исплаћене суме могао тражити од извозника, али у редовном поступку чиме се компромитује сврха форфетрања.

Слични проблеми који се могу означити као конкуренција и конфузија (сједињење) захтева, постоје и у случајевима када је у основном послу уговорено плаћање путем документарног акредитива, као и случајевима када је као средство обезбеђења уговорено издавање банкарске гаранције.

У *првом случају* документарни акредитив по захтеву увозника отвара уговорена банка у његовој држави, а потврђује га банка у извозничковој држави која касније постаје и форфетер. Потраживања из документарног акредитива су подесна за форфетирање (пренос) само ако је реч о акредитиву са одложеним плаћањем и ако је овлашћена банка прихватила поднете документе као саобразне. Овде долази до конфузије захтева (корисника акредитива према конфирмирајућој банци) и обавезе (конфирмирајуће банке према кориснику), тј. захтев ће бити угашен овом конфузијом.¹³ На основу преноса (форфетирања) потраживања конфирмирајућа банка, уместо солидарног дужника по основу акредитива, постаје поверилац издавачке (акредитивне) банке.

У *другом случају*, ако је уместо авала дата банкарска гаранција у посебном документу као средство обезбеђења да ће акцептант или издавалац промисорне ноте исплатити менични дуг, садржина обавезе банке гаранта је одређена искључиво самом гаранцијом, па се према гаранту не могу постављати било какви захтеви који потичу из основног посла. Проблеми могу настати у случају кад извозник као корисник гаранције по основном послу, посебно гаранције по позиву или на први позив, пренесе исту форфетеру. И овде долази до конкуренције и

¹³ Н-У. Jaeger, н. дело, стр. 307.

конфузије права и обавеза лица које је истовремено и корисник самосталне (апстрактне) банкарске гаранције и форфетер.

3. Правна природа и правни односи код уговора о форфетирању

Правна природа. Уговор о форфетирању у ужем смислу, као однос између извозника и форфетера, представља *есконт*. Форфетер есконтује извозникова недоспела потраживања садржана у вученој меници или промисорној ноти уз плаћање одређеног износа у коме је као дисконт одбијен ризик, који форфетер преузима у погледу наплате јер нема право регреса према извознику, као и његова зарада. Есконт у суштини представља *уговор о кувовини специфичне робе* - недоспелих потраживања, као што је био случај и код уговора о факторингу. Међутим посао форфетирања, осим сличности, има и бројне разлике у односу на факторинг и есконт.

У односу на факторинг, разлике се састоје у следећем:¹⁴

Уговором о факторингу се откупљују краткорочна потраживања која доспевају између 90 и 120 дана, док форфетер откупљује средњорочна и дугорочна потраживања из уговора о продаји.

Код форфетирања се пренос права и обавеза врши путем трасиране менице коју извозник као трасант вуче на увозника који је и акцептант, док је извозник ремитент или корисник. Код факторниг посла се преносе потраживања која нису садржана у преносивим хартијама од вредности, већ су у питању књиговодствена потраживања настала по основу извршеног уговора о продаји робе или услуга.

Споразум о форфетирању је по правилу јединствени уговор заснован на основном послу. Код факторинг посла се обично прво закључује глобални или оквирни споразум о глобалној цесији на основу кога клијент у дужем временском периоду на различите начине преноси конкретна потраживања на фактора.

У форфетинг послу се обично откупљују већа потраживања, која по правилу нису испод 100.000 евра чија вредност о доспелости није испод 25.000 евра, док фактор откупљује много мање износе који су у просеку између 1000 и 2000 евра по једној факури.

Код форфетирања је ризик наплативости у потпуности пребачен на форфетера који ни у ком случају нема право на повратни или регресни захтев према извознику у случају да не наплати откупљено потраживање - вучену меницу или промисорну ноту. Код факторинг посла ризик ненаплате зависи од врсте уговора о факторингу. Фактор се само код

¹⁴ Jaeger, н. дело, стр. 282-283.

уговора о правом факторингу у потпуности одрекао регресног захтева, док га је у осталим случајевима задржао.

Факторинг организација свом клијенту осим откупа пружа и друге услуге које се односе на одржавање и наплату корисниковог потраживања према дужнику из основног посла, док је у форфетинг послу ова функција није од значаја јер се послује по појединачним конкретним пословима.

Форфетер може закључити форфетинг посао и када се извозник и увозник налазе на територији у државама изван његове државе. У случају извозног факторинга, факторинг компаније је често спремна да прихвати факторинг посао само ако у послу учествује и факторинг компанија у земљи увозника.

У односу на *посао есконџа*, код кога се менице откупљују са правом регреса, основна карактеристика форфетирања и кључна разлика је одсуство права на регрес.

Правни односи у послу форфетирања. Правни посао форфетирања у ширем смислу обухвата укупност односа који постоје између лица која у њему учествују: форфетисте, форфетера и уступљеног дужника.

Однос који постоји између уступљеног дужника и форфетисте, који се означава као *основни посао*, не чини уговор о форфетирању нити посао форфетитрања у ужем смислу, већ објашњава разлоге како је потраживање настало и због чега је пренето на форфетера. То је, по правилу, врста уговора о међународној продаји робе на кредит у коме је купац преузео обавезу да плати цену у неком каснијем року, након испоруке. У основном послу уговорне стране могу уговорити и да ће купац цену платити неком трећем лицу (форфетеру) и да ће у циљу обезбеђења обезбедити договорена средства обезбеђења: давање меничног јемства, гаранције или документарног акредитива. Такво потраживање продавац из основног посла онда продаје трећем лицу – форфетеру са циљем да га одмах наплати и ослободи се ризика неизвесности касније наплате и са том намером закључује уговор о форфетирању или посао форфетирања у ужем смислу речи. Иако уговор о форфетирању у економском смислу вуче корене из основног посла, он је правно самосталан и одвојен од основног посла. Он је утолико повезан са основним послом јер за предмет има потраживање у износу који је једнак цени из основног посла. Међутим, након што форфетиста на основу процене ризика и зараде коју може остварити куповином таквог потраживања закључи уговор о форфетирању са форфетистом, овај уговор има самосталну правну судбину и одређени степен апстрактности у односу на претходни посао. *Ајсџиракџиносџи* или правна одвојеност и независност од основног посла се постиже посебним начином на који се преноси потраживање из основног посла: вученом или сопственом меницом. Уговором о форфетирању дужник из основног посла добија новог повериоца, па ће уместо продавцу свој дуг о доспелости измирити форфетеру. Како се, у принципу, за промену повериоца не

захтева сагласност нити одобрење дужника, осим да буде обавештен, то он и не може утицати на то нити има посебног интереса да забрани пренос потраживања (*pactum de non cedendo*). Тако настали уговор између фотетисте и форфетера је двострано обавезујући у коме обе стране преузимају права и обавезе у складу са општим правилима облигационог права и посебним правилима аутономног права. Основна обавеза форфетера је да плати цену, да правно заштити фотетисту од регресног захтева трећих лица, да сам не истиче регресни захтев, и да цену исплати на договорени начин.¹⁵ Ове обавезе форфетер мора испуњавати појачаном пажњом – доброг привредника, тј. банкара. За узврат, форфетер има право на будуће потраживање, заједно са припадајућим каматама и споредним правима, право на средства обезбеђења у вези потраживања и право на документацију која је неопходна за стицање и одржавање потраживања. Форфетер има право и на награду за предузети посао у коју су укључене разне провизије, есконтна камата и премија осигурања. Осим тога, форфетер има право и накнаду насталих трошкова који нису обухваћени наградом, а зарада му се састоји у есконту који се уговара у проценту од уговорене суме. Према уступљеном дужнику, форфетер има право да захтева исплату потраживања у року и у износу како је одређено у основном послу. Због апстрактности уговора о форфетирању као и због чињенице да је потраживање постало подесно за пренос, уступљени дужник нема право да према форфетеру истиче приговоре засниване на неиспуњењу или на делимичном испуњењу уговора од стране фотетисте. Подесност за пренос или форфетирање се заснива на чињеници да је фотетиста у целости испунио своје обавезе из основног посла.

Основна обавеза фотетисте је да на уговорени начин пренесе на форфетера продато потраживање, да пренесе и сва припадајућа права (камату, средства обезбеђења и споредна права) и потребну документацију. Осим на исплату договореног износа, фотетиста има и право на заштиту од стране форфетера у случају регресног захтева од стране трећих лица – каснијих титулара потраживања.

Однос између форфетера и уступљеног дужника се фактички успоставља закључивањем уговора о форфетирању о коме је обавештен уступљени дужник. То није уговорни однос, већ однос настао променом повериоца и заснива се на чињеници да је пренос потраживања или био уговорен у основном послу и што није предвиђена забрана преноса потраживања. У овом односу уступљени дужник има само обавезе, а форфетер само права. Основна обавеза уступљеног дужника је да форфетеру у свему исплати цену из основног посла као што би то учинио повериоцу – фотетисти. Стога се уступљени дужник не може ослободити ове обавезе исплатом цене фотетисти, већ само форфетеру. У погледу

¹⁵ С. Царић и Ф. Хрибовшек, н. дело, стр. 328.

приговора који му стоје на располагању према форфетеру, већ је речено да због посебне врсте апстрактности уступљени дужник не може истицати приговоре у вези са извршењем основног посла, да потраживање није настало, да је застарело, да је враћено или да је измирено. По правној природи, обавеза уступљеног дужника је *обавеза цезуса*, када је пренос извршен цесијом потраживања, или *обавеза меничног дужника* (акцептанта вучене менице или издаваоца сопствене менице) када је пренос потраживања извршен према меничном праву. Ако је, пак, уступљени дужник, издао средства обезбеђења, онда ће форфетер према даваоцима обезбеђења наступати у погледу наплате потраживања као према уступљеном дужнику. Тако, на пример, када је потраживање обезбеђено меницом, форфетер индосаментом постаје ималац менице (менични поверилац) и стиче непосредно право да од даваоца обезбеђења (авалисте) наплати менични износ о доспећу.

4. Врсте форфетинг послова

Послови форфетирања се обично деле према средствима обезбеђења будућег потраживања на послове који су обезбеђени меницом, банкарском гаранцијом, неопозивим документарним акредитивом и форфетинг књиговодствених или необезбеђених потраживања.

Код уговора о форфетирању који је обезбеђен меницом, пренос потраживања се врши преносом менице форфетеру. Меница може да буде вучена, коју издаје форфетист и вуче је на уступљеног дужника који је акцептира и враћа је форфетисти, или сопствена, коју уступљени дужник издаје према условима из основног посла. У оба случаја форфетиста постаје ремитент менице у коме је садржано његово потраживање које намерава да прода форфетеру. Продаја потраживања се врши преносом менице на форфетера индосаментом, али са клаузулом "без регреса". Да би таква меница била прихваћена у међународном промету, будући да као главни менични дужник постоји само уступљени дужник, тражи се авал познате банке или се уговора издавање гаранције за исплату меничне суме о доспелости. У том случају, форфетеру одговара и уступљени дужник и авалиста. Што се тиче положаја форфетисте, он се клаузулом "без регреса" ослободио меничне обавезе према форфетеру, али не и према каснијим савесним имаоцима менице, као трасант. Стога у уговору о форфетирању мора стипулисати обавезу форфетера не само да он сам неће користити право регреса, него и да ће га заштити од регреса трећих лица – наследника форфетера. Међутим, у питању је уговорно, а не менично право па се због ове "непрактичности у послу форфетинга скоро увек уговара сопствена меница."¹⁶

¹⁶ E. Kissner, K. Feinen und H. Bitmann, Fofaiterung, Leasing, Factoring im Auslandsgeschaef, Frankfurt/M, 1982, стр. 23.

Код форфейтинга књиговодствених потраживања која су обезбеђена банкарском гаранцијом, неописивим документарним акредитивом или гарантним кредитним писмом, добијањем ових инструмената и ступањем на место корисника гаранције или корисника акредитива или гарантног писма форфетер стиче апстрактна потраживања посебне врсте према њиховим издаваоцима и на тај начин се осигурава од приговора из основног посла, док се форфетиста обезбеђује од регресних захтева. Наведене инструменте обезбеђења плаћања форфетеру предаје форфетиста заједно са преносом потраживања или се обавезује да их обезбеди уз продато потраживање, мада је њихово издавање стварно обезбедио уступљени дужник извршавајући своје обавезе из основног посла.¹⁷

Код форфетинга књиговодствених (необезбеђених) потраживања, форфетиста продаје књиговодствена потраживања тако што даје изјаву којом гарантује за постојање потраживања у моменту преношења на форфетера. И поред тога што је могуће и прибављање потврде од уступљеног дужника да потраживање заиста постоји, за форфетера није решено питање бонитета нити могућности истицања приговора из основног посла.

Prof. Dr. Radovan Vukadinovic,
a full-time professor

FORFEITING IN INTERNATIONAL TRANSACTIONS

Forfeiting represents relatively new form in the autonomous International Business Law, created in the business practice in the middle of last century. However, despite the implementation over several decades, contract on forfeiting have never been regulated either in the international sources of law or in the national legal systems. That is why in the concrete cases either the rules from similar matters or the accepted special business rules are applied, which are contained in the general business terms and formal contracts of big forfeiting companies. It is the reason for putting the special emphasis on the issue of legal nature of forfeiting, apart from the basic contract elements, as well as to on the issue of ways of transferring the liabilities.

¹⁷ Детаљније, С. Царић и Ф. Хрибовшек, н. дело, стр. 364-366.

*Др Душица Палачковић,
редовни професор*

UDK: 349.2:341.645.5(4-672EU)

СУД ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА СЛУЖБЕНИЧКЕ СПОРОВЕ (*European Union Civil Service Tribunal*) - надлежност и општа правила тока поступка

У сложеној структури, односно унутрашњој организацији Суда правде европских заједница, која директно коинцидира његовој надлежности, препознају се три, могло би се рећи, инстанциона сегмента - Суд правде у ужем смислу, Суд прве инстанце и, временски последњи установљен - Суд за службеничке спорове. Наиме, Уговор из Нице је, изменом чланова 220. и 225а Уговора о оснивању европске заједнице, омогућио формирање (одлуком Савета) тзв. "судских панела", односно специјализованих судских тела¹ или посебних судских већа, односно одељења.² Као први такав суд настао је 2004., а почео са радом 2005., Суд за службеничке спорове (*European Union Civil Service Tribunal*). Друга област у којој би судила оваква тела, односно трибунали, према овлашћењу члана 229а Уговора о оснивању европске заједнице, јесу спорови у области заштите права индустријске својине.

Поменути одредница "инстанциони сегменти" није сасвим тачна. Наиме, неке директне тужбе против институција заједнице и даље су резервисане, односно у искључивој надлежности Суда правде у ужем смислу, као суда првог и последњег степена.³ Ипак, чињеница да се Суд прве инстанце све

¹ Мисита, Основи права ЕУ, Сарајево, 2007., стр. 644.

² Станивуковић, Појединац пред судом европских заједница, Београд, 2007., стр. 22.

³ Као правосудног тела, а не у смислу Институције Заједнице у целини. Тако је, на основу Уговора из Нице и Статута Суда правде (чл. 51.) могуће констатовати да су у искључивој надлежности Суда правде у ужем смислу:

- спорови по тужби држава чланица против Европског парламента и (или) Савета, а поводом законитости правних аката (осим оних чија је функција чисто спровођење, извршење) али обухватајући и тужбе држава чланица против Комисије и Европске централне банке (мада су они, начелно, у надлежности Суда прве инстанце) ако се отвара питање законитости;

- спорови по тужби држава чланица против Европског парламента и (или) Савета поводом пасивног става (чл. 230. и 232. Уговора о ЕЗ);

- спорови по тужби држава чланица против Комисије, а који се односе на механизам појачане сарадње (чл. 11а Уговора о ЕЗ), такође, на основу чл. 51. Статута Суда правде;

више профилише као првостепени суд опште надлежности и виши суд који поступа по жалбама на одлуке Суда за службеничке односе, допушта претходни закључак.

1. Карактер и надлежност Суда за службеничке спорове - У погледу правне квалификације Суда за службеничке односе могло би, заправо, поћи од два потпуно опречна става, али је, ипак, сасвим тачно да то неће значајније практичне импликације. Наиме, овај Суд је настао као тзв. судски панел (*judicial panel*), што би могло значити посебно "веће", али и посебно "одељење",⁴ што свакако, упоређујући са значењем које ови термини (али и тела која их носе) имају на националном нивоу, па и код нас, није идентично.

Наиме, у моменту оснивања, 2004,⁵ ово тело одређено је као панел који је прикључен Суду прве инстанце за спорове између званичних службеника и административног особља заједница и институција ЕУ са седиштем у Суду прве инстанце. Свакако да је тада било елемената за закључивање да је реч само о посебном одељењу у суду прве инстанце, специјализованом за одређене врсте спорова, што је и наче опште одређење судских одељења. Већ тада је установљен, међутим и његов званичан назив, задржан до данас, при чему је направљена разлика па је он "трибунал" за разлику од Суда правде у ужем значењу и Суда прве инстанце, који суд "судови" (*court*).

Ипак, најновија европска регулатива, посебно чињеница да је у Статут Суда правде укључен посебан Анекс, насловљен управо "*The European Union Civil Service Tribunal*", те да је овај Анекс део Протокола о Статуту Суда правде и да је њиме утврђена не само надлежност већ и да садржи низ посебних одредби о судијама, председнику, начину именовања судија, положају председника као и један део чисто процедуралних правила, говорио би у прилог закључивању да је реч о посебном судском телу, односно сасвим је сигурно да није реч о посебном већу у Суду прве инстанце.

Такође, чињеница да су 2007. усвојена и посебна Правила процедуре за овај Трибунал,⁶ те да су она адоптирана у Уговор о ЕЗ и Уговор о Евроатом-у, а посебно низ специфичних решења које ова Правила садрже, допушта закључивање да се овај Трибунал конституише као засебно тело, односно специјализовани суд првог степена. Уосталом, и Суд прве инстанце је по сличном поступку фундиран у комунитарну правосудну структуру.⁷

- међусобни спорови институција Заједнице, укључујући и Европску централну банку.

⁴ Ове термине користи Станивуковић (види фус-ноту 2. у овом Раду)

⁵ *Council Decision of 2. November 2004, establishing the European Union Civil Service Tribunal, OJ L 333, 09/11/2004 P, 0007-0011*

⁶ *Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal, of 25. July 2007., OJ L 225/1 of 29.08.2007.*

⁷ Мисита, *op. cit.*, стр. 679.

Чланом првим Анекса Статута Суда правде одређено је да Суд за службеничке спорове поступа као првостепени орган у споровима између заједница (односно институција заједница) и њихових службеника и особља, предвиђених чланом 236. Уговора о оснивању Европске заједнице и чланом 152. Уговора о оснивању Европске заједнице за атомску енергију, укључујући спорове између било ког тела или агенције и њиховог особља када је јурисдикција Суда правде унапред прихваћена (уговорена⁸).

У ове спорове, пре свега, спадају радно-правни спорови, односно спорови о радно-правном статусу службеника (особља), као што су спорови о зарадама (накнадама) особља, напредовању у каријери, одабиру, односно пријему кадрова, дисциплинским мерама. Такође, то су и спорови који проистичу из примене правила система социјалне заштите, као што су они који настају у вези болести и боловања, старости, инвалидитета, несрећа на послу, у вези породичних додатака и др. Могло би се говорити да поступа у споровима тзв. пуне јурисдикције (неисплате накнада, нпр.), али и осталим споровима који проистичу из активности или пасивног односа комунитарних институција према службеницима и особљу, али нема овлашћење да поступа доноси неопходне одлуке у име комунитарних институција. Практично, његова одлука садржи налог надлежној комунитраној институцији како да својим поступањем отклони повреду права.⁹

У погледу странака, као тужиоци могу се појавити и неке специфичне категорије запослених, посебно у *Europol*, *Eurojust*, *ECB* и *ОНИМ*. Ограничење његовој надлежности јесте да не поступа и не одлучује у споровима између националне администрације и њених запослених.

2. Састав Суда за службеничке спорове - Чланом 2. Анекса Статута Суда правде предвиђено је да Суд за службеничке спорове има седам судија. Прве судије изабране су од стране Савета 2005.¹⁰ Истим чланом предвиђена је и могућност да се, по предлогу Суда правде, од стране Савета повећа број

⁸ Мисита, *op.cit.*, стр. 681. *Rules of Procedure of the European Union Civil Service Tribunal*,

⁹ Мисита, *op. cit.*, стр. 887., односно одлука Суда у случају *Verzyck/Commission of the European Communities*, Case 225/82, *European Court reports 1983, Page 01991*, <http://eur.lex.europa.eu>, при чему је Суд у Одлуци утврдио "*The Court cannot, without encroaching upon the prerogatives of the administration, order a community institution to adopt the measures necessary for the enforcement of a judgement by which a decision refusing to admit a candidate to a competition is annuled*".

¹⁰ Одлука 05/577/ ЕС, *Euroatom*, при чему су сви бирани на период од шест година, али је, у складу са одлуком о оснивању суда, жребом одлучено које троје судија ће вршити дужност само три године, како би се испоштовала пракса Суда правде да се сваке три године бира један број судија.

судија. Избор се врши на период од шест година уз могућност поновног избора.¹¹

Посебност у односу на опште принципе избора судија Суда правде представља нужност аплицирања од стране самих кандидата, који, уз то, морају бити држављани држава чланица и у потпуности испуњавати услове из чл. 225а (4) Уговора о оснивању ЕЗ и чл. 140б(4) Уговора о оснивању Евроатома. Избор се врши после консултовања Комитета, који је предвиђен истим, односно чл. 3(3) Статута Суда правде, а који има седам чланова изабраних од стране Савета, квалификованом већином, а из реда ранијих судија Суда правде у ужем смислу и Суда прве инстанце, као и Суда прве инстанце, као и познатих правника (*lawyers of recognised competence*). Такође, исти чл. 3(3) Анекса Статута Суда правде предвиђа да и правила поступања Комитета, односно његов Пословник доноси Савет, на препоруку Председника Суда правде, такође квалификованом већином.

Специфичност у поступку избора судија Суда за службеничке спорове је и да се при избору у највећој могућој мери успостави равнотежа, односно општа заступљеност у географском, односно националном смислу, али и уз поштовање потребе заступљености различитих националних правних система.¹² Комитет предлаже Савету листу од најмање двоструког броја потенцијалних судија, односно кандидата. При формулисању листе, односно свог мишљења, Комитет, водећи првенствено рачуна о будућим дужностима судија овог суда предлаже најискусније. Пре ступања на дужност судије полажу заклетву, служба им почиње даном који је одређен у одлуци о избору, а дужни су и да потпишу, одмах по полагању заклетве, изјаву да ће за време вршења судијске дужности поштовати обавезе које им се одреде, посебно дужност поштеност, часног поступања и чувања тајности података после завршеног мандата. Из реда судија Суда за службеничке спорове бира се Председник овог суда, на период од три године, уз могућност реизбора.¹³

Суд поступа у конкретним споровима по правилу у већу од троје судија, а у складу са Правилима поступка, може заседати у пуном саставу (пленуму), у већу од пет судија, али може поступати и судија појединац.¹⁴ Редовни састав је трочлано веће. Када сложеност правног питања, важност случаја или специјалне околности (чињенице) то условљавају, случај се уступа на разматрање и одлучивање пленуму или већу које чини пет судија. Одлуку о уступању доноси пленум, на предлог већа које поступа у правној ствари или било ког члана, који може бити поднесен у било којој фази поступка.¹⁵

¹¹ Види Art. 2. Анекса Статута Суда правде

¹² Види Art. 3(1) Анекса Статута Суда правде

¹³ Види Art. 4(1) Анекса Статута Суда правде

¹⁴ Види Art. 4. Анекса Статута Суда правде и Art. 10, 12, 13, 14. Правила поступка Суда за службеничке спорове

¹⁵ Види Art.13/2. Правила поступка

Супротно томе, када је правна ствар дата у надлежност трочланог већа, судија известилац може преузети вођење спора и доношење одлуке као судија појединац, уколико је то погодно, а водећи рачуна о томе неме тешкоћа у правним или чињеничним питањима, да је лимитиран значај предмета спора и да нема посебних околности у односу на предмет спора. Ипак, судија појединац не може поступати у предметима у којима се отварају питања законитости аката генералне важности (односно примене - општим актима). И ова промена могућа је било којој фази поступка, по одлуци већа, а уз претходно саслушање странака. Уколико је такав судија појединац одсутан или спречен да поступа, Председник већа ће одредити другог судију. Такође, могуће је и да, услед промене околности које су условиле преношење надлежности на судију појединца, односно када он нађе да услови више не постоје (а они су кумулативни), правну ствар врати већу.¹⁶

Пленумом и петочланим већем руководи Председник Суда за службеничке спорове, али и трочланим већем коме је додељен (чл. 7. Правила), док председника већа у другим случајевима бирају сви чланови већа тајним гласањем, на начин предвиђен за избор Председника Суда.¹⁷

Дужности председника већа, који има и заменика, су да управља свим судским пословима свог већа и да председава у заседању и саветовањима (на затвореној седници).

Одлуке о избору Председника суда и Председника већа објављују се у службеном гласилу ЕУ (*Official Journal of European Union*).

3. Секретар, секретаријат, службеници и особље Суда за службеничке спорове - Суд има Секретара и секретаријат. Секретара (*Registrar*) именује Суд после одлуке која се доноси на начин одређен за избор Председника суда.¹⁸ При томе, о свим кандидатима, односно њиховим апликацијама, Председник Суда мора, две седмице пре седнице на којој се гласа, обавестити све судије. Име изабраног Секретара одјављује се у службеним гласилу ЕУ, бира се на период од шест година, може бити поново биран, а полаже и заклетву пре ступања на дужност. Секретар може бити смењен уколико више не испуњава услове или не испуњава своје службене дужности, а у раду му помаже асистент кога бира Суд, и који, као и сам Секретар, поступа по Инструкцијама које доноси Суд и које се, такође, објављују у службеном гласилу.¹⁹ Дужности Секретара су асистирање (помоћ) Суду, Председнику суда и судијама у вршењу њихових обавеза. Одговоран је и за рад Писарнице (*Registry*), али под контролом Председника

¹⁶ Види Art. 14. Правила поступка

¹⁷ Види Art. 11/1 Правила поступка, у вези са Art. 6/3. ових Правила

¹⁸ Види Art. 15., посебно 15/3, у вези са Art. 6/3. Правила поступка

¹⁹ *Instructions to the Registrar of the European Union Civil Service Tribunal*, 19.September 2007, OJ I 249/3

Суда, а одговара за веродостојност аката, пријем, одашиљање и чување документације, односно руководи радом свих служби суда и одговоран је за њихов ефикасан рад у складу са Правилима процедуре Суда за службеничке спорове. Суд, на предлог председника, доноси инструкције за његов рад које се публикују у службеном гласилу ЕУ.²⁰

У Секретаријату Суда се води и регистар у коме се бележе сви списи и документа која су им приложена (пратећа документација). Свако правно заинтересовано лице има право увида у регистар и преузимања копија или сажетака уз плаћање по тарифи која је одређена од стране Суда, на предлог Секретара. Странке, пак, уз то, имају право копирања списка, наредби и одлука, али трећа лица, приватна или јавна, могу приступити списима правне ствари (*case-file*) или процесној документацији само уз ауторизацију од стране Председника, уз претходно саслушање странака и детаљно образложење легитимног интереса који за такво шта имају трећа лица.²¹

Службеници и особље Суда чија је дужност да асистирају директно Председнику Суда, судијама или Секретару постављају се у складу са Уредбом о службеницима,²² полажи заклетву, а Секретар је одговоран за њихов рад, под надзором Председника Суда, а уз помоћ одговарајућих департмана Суда правде и Суда прве инстанце.

4. Поступак пред Судом за службеничке спорове - Овом поступку, према Уредби о службеницима, претходи или одлучивање у оквиру одређене комунитарне институције или њено непоступање, односно пасиван став онда када је била дужна да поступа или одлучује.

4.1. Претходни поступак - Поступку пред Судом за службеничке спорове претходи поступак у самој институцији ЕУ, односно пред телом које је у оквирима институције надлежно за решавање по апликацији или захтеву службеника, особља, потенцијалног будућег службеника и др.²³ Упоредјујући одредбе Уредбе о службеницима које се односе на овај, претходни поступак, и предмет спора пред Судом за службеничке спорове може се закључити да је претходни поступак заправо процесна претпоставка (позитивна) за допуштеност апликације пред Судом за службеничке односе.²⁴ Рокови су стриктно одређени (три месеца за апликацију и четири за доношење одлуке од стране надлежног органа), а услов обраћања Суду је незадовољство

²⁰ Види Art.19. Правила поступка

²¹ Види Art. 20. Правила поступка

²² Ова Уредба донесена је у изворном, првобитном тексту 1968. (*Уредба 259/68/EEC, Euroatom, ECSC, OJ Spec.Rd.I,30*), а значајније измене извршене су 2004., Уредба 723/2004/EC, *Euroatom, OJ L 124/1/04*.

²³ Види Art. 90., 91(2) *Staff Regulations*

²⁴ Мисита, *op.cit.*, стр. 889., у овоме, пак, препознаје "тзв. принцип паралелизма или принцип идентичности захтева".

службеника, негативан резултат²⁵ по члана особља или, нпр., лица које је аплицирало за запослење, донесеном одлуком. Претходни поступак има одлике поступка "мирења", односно настојања да се спор споразумно реши. И незаконитост претходне процедуре као и непоступање надлежног тела ком, унитарне институције у предвиђеном року могу бити разлог обраћања Суду за службеничке спорове. И претходни поступак је двостепен - жалба је могућа у року од три месеца од достављања спорне одлуке.²⁶

4.2. *Поступак пред Судом за службеничке спорове* - Овај поступак има, у начелу, две фазе - писану и усмену фазу.

4.2.1. *Писана фаза* - Према одредби чл. 20. Статута Суда правде, писана фаза састоји се у писаној комуникацији странака коју омогућава Секретар суда на начин и у роковима које одређују Правила процедуре Суда правде у ужем смислу или остала два Суда. Односно, њену садржину чини омогућавање размене захтева, изјава, одбрамбених поднесака и примедби, односно приговора. Писана фаза према Правилима процедуре Суда за службеничке спорове (*written procedure*) обухвата предају, односно пријем захтева²⁷ и поднеска противне стране (туженог), као и, у складу са применом чл. 41. Правила процедуре овог Суда, поновљене поднеске тужиоца и тужене стране. При томе Председник одређује датум или рок у коме се мора извршити предаја (подношење). Оригинал сваког поднеска мора бити потписан (потврђен) од стране представника странака (агента, саветника или адвоката). Оригинални поднесак, са свим потребним анексима, предаје се уз пет копија за Суд и по једну копију за сваку другу (противну) странку. Свака копија мора бити потврђена од стране подносиоца и на свакој се бележи датум предаје Секретаријату који је једини релевантан за оцену одржања прописаних рокова у поступку.

Сви списи се одлажу у посебан омот досије (*file* - регистар) хронолошким редом уз састављени попис (*listing*).

Сматраће се да су копије потписаних оригинала поднесака и пратећих докумената, које су Суду предате на начин, односно техникама које прихвата Суд, прихватљиве, уколико потписани оригинал буде предат суду у року од десет дана после пријема копије.²⁸ Суд прописује критеријуме које мора

²⁵ *Ibidem*,

²⁶ Видети више, Мисита, *op.cit.*, стр.887-888.

²⁷ Правила поступка користе термин *application*, дакле молба или захтев, док Уредба о службеницима користи израз *appeal* (види *Art. 91.*), односно у дословном преводу жалба, али нема сметњи да се користи и термин тужба с обзиром на карактер Суда и поступка (види нпр. *Art. 33.* или *35.* Правила процедуре).

²⁸ Види *Art. 34/6.* Правила поступка, али без права на продужење рока у субјективном року од десет дана који предвиђа у осталим случајевима прописаних рокова *Art. 100/3* Правила

испунити документ предат у електронској форми да би се сматрао оригиналом.

Тужба мора да садржи: име и адресу подносиоца (апликанта, тужиоца), опис и адресу овлашћеног потписника, одређење противне стране (туженог), предмет спора и предлог одлуке коју апликант захтева од Суда, правни основ спора и аргументе чињеничне и правне природе којима поткрепљује тврдњу, односно захтев, а када је то прикладно, односно примерено, прилажу се и докази којима се потврђују тврдње.²⁹

Када је то прикладно (потребно) апликацији се прилаже и одлука комунитарне институције чије се укидање тражи и притужба којом је покренут претходни поступак и одлука надлежног органа комунитарне институције по притужби, уз ознаке датума када је притужба поднесена и када је одлука објављена.³⁰ За потребе поступак апликација садржи и адресу на коју се врши достављање, а која је у месту суда, и име особе која је овлашћена за пријем достава, или било који технички начин комуникације прихватљив за Суд, а са којим је представник апликанта сагласан у прихватању достава, или други метод преноса при достави. Уколико апликација не садржи ни један од претходно побројаних начина за доставу свака достава странци важна за процедуру биће пуноважна, ако грешка не буде отклоњена, када се заведе писмено адресовано на представника странке. Адвокат апликанта мора поднети Секретаријату сертификат о претходно одобреној пракси пред судом државе чланице или друге државе чланице *European Economic Area*.

Тужба се подноси у року од три месеца од достављања одлуке комунитарне институције или протекла рока за доношење одлуке. Изузетак, предвиђен чл. 91(4) Уредбе о службеницима, односи се на ситуације када се захтева и доношење одлуке о спречавању извршења аката комунитарних институција, као и у случају предлога за изрицање привремених мера.

С обзиром на надлежност Суда за службеничке спорове, односно на предмет спора, активну легитимацију имају сами запослени (или апликанти за запослење, нпр.), а не и трећа лица, односно ни чланови породице службеника, члана особља или кандидата, нпр.³¹

Уколико апликација не садржи име и адресу апликанта, податке и потпис о потписнику, податке о противној страни, акт чије се укидање захтева,

²⁹ Види Art. 35/1 Правила поступка

³⁰ Види Art. 35/2 Правила поступка, у вези Art. 90/2 Уредбе о службеницима.

³¹ О овоме је свој став Суд за службеничке односе заузео у одлуци у случају *Fournier/Commission of the European Communities, No 114-117/79, of 7 May 1980, European Court reports 1980, Page 01529*, односно да чланови породице службеника у спору за накнаду штете настале услед противправних услова запошљавања службеника није прихватљива (није допуштена, *inadmissible*), <http://eur-lex.europa.eu>

захтеване податке о претходној процедури у комунитарној институцији или у Секретаријат није депонован сертификат адвоката, Секретар ће одредити да се разумном времену изврше нужне допуне. Уколико то не буде учињено у одређеном року апликација се сматра формално недопуштеном.³²

Апликација се доставља противној страни, односно туженом, а у случају када је захтевана допуна, тек пошто Суд процени њену допуштеност после достављања допуњене апликације у остављеном року. У службеном гласилу објављује се датум подношења, странке, предмет спора и опис поступка и предлог одлуке коју апликант тражи.³³

Када је поступак инициран предајом апликације, Председник Суда за службеничке спорове додељује предмет једном од трочланих већа. Председник већа, потом, предлаже Председнику Суда једног судију кога ће именовати као Судију-известиоца.

Тужена страна мора одговорити на тужбу у року од два месеца од достављања тужбе, а одговор мора да садржи: име и адресу туженог, опис и адресу потписника, предлог одлуке коју тужени захтева, правни основ и чињенична и правна питања која сматра релевантним, а када је то прикладно, подnose се и докази који су понуђени за извођење. Примењују се и поменута правила о достављању (из чл. 35/3,4. Правила), сертификату адвоката туженог, а рок за предају одговора може бити продужен од стране председника на основу оправданог предлога туженог.

Уколико Савет Европе или Европска комисија нису непосредно странке у спору, Суд им доставља копије апликације и одговора на тужбу.³⁴

У складу са одредбом чл. 7/3. Анекса Статута Суда правде, Суд може одлучити, по службеној дужности или по образложеном предлогу апликанта, да се настави писана комуникација странака још једном разменом писаних поднесака странака у циљу допуне документа. На основу исте одредбе Анекса, у споразум, сагласност странака, могуће је да Суд после овог обнављања одлучи и без усмене расправе.³⁵

Нови приговори правне природе, односно отварање нових правних питања (*new plea in law*) није допуштено после прве размене поднесака, изузев уколико су засновани на праву или чињеници која је сазната (изашла на видело, *come to light*) у току поступка. Уколико у току поступка једна од странака покрене ново правно питање, односно истакне приговор,

³² Види Art. 36. Правила поступка. У складу са већином националних парничних закона овде је, такође, реч о недопуштеној тужби која би морала бити одбачена решењем.

³³ Види Art. 37. Правила поступка

³⁴ Види Art. 41. Правила поступка, како би им омогућио оцену применљивости акта који су донели с позивом на Art. 241 EC Treaty и Art. 156 EAEC.

³⁵ Види и Art. 48/2. Правила поступка

председник може одредити рок да друга страна одговори. Разматрање прихватљивости оваквих приговора резервисано је, ипак, за коначну одлуку.

У поступку се примењује и принцип заштите података о личности странака и других учесника у поступку и заштите поверљивих информација при разгледању докумената од стране противника и публиковању докумената правне ствари.³⁶

ПРЕЛИМИНАРНИ ИЗВЕШТАЈ саставља, односно подноси већу судија-известилац, у року који му, после финалне размене поднесака, одреди председник. Извештај садржи предлоге, односно препоруке као што су оне о мерама процесно-правне природе, односно организације или вођења самог поступка (*measures of organisation of procedure*), затим мере у истражном, односно доказном поступку (*measures of inquiry*), могућност за закључење поравнања, односно мирно решење спора као и да ли случај треба поверити Суду у пуном саставу, петочланом већу или судији-појединцу. Одлуку о примени предложених мера доноси суд.

Могуће је, такође, спајање два или више случајева који су међусобно повезани, по претходном саслушању странака (није, очигледно, битна сагласност). Одлука се може донети у било којој фази поступка, а условљава је интерес остварења правде (*of the proper administration of justice*). Могуће је и раздвајање спојених поступака. Председник о спајању и раздвајању обавештава Суд. Уколико су случајеви додељени различитим "формацијама" суда, Председник Суда ће извршити доделу правне ствари после спајања. Разгледање свих списа спојених случајева у Секретаријату мора бити омогућено за све представнике странака, уз ограничења у односу на тајна и заштићена документа.³⁷

Редослед поступања одређује се на основу припремљености предмета за усмену фазу поступка, уз могућност да председник, уважавајући посебне околности неког случаја, одреди његов приоритет у односу на остале, као и уз могућност да се поступање у одређеној правној ствари одложи, опет уколико постоје посебне околности правне ствари, посебно уколико постоји могућност (процени се) са би се спор могао решити мирним путем, односно поравнањем странака о предмету спора.³⁸

4.2.2. *Усмена фаза* - Изузев у посебним случајевима које предвиђају Правила процедуре Суда за службеничке спорове и случаја када се после поновљеног писаног комуницирања странака и уз њихову сагласност одлучи да се не одржи усмена расправа, она је правило, односно друга, наредна фаза, у поступку пред овим Судом.³⁹ Председник одређује датум одржавања усмене расправе, а представници странака који не желе да учествују, по

³⁶ Види више Art. 44. Правила поступка

³⁷ Види Art. 45. Правила поступка

³⁸ Види Art. 47. Правила поступка

³⁹ Види Art. 48. Правила поступка

уредном позиву, морају о томе благовремено обавестити Секретаријат Суда, при чему, уколико ни један од представника странака не прихвата да учествује на расправи, суд одлучује да је усмена расправа закључена.⁴⁰

Председник већа (односно судија појединац) отвара расправу, усмерава ток расправе и одговоран је за управљање. Ток и резултати расправе која се у одређеним случајевима одржава без присуства јавности (*in camera*, искључена јавност), не објављују се. Странке могу комуницирати са судом само преко својих представника, а председник већа и судије имају право да постављају питања представницима странака или да позову странке да лично изнесу своје виђење различитих аспеката случаја. Председник већа затвара расправу после саслушања, али суд, односно веће може одлучити да поново отвори расправу.⁴¹

О току расправе, односно свим усменим изјавама секретар води записник чију веродостојност потврђују председник већа и секретар ("*an official record*") који странке могу прегледати и копирати у секретаријату.⁴²

Правила поступка пред Судом за службеничке спорове садрже и низ одредби о организацији поступка и онима које имају за циљ истраживање, односно и доказивање у спорним правним стварима уз општи услов да се њима мора осигурати припрема расправе, спровођење целог поступка и претресање о суштини правне ствари под најповољнијим могућим условима. Мере се могу усвајати и мењати у свим фазама процедуре, а свака странка може, такође у свим фазама поступка, предлагати усвајање или измену већ усвојених мера, организационих и истражних, уз обавезу суда да о тим предлозима обавести противника и захтева његово изјашњење пре коначног прихватања. Када процесне околности, дакле околности појединог случаја то захтевају, судија известилац, или, када је то прикладно, суд, информише странке о обе врсте мера које има намеру да примени и дати им могућност да се о њима изјасне у писаној или усменој форми.⁴³

Циљеви организационих мера су: да гарантују ефикасно управљање (спровођење) писане и усмене фазе поступка као и олакшање извођења доказа; да детерминишу питања о којима странке морају презентовати додатне аргументе или у вези којих је потребно применити истражне мере и разјашњење врсте (форме) одлуке коју странке захтевају (предлажу), њихових правних приговора и аргумената и спорна питања између странака. Посебни облици ових мера су: постављање питања странкама; позив странкама да сачине у писаној форми или да дају усмени изјаву о појединим аспектима поступања; захтев странкама да дају информације или

⁴⁰ Види Art. 50. Правила поступка

⁴¹ Види Art. 51. и 52. Правила поступка

⁴² Види Art. 53. Правила поступка

⁴³ Види Art. 54., Chapter 3, *Measures of Organisation of Procedure and Measures of Inquiry, General Provisions*,

појединости; захтев странкама да поднесу документа или било које "писмено" ("papers") релевантан за случај и позивање странака на седнице.⁴⁴

Посебне мере истраге су: појављивање самих странака пред судом; тражење од трећих лица информација или појединости; тражење од трећих лица да предоче суду документа или било која писмена која су релевантна (у вези са случајем); усмено сведочење; наложити да експерт да своје мишљење (извештај, али искључиво о питањима која му достави суд) и инспекцију (увиђај) места или ствари која су у питању, односно релевантна за правну ствар. Мере одређује суд, о прве три обавештава их секретар Суда док се о осталим доноси посебан налог којим се одређује и које чињенице треба доказати спровођењем поједине мере. Странке имају право да у току ц целог поступка подносе, односно предлажу нове доказе којима побијају или допуњавају претходне.⁴⁵

Prof. Dr. Dusica Palackovic,
a full-time professor

EUROPEAN UNION CIVIL SERVICE TRIBUNAL - jurisdiction and general rules of the procedure

As a new and specialized, or court of specialized jurisdiction, European Union Civil Service Tribunal was established in November 2004, and started to work in 2005. Even though relatively young judicial instance in EU, functioning under the European community court of justice (Court in wider context) it has justified the need for its founding with large number of cases under its jurisdiction, that generally contains disputes between communitarian institutions and their servants i.e. staff.

This Court also has special Rules of Procedure, adopted in 2007, which very precisely way regulate every initiating and court procedure, starting with defining of the Chambers, where the basic is Chamber consists of three judges, the election of the judges, that differs from general rules of Court of justice,

⁴⁴ Види Art. 55. Правила поступка

⁴⁵ Правила поступка пред Судом за службеничке спорове садрже, такође, низ одредби о начину извођења појединих доказа, окончању поступка (поравнање и одлука), застоју и обустави поступка, пресуди и налогу, трошковима, достављању, роковима и неком посебним формама процедуре, али ће то, с обзиром на бројност правила и ограничења обима овог Рада, бити тема неком другом приликом (прим. аутора)

elements of the pleading, the flow of written and oral phase of proceeding, along with necessary elaboration represent the main subject of this work.

Proceedings in front of this Court come after decisions made in the proceedings in front of the different communitarian institutions, and this is necessary condition for pleading in front of the Court. The special character of the subject of dispute in the jurisdiction of this court is a condition for active and procedural ID exclusively for employees and staff members, of EU institutions only.

Many provisions of Rules of procedure are regulating the exchange of applications and responses of the opponents, the possibility of renewed exchange of applications, the role of representative of the parties, the reporting judge, and primarily the measures of organization and flow of oral discussion and inspection measures, or differently speaking, the evidence instruments acceptable in the procedure.

*Др Милена Пејровић,
ванредни професор*

UDK: 341.9

МЕЂУНАРОДНА ЛИТИСПЕНДЕНЦИЈА: РЕШЕЊА СРПСКОГ ПРАВА

1. Увод

Конкурентна међународна надлежност, која је иначе предвиђена за највећи број спорова са страним елементом, даје могућност судовима различитих држава да буду надлежни за један исти спор. Разлог томе се налази у истовременом постојању различитих основа за заснивање надлежности различитих судова. Тако, на пример, за спор који проистекне из једног уговорног односа, суд једне државе може бити надлежан по основу домицила туженог, а суд друге државе по основу места налажења ствари која је предмет спора, или места закључења или извршења уговора, али за тај исти спор може бити надлежан суд земље који су уговорне стране споразумом изабрале. У принципу, оно што је основ за надлежност суда једне државе, није истовремено и основ за надлежност суда друге државе. Међутим, изузеци су увек могући. Тако, на пример, може се десити да судови више држава имају општу надлежност на основу домицила туженог, јер сваки од њих на основу свог националног права оцењује да ли тужени има домицил на њиховој територији. У сваком случају, у споровима за које постоји конкурентна надлежност, на тужиоцу је да се определи ком суду ће поднети тужбу, а његови мотиви, као што ће се видети, могу бити различити.

Овако конципирана, конкурентна надлежност представља идеалну подлогу за позитиван сукоб надлежности, односно за истовремено вођење идентичних парница пред судовима различитих држава што представља двоструку (вишеструку) литиспенденцију. На пример, лице А тужи лице Б пред француским судом, а у истој правној ствари лице Б тужи лице А пред енглеским судом. Такође, могуће је да лице А тужи лице Б и пред француским и пред енглеским судом. Широко је прихваћено међутим, да је вођење паралелних поступака непожељно, с обзиром да оно реално изазива бројне и правне и практичне компликације. С једне стране, посматрано из угла права, због дуплирања судских поступака постоји очигледан ризик да се у истој ствари донесу различите, па чак и контрадикторне одлуке. Овај ризик је сигурно много израженији у поступцима са страним елементом него у чисто домаћим поступцима, будући да сваки суд полази од свог међународног приватног права, што

значи да национална права по коме ће се решавати меритум спора могу бити различита, а у вези са тим и сам исход спора. Осим тога, сваки суд примењује сопствена правила процесног права што такође, може довести до различитих, па и противречних одлука. Нема сумње да је ово непожељна последица вишеструке литиспенденције јер оправдано може довести до правне несигурности. С друге стране, сасвим је извесно да због дуплирања поступка пред судовима различитих држава, странке имају повећан утрошак и времена и новца, а судови повећан утрошак ресурса, што указује на нерационално функционисање једног правосуђа, а што свакако није у складу са начелом процесне економије који поштују сва савремена процесна права. Такође, у зависности од мотива тужиоца, дуплирање поступка може да има за последицу узнемиравање, па и шиканирање туженог што представља злоупотребу процесних овлашћења. Ако је тужилац покренуо оба спора, закључак о његовом несавесном, па и злонамерном понашању може бити реалан. Међутим, то ипак, не мора увек бити случај. Тужилац може поред поступка у једној земљи, да покрене поступак и у другој у очекивању да ће у тој бити пре донета мериторна одлука, или да ће та одлука за њега бити повољнија. Шта више, он може бити приморан на овакво поступање уколико није сигуран да ће суд прве државе прихватити надлежност, или уколико би рок за заштиту његовог права пред судом друге државе у међувремену могао да истекне. У овим случајевима се свакако ради о легитимним мотивима тужиоца који жели да обезбеди заштиту својих права, а не о шиканирању туженог.¹ Коначно, такође у зависности од мотива тужиоца, дуплирање поступка пред судовима различитих држава, може да буде и ружна "трка до суда" која је за тужиоца битна, посебно у земљама у којима влада строго правило да суд у коме је прво заснована парница наставља поступак, док остали судови поступак морају да обуставе.

Добро познато средство за спречавање паралелних судских поступака у истој ствари и међу истим лицима је приговор *lis alibi pendens*. Он се заснива на правилу да када једна парница почне да тече, између истих странака није допуштена друга са истим предметом спора.² Међутим, ово правило нити је апсолутно, нити универзално прихваћено. Његов значај зависи од приступа проблему одређивања надлежности суда. У земљама *common law* система, у којима се одлука о надлежности базира на дискреционом праву суда, ово правило се схвата флексибилно и оно је само један од фактора који судија узима у обзир па ће његов значај

¹ Види: Станивуковић, *op.cit.*, стр. 161; Познић, *Осврћ на неке процесноправне одредбе. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима*, Правни живот, бр. 6-7 (1983), стр. 727.

² Познић/Ракић-Водинелић, *op.cit.*, стр. 212.

зависити од околности конкретног случаја. У земљама *civil law* система оно је постављено изричито и примењује се стриктно, без изузетка.

2. Литиспенденција у праву Србије

2.1. Уважавање литиспенденције

Паралелни поступци у истој правној ствари и међу истим странкама су у праву Србије недопустиви, што има за последицу обавезу судова да уважавају раније засноване парнице пред судом неке друге државе. Дакле, уважавање стране литиспенденције је обавеза судова Србије. Ово произилази из чл. 80. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту – ЗРСЗ).³ Према наведеној одредби суд Републике Србије је дужан да на захтев странке прекине поступак, ако је у току спор пред страним судом у истој правној ствари и између истих странака, уз испуњење следећих услова: (1) ако је прво пред страним судом покренут поступак по односном спору, (2) ако је у питању спор за чије суђење не постоји искључива надлежност суда у Србији и (3) ако постоји узајамност.

Поред јасно одређених услова за уважавање стране литиспенденције, из наведене законске одредбе произилазе претпоставке постојања двоструке (вишеструке) литиспенденције, као и њене последице, односно дејства, па ће наша даља разматрања бити посвећена сваком од ових питања.

У домаћој литератури су изражена мишљења да наведено законско решење није најсрећније.⁴ У вези са тим је постављено питање каквог смисла има донети решење о прекиду поступка ако је очигледно да пресуда страног суда пред којим је раније заснована парница, не би уживала признање, на пример, зато што је тужбени захтев супротан нашем јавном поретку. У том смислу је изражено мишљење да би било боље решење да је прописано да се домаћи суд, приликом одлучивања о предлогу за прекид, не ограничава на испитивање да ли су испуњена три наведена услова, него да цени, уопште, да ли би пресуда, према стању ствари у то време, добила признање. Практично, предложеним решењем би се увео још један, четврти услов, а то је да се судска одлука која би била донета у поступку пред страним судом, *може* признати код нас. Овај услов се може означити као "утврђивање прогнозе признања и извршења

³ Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, "Службени лист СРЈ", бр. 46/96.

⁴ Познић, *Осврћ на неке процесноправне одредбе Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима*, стр. 731. Исто, Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 256.

стране одлуке у настајању" и он је знатно шири од услова реципроцитета, па ће о њему посебно бити речи.

2.2. Идентитет парница

Претпоставке постојања двоструке (вишеструке) литиспенденције су да се ради о спору у истој ствари и међу истим лицима, што значи да мора постојати идентитет предмета спора и идентитет странака које у њему учествују. У том смислу можемо говорити о објективном и субјективном идентитету парница.

а) Објективни идентитет

Објективни идентитет парница подразумева истоветност предмета спора. Иако је појам предмета спора опште усвојен у упоредном процесном праву, о самој истоветности предмета спора се ретко може наћи законска дефиниција, па се његово тумачење, по правилу, оставља правној теорији и судској пракси. Неизбежна последица оваквог стања је недостатак униформности у схватању овог појма, а самим тим и опасност доношења противречних одлука. Отуда је утврђивање идентитета спора заједнички проблем за сва она права која уважавају ефекте литиспенденције.

Из термина који се користе у различитим језицима, може се закључити да се појам идентитета предмета спора везује за појам и структуру тужбеног захтева. У том погледу су присутне две теорије. Према једној, захтеви су идентични ако постоји идентитет чињеничног стања, конкретне заштите која се од суда тражи (правна последица) и материјалноправне квалификације спорног права, коју даје тужилац. Према другој теорији, довољан је идентитет чињеничног стања и конкретне тражене заштите (правне последице).⁵

Утврђивање идентитета тужбених захтева, односно предмета спора, врши се на основу правила *lex fori*, односно правила оне државе пред чијим судом се то питање поставља. Будући да национална права о овом појму немају јединствен став, могуће је да судови заузму различите ставове о (не)постојању стране литиспенденције. Чини се да је у том погледу најконтроверзније питање да ли постоји идентитет предмета спора ако тужилац пред судом једне државе покрене поступак за доношење кондемпнаторне пресуде ради извршења уговорне обавезе, а тужени пред судом друге државе покрене поступак за доношење деклараторне пресуде којом би се утврдило непостојање или ништавост уговора. Национална законодавства и судска пракса заузимају различите ставове о овоме, па се може говорити о ужем и ширем схватању овог појма. По првом, у наведеном

⁵ Ракић-Водинелић / Кнежевић, *op.cit.*, стр. 142-43.

случају нема идентитета спора,⁶ а по другом има.⁷ Генерално посматрано, ако судови различито тумаче идентитет предмета спора, онда је велика вероватноћа да се две истоветне парнице паралелно воде. Крајња последица је позната. Правоснажна пресуда која је прва донета имаће ефекат *res iudicata*. Међутим, њена судбина у земљи у којој поступак још траје, зависиће од тога да ли су испуњени услови за њено признање и извршење.

У праву Србије, као и у правима других земаља, нема законске дефиниције истоветности предмета спора, па одговор на питање да ли је предмет спора (тужбени захтев) пред нашим и страним судом истоветан, зависи од тога како се схвата структура тужбеног захтева. Премда Закон о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП) не регулише изричито појам и структуру тужбеног захтева, чини се да из појединих одредби ЗПП (чл. 187. који говори о нужним састојцима тужбе; чл. 194. ст. 3. који говори о преиначењу; чл. 197. који говори о литиспенденцији) произилази да је код нас прихваћена двочлана теорија о појму тужбеног захтева.⁸ Исто се може закључити из одлука домаћих судова.⁹

Терет доказивања да постоји парница о истом предмету спора и међу истим странкама која је раније покренута пред страним судом, сноси странка која захтева прекид поступка у смислу чл. 80. ЗРСЗ.

Генерално посматрано, невоље око квалификације идентитета предмета спора могле би се отклонити стварањем једног аутономног појма који би био идентично тумачен од стране већег броја држава. Тако је учињено у Европској унији, а државе ван овог простора овај проблем би могле решити путем међународних конвенција. То би, без сумње, допринело правној сигурности и извесности.

⁶ По праву Србије на пример, ове парнице се не би сматрале идентичним, него само конексним. Види С.Трива/ Д.Белајец/М.Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 1986., стр. 532.

⁷ Одлука Европског суда правде у случају *Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo*, C- 144/86, 1987, ECR 4861 (1989).

⁸ У том смислу: А.Јакшић, *op.cit.*, стр. 245; Познић/Ракић-Водинелић, *op.cit.*, стр. 192.

⁹ Види: Решење Вишег трговинског суда Пж. 8412/04 од 11.11. 2004. године. У образложењу ове одлуке се изричито истиче да захтев за раскид и захтев за поништај истог уговора су увек два различита тужбена захтева, па и онда када их истиче иста уговорна страна (у конкретном случају купац) и када их заснива на истом чињеничном стању - животном догађају. У таквом случају из тог истог чињеничног стања може произићи као правна последица или раскид уговора, или поништај (релативна ништавост) уговора, што зависи од одредби материјалног права, али не и обоје, Право, теорија и пракса, Нови Сад, бр. 7-8/2005, стр. 60; Решење Врховног суда Србије Прев. 722/01, од 6. фебруара 2002. године; Пресуда Општинског суда у Тугину П. бр. 156/04, од 20 октобра 2004. и Пресуда Окружног суда у Новом Пазару Гж. бр. 5/05, од 25. јануара 2005. године.

б) Субјективни идентитет

Појам субјективног идентитета парница, који подразумева да су странке у спору идентичне, у принципу, не изазива тешкоће у упоредном процесном праву. Постоји општа сагласност да промена страначке улоге не нарушава субјективни идентитет парница. Тако, ако се једно лице у једној парници појави као тужилац, а у другој као тужени, сматраће се да постоји идентичност странака. У споровима који укључују само две странке, овај проблем практично и не постоји. Нешто комплекснија ситуација је када је у спор укључено више лица, али и за тај случај, у правилу, процесна права имају решење. Оно је углавном у приступу "странка по странка", према коме се од суда коме је касније поднета тужба захтева да прекине поступак само у случају да су странке у том поступку истовремено и странке у поступку који је раније започео; друго-поступајући суд није спречен да настави са поступком између других странака.¹⁰ Правила о литиспенденцији странка (обично тужени у раније започетом поступку) би евентуално могла да избегне тако што би тужбом која је касније поднета, обухватила и неко друго лице које није странка по првој тужби. Међутим, и ова ситуација се може решити у корист првоступајућег суда кроз правила о конексним или међусобно повезаним парницама.

2.3. Моменат заснивања стране парнице

Да би се применио чл. 80. ЗРСЗ, потребно је најпре утврдити да је парница прво заснована пред судом стране државе.

Премда се у чл. 80. т. 1. ЗРСЗ дословно говори о покретању поступка пред страним судом, а не о заснивању парнице која се у унутрашњем процесном праву чини достављањем тужбе туженом, у једном делу домаће литературе преовлађује мишљење да је реч о редакцијској грешци, те треба узети да је да је законодавац у одредби чл. 80. т. 1. ЗРСЗ мислио на почетак тока парнице, а не на почетак самог поступка.¹¹ Ово због тога што се и унутрашња литиспенденција везује за достављање тужбе туженом, дакле за почетак тока парнице. С друге стране, има мишљења да је законодавац свесно одредио моменат покретања поступка као релевантан за утврђење раније литиспенденције пред страним судом због тога што достављање тужбе туженом може у споровима са елементом иностраности трајати знатно дуже него у чисто унутрашњим споровима.¹² Поред тога, може се узети да је

¹⁰ Одлука европског суда правде у случају *The Tatry v. The Maciej Ratja*, C-406/92 (1994) ECR I-5439., т. 33.

¹¹ Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 256-257.

¹² Станивуковић/Живковић, *op.cit.*, стр. 205.

законодавац, прихватајући моменат почетка поступка као релевантан, желео да примену чл. 80. ЗРСЗ прошири и на оне поступке који нису парнични.¹³ Према нашем мишљењу, треба следити прво становиште. Дакле, треба узети да је законодавац у наведеној одредби мислио на почетак тока парнице. Наравно, када је реч о ванпарничном поступку, релевантан моменат је почетак овог поступка.

Да ли је парница пред страним судом заснована, односно да ли је пред тим судом започет поступак, утврђује се према процесном праву стране државе. У домаћој литератури има и другачијих мишљења о томе, наиме, да утврђивање почетка тока парнице пред страним судом треба вршити према *lex fori*, дакле према нашем праву. Као аргумент се наводи да је реч о процесноправном питању за које је увек меродавно домаће право.

Да би се због ранијег заснивања парнице пред страним судом прекинуо поступак пред домаћим судом, у смислу чл. 80. ЗРСЗ, неопходно је утврдити да је реч о истом предмету спора (истој правној ствари) између истих странака. Ова питања се просуђују према домаћем процесном праву (*lex fori*).

2.4. Непостојање искључиве надлежности

Друга претпоставка која се мора испунити, да би домаћи суд прекинуо поступак, је непостојање искључиве међународне надлежности нашег суда. У стварима за које је, по нашим прописима, искључиво надлежно српско правосуђе, искључена је надлежност сваког страног правосуђа. Ако се у таквим стварима поступак пред страним судом ипак покрене и парница пред тим судом заснује пре него пред нашим судом, наш суд неће прекинути поступак. Такође, одлука страног суда донета у таквој ствари, неће се признати, нити извршити у Србији.¹⁴

2.5. Реципроцитет (узајамност)

Претпоставка узајамности је испуњена ако се утврди да и страни суд прекида поступак због раније започете парнице у Србији или ако предвиђа неко јаче процесно дејство раније литиспенденције у иностранству, на пример, одбацивање тужбе. Не би било довољно да страни суд уважава на пример, само материјалноправне последице раније литиспенденције пред домаћим судом, а да при том наставља започети поступак. У домаћој литератури се са правом сматра да се узајамност из чл. 80. тач. 3. ЗРСЗ треба схватити и као узајамност у погледу признања и извршења страних судских

¹³ Тако Варади/Бордаш/Кнежевић/Павић, *op. cit.*, стр. 516.

¹⁴ Види чл. 89.ст. 1. ЗРСЗ.

одлука.¹⁵ *Ratio* овог схватања био би у томе да се ранија литипенденција пред страним судом управо уважава због тога што постоји могућност да ће се страна одлука у настајању признати и извршити код нас.¹⁶

Терет доказивања узајамности сноси странка која захтева прекид поступка у смислу чл. 80. ЗРСЗ. Довољна је фактичка узајамност. Према формулацији става 2. чл. 92. ЗРСЗ, постојање узајамности се претпоставља док се супротно не докаже. Из овога следи да се узајамност не доказује, зато што закон презумира да она постоји (постојање узајамности се сматра истинитом чињеницом до доказа о супротном) и да се може доказивати да она не постоји, да би се претпоставка оборила (доказује се дакле, непостојање узајамности).¹⁷ У случају сумње о постојању узајамности, према чл. 13. ЗРСЗ, може се тражити одговарајуће објашњење од савезног органа надлежног за послове правосуђа.

2.6. Утврђивање прогнозе признања и извршења стране судске одлуке у настајању

У домаћој литератури, као што је већ речено, изражен је став да поред наведене три претпоставке из чл. 80. ЗРСЗ за прекид поступка, постоји још једна "имплицитна" претпоставка. Реч је о утврђењу могућности признања и извршења одлуке која би била донета у поступку пред страним судом. То значи да домаћи суд мора да испитује да ли би одлука коју страни суд треба да донесе (а коју још није донео) испуњава услове за признање и извршење наведене у ЗРСЗ.

Приликом утврђивања ове претпоставке домаћи суд би се могао сустрести са великим тешкоћама. Поставља се питање, да ли би уопште могао, са сигурношћу, да утврди да ће мериторни ефекти будуће стране судске одлуке вређати наш јавни поредак. Такође се поставља питање да ли је могуће утврдити да је повређен јавни поредак због неког процесноправног разлога, односно да ли је могуће утврдити да је повређено право на одбрану из чл. 88. ЗРСЗ. Одговори на ова питања могу зависити од тога у којој фази се налази поступак пред страним судом. На пример, ако је пред страним судом у току главна расправа, домаћем суду не би требало да буде тешко да утврди да ли је

¹⁵ Тако М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд, 1986. стр. 126; Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 258; Варади/Бордаш/Кнежевић/Павић, *op.cit.*, стр. 516.

¹⁶ Тако Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 258.

¹⁷ Тако Б. Бордаш, *Регионална сарадња као оквир за побољшање посматрања националних судова на примеру признања и извршења страних одлука: муке с реципроцитетом*, у зборнику: Међународна конференција – Регионална сарадња у области грађанског судског поступка са међународним елементом, Бања Лука, 2009., стр. 76.

лице које захтева прекид поступка у смислу чл. 80. ЗРСЗ могло да учествује у поступку у смислу чл. 88. ЗРСЗ тј. да ли му је на пример, лично достављен позив, тужба или решење којим је започет поступак.

С обзиром да неретко није могуће поуздано утврдити да ли ће се будућа страна одлука признати код нас, један део литературе је мишљења да могућност признања и извршења треба свести само на постојање узајамности у погледу признања и извршења страних одлука.¹⁸

2.7. Правна дејства раније литиспенденције пред страним судом

Основно правно дејство раније литиспенденције пред страним судом огледа се у могућности прекида касније започетог поступка пред судом у Србији. Домаћи суд ће, наиме, прекинути поступак искључиво на захтев једне од странака, дакле, не и по службеној дужности, ако су испуњени услови из чл. 80. тач. 1-3. ЗРСЗ. Захтев за прекид може се ставити најкасније на припремном рочишту или првом рочишту за главну расправу, ако припремно није одржано, до момента упуштања туженог у расправљање о меритуму спора, уз корекцију да је релевантно и накнадно сазнање странке за ранију литиспенденцију пред страним судом.¹⁹ Поступак се прекида решењем које је конститутивног карактера (чл. 218. ст. 1. ЗПП).

Да ли ће прекинути поступак пред домаћим судом бити настављен или ће доћи до његовог обустављања, зависи од начина окончања парнице пред страним судом. Ако поступак пред страним судом буде окончан мериторном одлуком, до окончања поступка пред нашим судом доћи ће тек ако та одлука буде призната код нас. У том случају призната страна судска одлука се изједначава са домаћом судском одлуком и ствара се ефекат *res iudicata*, па се идентична парница пред нашим судом окончава повлачењем тужбе или одбацивањем тужбе (чл. 279. ст. 1. тач. 4. ЗПП). Ако се пак, парница пред страним судом оконча одлуком која није мериторног карактера (на пример, повлачењем тужбе, одбацивањем тужбе) или ако се оконча мериторном одлуком чије је признање код нас одбијено, прекинути поступак ће се наставити на предлог једне од странака. Поступак пред нашим судом биће настављен и ако у поступку пред страним судом дође до преиначења тужбе, с обзиром да више није реч о истом предмету спора.²⁰

Пошто је за престанак прекида поступка потребна иницијатива (захтев) једне од странака, у домаћој литератури је постављено питање, како треба

¹⁸ Тако М. Пак, *op.cit.*, стр. 126.

¹⁹ Тако Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 259; супротно Пак, *op. cit.*, стр. 126. који сматра да се захтев за прекид може ставити у току целог поступка.

²⁰ Упореди Дика/Кнежевић/Стојановић, *op. cit.*, стр. 260; Б. Познић, *op.cit.*, стр. 732-733; Станивуковић/Живковић, *op.cit.*, стр. 208.

поступити када странке не предузимају радње које би водиле престанку прекида, односно окончању поступка пред домаћим судом, упркос томе што је парница у иностранству окончана.²¹ Изнето је мишљење да би у овом случају суд требало да донесе решење о престанку прекида, тј. о настављању поступка, ако утврди да нема оправдања да се даље чека на радњу странке. Уз ову одлуку, суд би истовремено требало да донесе и решење којим се приговор литиспенденције усваја и тужба одбацује.²² Међутим, треба имати у виду да је ово мишљење настало у време важења претходног Закона о парничном поступку и да је било инспирисано одредбама о мировању поступка,²³ према којима парница није могла да мирује дуже од четири месеца. Закон о парничном поступку из 2005. године, не садржи одредбе о мировању поступка тако да странке не могу више својом прећутном диспозицијом да утичу на прекид и окончање поступка. Зато се може поставити питање, да ли је изнето мишљење о настављању поступка пред нашим судом због пасивности странака прихватљиво, с обзиром да је изгубило своје упориште које је имало у претходном закону.

У домаћој литератури је изнет и став да домаћи суд треба да прекине поступак и када је пред другим домаћим судом покренут поступак за признање и извршење стране судске одлуке донете у раније покренутој парници пред страним судом, без обзира да ли је поступак признања и извршења покренут раније или касније.²⁴ Ово становиште полази од схватања да предност увек треба дати одлуци која је донета у ранијој парници, тако да изричита законска норма није ни потребна.²⁵ Међутим, чини се да овај став треба у великој мери кориговати, ако се има у виду моменат до кога се може ставити приговор литиспенденције и захтев за прекидом поступка. Најпре, ако је поступак за признање и извршење стране судске одлуке покренут раније, каснији поступак пред другим домаћим судом биће прекинут, ако је странка ставила захтев најкасније на припремном рочишту или првом рочишту за главну расправу (пре упуштања у меритум). Међутим, ако је поступак за расправљање спора покренут пре поступка за признање и извршење стране судске одлуке у истој ствари, до прекида првог ће доћи само ако је потоњи покренут пре почетка припремног рочишта, односно рочишта за главну расправу, с обзиром да једино тада странке имају могућност да ставе захтев за прекид поступка. Такође, могуће је да, у ситуацији у којој је једна од странака покренула поступак у истој ствари пред домаћим судом пре покретања поступка за признање и извршење стране судске одлуке, домаћи

²¹ Б. Познић, *op. cit.*, стр. 733.

²² *Ibid.*, стр. 733.

²³ Закон о парничном поступку, "Сл. лист СФРЈ" бр. 4/77. чл. 217.

²⁴ Б. Познић, *op. cit.*, стр. 734; Станивуковић/Жиковић, *op. cit.*, стр. 207. Чини се да такав став заступају и Дика/Кнежевић/Стојановић, *op. cit.*, стр. 299.

²⁵ Б. Познић, *op. cit.*, стр. 734.

суд (на захтев странке) прејудицијелно одлучује о признању и извршењу те стране одлуке. Ако одлучи да призна страну судску одлуку, домаћи суд неће прекидати поступак, већ ће одбацили тужбу због ефекта *res iudicata*.²⁶

Најзад, у домаћој литератури преовлађује мишљење да, иако то законом није изричито предвиђено, поступак пред домаћим судом треба прекинути и када је пред страним судом у току парница у којој треба да буде одлучено о правном односу или праву које је од прејудицијелног значаја за исход спора о коме он расправља, уз услов да се поступак пред страним судом оконча мериторном одлуком која би могла бити призната код нас.²⁷

Prof. Dr. Milena Petrovic,
an associate professor

INTERNATIONAL LITISPENDANCE: SOLUTIONS OF THE SERBIAN LEGAL SYSTEM

Competitive international jurisdiction presents ideal background for taking identical civil proceedings in front of the courts of different states which presents double (multiple) litispence. However, this is not a favourable situation. There are many reasons for that, and they could be separated into legal and pragmatic ones. The first points out the violation of legal security and certainty standard, because there is obvious risk, that comes out from the doubling of court's proceedings, that in the same matter between same parties the courts may come out with different, and sometimes contradictory decisions. On the other hand it is more than clear that parties would have increased costs and would spend more money and time, and the courts would spend more of their resources, which presents violation of proceeding economy standard.

One of the ways to prevent such situation is using of the litispence objection that could be used by proceeding parties in front of the court that has started with proceeding later.

Main goal of this work is to point out the Serbian law's attitude towards this phenomenon. This includes not only the legislative solutions but also the court practice and legal doctrine. In that sense, all the elements has been analyzed, starting with presumptions and all the way to the litispence.

²⁶ Станивуковић/Живковић, *op. cit.*, стр. 207.

²⁷ Дика/Кнежевић/Стојановић, *op.cit.*, стр. 260; Б.Познић, *op. cit.*, стр. 734.

ИСКЉУЧЕЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ ДОМАЋЕГ СУДА ЗБОГ ИСКЉУЧИВЕ МЕЂУНАРОДНЕ НАДЛЕЖНОСТИ СТРАНОГ СУДА

Када је нашем суду, који је конкурентно надлежан за одређени спор, поднета тужба, при чему за исти спор постоји искључива међународна надлежност страног суда, те треба очекивати да се и пред страним судом покрене поступак, може се поставити питање: да ли би наш суд могао да узме у обзир одредбе о искључивој међународној надлежности судова стране државе, и да се због тога огласи ненадлежним? Ово питање се може поставити и овако: да ли је међународна надлежност наших судова **искључена** када у истом спору (између истих странака) постоји **искључива** међународна надлежност страног правосуђа, иако наш суд може засновати надлежност на основу правила о конкурентној надлежности? Ако би одговор био негативан, тј. ако наш суд не би уважио постојање искључиве надлежности страног правосуђа, позитивни сукоб надлежности је неизбежан, јер чињеница, да је пред нашим судом прво заснована парница, не би спречила искључиво надлежни страни суд да спроведе поступак у истој ствари и између истих странака. Уосталом, чак и ако се пред судом државе чије је правосуђе искључиво надлежно за одлучивање у конкретној правној ствари не покрене поступак, извесно је да се одлука нашег суда не би могла признати односно извршити у овој држави, обзиром да постојање искључиве надлежности сопственог правосуђа редовно представља сметњу признању и извршењу страних судских одлука.

Наш Закон о решавању сукоба закона¹ (у даљем тексту: ЗРСЗ) не садржи правило којим се на општи начин искључује надлежност домаћег правосуђа због искључиве надлежности страног правосуђа. Ипак, у неколико својих одредаба ЗРСЗ предвиђа обавезу домаћих судова да узму у обзир норме о искључивој међународној надлежности страних држава ради утврђивања сопствене међународне надлежности у одређеној правној ствари (I). С друге стране, домаћи судови се до сада нису изричито изјашњавали о узимању у обзир страних правила о искључивој надлежности у ситуацијама у којима ЗРСЗ није предвидео такву обавезу, али су се, ипак, оглашавали ненадлежним за расправљање стварноправних спорова у вези са непокретностима које се налазе у иностранству (II).

¹ „Службени лист СФРЈ“ бр. 43/1982.

I Узимање у обзир страних норми о искључивој међународној надлежности сходно одредбама ЗРСЗ

У неколико својих одредаба ЗРСЗ регулише ситуације у којима би наш суд могао бити конкурентно надлежан, ако не постоји искључива међународна надлежност страног суда. Нема сумње да се њиховом применом спречава позитивни сукоб надлежности између нашег и страног правосуђа.

Тако, у чл. 62. ЗРСЗ је предвиђено да надлежност домаћих судова у брачним споровима постоји и када су брачни другови, страни држављани, имали последње заједничко пребивалиште у Србији или када тужилац, страни држављанин, има последње пребивалиште у Србији, али само ако тужени пристаје да суди наш суд **и ако је по прописима државе чији су држављани брачни другови допуштена та надлежност**. Надлежност нашег правосуђа је допуштена ако по прописима стране државе није искључена². Она је увек искључена, ако норме о међународној надлежности државе (или држава) чији су држављани брачни другови предвиђају искључиву надлежност својих судова за конкретан брачни спор. Према томе, на основу одредбе чл. 62. ЗРСЗ наши судови су дужни да узму у обзир норме о међународној надлежности стране државе и, ако утврде да за спор у питању постоји искључива надлежност њених судова, дужни су да се огласе ненадлежним. Исту обавезу за домаће судове ЗРСЗ је предвидео у чл. 65., којим се одређује надлежност у патернитетским и матернитетским споровима³.

Изгледа да идентична обавеза произилази и из одредбе чл. 71. ст. 2.⁴ ЗРСЗ, којим се одређује надлежност за расправљање непокретне заоставштине оставиоца домаћег држављанина која се налази у иностранству, иако може изазвати одређене недоумице. Наиме, према поменутој одредби, ако се непокретна заоставштина нашег држављанина налази у иностранству, наш суд је надлежан да расправи ову заоставштину, али само ако по праву државе *rei sitae* није надлежан њен орган. Може се поставити питање, да ли је

² Тако Дика/Кнежевић/Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, стр. 216.

³ У чл. 65. ЗРСЗ је предвиђено да у споровима утврђивања и оспоравања очинства и материнства надлежност нашег суда постоји и када су странке страни држављани, ако тужилац или један од тужилаца има пребивалиште у Србији, али само ако тужени пристаје да суди наш суд **и ако је по прописима државе чији је он држављанин допуштена та надлежност**. То значи да је наш суд дужан да узме у обзир норме о искључивој међународне надлежности државе чији је тужени држављанин како би могао да утврди своју надлежност.

⁴ Чл. 71. ст. 2. ЗРСЗ: „Ако се непокретна заоставштина српског држављанина налази у иностранству, надлежност суда Републике Србије постоји само ако по праву државе у којој се налазе непокретности није надлежан њен орган“.

за искључење надлежности нашег правосуђа довољно да страни суд буде конкурентно надлежан или његова надлежност мора бити искључива? Иако би се из редакције саме одредбе могао извући закључак да је за оглашавање нашег суда ненадлежним довољна конкурентна надлежност страног суда, мишљења смо да надлежност домаћих судова у овој правној ствари треба да буде искључена само ако је суд државе у којој се налазе непокретности искључиво надлежан. У супротном, рестриктивно тумачење чл. 71. ст. 2. ЗРСЗ би у великој мери ограничило међународну надлежност нашег правосуђа⁵. Изгледа да овај став провејава и у нашој судској пракси. Наиме, у једном случају пред београдским окружни судом поставило се питање надлежности нашег суда за расправљање непокретне заоставштине оставиоца нашег држављанина која се налази у Македонији⁶. Обзиром да је првостепени суд занемарио да се у конкретном случају радило о наследноправном односу са елементом иностраности, те је зато погрешно применио чл. 71. ст. 1. и 2. ЗРСЗ, Окружни суд у Београду је наложио првостепеном суду да „у поновном поступку прибави обавештење од савезног органа надлежног за послове правде, да ли се у погледу непокретне имовине оставиоца у Македонији ради **о искључивој надлежности суда у Македонији или постоји могућност да та заоставштина буде расправљена пред југословенским судом**, како би могао поново да цени своју надлежност у смислу чл. 71. ст. 2. наведеног закона у вези чл. 16. ЗПП“. Ако се утврди постојање искључиве надлежности македонских судова за расправљање непокретне заоставштине која се налази у Македонији, „**првостепени суд би био дужан да у погледу имовине која се налази у иностранству примени одредбе чл. 16. став 3. ЗПП-а у вези члана 30. став 2. ЗВП и оставински поступак сprovede само у односу на непокретну имовину оставиоца која се налази на територији државне Заједнице Србије и Црне Горе**“⁷. Из судских навода, дакле, несумњиво произилази да ће се наш суд огласити ненадлежним само ако је суд државе у којој се налази непокретна заоставштина искључиво надлежан за њено расправљање. Према становишту новије литературе, на исти начин треба тумачити и одредбу чл. 71. ст. 3.⁸ ЗРСЗ, која се односи на одређивање међународне надлежности српских судова за расправљање покретне

⁵ У том смислу и М.Станивуковић/П.Ђундић, *Међународно приватно право, посебни део*, Нови Сад, 2008, стр. 195-196.

⁶ Види Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, Избор судске праксе, 2/2005, стр. 62.

⁷ *Ibid.*

⁸ Чл. 71. ст. 3. ЗРСЗ: „Надлежност суда Републике Србије за расправљање покретне заоставштине српског држављанина постоји ако се покретности налазе на територији Републике Србије или ако по праву државе у којој се покретности налазе није надлежан страни орган, односно ако тај орган одбија да расправља заоставштину.“

заоставштине оставиоца домаћег држављанина, у случају када се покретна заоставштина налази у иностранству⁹.

II Узимање у обзир искључиве надлежности страног суда када то није предвиђено у ЗРСЗ и искључење надлежности домаћег суда

Поставља се питање да ли домаћи судови могу узети у обзир норме о искључивој међународној надлежности стране државе ради утврђивања сопствене (не)надлежности и када то није предвиђено ЗРСЗ-ом?

Иако о овом питању нема изричитог става у нашој пракси, домаћи судови су се оглашавали ненадлежним за расправљање стварноправних спорова у вези са непокретностима које се налазе у иностранству, наводећи у својим одлукама да је међународна надлежност домаћих судова у овим случајевима искључена¹⁰. При том, разлог „искључености“ није се правдао чињеницом да у истом спору евентуално постоји искључива надлежност страног правосуђа, већ да се из одредби о међународној надлежности нашег ЗРСЗ може извести такав закључак¹¹. С друге стране, домаћа литература је покушавала да

⁹ Тако М.Станивуковић/П.Ђундић, *ibid.*

¹⁰ Види Решење Врховног суда Србије, Рев. 1009/99 од 15. новембра 1999. год., Избор судске праксе, бр. 5/2000, стр. 27. У бившој СФРЈ, пре доношења ЗРСЗ-а, Врховни суд Хрватске је заузео став да је надлежност југословенских судова искључена када би према домаћим правилима о искључивој месној надлежности био месно надлежан суд у страниој држави (ВСХ Гж-641/76, Прилог судске праксе Нашој законитости бр. 9, 1976, стр. 51; види и Дика/Кнежевић/Стојановић, *ibid.*, стр. 176, као и М.Stanivukovic/M.Zivkovic, *International Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Serbia and Montenegro*, Supplement 10, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, March, 2006, стр. 203). У то време за одређивање међународне надлежности примењивала су се правила о месној надлежности из ЗПП-а. Међутим, након кодификације норми о међународној судској надлежности у ЗРСЗ, наведени став није био потврђен ни у југословенској ни у српској судској пракси, иако се могу наћи одлуке нижестепених судова у којима се (погрешним) позивањем на одредбе о месној надлежности из ЗПП-а одбија међународна надлежност (види Решење Другог општинског суда у Београду П. Бр. 1126/1996, од 6. октобра 1996). Из тог разлога сматрамо да се не може поћи од тога да је у нашем међународном процесном праву признато правило према којем је међународна надлежност српских (некада југословенских) судова искључена када норме о искључивој надлежности ЗРСЗ-а указују на страну правосуђе.

¹¹ У наведеној одлуци (Рев. 1009/99, 15.11.1999.г., Избор судске праксе бр. 5/2000, стр. 27.) Врховни суд Србије је одлучивао о надлежности за суђење у спору за утврђење права својине на непокретној имовини по основну брачне тековине која се налази у Енглеској. Квалификујући овај спор као брачноимовински, суд је

тумачењем ЗРСЗ-а утврди у којим случајевима је међународна надлежност нашег правосуђа искључена¹², при чему није поклањала нарочиту пажњу питању узимања у обзир страних процесних правила о искључивој међународној надлежности у конкретном случају. Изузетак су једино аутори Станивуковић/Живковић односно Станивуковић/Ђундић који су се бавили питањем уважавања постојања искључиве надлежности страних судова за стварноправне спорове у вези са непокретностима које се налазе у иностранству¹³. Констатујући да је домаћи законодавац пропустио да у ЗРСЗ унесе одредбу којом се међународна надлежност домаћег суда у овом случају искључује¹⁴, ови аутори поздрављају домаће одлуке у којима се наши судови оглашавају ненадлежним за стварноправне спорове у вези са непокретностима које се налазе у иностранству, објашњавајући да су домаћи судови на основу аналогije (аналогне примене чл. 56. ЗРСЗ), а не путем узимања у обзир страних норми о искључивој надлежности, дошли до закључка да је њихова надлежност искључена за решавање спорова у овој правној ствари (без обзира на то што би могли да заснују надлежност на основу правила о општој међународној надлежности)¹⁵.

Имајући ово у виду, чини се да су и литература и судска пракса на готово јединственом становишту да се одговор на питање, када је (у којим случајевима) међународна надлежност наших судова искључена, може једино добити тумачењем одредаба о (конкурентној и искључивој) међународној надлежности из ЗРСЗ. Генерално искључење надлежности домаћег због постојања искључиве надлежности страног правосуђа, према томе, није

тумачењем одредаба чл. 59. ЗРСЗ који се односи на одређивање надлежности домаћег суда у брачноимовинским споровима, закључио да је надлежност југословенских судова искључена. Међутим, нижестепени судови су се у овом спору оглашавали као апсолутно ненадлежни позивајући се на чл. 56. ранијег ЗПП, којим је регулисана месна надлежност домаћих судова за стварноправне спорове на непокретностима. Обзиром да ова је одредба упућивала на страни суд, надлежност домаћих судова се није могла засновати (види Решење Другог општинског суда у Београду П. Бр. 1126/1996, од 6. октобра 1996.). Врховни суд је прихватио правно становиште нижестепених судова, али не и њихово образложење.

¹² Види Дика/Кнежевић/Стојановић, *ibid.*, стр. 176 (као и коментаре већине одредаба о одређивању међународне надлежности).

¹³ М.Станивуковић/М.Живковић, *ibid.*, стр. 214-215; М.Станивуковић/П.Ђундић, *ibid.*, стр. 50.

¹⁴ М.Станивуковић/М.Живковић, *ibid.*, стр. 215. Једна таква одредба постоји, нпр., у италијанском ЗМПП (чл. 5.) која гласи: „Италијанска јурисдикција не постоји у погледу стварних тужби које имају за предмет непокретности које се налазе у иностранству“. Теткс овог закона види код М.Живковић, *Међународно приватно право – националне кодификације*, Београд, 1996, стр. 108.

¹⁵ М.Станивуковић/П.Ђундић, *ibid.*, стр. 50.

могуће. Чини се да је разлог ове немогућности лако уочљив. Видели смо, наиме, да је ЗРСЗ изричито предвидео случајеве у којима домаћи суд мора узети у обзир норме о искључивој међународној надлежности страних држава ради утврђења сопствене међународне надлежности. Ако се пође од тога да ови случајеви представљају изузетке које треба уско тумачити, до закључка о постојању опште обавезе о узимању у обзир норми о искључивој надлежности страних правосуђа никако се не може доћи. Отуда, следи да се наш суд не би могао у описаној ситуацији огласити ненадлежним, већ би био дужан да спроведе поступак до краја. Позитивни сукоб међународне надлежности би, највероватније, био неизбежан, односно одлука нашег суда не би била призната (и извршена) у држави чије је правосуђе искључиво надлежно да поступа у конкретном спору.

Такође, чини се да литература и до закључка о искључењу надлежности домаћег правосуђа за расправљање стварноправних спорова у вези са непокретностима које се налазе у иностранству долази тумачењем ЗРСЗ, а не узимањем у обзир правила о искључивој надлежности стране државе. Међутим, мишљења смо да се до овог закључка не може доћи применом аналогije (аналогне примене чл. 56. ЗРСЗ), како је то изнето у нашој доктрини. Аналогija, наиме, подразумева да се на један случај који није регулисан правном нормом примењује правна норма која је предвиђена за неки други случај, који је с њим сличан, и то управо на основу те сличности¹⁶. Отуда, применом једне исте правне норме на оба случаја (регулисаног овом нормом и њему сличног) наступа иста правна последица. У ситуацији о којој овде говоримо, аналогija би значила да се чл. 56. ЗРСЗ¹⁷, којим се одређује надлежност за стварноправне спорове у вези са непокретностима које се налазе у Србији, примењује и на одређивање надлежности за стварноправне спорове у вези са непокретностима које се налазе у иностранству (сличан случај!?), што значи да су наши судови и за ове спорове искључиво надлежни. Дакле, аналогijом се добија супротан закључак од оног који је заузет у литератури и пракси, и, уз то, погрешан. Према нашем мишљењу, до закључка о искључењу међународне надлежности у овој правној ствари може се доћи тумачењем *argumentum a contrario*¹⁸ – применом разлога

¹⁶ О аналогiji види Р.Лукић/Б.Кошутић, *Увод у право, Београд*, 2003, стр. 454 и даље.

¹⁷ Чл. 56. ЗРСЗ гласи: „Искључива надлежност суда Републике Србије постоји у споровима о праву својине и о другим стварним правима на непокретности, у споровима због сметања поседа на непокретности, као и у споровима насталим из закупних или најамних односа у погледу непокретности, или из уговора о коришћењу стана или пословних просторија, ако се непокретност налази на територији Републике Србије“.

¹⁸ О логичком тумачењу и примени разлога супротности види Р.Лукић/Б.Кошутић, *ibid.*, стр. 437 и даље, 458 и даље.

супротности: обзиром да је чланом 56. ЗРСЗ регулисана искључива надлежност домаћих судова за стварноправне спорове у вези са непокретностима које се налазе у Србији, у погледу надлежности за исте спорове у вези са непокретностима које се налазе у иностранству важи супротна норма – међународна надлежност наших судова је искључена. Ипак, вредност разлога супротности не може се одредити само чисто логичким путем, већ и одговарајућим циљним тумачењем¹⁹. То, заправо, значи да је примена *argumentum a contrario* (разлога супротности) оправдана само када се телолошким тумачењем утврди да су разлог за доношење норме чл. 56. ЗРСЗ била обележја одређеног случаја (надлежност за расправљање стварноправних спорова у вези са непокретностима које се налазе у Србији), која су супротна обележјима случаја који представља правну празнину (надлежност за стварноправне спорове у вези непокретности које се налазе у иностранству). Наиме, разлог прописивања искључиве међународне надлежности српских судова за стварноправне спорове у вези са непокретностима у Србији огледа се, првенствено, у изразитој заштити јавних интереса наше државе, који ниуком случају не постоји, када је реч о истим споровима у вези непокретности које се налазе у иностранству. Шта више, из наведеног разлога произилази да би наше правосуђе требало да уважи јавне интересе државе у којој се непокретности налазе, те да њеним судовима у потпуности препусти расправљање стварноправних спорова у вези са овим непокретностима²⁰. Обзиром да државе у којој се налазе непокретности, по правилу, предвиђају искључиву надлежност својих судова за расправљање поменутих спорова, нема сумње да се заузетим ставом о „искључењу надлежности наших судова“ избегава позитиван сукоб међународне надлежности.

Иначе, треба напоменути да се тумачењем одредаба о искључивој међународној надлежности ЗРСЗ-а редовно изводи закључак о томе у којим случајевима је међународна надлежност домаћих судова искључена. На пример, према чл. 71. ст. 1. ЗРСЗ, за расправљање непокретне заоставштине домаћег држављанина која се налази у Србији искључиво је надлежан домаћи суд. Тумачењем *argumentum a contrario* (*argumentum a contrario* -разлог супротности из чл. 71. ст. 1. и 2. ЗРСЗ), као и језичким и системским тумачењем осталих одредби о међународној надлежности у наследноправним

¹⁹ *Ibid.*, стр. 459-461.

²⁰ Важно је истаћи да је у судској пракси великог броја држава заузето становиште да је надлежност домаћих судова искључена за расправљање стварноправних спорова у вези непокретности које се налазе у иностранству (без обзира што, нпр., тужени има пребивалиште или уобичајено боравиште у земљи суда). Види упоредноправни преглед код W.J.Hau, *Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilproceßrecht: Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Frankfurt am Main u.a., 1996, стр. 172.

стварима (чл. 71., 72. 73. ЗРСЗ), може се закључити да је међународна надлежност нашег суда искључена за расправљање непокретне заоставштине страног држављанина²¹. Исто је и са тумачењем већине осталих одредаба о искључивој надлежности нашег ЗРСЗ-а²².

*M.Sc. Slavko Djordjevic,
an assistant*

EXCLUSION OF JURISDICTION OF DOMESTIC COURT BECAUSE OF EXCLUSIVE JURISDICTION OF FOREIGN COURT

In this paper author focuses on the situations in which proceeding has been initiated before domestic court, which has elective jurisdiction to resolve the dispute, but foreign court has exclusive jurisdiction for the same dispute between the same parties and it is reasonable to expect that new proceeding will be initiated before this court too. The consideration of described situation bears the question: Is there any legal possibility for domestic court to consider the foreign rules of exclusive jurisdiction in described situation and, because of this consideration, to declare lack of jurisdiction in the same dispute between the same parties?

Author finds that there is no general rule in Serbian PIL Code that allows the Serbian courts to declare lack of jurisdiction in situations in which proceeding has been initiated before domestic court, which has elective jurisdiction to resolve the dispute, but foreign court has exclusive jurisdiction for the same dispute between the same parties. However, certain special provisions of PIL Code require consideration of foreign rules of exclusive jurisdiction. Pursuant to art. 62 (divorce proceedings and actions for annulment of marriage), 65 (paternity and maternity disputes), 71 para. 2 and 3 (proceedings for distribution of estate after death) of Serbian PIL Code, Serbian courts are obliged to take into consideration the foreign rules of exclusive jurisdiction in order to determine their own jurisdiction. Beside these explicitly regulated exceptions, author examines several cases, in which Serbian courts declined jurisdiction for disputes involving foreign immovables, although there were the grounds for entertaining general jurisdiction in such disputes.

²¹ Тако Дика/Кнежевић/Стојановић, *ibid.*, стр. 239.

²² Види код *ibid.*, 247, коментар чл. 78. ЗРСЗ којим се одређује искључива надлежност за проглашење несталог домаћег држављанина умрлим. Тумачењем ове одредбе Дика изводи закључак да је међународна надлежност домаћих судова за проглашење несталог страног држављанина умрлим искључена.

Милан Марић,
асистент-приправник

UDK: 341.231.14(4)
341.645(4)

УРЕЂЕЊЕ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Увод

Најпотпунији регионални систем заштите људских права до сада је успостављен у Европи, и то под окриљем Савета Европе. Савет Европе је најшира европска организација у области људских права,¹ настала после Другог светског рата 1949, као одговор на претње фундаменталним људским правима и политичким слободама, које су тешка ратна искуства и послератни тоталитарни режими учинили драматично извесним.² Најзначајнији непосредни резултат настанка Савета Европе било је усвајање Конвенције за заштиту људских права и основних слобода која је потписана у Риму 4. новембра 1950. године, чиме су две велике идеје, дуго времена две утопије, добиле своје обресе, идеја о људским правима и идеја о јединству Европе.³

Најважније и најоригиналније обележје Конвенције⁴ јесте систем који је она установила за заштиту права и слобода гарантованих Конвенцијом.⁵

¹ Србија је постала чланица Савета Европе 3. априла 2003. године (у то време као државна заједница Србија и Ц.Гора), а 3. марта 2004. године ратификовала је Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода тј. примљена је у чланство Савета Европе пре ратификовања конвенције. М. Пауновић и С. Царић, Европски суд за људска права, Београд, 2007.год. стр. 13.

² М. Драшкић: „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, Ново породично законодавство, Зборник радова са саветовања, Врњачка Бања, 16. и 17. октобар 2006, Крагујевац 2006, стр. 93.

³ Закон о ратификацији Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењен у складу са Протоколом бр. 11, „Службени Лист СЦГ“ – Међународни уговори, бр. 9/2003. У даљем тексту Конвенција.

⁴ Конвенција је настала под окриљем Савета Европе након окончања Другог светског рата као резултат тежњи народа Европе да створе другачији и модернији начин међусобне кохабитације, али и другачији и модернији однос човека према органима власти у сопственој држави. А. Јакшић, Конвенција о људским правима, коментар, Београд, 2006. год. стр. 13.

⁵ Циљ Конвенције није да замени национални систем којим се гарантују права човека већ да се она гарантују колективним гаранцијама на међународном плану. Механизам колективне наднационалне контроле функционише само као допунски. Оригиналност овог система је у томе што успоставља једну врсту

Иницијално су била установљена два органа међународног надзора, Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права којима се обезбеђивала пуна примена Конвенције у случају кршења неких од заштићених права и слобода.⁶ Међутим, усвајањем Протокола број 11 уз Конвенцију који је ступио на снагу новембра 1998. године дошло је до важне измене надзорног механизма Конвенције – укинута је Европска комисија за људска права, а установљен је нови стални Европски суд за људска права чија је надлежност постала обавезна за све државе уговорнице.⁷ Представке у којима се грађани позивају на кршење Конвенције упућују се сада непосредно Европском суду за људска права што значи да је појединац постао парнична странка у поступку пред једним међународним судом и тако добио позицију која је до тада увек била резервисана само за суверене државе.⁸

Имајући у виду напред речено, предмет овог рада ће бити, упознавање у основним цртама са организационом структуром Европског суда за људска права. (У даљем тексту Суд)

Избор судија

Суд⁹ се састоји од оноликог броја судија, колико је Високих страна уговорница.¹⁰ Број Високих страна уговорница је сад 47 што не значи да у сваком тренутку у Суду има толико судија.¹¹

европског устава, санкционисаног од стране једног суда који је близак уставном суду. З. Поњавић: „Европска конвенција за заштиту људских права и право на поштовање породичног живота“, Правни живот, бр. 9. Београд, 2003. год. стр. 823 – 824.

⁶ Овај суд треба разликовати од Суда правде европских заједница, као и Суда прве инстанце. Видети, М. Станивуковић, Појединац пред судом европских заједница, Београд, 2007. год. стр. 15., као и Д. Палачковић: „Суд прве инстанце“, Правни живот, бр.14. Београд, 2008. год. стр. 161.

⁷ Систем установљен 11. протоколом уз Конвенцију је онај који је данас у примени. Механизам поступања суда по 11. протоколу је уведен због тога што се хтело проширење заштите људских права, али је исто тако требало одговорити на изазов све већег пораста броја предмета. Један од разлога повећања броја предмета је повећање броја држава које су приступиле Конвенцији али и ширење свести о људским правима, а свакако и измена функционисања механизма, која се огледа у уклањању филтера, какав је представљала комисија. Д. Поповић, Европски суд за људска права, Београд, 2008. год. стр. 29.

⁸ Видети, В. Димитријевић и М. Пауновић, Људска права, Београд, 1997. год. стр. 116.

⁹ Седиште Суда се налази у седишту Савета Европе у Стразбуру. Међутим, суд може, ако нађе за сходно, вршити своје послове и на другим местима на територији држава чланица Савета Европе.

¹⁰ Видети, чл. 20. Конвенције

Држава потписница Конвенције не именује судију, па судија не представља државу, него је изабран у личном својству.¹² Судија који је предложен од стране неке државе не мора да буде њен држављанин. Ово је посебно значајно када се ради о малим државама које понекад имају проблем да међу правницима који су њихови држављани пронађу личност погодну за обављање судијске функције. Зато могу предложити стране држављане, чак може бити предложен и неко ко уопште није држављанин било које од држава потписница Конвенције.¹³

За избор судија надлежна је Парламентарна скупштина Савета Европе. Тај орган бира судију на седници, већином гласова присутних чланова, а избор се врши са листе кандидата, које предложи држава потписница Конвенције.¹⁴ Влада државе која је ратификовала Конвенцију предлаже три кандидата, који морају бити такви да било који од њих може бити изабран. Листа од три кандидата доставља се Парламентарној скупштини, а поступак постављања кандидатура и избор кандидата на националном нивоу мора задовољити све услове правичног такмичења. Парламентарна скупштина прослеђује листу кандидата своме надлежном одбору, за правна питања и људска права, чији подбор за људска права разматра листу и организује разговор с кандидатима.¹⁵

Кад је листа са три кандидата прихваћена у одбору, Парламентарна скупштина приступа избору судије. Исти поступак се примењује кад држава ратификује Конвенцију, па се са њене листе први пут бира судија, као и приликом попуњавања упражњених места.

Да би био изабран, судија мора имати високи морални углед и поседовати квалификације за обављање високих судских функција, односно бити признати правни стручњак.¹⁶

Организација Суда

Суд је подељен у пет одељења, а распоред судија по одељењима утврђује сам суд на општој седници. Судски пословник¹⁷ налаже да сваки од судија

¹¹ Дешава се да из државе која је тек приступила још није изабран судија, као и да је услед повлачења неког судије место упражњено.

¹² Видети, чл. 21. ст. 2. Конвенције

¹³ Тако је нпр. једно време судија на линхенштајнској листи био Канађанин.

¹⁴ Видети, чл. 22. ст. 1. Конвенције

¹⁵ Д. Поповић, *op. cit.* стр. 35.

¹⁶ Видети, чл. 21. ст. 1. Конвенције

¹⁷ Пословник Суда је усвојен од стране Опште седнице Суда и на снази је од 1. новембра 1998. године. Пословник је мењан неколико пута, а последњи пут 7. новембра 2005. године. Оригинални текст Пословника суда на енглеском језику доступан је на интернет страници Суда www.echr.coe.int. У овом раду коришћен је

буде члан једног одељења, али и то да се при њиховом састављању Суд руководи географском и родном равнотежом¹⁸ као и захтевом да одељења одражавају разлике међу правним системима држава потписница Конвенције.¹⁹

Иако није предвиђено актима о уређењу Суда још једно мерило утиче на састав судских одељења. То је број представки пред Судом из једне земље. Поједине земље имају пред Судом много већи број представки од других.²⁰

Одељења образују своја седмочлана већа и трочлане одборе. Како свако одељење има више од седам судија то оне судије које током седнице одељења не заседају у судећем већу представљају судије – заменике, за разлику од судија које суде. Одељење има председника, изабраног од стране Опште седнице Суда, као и заменика којег изабере само одељење.²¹

За сваки предмет о којем се одлучује у већу, председник одељења одређује једног судију – известиоца, који се стара о поступању у предмету и чији је задатак да на седници одељења пред већем које разматра предмет поднесе извештај у сажетом облику и образложи предлог одлуке, који жели да поднесе. Судија – известилац је спона између одељења и секретаријата Суда, који на својеврстан начин представља жилу куцавицу читавог судског механизма.²²

Секретаријат Суда

Секретаријат Суда је веома бројан и организован на начин који прати уређење самога Суда.²³ Секретаријат Суда се састоји од секретаријата судских одељења. Свако одељење има секретара и заменика секретара.²⁴

У оквиру секретаријата Суда постоји засебна координација. Њу обезбеђује секретар Суда и његов заменик, које као и све остале припаднике секретаријата Суда, поставља генерални секретар Савета Европе уз сагласност председника Суда.²⁵

превод садржан у делу: Европски суд за људска права у Стразбуру, Бања Лука, 2008. год. стр. 121 – 172. У даљем тексту Пословник.

¹⁸ Видети, Пословник, правило 14.

¹⁹ Видети, Пословник, правило 25. ст. 2.

²⁰ Из пет држава долази више од половине свих судских предмета. То су: Русија, Турска, Пољска, Украјина и Румунија. Због овакве ситуације се пази на то да судије из ових држава не буду у истом одељењу.

²¹ Видети, Пословник, правило 8.

²² Д. Поповић, *ор. cit.* стр. 41.

²³ Видети, чл. 25. Конвенције

²⁴ Видети, Пословник, правило 18. ст. 1.

²⁵ Видети, Пословник, правило 18. ст. 3.

Сликовито би се могло рећи да је секретаријат Суда организован као мала војска. За свако судско одељење и секретара одељења везано је неколико дивизија, како се званично зову организационе јединице секретаријата. Дивизија има свог начелника, а у њој се налазе правници, припадници секретаријата Суда из више земаља. Који ће се правници наћи у одређеној дивизији, односно које ће земље бити у овој заступљене, не зависи од сродности њихових народа, географске или језичке блискости, него напротив, од тога које су судије у оном одељењу за које је везана поједина дивизија. За свако одељење је везано по пет дивизија, којих укупно има двадесет пет. Поред ових, редовних дивизија постоје и нешто мање, специјалне, којих је укупно шест. Њихов је задатак да убрзано раде на предметима који су сувише дуго у Суду и оне нису везане за поједина одељења. Рад правника на предмету најпре надзире начелник дивизије, а затим секретар одељења или заменик секретара. Све што долази до судије прошло је кроз оно што се у судском жаргону зове контрола квалитета. Ова контрола је вишестепена и претходи сваком поступању судије по предмету. Због тога је помоћ секретаријата судији велика.²⁶

За предмет је у секретаријату задужен правник који је образован за право државе против које је поднета представка и који добро познаје језик тога права и саме поднете представке. Тај правник истовремено мора течно говорити и писати бар један од језика Конвенције. Њихово свакодневно поступање представља практичну примену упоредног права.²⁷

Трочлани судијски одбор

Трочлани судијски одбор представља тело које коначно одлучује о предметима.²⁸ Свако одељење образује више оваквих одбора. Одбору председава судија који је најстарији у смислу судског протокола.²⁹

²⁶ Д. Поповић, *ор. cit.* стр. 42.

²⁷ У секретаријату Суда ради око 230 правника, чији је статус различит. После пробног рада од једне године Савет Европе нуди онима који су задовољили уговор на четири године, или ређе трајне. Одређени број стажиста који у секретаријату раде по шест месеци најчешће не примају никакву накнаду. Њихова је намера да савладају европско право људских права, како би се касније могли тиме бавити и евентуално конкурисати за место у секретаријату Суда. Видети, Д. Поповић, *ор. cit.* стр. 43.

²⁸ Одбори су преузели надлежност бивше Комисије за људска права и у предходном поступку, пре поступка пред већима, испитују допуштеност представки додељених у рад том одељењу, одређена врста тријаже представки. М. Пауновић и С. Царић, *ор. cit.* стр. 41.

²⁹ Конвенција у члану 27. прописује постојање одбора, већа и Великог већа, али се, као ни Пословник у правилу 27, не изјашњава о делокругу одбора. Члан 28.

Творци Протокола број 11 су имали намеру да одборима повере одлучивање о оним представкама које се одбацују без расправе у већу. Поводом тога се поставља питање како се може знати која је представка за одбацивање, а која је за одлучивање у већу. О томе прелиминарну одлуку доноси секретаријат Суда. Предмет који секретаријат упућује судијском одбору назива се у судском жаргону одборским предметом. За разлику од ових, предмети упућени већу зову се предмети за већање. О сваком одборском предмету правник на раду у секретаријату, који је за тај предмет задужен, сачињава кратак реферат. Тај реферат се упућује судијском одбору. Овакав поступак може, на први поглед, изгледати необично, јер се добија утисак да секретаријат Суда има сувише велику улогу и може осујетити представку да доспе до одлучивања у већу. Зато треба упозорити на чињеницу да је одлука секретаријата неформална, необавезна и прелиминарна.³⁰

У одборима се одбаци више од 95% свих представки поднетих суду, а искуство правника запослених у секретаријату Суда је огромно и они ретко греше при претходном распоређивању предмета.

Мора се нагласити да је прелиминарно одређивање пута којим ће једна представка бити усмерена под контролом судија у одбору.³¹ Захтев за једногласношћу у одбору троје судија је од суштинског значаја. Ако се само један судија не сложи, предмет у питању се пребацује на одлучивање у већу. Зато судије нису удаљене од одлучивања, нити се може рећи да је одлучивање прешло на секретаријат, већ коначну одлуку о представи доносе управо судије.³²

Седмочлано судијско веће

Седмочланом судијском већу или Малом већу састав је одредио члан 27. Конвенције и правило 26. Судског пословника. Поменута одредба Судског пословника каже да председник одељења мора бити члан већа седморо судија. Одредба Конвенције захтева да у састав већа које одлучује о представи обавезно уђе судија са листе заинтересоване државе односно друго лице по њеном избору, ако поменути изабрани судија није у могућности. Држава против које је поднета представка поставља дакле у том случају тзв. судију *ad hoc*.³³

Конвенције једино каже да одбор може прогласити представку неприхватљивом.

³⁰ Д. Поповић, ор. cit. стр. 44.

³¹ Према члану 28. Конвенције одбор може једногласном одлуком да прогласи неприхватљивом или да скине са листе предмета појединачну представку, и та одлука је коначна.

³² Д. Поповић, ор. cit. стр. 45.

³³ Сагласно правилу 28 Пословника Суда, судија може да не учествује у

Председник одељења председава седмочланим судијским већем. То не чини само онда кад је предмет расправе представка уложена против државе на чијој листи је изабран председник. Тад већем председава заменик председника одељења, или у одсуству овога, протоколарно најстарији судија.

Седнице одељења се одржавају једанпут недељно и већа одељења по правилу одлучују *in camera*. Ако нађе да је због природе каквог предмета неопходно, веће може одлучити да одржи јавну расправу са странкама. У оба случаја, дакле и кад одлучује *in camera* и кад држи јавну расправу, у заседању је читаво одељење. Оне судије које нису у судећем већу присуствују као судије заменици и у том својству могу учествовати у расправи, изражавати мишљење и постављати питања. Судије заменици не учествују у одлучивању о меритуму ствари, али ипак зато гласају при одлучивању о процедуралним питањима, тако да њихова улога није сасвим пасивна.³⁴

За разлику од трочланог одбора, који одлуку доноси једногласно, седмочлано веће одлучује већином гласова. Судија или судије које остану у мањини могу саопштити и приложити уз пресуду своје издвојено мишљење. Ово важи само онда кад је веће одлучивало о меритуму ствари. Издвојено мишљење може понекад указати на неки посебан проблем, или на другачији начин закључивања, може саопштити аргументе које већина није била спремна да усвоји. Издвојена мишљења су се у пракси Суда зато показала корисним, а саопштавање таквих мишљења је, пре би се рекло, учврстило ауторитет пресуда, него што би му шкодило.³⁵

Пресуда седмочланог већа је начелно коначна, пошто у праву Конвенције не постоји установа жалбе на пресуду. Упркос томе, пресуда седмочланог већа може бити подвргнута поновном одлучивању, за које је онда надлежно Велико веће Суда.³⁶

разматрању предмета уколико у том предмету има лични интерес или је раније у том предмету наступао као заступник, адвокат или саветник странке, или лица чији је интерес изражен у предмету, као и када је био члан трибунала или анкетне комисије, или је у неком другом својству учествовао у предмету. Тако, на пример, стални судија из Србије се изузео из два предмета због чега је у та два случаја, на предлог Владе Србије, именован судија *ad hoc*. М. Пауновић и С. Царић, *op. cit.* стр. 40.

³⁴ Видети, Пословник, правило 26. ст. 1 под b и c

³⁵ Установа издвојеног мишљења није позната у нашем праву, па код нас постоји широко заступљено мишљење да саопштавање издвојеног мишљења слаби ауторитет судске пресуде. Такав приступ имају многе земље континентално – европског правног круга. Упркос томе, ваља приметити да ова установа, која је продрла из англосаксонске правне традиције налази добру примену у судској пракси у Стразбуру.

³⁶ Видети, чл. 42. у вези са чл. 44. Конвенције

Велико веће

Велико веће суда чини седамнаест судија. У састав Великог већа обавезно улази тзв. национални судија, али и председник и потпредседници суда, као и председници судских одељења.³⁷ Судски пословник је у правилу 24. ст. 1. одредио да у Велико веће поред седамнаест судија улази и најмање троје судија заменика. Састав Великог већа, изузимајући чланове чије је присуство обавезно, одређује се коцком за сваки предмет који веће разматра.³⁸

Велико веће одлучује по правилу по одржаној јавној расправи са странкама, мада она није обавезна. Седницом Великог већа председава председик суда, или један од заменика председника. Поступање Великог већа подвргнуто је истим правилима која важе за редовно веће, састављено од седам судија. У распореду задужења у секретаријату Суда је овде учињен један изузетак. Пошто су секретар и заменик секретара Суда веома оптерећени разним задужењима, одређен је један искусан правник с вишегодишњим искуством да буде стални секретар Великог већа.

Велико веће одлучује о основаности представке кад му Мало веће уступи надлежност, те када странке или странка захтева да се предмет изнесе пред Велико веће. Ово веће одлучује као и веће седморо судија, већином гласова.³⁹ Све што је речено у погледу установе издвојеног мишљења код одлучивања Малог већа, важи и за поступак пред Великим већем.

Могућност да се Велико веће појави као орган који разматра пресуду седмочланог већа предвиђа члан 43. Конвенције. Та одредба предвиђа да у року од три месеца од пресуде већа свака странка може, у посебним случајевима, да захтева да се предмет изнесе пред Велико веће.

О томе да ли ће један предмет бити изнет пред Велико веће одлучује колегијум од пет судија (тзв. панел, како се назива у судском жаргону) предвиђен у члану 43. ст. 2. Конвенције. Колегијум одлучује само на основу списка предмета, а уколико сматра да не постоје разлози за уступање предмета Великом већу, није дужан да даје образложење. Међутим, ако колегијум прихвати захтев, Велико веће одлучује у предмету пресудом. Та иста одредба поставља петочланом колегијуму смернице за одлучивање. Захтев за испитивањем пресуде пред Великим већем може бити прихваћен ако се предмет тиче неког важног питања везаног за тумачење или примену Конвенције, односно протокола уз Конвенцију, или каквог другог озбиљног питања од општег значаја.⁴⁰

³⁷ Видети, чл. 27. Конвенције

³⁸ Д. Поповић, *ор. cit.* стр. 47.

³⁹ Видети, А. Јакшић, *ор. cit.* стр. 422.

⁴⁰ Д. Поповић, *ор. cit.* стр. 48.

Иако уопштене и еластичне наведене смернице су довољно јасне.⁴¹ Петочлани колегијум је у поступању прилично рестриктиван, тако да наведена одредба не доводи до проблема у пракси.⁴²

С обзиром на овакву могућност да Суд два пута разматра исти предмет, састав Великог већа познаје једно важно ограничење. У Великом већу не могу заседати судије које су, као чланови седмочланог већа, донеле пресуду која је предмет преиспитивања пред Великим већем. Изузетак у том погледу чине председник одељења и тзв. национални судија. Они морају заседати у Великом већу, иако ово разматра предмет у којем су већ поступали и изразили своје мишљење. Бројни састав Великог већа је јемство непристрасности одлуке тога тела. Двоје судија које су већ судиле не могу пресудно утицати на одлуку свих седамнаест судија, колико чини Велико веће.⁴³

Будући да поставља смернице у погледу значаја предмета који би требало да се нађу пред Великим већем, Конвенција у члану 30. предвиђа могућност да се редовно веће седморо судија одрекне надлежности у корист Великог већа. Такву одлуку седмочлано веће може донети онда када се покрене неко озбиљно питање од значаја за тумачење Конвенције или протокола уз ову, или ако решење питања пред већем може да доведе до резултата који није у сагласности са неком претходно донетом пресудом Суда. До уступања надлежности Великом већу може међутим доћи само уз сагласност странака у спору.⁴⁴

По себи се разуме да је ауторитет пресуда Великог већа изнад ауторитета пресуда седмочланог већа, па се Велико веће појављује као орган који уједначава праксу Суда. Начелно, пресуда седмочланог већа не би могла противречити пресуди Великог већа. Странка ће се увек позвати на ову другу, ако је донета у истоветном случају.⁴⁵

⁴¹ Живот је ипак инвентивнији од творца правних норми, и доста често се креће бар корак испред њега. Постоје ситуације у којима пред Велико веће доспе случај који тешко може задовољити смернице постављене одговарајућом одредбом Конвенције. Једна од таквих ситуација настаје онда када се у редовном судском већу одлука донесе у односу четири према три судијска гласа. Колегијум од пет судија тада је по правилу склон да допусти испитивање пресуде пред Великим већем. То никако не мора значити да предмет задовољава услове постављене смерницама.

⁴² Уступање предмета Великом већу није тако чест случај. Тако 2005. године колегијум је заседао шест пута, а разматрао је захтеве у 183 случаја. Великом већу уступљено је само 16 случајева. Видети, М. Пауновић и С. Царић, *op. cit.* стр. 92.

⁴³ Д. Поповић, *op. cit.* стр. 49.

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Ibidem*

Општа седница

Општа седница суда је специфичан орган, од посебног значаја за рад Суда, али је то истовремено орган који не доноси судске одлуке. Општој седници су поверени послови судске управе.

Суд у општој седници обавља више важних послова. У општој седници Суд бира председника и потпредседнике, затим установљава већа, односно судска одељења, што значи да врши распоред судија. На општој седници се бирају и председници одељења, као и секретар суда и његов заменик. Поред тога, општа седница усваја и Судски пословник.⁴⁶

Општу седницу чине све судије Суда, а заседању овога тела присуствују и секретар и заменик секретара Суда. Општом седницом председава председник Суда.⁴⁷

Општа седница Суда разматра и питања која се тичу комуникације Суда и Комитета министара Савета Европе, као и она која се тичу комуникације са генералним секретаром те организације.⁴⁸

Судије непрестано прате како се одвија рад Суда и труде се да тај рад унапреде и уведу побољшања. Због тога општа седница Суда образује многе радне групе, којима је поверен задатак да прате одређену област, дају своја запажања и стављају предлоге за унапређење судског рада. Нека од ових тела су подељена на подгрупе или пододборе. Радне групе подносе извештаје општој седници Суда, на чијем заседању се онда о извештајима и предлозима доносе закључци или уколико је потребно, предлози одговарајућих одлука, као и саме одлуке, ако је за њихово усвајање надлежна општа седница Суда.⁴⁹

На општој седници се одлучује већином гласова. Гласање је по правилу јавно, изузев онда кад општа седница бира судско чланство, секретара и заменика секретара Суда, о чему се тајно гласа.⁵⁰

Најважнији акт формалне природе, који усваја општа седница представља Судски пословник. У пословнику су разрађене многе одредбе Конвенције, а тај акт је од великог значаја како за организациону структуру Суда, тако и за судско поступање. Општа седница Суда је овлашћена и да измени пословник, до чега по правилу долази на основу закључака проистеклих из разматрања извештаја сталних радних тела опште седнице.⁵¹

⁴⁶ Видети, чл. 26. Конвенције

⁴⁷ Пословник, правило 20.

⁴⁸ У општој седници се разматрају и сва остала питања која се тичу судске организације и рада Суда, иако нису изричито наведена у члану 26. Конвенције.

⁴⁹ Д. Поповић, *op. cit.* стр. 50.

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ibidem*

Протокол број 14 и 14 bis – новине

Задатак Протокола број 14 је да реформише систем заштите људских права на такав начин да омогући превазилажење проблема који су у раду Суда најизразитији, чиме би функционисање Суда било знатно убрзано и уопште учињено ефикаснијим. Уопштено би се могло рећи да су промене које треба да донесе реформа у Суду предвиђена Протоколом 14 надахнуте идејама о развоју заштите људских права и повећању њене ефикасности, путем превазилажења најкрупнијих проблема у функционисању система заштите.⁵²

Протоколи којима се допуњују материјалноправне одредбе Конвенције ступају на снагу у складу са одредбама, које сами садрже. Обично се за то тражи сагласност извесног броја држава, тако да по нормама међународног права одређени протокол онда важи међу државама које су га ратификовале. Са 14. протоколом, чији је текст отворен за потпис 13. маја 2004. године, није тако. Пошто се њиме мењају процесне одредбе Конвенције, како би реформисани систем заштите могао функционисати, потребно је да протокол ратификују све државе потписнице Конвенције. До данас су 14. протокол потписале све државе потписнице Конвенције, осим Русије.⁵³

Према 14. протоколу, у погледу формација у којима Суд одлучује предвиђене су промене. По садашњем уређењу Суд одлучује у трочланом одбору, седмочланом већу и Великом већу. Уместо тога, предвиђени су судија појединац, трочлани одбор, седмочлано веће које може бити претворено у петочлано, као и Велико веће.⁵⁴

Судија појединац је овлашћен да својом одлуком огласи појединачну представку неприхватљивом или је скине са листе судских предмета, ако је такву одлуку могуће донети без даљег разматрања. Такву одлуку, која је коначна, доноси судија појединац који није национални судија. Ако не поступи на наведени начин, судија појединац представку упућује трочланом одбору или већу.⁵⁵

Улогу филтрационог механизма у раду Суда имаће по 14. протоколу поред судије појединца и трочлани судијски одбор. Он ће бити овлашћен да

⁵² Србија је Протокол број 14 потписала 10. новембра 2004. године, а ратификовала га је 6. септембра 2005. године.

⁵³ Иако је руска влада потписала протокол, текст протокола је 2007. године изнет пред Државну думу која је одбило ратификацију. Питање ратификације овог међународног акта, као уосталом и сваког другог, је политичко питање, па је неизвесно да ли ће и када овај акт ступити на снагу.

⁵⁴ Видети, чл. 6. Протокола 14. У овом раду коришћен је текст, Протокола 14, садржан као прилог у делу: Ф. Лич, Обраћање Европском суду за људска права, књига II, Београдски центар за људска права, Београд, 2007.год. стр. 514 – 520.

⁵⁵ Видети, чл. 7. Протокола 14.

својом одлуком скине одређени случај са листе предмета у Суду, ако нађе да таква одлука може бити донета без даље расправе. Поред овог, трочлани одбор ће бити овлашћен да представку огласи прихватљивом и пресудом одлучи о меритуму ствари.⁵⁶ Овим се тежи убрзању поступка у тзв. репетитивним или клонираним случајевима.⁵⁷

Надлежност седмочланог већа остаје непромењена, осим што се изузимају тзв. клонирани предмети. Посебна новела 14. протокола допушта измену седмочланог већа у петочлано. На захтев опште седнице Суда Комитет Министара Савета Европе је овлашћен да једногласном одлуком и за одређено време смањи број судија у већу на пет. Ово би требало да доведе до повећања броја већа, уз додатно оптерећење судија, па тиме и до убрзања судског поступања, што и јесте мисао водиља твораца 14. протокола.⁵⁸

Одредбе о саставу и надлежности Великог већа, по 14. протоколу, су непромењене, као што се не предвиђају ни значајније промене у секретаријату Суда, осим оне која се односи на прилагођавање секретаријата поступању судије појединца.

Протокол 14 bis уз Конвенцију усвојен је на 119. састанку министара спољних послова држава чланица Савета Европе, а ступиће на снагу првог дана у месецу након истека три месеца од датума када три државе уговорнице Конвенције изразе сагласност да буду обавезане овим актом. Протокол ће по основу депонованих ратификационих инструмената других држава ступити на снагу 1. октобра 2009. године.⁵⁹

Циљ овог протокола је да се превазиђе ситуација настала одлагањем ратификације Протокола 14, којим су предвиђене шире мере за повећање ефикасности Суда. Протокол 14 bis уводи две мере процесног карактера, предвиђене и Протоколом 14, које се односе на судију појединца и трочлани судијски одбор.⁶⁰

Закључак

Европска Конвенција је међународни уговор о људским правима који обавезује четрдесет и седам европских земаља. Својом јединственом природом и развојем јуриспруденције Европског суда, Конвенција је постала својеврсна европска уставна повеља о људским правима. Кроз ефикасан

⁵⁶ Видети, чл. 8. Протокола 14.

⁵⁷ Поједини предмети су у раду и поступању Суда тако чести да је поступање Суда по њима устаљено. Ти предмети су толико чести да су у судском жаргону добили име репетитивни (клонирани).

⁵⁸ Видети, Д. Поповић, *op. cit.* стр. 53.

⁵⁹ Текст је преузет са сајта Заступник РС, <http://www.zastupnik.gov.rs/>

⁶⁰ [http://www.lawyer.rs/index.php?](http://www.lawyer.rs/index.php?option=com_contact&view=contact&id=1&Itemid=63)

[option=com_contact&view=contact&id=1&Itemid=63](http://www.lawyer.rs/index.php?option=com_contact&view=contact&id=1&Itemid=63)

надзорни механизам Конвенција врши утицај на све земље чланице Савета Европе које кроз доношење закона, или приликом одлучивања о појединачним правима и обавезама од стране судова или других државних органа морају имати у виду стандарде предвиђене Конвенцијом, јер њихова дела могу бити предмет испитивања пред Европским судом чије су одлуке обавезујуће.

Конвенција представља минимум стандарда људских права о којима су се европске државе могле договорити пре више од педесет година. Током тих година схватања о људским правима су еволуирала, тако да је Конвенција у извесном смислу данас недовољна да послужи као потпуна основа за поштовање људских права у двадесет првом веку. Упркос додатним протоколима и прихваћеној представи о Конвенцији као о живом инструменту, чињеница је да постоје извесне мањкавости и пропусти када је реч о правима зајамченим Конвенцијом и њиховој заштити, а стога су и могућности да се ограниче и угрозе права, која су у Конвенцији садржана, прешироке. И поред наведеног, могло би се рећи, да је Конвенција постигла успех и одговорила своме задатку, вршећи утицај на развој законодавства и политике у области људских права широм Европе. Јединствена природа и организација европског система заштите људских права, како се често назива систем успостављен Конвенцијом, имао је, има и имаће знатан утицај на демократске владе у креирању друштва по мери човека.

И, коначно треба бити свестан да поступање Суда и пресуде, као круна тог поступања, никако нису казна за било коју државу. Оне јесу, и треба да буду у још већој мери подстицај за усвајање и утврђивање европских стандарда, као и за реформе и усавршавање правног система.

*Milan Maric,
an assistant*

REGULATION OF THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS

The subject of this work is to provide a basic introduction of the organizational structure of the European Court for Human Rights, with its seat in Strasbourg.

The article begins with the Council of Europe and European Convention on Human Rights, adopted by the Council. It is identified that the basic characteristic of the Convention is the system for protection of rights and freedoms established by it.

The article then discusses the election of judges, conditions for their election and the manner and procedure for candidates' application and judge election, with the key role of the Council of Europe Parliamentary Assembly.

The part with the title "Organization of the Court" shortly discusses the division of the court into five sections, criteria for establishment of divisions, and the structure of the divisions.

The following part discusses the Secretariat of the Court, shortly presenting its organization. The article emphasizes its importance for efficiency of the Court, representing the most important link which unifies all the organizational segments of the Court.

The article then discusses the three-member judicial committee, its powers, scope of work and its position in the whole protection system within the Court.

The segment of the article with the title "Seven-member judicial committee" discusses the composition of the committee, manner of reaching decisions and the instrument of the separate opinion, which is not characteristic for our system.

The following part deals with the Grand Chamber, its composition, manner of reaching decisions, relinquishing jurisdiction in favour of the Grand Chamber, and its powers to challenge decisions of the seven-member judicial committee as the most supreme judicial organ in the Court's organizational structure.

The part of the article with the title "General meeting" discusses this organ which does not take part in judicial procedures but it deals with the issues of court administration, its composition, scope of work and importance for the functioning of the Court.

The next part discusses the novelties to be introduced according to Protocol No. 14 on organizational structure of the Court. It emphasizes what the creators of the protocol intended to achieve. This part includes the Protocol No. 14 bis, which has the similar application as Protocol No. 14. Its basic purpose is to remove the obstacles for ratification of the Protocol No. 14.

The last part provides the final discussion on the subject of this article, emphasizing the importance and influence of the Convention and the Court, their numerous positive and advanced characteristics, pointing out at the same time the weaknesses they have.

*Јован Вујичић,
сарадник у настави*

UDK: 341.24:061.1EC(4)

ПОНУДА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Уводне напомене

Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту Конвенција) усвојена је 11. априла 1980. године на Конференцији УН која је одржана у Бечу. Конвенција је позната и под називом Бечка конвенција као и *CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods)*. У складу са чл. 99, Конвенција је ступила на снагу, и за тадашњу СФРЈ, 1. јануара 1988. године. СФРЈ је међу првим државама ратификовала Конвенцију, већ 1984. године.¹ До сада, Конвенцију су ратификовале 74 државе.² Међу њима су скоро све европске државе³, као и велики број држава са других континената, међу којима су и оне чије привреде имају веома значајну улогу у међународној трговини, као што су нпр. САД, Кина и Јапан.

Конвенцијом је унификован значајан део норми у области међународне продаје робе.⁴ Поред осталих питања, Конвенцијом се, у II делу (чл. 14-24), регулише закључење уговора. Прва четири члана II дела (чл. 14-17) посвећена су понуди, док се следећих пет (чл. 18-22) баве прихватам. Последња два члана II дела (чл. 23 и 24) регулишу када се сматра да је уговор закључен и када је, у смислу овог дела, понуда, изјава о прихватању или било које друго изражавање намере стигло примаоцу. Наставак рада посвећен је понуди за закључење уговора.

Пре него што пређемо на разматрање одредаба Конвенције којима се регулише понуда, треба рећи да је чл. 92. ст. 1. Конвенције дата могућност државама уговорницама да у тренутку потписивања, ратификације, прихватања, одобравања или приступања изјаве да се не сматрају обавезаним у погледу II дела ове Конвенције. Овакву изјаву до сада су дале Данска,

¹ „Службени лист СФРЈ”, Међународни уговори и други споразуми, бр. 10, од 31. децембра 1984. године

² Стање на дан 18. мај 2009. године. Списак држава уговорница може се видети на интернет страници UNCITRAL-a

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

³ Изузетак су Велика Британија, Ирска, Португал, Турска и Лихтенштајн.

⁴ Шта се сматра међународном продајом робе у смислу Конвенције видети чл. 1-3. Конвенције.

Финска, Норвешка и Шведска, тако да се оне, у складу са чл. 92. ст. 2, не сматрају државама уговорницама у смислу ст. 1. чл. 1. ове Конвенције у односу на материју која се регулише у II делу. Такође, наведене државе и Исланд су изјавиле резерву у складу са чл. 94, тако да се Конвенција не примењује на уговоре о продаји или на њихово закључење када стране имају своја места пословања у тим државама.⁵ У осталим случајевима Конвенција ће се применити уколико су за то испуњени услови прописани Конвенцијом.⁶ Међутим, примена Конвенције није нужност чак иако су за то испуњени прописани услови. Стране могу, у складу са чл. 6. искључити примену Конвенције или, под резервом одредби чл. 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство.

Усвајање и ратификација Конвенције представљају само прве, иако важне, кораке.⁷ Међутим, своју сврху, као инструмент унификације материјално правних правила на међународном плану, Конвенција може остварити само једнообразном применом у великом броју држава.⁸ Једнообразност примене Конвенције може се обезбедити преко једнообразности тумачења њених одредаба. У том смислу Конвенцијом је прописано да се приликом њеног тумачења води рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности и поштења у међународној трговини.⁹ За унапређење једнообразног тумачења и примене Конвенције од значаја је и тзв. *CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts)*.¹⁰ *CLOUT* представља систем који је установио *UNCITRAL (UN Commission on International Trade Law)*, а који се заснива на прикупљању, систематизовању и објављивању судских пресуда и арбитражних одлука у којима су примењени модел закони и конвенције које је изradio *UNCITRAL*, међу којима је и Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе.

1. Појам понуде

Понуда се Конвенцијом дефинише као предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица који је довољно одређен и који указује на намеру лица које чини такав предлог да се обавезе у случају

⁵ Видети податке о статусу Конвенције на интернет адреси *UNCITRAL-a* http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

⁶ Видети чл. 1-3 и чл. 100 Конвенције

⁷ М. Ј. Bonell, *UNIDROIT Principles 2004-The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, Uniform Law Review, 1/2004, стр.6.

⁸ Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право-општи део*, Крагујевац, 2005. год, стр. 43

⁹ Чл. 7 ст. 1 Конвенције

¹⁰ Доступан на интернет адреси http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

прихватања.¹¹ Предлог који није упућен једном или више одређених лица не сматра се понудом већ само као позив примаоцима да упуте понуде (*invitatio offerendi*), изузев ако лице које чини такав предлог јасно укаже на супротно.¹²

Понуду може упутити било која страна будућег уговора о међународној продаји робе. Као понудилац се може појавити и купац а не само продавац, и у том случају понуда се обично означава као поруџбина или наруџбина.¹³ Понуда може бити учињена речима али и предузимањем радњи. Оно што је битно, да би се такав акт сматрао понудом, јесте да он представља изјаву воље којом се предлаже закључење уговора другом, односно другим лицима и да испуњава услове прописане чл. 14. Дакле, предлог за закључење уговора сматраће се понудом према Конвенцији уколико је :

- 1) упућен једном или више одређених лица, а уз испуњавање додатног услова може бити упућен и неодређеном броју лица;
- 2) довољно одређен и
- 3) указује на намеру лица које чини такав предлог да се обавезе у случају прихватања (*animus contrahendi*).

Наведени услови морају бити кумулативно испуњени. Уколико неки од њих није задовољен, предлог за закључење уговора неће се сматрати понудом, већ може постојати нека друга иницијатива за закључење уговора, као што је позив на преговоре или позив да се упуте понуда (*invitatio offerendi*). Ове уговорне иницијативе се по свом дејству, као и по својим елементима, разликују од понуде. Конвенцијом није дефинисан њихов појам нити је регулисано њихово дејство, већ је то препуштено националним правима.¹⁴

Чл. 14. је у пракси примењиван и да би се утврдило да ли одговор на понуду којим се понуда одбија представља контрапонуду, тј. понуду од првобитно понуђеног.¹⁵ Дакле, и контрапонуда мора испуњавати услове прописане чл. 14.

1.1. Примаоци предлога за закључење уговора

Да би се предлог за закључење уговора сматрао понудом мора бити упућен другом, односно другим лицима. Ово је нужност, независна од воље

¹¹ Чл. 14 ст. 1 Конвенције

¹² Чл. 14. ст. 2 Конвенције

¹³ *Falsa demonstratio non nocet*.

¹⁴ Видети чл. 7 ст 2 Конвенције; Више о овим иницијативама за закључење уговора видети у: М. Мићовић, *Позив на понуду*, Право и привреда, бр. 3-4/98, стр. 22-30.

¹⁵ *CLOUT case No. 121* и *CLOUT case No. 189*, доступно на интернет адреси http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html

понудиоца¹⁶, која произлази из природе понуде и њеног циља. Понуда као изјава воље којом се предлаже закључење уговора и која је учињена са циљем да буде прихваћена, тј. да преко прихвата доведе до успостављања уговорног односа, упућује се другом, односно другим лицима, јер тек тада може произвести своје дејство и тек тада може наићи на прихватање или одбијање.¹⁷

Понуда се најчешће упућује једном лицу. Означавање понуђеног се обично врши навођењем његовог имена, тј. фирме, али то може бити учињено и на неки други начин, из кога се може закључити које лице је понуђени.¹⁸ Понуда се може истовремено упутити и већем броју одређених лица, при чему број лица којима је понуда упућена није од значаја. У таквом случају даља судбина понуде цениће се независно од понуђеног до понуђеног, тј. уговор може бити закључен са неким док са другима то не мора бити случај. Дакле, да би се уговор закључио није потребно да понуда буде благовремено прихваћена од стране свих понуђених, изузев уколико они у конкретном послу наступају заједно.

Уколико предлог за закључење уговора није упућен једном или више одређених лица неће се према Конвенцији сматрати понудом, већ само као позив примаоцима да упуте понуде (*invitatio offerendi*). Конвенцијом се претпоставља да овакви предлози не изражавају намеру лица које их чини да буде обавезано у случају прихватања. Међутим, и овакав предлог представљаће понуду уколико лице које чини предлог јасно укаже на такав његов карактер.¹⁹ Није неопходно, а у неким случајевима то неће бити ни довољно, да се предлог наслови као понуда. Оно што је битно да би се такав предлог сматрао понудом јесте да се из њега може јасно видети постојање намере обавезивања у случају прихватања код лица које чини такав предлог.²⁰

Треба истаћи да формулација упућен једном или више одређених лица „није баш срећно изабрана за ову сврху“.²¹ Овај израз треба да укаже на

¹⁶ М. Драшкић, „Понуда и прихват понуде према униформним правилима и упоредном праву“, у: *Начела европској уговорној права и југословенско право*, Крагујевац 2001, стр.140.

¹⁷ Ј. Радишић, *Облигационо право општиј гео*, Београд 2004, стр. 88.

¹⁸ *Sekretariat Commentary on article 12 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article14)* доступан на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/texts/secomm/secomm-14.html>; Eörsi in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Milan 1987, 138. стр. доступно на интернет адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb14.html>

¹⁹ Чл.14 ст 2 Конвенције

²⁰ О намери обавезивања у случају прихватања као елементу понуде биће више речи касније.

²¹ Е. А. Farnsworth, „Formation of Contract“, in: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Galston & Smit

предлоге за закључење уговора који су ограничени на примаоце²². При чему, као што смо видели, примаоци могу бити одређени навођењем њиховог имена, тј. фирме или на неки други начин. Са друге стране слање каталога, ценовника, огласа и сличних материјала, чак иако су упућени именованим примаоцима, нпр. слањем поштом или убацивањем у њихово поштанско сандуче, неће се сматрати као упућивање одређеним лицима. Јер дистрибуција оваквих материјала редовно има за циљ да што шири круг лица буде упознат са њима, и не би било противно намери лица које их шаље уколико би их примаоци даље проследили. Дакле, овакви предлози за закључење уговора нису ограничени само на примаоце и они ће бити регулисани у складу са чл. 14. ст. 2, тј. биће сматрани понудом уколико лице које чини овакав предлог јасно укаже на своју намеру да буде обавезано у случају прихватања.

На Конференцији у Бечу пажњу је привукао амандман који је на ст. 2. тада чл. 12. предлога Конвенције, који је касније постао чл. 14. Конвенције, уложила делегација Аустралије. Како је наведено у образложењу, уочено је да, за разлику од ст. 1, ст. 2. не захтева да предлог за закључење уговора мора бити довољно одређен да би се сматрао понудом и стога поднетим амандманом се предлаже да ст. 2. буде допуњен у том смислу да се захтев да предлог треба бити довољно одређен примењује и на ст. 2.²³ Међутим, овај амандман је одбијен као сувишан јер, како је истакнуто, захтеви који се постављају ст. 1 примењују се такође и на предлог за закључење уговора који се регулише ст. 2, с том разликом што предлог из ст. 2. није упућен једном или више одређених лица.²⁴

Уколико су испуњени прописани услови и предлог за закључење уговора који није упућен једном или више одређених лица, тј. који је упућен неодређеном броју лица сматраће се понудом. Овакве понуде се у теорији обично називају опште понуде или понуде јавности.²⁵ Иако су упућене неодређеном броју лица оне су ипак ограниченог капацитета па је ограничен и број уговора који се на основу њих може закључити.²⁶ Стога се оне у

ed, 1984, Ch 3, page 3-6 доступно на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>

²² J. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague 1999, стр. 149 доступно на интернет адреси

<http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho14.html>

²³ *Summary Records of Meeting of the First Committee, 8th Meeting* доступно на интернет адреси <http://cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting8.html>

²⁴ *Summary Records of Meeting of the First Committee, 35th Meeting* доступно на интернет адреси <http://cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting35.html>

²⁵ Више о општој понуди и понуди јавности видети у М. Драшкић, *Општа понуда и понуда јавности*, Право и привреда, бр. 9-12/1993, стр. 5-14

²⁶ Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 92

теорији означавају и као понуде са резервом, у том смислу да ће обавезивати понудиоца само док има робе на залихама.²⁷ У пракси понудилац обично и ограничава њихово дејство на наведени начин или одређивањем рока до кога ће бити отворене за прихват, а најчешће то чини комбинацијом ова два начина у зависности који од њих први наступи. Уколико понудилац то није учинио изричито, то може бити прећутно садржано у његовом предлогу, и у том случају, ради утврђивања овакве његове намере, биће примењена правила за тумачење изјава и других понашања страна која су садржана у чл. 8. Конвенције.

1.2. Одређеност предлога за закључење уговора

Да би се предлог за закључење уговора сматрао понудом, поред осталог, мора бити довољно одређен. Овај захтев потиче из карактера понуде као пројекта будућег уговора.²⁸ Упућујући понуду, понудилац изражава своју намеру да закључи уговор и истовремено износи елементе за постизање жељеног циља, а то је закључење уговора. По свом садржају, понуда мора бити таква да буде подобна за прихватање, тј. да садржина уговора, уколико понуда буде прихваћена, може бити одређена применом диспозитивних правила.

Поставља се питање који је то минимум елемената које предлог за закључење уговора мора садржати да би био квалификован као довољно одређен. Довољно одређеним, у смислу Конвенције, сматра се предлог ако означава робу и изричито или прећутно одређује количину и цену или садржи елементе за њихово утврђивање.²⁹ Из ове одредбе произлази да су, према Конвенцији, роба количина и цена битни елементи (*essentiali negotii*) уговора о међународној продаји робе, елементи које понуда мора садржати и елементи око којих се мора постићи сагласност да би уговор био закључен. Међутим, ово не спречава понудиоца да, поред наведених, у понуди предвиди и неке друге елементе будућег уговора. Ово утолико пре, јер након што понуда преко прихвата доведе до закључења уговора, понудилац, сада већ уговорна страна, неће моћи једнострано да мења услове закљученог уговора. Стога је потребно да у понуди наведе услове под којима је спреман да закључи уговор.

Поред битних, понудилац у понуди може навести и тзв. природне елементе уговора (*naturalia negoti*), као што су нпр. место, време и начин испоруке или плаћања, и тзв. евентуалне (случајне) елементе уговора (*accidentalia negoti*), као што су нпр. разна средства обезбеђења извршења уговора. Уколико понудилац не наведе природне елементе сматраће се да је

²⁷ М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, стр. 298

²⁸ М. Драшкић, *Понуда и прихват...*, стр. 142

²⁹ Чл. 14 ст 1 (друга реченица) Конвенције

пристао на онакво њихово решење какво је одређено диспозитивним правилима која су применљива на конкретан уговор. Али уколико су и ови елементи садржани у понуди, они постају субјективно битни³⁰, што даље захтева да се и о њима постигне сагласност да би уговор био закључен.³¹

1.2.1. Означавање робе

Да би се сматрао довољно одређеним, предлог за закључење уговора мора, *inter alia*, означавати робу која се продаје, односно купује. Конвенцијом није прописан изричит захтев да роба мора бити ближе описана. Међутим, и поред непостојања оваквог захтева, роба мора бити описана у тој мери да се такав опис може сматрати као довољно одређен, тј. да се на основу њега може идентификовати роба у питању.

Степен потребног одређења робе зависи од околности конкретног случаја. Уколико су између страна претходно вођени преговори или је између њих успостављена пракса у погледу конкретне робе и уопштено означавање робе може бити довољно да би се предлог за закључење уговора, уз испуњеност осталих услова, сматрао довољно одређен.³² Такође, независно од претходног пословања страна, уопштено означавање робе може бити довољно уколико се на основу тумачења таквог предлога, опис робе може сматрати довољно одређен. Предлог ће се тумачити у складу са намером лица које је учинило такав предлог осим уколико друга страна није знала ту намеру или јој та намера није могла бити позната.³³ У другом случају примениће се стандард разумног лица, тј. предлог ће се тумачити према смислу који би му разумно лице истих својстава као друга страна дало у истим околностима.³⁴ Приликом утврђивања намере једне стране или схватања које би имало разумно лице водиће се рачуна о свим околностима случаја а посебно о преговорима који су између страна вођени, пракси коју су стране међусобно успоставиле, обичајима и сваком доцнијем понашању страна.³⁵ У том смислу је опис робе „крзна чинчиле средњег или бољег квалитета“ оцењен као довољно одређен, јер би разумно лице истих својстава као понуђени могло сматрати такво одређивање као довољно.³⁶

³⁰ Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 93; С. Перовић, *Облигационо право-књига прва*, Београд 1980, стр.270

³¹ За могућа одступања од овог правила видети чл. 19. ст. 2 и 3 Конвенције

³² *CLOUT case No. 52* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V94/239/16/IMG/V9423916.pdf?OpenElement>

³³ Видети чл. 8 ст 1 Конвенције

³⁴ Чл. 8 ст 2 Конвенције

³⁵ Чл. 8 ст 3 Конвенције

³⁶ Видети *CLOUT case No.106* доступно на интернет адреси

Роба у предлогу може бити означена уз остављање понуђеном, тј. будућем купцу да ближе одреди њена обележја, као што су облик, мере или друге карактеристике робе. У случају да оваква понуда буде прихваћена, а купац у остављеном року не учини потребну спецификацију, Конвенцијом је предвиђен начин на који ће овај недостатак у одређивању робе бити надокнађен. У складу са чл. 65. продавац може сам учинити спецификацију према купчевим потребама које су му могле бити познате.

1.2.2. Количина робе

Предлог за закључење уговора је довољно одређен уколико, поред осталог, изричито или прећутно одређује количину робе или садржи елементе за њено утврђивање. Начин на који ће количина робе бити одређена препуштен је потпуној слободи странака.³⁷

Количина робе се најчешће одређује навођењем одређеног броја мерних јединица, нпр. за тежину, запремину, површину и др, или навођењем одређеног броја комада, у зависности од врсте робе и стања у коме се налази. Међутим, одређивање количине у предлогу не мора бити прецизно, већ то може бити учињено и оквирно нпр. „ 800- 900 тона“³⁸ или „ 10 000 тона +/- 5%“³⁹. У оваквим случајевима прецизна количина биће одређена прихватом, који се, наравно, мора кретати у предложеним границама.

Количина може бити одређена и без навођења стандардних мерних јединица, коришћењем појмова који у конкретном случају могу бити протумачени као довољни за одређивање количине, нпр. „већи број крзана чинчиле“⁴⁰.

За одређивање количине може се користити и метод који дозвољава странама да тачну количину робе која ће бити испоручена одреде током извршења уговора, нпр. понуда за куповину или продају укупно расположиве количине робе или робе потребне за задовољавање одређених потреба у

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V98/506/26/PDF/V9850626.pdf?OpenElement>

³⁷ *Secretariat Commentary* доступно на интернет адреси

<http://cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-14.html>

³⁸ *CLOUT case No. 176* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V97/274/84/PDF/V9727484.pdf?OpenElement>

³⁹ *CLOUT case No. 189* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V98/506/26/PDF/V9850626.pdf?OpenElement>

⁴⁰ *CLOUT case No. 106* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/604/92/IMG/V9560492.pdf?OpenElement>

одређеном временском периоду.⁴¹ Приликом утврђивања количине робе на коју се овакве формулације односе потребно је применити правило о тумачењу изјава и других понашања страна које је садржано у чл. 8, као и правило из чл. 7. ст. 1. којим се прописује да ће се приликом тумачења Конвенције, поред осталог, водити рачуна о потреби да се унапреди поштовање савесности у међународној трговини. У складу са одредбама наведених чланова, овакве формулације требају бити схваћене као упућивање на стварно расположиву, односно стварно потребну количину робе која се јавља при савесном поступању. На овај начин се спречава да оваква одређења количине, која према Конвенцији испуњавају услов довољне одређености, буду касније злоупотребљена вештачким повећањем или смањењем расположиве, односно потребне количине у случају скока или пада цена и трошкова.⁴²

1.2.3. Цена

Одредба о цени из чл. 14. је идентична као одредба о количини која је садржана у истом члану. Предлог за закључење уговора је довољно одређен у погледу цене уколико је цена изричито или прећутно одређена или уколико предлог садржи елементе за њено утврђивање.

Цена робе се најчешће одређује изричито, навођењем цене за укупну количину робе, или одређивањем цене по јединици мере. У овом другом случају понуда садржи елементе за утврђивање цене. Цена може бити одређена у било којој валути, мада се она најчешће одређује у конвертибилној.⁴³ Уколико валута није прецизно одређена, навођењем њеног назива и државе, може настати неспоразум уколико у две или више држава законско средство плаћања има исти назив, нпр. долар (САД, Канада). Овакав неспоразум може бити отклоњен тумачењем предлога у складу са чл. 8. Конвенције.

Захтев за довољном одређеношћу предлога за закључење уговора у погледу цене је испуњен и уколико је цена прећутно одређена. Сматраће се да је цена прећутно одређена уколико се у предлогу она не наводи, али се тумачењем таквог предлога може утврдити која је цена понуђена. Случајеви прећутног одређивања цене могу постојати нпр. уколико се понуда врши на основу продавчевог каталога или уколико се понуда односи на стандардизовану робу. У овим случајевима, иако цена није изричито

⁴¹ *Secretariat Commentary* доступно на интернет адреси
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-14.html>

⁴² J. O. Honnold, *op. cit.* p. 150

⁴³ Eörsi, *op. cit.* p. 141

наведена, може се сматрати да се понуда односи на цену коју је продавац редовно наплаћивао за такву робу.⁴⁴

Није неопходно да цена може бити израчуната у време када је понуда учињена. Захтев за довољном одређеношћу је испуњен и уколико су у предлогу дати елементи за утврђивање цене. Нпр. у понуди може бити предвиђено да ће цена бити она која преовладава на одређеном тржишту у време испоруке или у неко друго време, или цена која је важећа за конкретну робу на одређеној берзи у одређено време.

С обзиром да је цена робе која се купује односно продаје битан елемент економског успеха у међународној трговини, ретки су случајеви да предлог за закључење уговора, који иначе испуњава остале захтеве прописане чл. 14. Конвенције, ни изричито ни прећутно одређује цену нити садржи елементе за њено утврђивање⁴⁵. Међутим, како је живот инвентивнији од сваког законодавца, тј. редактора конвенције, а утолико пре јер је цена као елемент уговора о продаји различито схваћена у појединим правним системима, може се као спорно поставити питање да ли се овакви предлози могу сматрати понудом према Конвенцији.

Посматрајући само члан 14. ово питање делује сувишно, јер *a contrario* предлог који ни изричито ни прећутно не одређује цену нити садржи елементе за њено утврђивање није довољно одређен, па самим тим се не може ни сматрати као понуда. Међутим, питање се компликује чл. 55, који гласи: „Када је уговор ваљано закључен, а цена за продату робу није у уговору ни изричито ни прећутно одређена нити у њему има одредби на основу којих би се могла утврдити, сматраће се да су стране прећутно пристале на цену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној трговачкој грани за исту робу продату под сличним околностима.“ Из одредби чл. 55. произлази да се Конвенцијом признаје могућност да уговор може бити ваљано закључен, а самим тим и да понуда може постојати, и поред тога што цена није одређена нити одредива. Међутим, треба узети у обзир и обим примене чл. 55, који ће се применити само када је уговор ваљано закључен. Како се Конвенцијом не регулише пуноважност уговора,⁴⁶ одговор на питање да ли је уговор ваљано закључен даће национално право које ће се одредити на основу правила међународног приватног права.⁴⁷ Дакле, може се закључити да се чл. 14 и 55 примењују у различитим ситуацијама. Чл. 14. се примењује да би се утврдило да ли се предлог за закључење уговора, посматран изоловано, сматра понудом. Уколико предлог не одређује цену ни

⁴⁴ *Secretariat Commentary* доступно на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-14.html>

⁴⁵ J. O. Honnold, *op. cit.* p. 152

⁴⁶ Видети чл. 4 Конвенције

⁴⁷ Видети чл. 7 ст 2 Конвенције

изричито ни прећутно нити садржи елементе за њено утврђивање, неће се сматрати довољно одређеним, па самим тим ни понуда неће постојати. У овом случају чл. 55. није релевантан и не би могао послужити као основ за став да понуда може постојати иако цена није одређена нити одредива. Међутим, уколико би такав предлог био прихваћен од друге стране, може се сматрати да су стране тиме исказале своју намеру да буду обавезане таквим споразумом, без обзира што цена није одређена нити одредива. Уколико би се касније као спорно поставило питање да ли је уговор ваљано закључен, једино меродавно за ово питање било би национално право које би се одредило на основу правила међународног приватног права. Не би се могло дозволити оспоравање пуноважности постигнутог споразума позивањем на чл. 14, уз истицање аргумента да предлог за закључење уговора није довољно одређен па се због тога не може сматрати понудом, а уколико нема понуде ни одговор на понуду се не може сматрати прихватањем, јер би то било у супротности не само са правилима Конвенције о попуњавању правних празнина, већ и са правилима о тумачењу Конвенције којима се прописује да ће се приликом тумачења водити рачуна, поред осталог, и о потреби да се унапреди поштовање савесности у међународној трговини, а на овај начин би се штитило несавесно поступање⁴⁸ и обезбедио изговор за избегавање већ постигнутог споразума.⁴⁹

1.2.4. Намера обавезивања у случају прихватања

Намера обавезивања у случају прихватања (*animus contrahendi*) је кључно својство понуде приликом разграничења у односу на остале иницијативе за закључење уговора. Наравно, предлог за закључење уговора сматраће се понудом само уколико, поред постојања овакве намере, испуњава и остале захтеве прописане чл. 14. Али, са друге стране предлог, иако је довољно одређен, неће се сматрати понудом уколико не указује на намеру лица које је учинило предлог да буде обавезано у случају прихватања.

Намера обавезивања односи се на намеру понудиоца да заснује уговорни однос уколико понуђени прихвати понуду, тј. да понуда преко прихвата доведе до закључења уговора. Није неопходно да понудилац истовремено намерава и да понуду одржи на снази за одређено време, тј. да понуда буде неопозива.⁵⁰ Дакле, постојање намере обавезивања у случају прихватања не садржи у себи обећање да понуда неће бити повучена или опозвана.⁵¹

⁴⁸ *Venire contra factum proprium*.

⁴⁹ P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna 1986, стр. 51

⁵⁰ *Secretariat Commentary* доступно на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-14.html>

⁵¹ Eörsi, *op. cit.* p. стр. 139

Конвенцијом није прописан начин на који ова намера мора бити исказана. И сама формулација „указује“ имплицира да понуђени није суочен са чињеницама већ са претпоставкама. Ово понекад може захтевати тумачење предлога како би се утврдило да оваква намера постоји. Постојање намере обавезивања може се утврдити на основу свих околности случаја а посебно на основу преговора који су између страна вођени, праксе коју су стране међусобно успоставиле, обичаја и сваког доцнијег понашања страна.⁵² И поред субјективне природе захтева за постојањем намере обавезивања, он се у неким случајевима мора објективизовати у циљу спречавања злоупотреба. Уколико примаоцу предлога не би била нити би могла бити позната намера лица које је учинило предлог, а разумно лице истих својстава као прималац би на основу свих релевантних околности случаја сматрало да предлог указује на намеру обавезивања⁵³, сматраће се да ова намера постоји без обзира на евентуални аргумент понудиоца да он није имао такву намеру.⁵⁴

Захтев за постојањем намере обавезивања у случају прихватања појачан је у случају опште понуде.⁵⁵ Да би се предлог за закључење уговора упућен неодређеном броју лица сматрао понудом потребно је да, поред испуњености осталих захтева, лице које чини такав предлог јасно укаже на своју намеру да буде обавезано у случају прихватања.⁵⁶

2. Дејство понуде

Уколико предлог за закључење уговора испуњава услове да би се сматрао понудом, потребно је одредити у чему се састоји правно дејство понуде, када почиње и у ком периоду траје, као и на које начине дејство понуде може престати.

Дејство понуде састоји се у томе што понуда за понуђеног ствара овлашћење да путем прихвата доведе до закључења уговора. На тај начин понуда обавезује понудиоца јер након што је понуђени благовремено прихвати он не може више спречити дејство на тај начин закљученог уговора.⁵⁷ Поред овога, понуда може обавезивати понудиоца да је за извесно

⁵² Видети *CLOUT Case No. 215* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V98/553/61/PDF/V9855361.pdf?OpenElement>

⁵³ Видети чл. 8. ст. 2 Конвенције

⁵⁴ Видети *CLOUT Case No. 217* доступно на интернет адреси

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V98/553/61/PDF/V9855361.pdf?OpenElement>

⁵⁵ A. Farnsworth, *op. cit.* p. 3-5

⁵⁶ Чл. 14. ст. 2 Конвенције

⁵⁷ J. Радишић, *нав. дело*, стр. 93

време одржи на снази, тј. да је задржи отвореном за прихват. Међутим, овакво дејство понуда ће имати само ако је неопозива.

2.1. До када понуда обавезује

Понуда производи дејство од тренутка када стигне понуђеном.⁵⁸ Када се сматра да је понуда стигла понуђеном прописано је чл. 24. Понуда је стигла понуђеном када је предата у његовом месту пословања или на његову поштанску адресу или, ако понуђени нема место пословања, односно поштанску адресу, у његовом редовном боравишту. Ово свакако захтева предају на за то предвиђеном месту, нпр. предају запосленом који је овлашћен за пријем писмена или убацивање у поштанско сандуче.⁵⁹ У супротном не би се сматрало да је понуда стигла понуђеном, изузев ако би понуђени накнадно сазнао за понуду.⁶⁰ У овим случајевима понуда ће почети да производи правно дејство иако може проћи неко време пре него што понуђени за њу сазна. Понуда је стигла понуђеном и ако му је саопштена усмено или на други начин уручена њему лично. Ако је понуђени правно лице, лично уручење подразумева уручење заступнику понуђеног који има потребна овлашћења. Ко се сматра овлашћеним заступником није регулисано Конвенцијом, већ је препуштено националним правима.⁶¹ У случају личног уручења понуде Конвенцијом нису постављена просторна ограничења у погледу места где се уручење мора извршити.⁶² То не мора бити у месту пословања понуђеног, већ може бити у било ком месту где се понуђени затекне, нпр. у месту у коме су вођени преговори или у месту пословања понудиоца.

Понудилац у понуди може одредити да ће понуда почети да производи правно дејство од неког каснијег тренутка, а не када стигне понуђеном.⁶³ У сваком случају, пре него што понуда почне да производи дејство, понуђени је не може прихватити, тј. такав прихват би био без правног дејства, иако је понуђени можда сазнао за понуду. У највећем броју случајева ово правило има само теоријски значај. Међутим, оно може бити и од практичног значаја

⁵⁸ Чл. 15 ст. 1 Конвенције

⁵⁹ J. O. Honnold, *op. cit.* p. 201

⁶⁰ E. A. Farnsworth, *op. cit.* p. 203

⁶¹ Видети чл. 7 ст. 2 Конвенције

⁶² *Secretariat Commentary on article 22 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article 24)* доступно на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-24.html>

⁶³ Видети чл. 6 Конвенције; М. Драшкић, Понуда и прихват..., стр. 143; J. S. Ziegel, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 24, Comment 2*, 1981 доступно на интернет адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel24.html>

уколико се понудилац након слања понуде предомисли и жели да спречи везаност понудом. У том случају он може повлачењем понуде спречити да понуда произведе правно дејство. Понуда се може повући, чак и ако је неопозива, ако је повлачење стигло понуђеном пре или у исто време када и понуда. За одређивање када се сматра да је повлачење стигло понуђеном примењују се иста правила као и за понуду. Повлачење не мора бити учињено у истој форми као и понуда. Најчешће се оно врши бржим средством комуникације од онога којим је учињена понуда, нпр. понуда у писму, повлачење телеграмом.

Ако је понуда почела да производи дејство, потребно је одредити у ком периоду то дејство траје. Рок трајања понуде може, пре свега, одредити понудилац. У том случају понуда престаје истеком тог рока. Рок за прихватање, који је одредио понудилац у телеграму или писму, почиње тећи од тренутка када је телеграм предат за одашиљање или од датума који је означен у писму или, у недостатку датума на писму од датума који се налази на коверту.⁶⁴ Овај датум се може утврдити из поштанског жига.⁶⁵ Уколико је понудилац одредио рок за прихватање телефоном, телексом или другим непосредним средством саопштавања, овај рок почиње да тече од тренутка када понуда стигне понуђеном.⁶⁶ Понудилац може одступити од ових правила и одредити да ће рок за прихватање који је навео почети да тече од неког другог тренутка.⁶⁷

Званични празници и нерадни дани који падају у време одређено за прихватање урачунавају се у то време.⁶⁸ Међутим, рок ће се продужити до првог наредног радног дана ако обавештење о прихватању не може да се уручи на адресу понудиоца последњег дана рока услед званичног празника или нерадног дана у месту понудиоца.⁶⁹

Када понудилац није одредио рок за прихватање понуде, прави се разлика између случајева у којима је понуда учињена усмено или на неки други начин. Усмена понуда мора бити прихваћена одмах, изузев ако околности указују на супротно.⁷⁰ У другим случајевима понуда производи дејство у разумном року.⁷¹ Реч је о року чија дужина није унапред фиксирана, већ ће се утврдити у сваком конкретном случају водећи рачуна о околностима посла и брзини средства комуникације које је користио понудилац. У сваком

⁶⁴ Чл. 20 ст. 1 (прва реченица) Конвенције

⁶⁵ С. Перовић, *нав. дело*, стр. 273

⁶⁶ Чл. 20 ст. 1 (друга реченица) Конвенције

⁶⁷ Чл. 6 Конвенције

⁶⁸ Чл. 20 ст. 2 (прва реченица) Конвенције

⁶⁹ Чл. 20 ст. 2 (друга реченица) Конвенције

⁷⁰ Чл. 18 ст. 2 (трећа реченица) Конвенције

⁷¹ Чл. 18 ст. 2 (друга реченица) Конвенције

случају, приликом израчунавања дужине разумног рока узеће се у обзир време које је понуђеном потребно за разматрање понуде, које даље зависи од предмета понуде и сложености њених услова као и време које је потребно да органи понуђеног донесу потребну одлуку. Такође, треба узети у обзир и евентуалну праксу коју су стране између себе успоставиле, тј. њихово понашање у таквим претходним случајевима. Поред околности посла водиће се рачуна и о средству комуникације којим је понуда учињена. У трговинском промету понуђени је по правилу обавезан да употреби исто или брже средство комуникације од онога које је користио понудилац.⁷²

2.2. Опозивост понуде

Конвенцијом се прави разлика између повлачења и опозива понуде. И један и други акт понудиоца утичу на дејство понуде, с том разликом што се повлачењем спречава да дејство понуде наступи док се опозивом окончава дејство понуде које је већ наступило.⁷³ Такође, понуда се може повући чак и када је неопозива док ће опозив имати дејство само уколико је понуда опозива.

Као правило, Конвенцијом је прописано да је понуда опозива. Све док се уговор не закључи понуда може да се опозове, уколико опозив стигне понуђеном пре него што је отпослао свој прихват.⁷⁴ Видимо да опозив производи дејство од тренутка када стигне понуђеном,⁷⁵ с тим што је опозивост понуде временски ограничена.⁷⁶ Право понудиоца да понуду опозове престаје у тренутку када је уговор закључен. Ово правило се примењује само у случају када понуђени усмено прихвата понуду као и када понуђени прихвата понуду у складу са чл. 18. ст. 3. Конвенције. Ово из разлога јер у овим случајевима прихват производи дејство већ у тренутку када је изражен тако да се и уговор сматра закљученим у том тренутку.⁷⁷ У осталим случајевима, иако се уговор сматра закљученим када прихват стигне понудиоцу, опозив да би имао дејство мора стићи понуђеном пре него што је он отпослао свој прихват. На овај начин опозива понуда ће постати неопозива

⁷² М. Драшкић, Понуда и прихват..., стр. 147

⁷³ М. Драшкић, *Обавезност и опозивост понуде за закључивање уговора према ујоредном праву и међународним униформним изворима права*, Право и привреда, бр. 9-10/1998, стр. 2

⁷⁴ Чл. 16 ст. 1 Конвенције

⁷⁵ Када се сматра да је опозив стигао понуђеном видети чл. 24 Конвенције

⁷⁶ М. Драшкић, *Обавезност и опозивост...*, стр. 15

⁷⁷ Видети чл. 18 ст. 3 у вези са чл. 23 Конвенције

и пре тренутка када је уговор закључен. Тиме се за понуђеног скраћује време неизвесности, јер га он може прекинути слањем прихвата.⁷⁸

Сматрамо да би у случају понуде упућене неодређеном броју лица, тзв. опште понуде, захтев да опозив понуде стигне понуђеном требало шире тумачити и сматрати га испуњеним и уколико је понудилац предузео радње које се у конкретном случају сматрају разумним да би понуђенима ставио до знања да је понуда опозвана.⁷⁹

Поред општег правила да је понуда опозива, Конвенцијом су предвиђена и два изузетка када ће се сматрати да је понуда неопозива, тј. када ће опозив бити без дејства. Понуда се не може опозвати: уколико она указује, било тиме што је одређен рок за прихватање или на други начин, да је неопозива, или ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно томе.⁸⁰

Први изузетак је на Конференцији у Бечу изазвао неспоразум између делегата који су представљали земље из *civil law* и *common law* система.⁸¹ Делегати из појединих земаља *civil law*-а изнели су став да одређивање рока за прихватање увек чини понуду неопозивом. Док су са друге стране делегати из *common law* земаља сматрали да треба правити разлику између одређивања времена у коме понуда може бити прихваћена и неопозивости понуде, и у том смислу одређивање времена за прихватање биће основ за неопозивост понуде само уколико начин на који је овај рок одређен указује да је понуда неопозива. Став *civil law* земаља био је првобитно усвојен од стране радне групе *UNCITRAL*-а на њеном деветом заседању.⁸² Међутим, на једанаестом заседању радне групе одређивање времена за прихватање је изгубило карактер самосталног основа за сматрање понуде неопозивом.⁸³ Тада подстав б) ст. 3 чл. 5 Нацрта спојен је са подставом а) и добио је изглед који је касније и усвојен на Конференцији у Бечу као чл. 16. ст. 2/а. Дакле, понуда се не може опозвати ако одређивање времена за прихватање указује да је понуда неопозива. Због горе наведеног сматрамо да одређивање времена за прихватање према Конвенцији представља једино индицију, а не и основ за необориву претпоставку, да је понуда неопозива.⁸⁴ Понуда може указивати да је неопозива и на други начин, а не само одређивањем времена за

⁷⁸ М. Драшкић, *Обавезност и опозивост*..., стр. 15

⁷⁹ J. S. Ziegel, *op. cit.* Article 16, *Comment 1(a)*

⁸⁰ Чл. 16 ст. 2 Конвенције

⁸¹ *Summary Records of Meetings of the First Committee (9th Meeting)* доступно на интернет адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link16.html>

⁸² Чл. 5 ст 3/б Нацрта је предвиђао да понуда не може бити опозвана ако одређује период времена за прихватање *Yearbook*, IX (1978), 90-91, наведено према Eörsi, *op. cit.* p. 154

⁸³ *Yearbook*, IX (1978), 14-15, наведено према Eörsi, *op. cit.* p. 153

⁸⁴ P. Schlechtriem, *op. cit.* p.53 footnote 173; Farnsworth, *op. cit.* p. 3-11

прихватање. При чему указивање не мора бити изричито већ је довољно је и ако се такав закључак може извести тумачењем понуде у складу са чл. 8. Конвенције.

И поред наведених аргумената, дискусија која је вођена на Конференцији у Бечу ставила је јасно до знања да различита схватања овог питања могу имати за последицу различито тумачење ове одредбе Конвенције.⁸⁵ У том смислу наведена одредба представља „јасан пример компромиса који је постигнут уз менталну резерву на свакој страни, свака страна задржава сопствено мишљење око чега су се споразумели”.⁸⁶ Међутим, приликом тумачења одредаба Конвенције, укључујући и одредбу чл. 16. ст. 2/а, мора се, поред осталог, водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби унапређења једнообразности њене примене.⁸⁷

Да би се применио други изузетак од општег правила о опозивости понуде, потребно је да буду испуњена два услова. Прво, потребно је да је за понуђеног било разумно да се ослони на понуду као неопозиву и друго, потребно је да је понуђени већ предузео неке радње у складу са таквим својим ослањањем на понуду. Кад ће се сматрати да је за понуђеног разумно да се ослони на понуду као неопозиву фактичко је питање које зависи од околности конкретнoг случаја. Ова одредба ће се применити у оним случајевима у којима не сама понуда већ пре други поступци понудиоца и посебне околности омогућују понуђеном да се ослони да понуда неће бити опозвана.⁸⁸ Понашање понуђеног у складу са таквим ослањањем на понуду може се састојати у упуштању у исцрпну анализу да ли да прихвати понуду, припремама за производњу или даљу продају, у сваком случају у прављењу трошкова који су потребни за предузимање припремних радњи које су у функцији закључења или извршења предложеног уговора.

2.3. Одбијање понуде

Правно дејство понуде престаје и када изјава о њеном одбијању стигне понудиоцу, при чему се не прави разлика између опозивих и неопозивих понуда.⁸⁹ Када ће се сматрати да је понуда одбијена регулисано је чл. 19, док се значење речи „стигло” регулише чл. 24, који се такође примењује и на понуду као и на повлачење и опозив понуде, и о коме је било речи приликом разматрања ових изјава понудиоца.

⁸⁵ P. Schlechtriem, *op. cit.* p. 53

⁸⁶ A. M. Garro, *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, International Lawyer 23/1989, стр. 458, доступно на интернет адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro1.html>

⁸⁷ Чл. 7 ст. 1 Конвенције

⁸⁸ P. Schlechtriem, *op. cit.* p.53

⁸⁹ Чл. 17 Конвенције

Изјава о одбијању гаси понуду у тренутку када стигне понудиоцу, али таква изјава може представљати контрапонуду, тј. понуду првобитно понуђеног, уколико испуњава услове прописане за понуду. У сваком случају након што је одбијање стигло понудиоцу, понуђени не може више прихватити понуду коју је одбио. Међутим, понуђени би могао након одаслања своје изјаве о одбијању изјавити да прихвата понуду и ако би прихват стигао понудиоцу пре одбијања, он би произвео своје дејство и уговор би се сматрао закљученим. На овај начин би понуђени своју изјаву о одбијању практично поништио, и она не би произвела своје дејство у тренутку кад стигне понудиоцу.⁹⁰

*Jovan Vujicic,
an associate*

OFFER ACCORDING TO UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG)

Under Article 14 an offer is a proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons that is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal. It was understood that the proposal in paragraph 2 of article 14 was a proposal within the meaning of paragraph 1 of the same article, and the requirements set in paragraph 1 apply to paragraph 2 also.

A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and price. A proposal which fails to satisfy the requirement of definiteness cannot qualify as offer, nor can it qualify as counter-offer under article 19 paragraph 1. But if a given proposal for concluding a contract seems incomplete, negotiations, practice which the parties have established between themselves and usages may serve to fill it out.

The intention to be bound in case of acceptance may be shown by interpretation of statement or act in accordance with paragraphs 1 or 2 of article 8. By virtue of paragraph 3 of article 8, this intent may be established by all the

⁹⁰ J. O. Honnold, *op. cit.* p. 171

relevant circumstances, including statements or other conduct during negotiations and any subsequent conduct of the parties.

An offer becomes effective when it reaches the offeree. Until that moment even though the offeree may have learned of dispatch of the offer, he cannot accept it. It has practical importance if offeror changes his mind after dispatch of offer but prior to the time the offer reaches the offeree. In that case offeror can withdraw offer if withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer. Offeror can withdraw offer even if it is irrevocable.

Offer is in general revocable and offeror can revoke his offer until a contract is concluded if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance. Article 16 paragraph 2 provides for exceptions to the main rule of revocability. An offer cannot be revoked if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise that it is irrevocable, or if it is reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

An offer terminates when a rejection reaches the offeror, even if it is irrevocable. Article 24 defines when a rejection reaches the offeror.

*Тамара Ђурђић,
сарадник у настави*

UDK: 347.447.52(4)

ПРЕДУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕМА ПРАВИЛИМА ЕВРОПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Увод

Европеизација приватног права један је од највећих изазова са којима се сусреће савремено друштво. Она је првенствено условљена процесом глобализације који обухвата готово све сегменте модерног друштва. У прилог томе говори све већи број регионалних организација различитог карактера у које се државе повезују како би лакше оствариле своје друштвене, економске, политичке и друге циљеве.

Овим трендом је нарочито захваћено уговорно право, имајући у виду масовност уговора који се свакодневно закључују у пословном свету. Разлози који су довели до првих подухвата у погледу усклађивања уговорног права произишли су из израженог партикуларизма и различитих националних решења у овој области, што свакако отежава међународно пословање и развој светске трговине у целини. Управо се проблем неусклађености националних законодавстава наводи као кључна препрека у остваривању једног од основних циљева Европске Уније, а то је функционисање јединственог европског тржишта. Са друге стране јединствена правна правила би неспорно допринела већем степену правне сигурности.

Закључивање уговора се кроз историју кретало од крајње формалности до изражене флексибилности у савременом пословању која је отворила и могућност њиховог закључивања путем интернета. Брже, неформалније и ефикасније процедуре закључивања уговора су свакако наметнуте потребама савременог тржишта чији основни инструмент за обављање промета роба и услуга јесте уговор. Масовност и разноврсност уговора карактерише савремено пословање. Поједини уговори су врло сложени по својој природи и садржини, и то су најчешће уговори великих вредности чијем закључењу редовно претходе преговори који могу трајати и дужи временски период. С обзиром на учесталост ових уговора у пословном промету и питање преговора постаје све актуелније и добија на значају.

Преговори представљају један постепени, а кадкад и веома сложен процес, у којем се сукцесивно размењује низ предлога, мишљења, нацрта будућег уговора и понекад је тешко утврдити која је страна учинила

понуду, а која прихват понуде и у ком моменту је настао уговор. У том смислу се савремени начин закључивања уговора све више разликује од класичног (који се састоји у давању и прихвату понуде). Са друге стране, уколико преговори не резултирају закључењем уговора, поставља се низ питања: да ли су стране у преговорима поступале у складу са начелом савесности и поштења, да ли страна која је учинила знатне трошкове припремајући закључење уговора може захтевати надокнаду тих трошкова и сл.

Ова и многа друга питања су предмет интересовања савремене правне теорије, посебно имајући у виду велика неуједначеност у погледу правног уређења преговора и предуговорне одговорности, односно одсуство правне регулативе у појединим правним системима, претежно оним који припадају англосаксонској правној традицији. Оваква неуједначеност последица је различитих концепција о месту и домаћају начела савесности и поштења у оквиру преговора.

Питање предуговорне одговорности је веома значајно и за нашу правну теорију и праксу. Овај институт је пре више од три деценије регулисан Законом о облигационим односима чија решења у великој мери одговарају савременим тенденцијама европског уговорног права. Међутим, судска пракса је још увек прилично оскудна што се тиче предуговорне одговорности, а у нашој правној теорији ово питање није било предмет свеобухватнијег разматрања, посебно у смислу упоредне анализе са решењима која су усвојена у европском уговорном праву. Актуелност овог питања употпуњује и велики правни значај који преговори имају. Улога преговора је кључна за настанак будућег уговора и одређивање његове садржине, затим за употпуњавање уговора у погледу споредних елемената које уговорне стране нису дефинисале као и за тумачење уговора, јер је фаза преговора пресудна у формирању воље уговорних страна.

1. Хармонизација уговорног права у Европској унији

а) Уопштено

Под европеизацијом приватног права која се интензивно одвија на просторима Европске уније, подразумева се процес хармонизације и унификације комунитарних прописа. Појам хармонизације означава усклађивање националних прописа са комунитарним у мери у којој је потребно да се њиховом применом може остварити жељени циљ, док се унификацијом постиже потпуна једнообразност прописа, што води стварању јединственог правног система.¹ Хармонизацијом прописа се

¹ Р. Вукадиновић, „Предговор“, у: *Начела европској уговорној права - ирилој*

отклањају разлике које постоје између националних правних система, док се унификацијом у потпуности изједначавају правне норме. За означавање процеса хармонизације употребљавају се различити термини као што су приближавање (*approximation*) и усклађивање (*harmonization*) и координација (*coordination*). Ови термини немају исто значење и њима се настоје изразити различити степени интензитета интеграционих процеса који се на поменуте начине остварују у државама чланицама.²

Најзначајнији инструменти унификације европског уговорног права, као и приватног права у целини, су униформна правила која су првенствено усвојена из потребе превазилажења различитости националних решења држава чланица. Закључивање међународних уговора представља традиционалан начин усклађивања права на регионалном и светском нивоу. У материји уговорног права најзначајније место заузима Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција) која је 1980. године донета у Бечу и која се сматра „општим правом међународне продаје у Европи“. Као флексибилније средство усклађивања у односу међународне уговоре користе се модел-закони.³ Осим модел закона, значајну улогу у процесу усаглашавања европског права имају и други аутономни извори као што су општи услови пословања, типски уговори, правни водичи и сл. Посебан значај у погледу стварања јединственог система европског уговорног права имају Начела европског уговорног права (PECL) која се често помињу истовремено са Начелима међународних трговачких уговора (UNIDROIT начела), јер су настали са истим циљем, а то је унификација уговорног права. Хармонизација и унификација прописа у оквиру Европске уније одвија се путем уредби (*regulations*), а највећим делом путем комунитарних упутстава (*directives*).

Највећи број прописа европског приватног права односи се на облигационо право, пре свега на уговорне односе, а у мањој мери на одштетно право. Значајан део прописа регулише права потрошача⁴,

хармонизацији домаће законодавства, Крагујевац, 2001, стр. 7.

² Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће процесе са правом Европске уније*, Крагујевац, 2004, стр. 55.

³ М. Станивуковић, „Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на начела европског уговорног права”, у: *Начела европског уговорног права и југословенско право-прилој хармонизацији домаће законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 57-92.

⁴ Знатан број упутстава односи се на потрошачко уговорно право како би се обезбедила адекватна заштита потрошача као слабије уговорне стране, затим, један број упутстава регулише посебне врсте уговоре, док су општа питања уговорног права остала изван ове регулативе. О упутствима којима се регулише потрошачки уговори као и други посебни уговори изван области потрошачког

трговинске односе као и право интелектуалне својине. У области стварног права се није значајније напредовало. Незнатан број докумената регулише материју породичног права, док је област наследног права готово у потпуности запостављена.

Хармонизација права у оквиру Европске уније представља један веома сложен процес, имајући у виду специфичну природу комунитарног права чији се легитимитет и данас у поједини случајевима доводи у питање. Тај процес карактерише постепеност, јер се мењају, не само извори права и традиционални правни системи, већ и свест грађана, што додатно компликује сам поступак уједначавања приватно правних правила. У том смислу се поставља низ питања као што су: питање структуре будућег приватног права (да ли је форма Европског грађанског законика адекватна с обзиром на специфичности европског правног поретка и комунитарног права у целини), питања у којим областима приватног права је могућа и нужна интервенција, као и питања формулисања и решавања конкретних проблема који се јављају у приватно правним односима.

Као основни недостатак постојећег система европског приватног права наводи се његова фрагментисаност и секторски приступ, што значи да су регулисани само поједини сегменти, с обзиром на њихов значај и компетенцију Европске уније. И сами комунитарни прописи су често међусобно контрадикторни и неусклађени, а проблем представља и непостојање јединственог система правних појмова, њиховог тумачења, као и дефиниција основних правних института што има често за последицу њихову хетерогену употребу.

Разлике између националних правила приватног права, посебно континенталног и *common law* система посебно су изражене, почев од различитости у вредносним стандардима за тумачење права, схватањима поштеност пословања и правцима кодификације.⁵ Тако у континенталном правном систему начело савесности и поштења заузима кључно место као један од основних принципа уговорног права, што у *common law* систему није случај. У складу са тим се у континенталном праву уговор тумачи према овом начелу, док се у *common law*-у инсистира на слободи уговарања и изјављеној вољи уговорних страна. Разлике између ова два правна система огледају се, између осталог, у различитом схватању уговора, одакле произилази и различито поимање понуде, као и низ других разлика које се односе на уговорно право.

Противници доношења Европског грађанског закона управо истичу као аргумент у прилог свог става непремостиве разлике у правним

права детаљније у: C.Twigg-Flessner, *The Europeanisation of Contract Law*, London-New York, 2008, p. 54-63.

⁵ Р. Вукадиновић, *За и против европеизације приватног права*, Европско законодавство, бр. 2, Београд, 2002, стр. 135-138.

системима појединих држава које су резултат различитог културног и историјског идентитета. Са друге стране, поборници идеје Европског грађанског закона, наводе да се поред бројних разлика између поменутих правних традиција, свакако могу уочити и значајне сличности које се огледају пре свега у поимању основних правних вредности односно темељних правних начела и института, а посебно се наглашавају заједнички корени приватног права који леже у римском наслеђу. У прилог томе говоре и Начела европског уговорног права којима је успостављен систем општих правила уговорног права који инкорпорише решења различитих правних традиција и представља базу за јединствени систем европског уговорног права.

Идеја доношења опште кодификације грађанског права у оквирима Европске уније као наредни велики корак у процесу интеграција њених држава чланица, такође намеће низ додатних питања почев од правног основа за доношење европског Грађанског законика, па до оправданости и изводљивости једног таквог подухвата. Време ће показати да ли су европски народи спремни за један тако велики корак усмерен ка стварању хомогеног европског приватног права као *ius commune*, а будућност Европског законика свакако зависи и од политичког фактора, имајући у виду да процес усклађивања и унификације приватног права у оквирима Европске уније није само правно, већ и политичко питање.

б) Иницијативе за доношење Европског грађанског законика

Иницијативе за унификацију и хармонизацију европског приватног права као и за стварање јединственог Европског грађанског законика, биле су бројне. Међу њима свакако једна од првих, била је иницијатива Комисије за европско уговорно право која је резултирала израдом Начела европског уговорног права (PECL).⁶ Начела су потом инкорпорисана у нацрт Заједничког појмовног оквира (*Draft of Common Frame of Reference*)⁷ чија се коначна верзија очекује да буде објављена крајем 2009. године (у даљем тексту: DFCR). Овај документ ће имати кључну улогу у процесу уједначавања европског уговорног права и представљати својеврсни основ његове будуће кодификације.

Начела европског уговорног права су настала као резултат рада Комисије за европско уговорно право као независног удружења правника из свих држава чланица ЕУ које је са радом почело 1980. године. Ова

⁶ O. Lando and H. Beale, *Principles of European Contract Law* – full text of Parts I and II combined, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.

⁷ *Draft of Common Frame of Reference* (DFCR), Outline Edition, www.law-net.eu, jun, 2009.

комисија је позната под називом Ландова Комисија, јер је професор Ландо био иницијатор овог пројекта и на челу комисије. Поред делимичне хармонизације појединих делова приватног права држава чланица, која се већ одвијала путем упутстава, Комисија је настојала да путем ових начела постави општа правила европског уговорног права која ће инкорпорисати решења различитих правних традиција и као таква представљати заједничко језгро свих националних правних система Европске уније, односно темељ јединственог система европског уговорног права. Први део Начела објављен је 1995. године, други део Начела 1999. године, да би комплетирану верзију Комисија је објавила 2003. године.⁸ Приликом формирања начела комисија се руководила решењима у правним системима како држава чланица тако и држава нечланица, као и међународним изворима (Бечка конвенција, Амерички једнообразни трговински законик и др.), а такође је водила рачуна да начела одговарају економским и друштвеним условима у Европској унији.

Неспорно је да је формулисањем Начела учињен први корак у процесу стварања будућег Европског грађанског законика. Међутим, у дводеценијском периоду од доношења Ландових начела па до израде Заједничког појмовног оквира израђени су бројни пројекти и донет је низ програмских докумената који су били у функцији унификације и хармонизације европског приватног права.

Један од значајнијих подухвата је тзв. Пројекат Европског грађанског законика који је резултат рада студијске групе за Европски грађански законик (*Study Group for European Civil Code*), формиране 1998. године, која се састојала од признатих европских стручњака из области приватног права, на челу са професором Кристијан фон Баром. Ова група се бавила упоредном анализом приватног права држава чланица како би помогла кодификацију Начела европског уговорног права. Значајно је напоменути и Тренто пројекат (*Common Core Project*) који је имао за циљ да изанализира и утврди сличности и разлике у решењима националних приватних права међу државама чланицама и утврди опште институте који су свима њима заједнички. Велики допринос дао је и пројекат групе за одштетно право која је формирана са задатком да утврди опште принципе одштетног права.

⁸ Збирка Начела која је објављена 2003. године. састоји се од 17 поглавља која се односе на: опште одредбе; закључење уговора; овлашћење за заступање; пуноважност уговора; тумачење уговора; садржину и дејства уговора; извршење уговора; неизвршење уговора и опште одредбе о правним средствима у случају неизвршења; посебна правна средства средства за случај неизвршења уговора; обавезе са више субјеката; уступање потраживања; промена дужника и уступање уговора; компензација (пребијање); застарелост; незаконитост; услови; претварање камате у главницу.

Што се тиче улоге Европске комисије у процесу унификације и хармонизације европског уговорног права, она постаје доминантна у периоду од 1999. године па на даље, када Комисија добија кључну улогу по питању даљих активности и усмеравања процеса усклађивања европског уговорног права. У том циљу она доноси низ програмских докумената. Најпре је 2001. године објавила Саопштење о европском уговорном праву⁹ које предвиђало могуће правце развоја Европског уговорног права и било основ за вођење дебате на ову тему. Даље смернице у стварању Европског уговорног права су постављене кроз План активности¹⁰ који је у форми саопштења донет 12. фебруара 2003. године. Овим се планом поново указује на потребу јединствене примене европског уговорног права као и на различитости које постоје у решењима националних уговорних права која представљају један од основних препрека у функционисању заједничког тржишта. У вези са тим као основни проблеми истичу се недоследности у актима Заједница, могућност примене различитих правних аката Заједнице на исти случај, употреба апстрактних појмова у упутствима, непостојање дефиниција апстрактних појмова као и проблеми у њиховом тумачењу.

Мере које се у циљу побољшања европског уговорног права између осталог предлажу усмерене су на већу кохерентност прописа европског уговорног права, на доношење општих услова уговора на нивоу ЕУ који би били у потпуности усклађени са правилима ЕУ, посебно са правом конкуренције, и размишљања о потреби доношења једног необавезног (опционог) документа у области европског уговорног права. Све мере су предвиђене како би се постојеће законодавство ЕУ поједноставило, отклонио несклад који постоји и попуниле правне празнине.

Предвиђено је да се кохерентност европског уговорног права оствари успостављањем а потом и применом Заједничког појмовног оквира (*Common Frame of Reference*) који је предвиђен као заједнички оквир правила и терминологије европског уговорног права (у даљем тексту CFR). Овај документ би требало да буде резултат упоредне анализе правних система као и анализе уговорне и судске праксе ових држава у циљу изналажења најадекватнијих решења постављених проблема. Заједнички појмовни оквир замишљен је као смерница приликом уношења упутстава из области европског уговорног права у национални правни систем, а такође се на њега може упућивати у арбитражном поступку.

⁹ *Communication from the Commission to the council and the European Parliament on European Contract Law*, COM(2001) 398 final, 11. 07. 2001.

¹⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law – An Action Plan*, COM (2003) 68 final, 12. 02. 2003.

в) Настанак, садржај и циљеви Заједничког појмовног оквира

Нацрт Заједничког појмовног оквира (DFCR) угледао је светлост дана у децембру 2008. године као резултат рада двеју истраживачких група: *Study Group on a European Civil Code (the Study Group)* и *Research Group on Existing EC Private Law (the Acquis Group)*. Сврха DFCR-а јесте да најпре послужи као модел будућег тзв. политичког Заједничког појмовног оквира (*Common Frame of Reference*) који се не мора нужно подударати у погледу материје коју регулише, односно садржине са академским DFCR-ом.

Посебно се наглашава разлика између DFCR-а као академског документа и CFR-а као политичког документа. DFCR има свој значај независно од будућег политичког документа. Овај акт представља један научни текст који је резултат великог европског истраживачког пројекта, који промовише знање из области приватног права. Такође, он свакако представља користан путоказ за решавање појединих проблема из области приватног права, а може бити искоришћен и као значајан инструмент неформалне хармонизације и реформисања како комунитарног права тако и националних правних система у процесу усклађивања и уједначавање прописа са *aquie communitare*. Са друге стране, CFR као политички документ биће креиран са циљем да оствари кључну улогу у унапређењу постојећег *aquis*-а и изради будућих аката комунитарног права, да допринесе унапређењу процеса усклађивања националних права држава чланица и представљаће основ за тзв. опцијски инструмент (који би стране могле изабрати код правних послова с међународним елементом као меродавно право уместо њихових националних права).

DFCR садржи принципе, дефиниције и модел правила што је уједно и назив овог акта (*Principles, Definitions and Model Rules for European Private Law*). Дефиниције имају улогу да усмере процес стварања јединствене европске правне терминологије и представљају основ за модел правила која чине већи део DFCR-а. Модел правила ће у коначној верзији DFCR-а бити допуњена коментарима који ће илустровати његову примену кроз примере, као и напоменама које ће се односити на карактеристична правна решења у појединим државама чланицама. Што се тиче принципа не постоји јединствен став шта се под овим појмом подразумева. У појединим случајевима се овај термин користи да би се означило правило које нема правно обавезујући карактер, као што је то случај са PECL правилима, а у сличном значењу се користи и у UNIDROIT принципима. Такође се термином принципи могу означити правила која се општег карактера као што је нпр. слобода уговарања или савесност и поштење. У том смислу су и модел правила DFCR-а заснована на општим принципима.

DFCR се састоји од 10 књига. Књига I представља кратак водич који читаоцу пружа уопштене информације како да најлакше користи текст DFCR-а (смернице у погледу домаћаја примене нацрта, начина тумачења и примене као и смернице које се односе на дефиниције кључних термина). Књига II се односи на уговоре и друге правне послове (њихово закључивање, тумачење, пуноважност, одређивање садржине и сл.) док се књига III односи како на уговорне тако и на вануговорне обавезе у оквиру области које регулише DFCR, као и на овлашћења која произилазе из ових односа.

У књизи II и III преузета су многа PECL правила, с тим што она нису могла једноставно да буду инкорпорисана у Нацрт, јер је евидентна разлика између PECL-а и DFCR-а у погледу циља, структуре као и опсега материје коју регулишу ова два документа. Предмет регулисања DFCR-а, знатно је шири у односу на PECL. Поред области које су регулисане PECL правилима, DFCR између осталог садржи поглавље које се односи на посебне врсте уговора (као што су уговор о купопродаји, о пружању услуга, уговор о налогу, трговинско заступање, франшизинг, уговор о дистрибуцији, донацији, уговор о осигурању и сл.) као и права и обавезе које из њих произилазе (књига IV). DFCR такође регулише вануговорне односе, односно права и обавезе које су резултат незваног вршења туђих послова (књига V), проузроковање штете и деликтну одговорност (књига VI) и неоснованог богаћења (књига VII). Такође су регулисана питања које се односе на покретну имовину - стицање и губитак права својине на покретностима (књига VIII), осигурање покретности (књига IX) и *trust law* (књига X). Све су то питања која нису регулисана Ландовим начелима.

Једна од значајнијих разлика између ових докумената јесте што се DFCR јасније прави разлику између уговора као једне врсте споразума односно правног посла са једне стране, и правног односа из којег уобичајено произилазе узајамна права и обавезе са друге стране. Тако према Нацрту није уговор тај који се извршава већ се он закључује, а обавезе из уговора су те које се извршавају. Постоји и низ других терминолошких измена па се уместо синтагме „*right to performance*“ користи термин „*obligation*“, уместо „*a party*“, „*a person*“ и сл.

DFCR не регулише следеће области: правни положај или правну способност физичких лица, изјаву воље и наслеђивање, породичне односе, инструменте преговарања, радне односе, непокретну имовину, компанијско право, као и парнични поступак.

Овај пројекат је заснован на заједничким вредностима као што су правда, слобода (пре свега слобода уговарања), заштита људских права, лојална конкуренција, солидарност и друштвена одговорност које представљају темељ права европске уније у целини. Основна његова сврха је да развије јасне концепте и терминологију европског уговорног права. И у њему, као и претходним подухватима, акценат је стављен на

усклађивање уговорног права имајући у виду да разлике између националних уговорних права представљају значајну препреку у функционисању заједничког европског тржишта, али су поред ове области регулисана и друга облигационо правна питања као што су вануговорни односи, деликтна одговорност и сл.

Истраживања и активности стручњака која су основ за креирање DFCR-а базирана су на компаративној анализи и изналажењу најбољих решења за постављена питања. Међутим, оваквом приступу и начину доношења CFR-а упућене су бројне критике. Критике се односе на то да се цео поступак доношења CFR-а свео на техничка питања занемарујући при том различите економске, социјалне и културне факторе који су такође значајни за опредељење за одређена решења као најбоља. Са друге стране, поставља се питање да ли су активности и напори учињени једино од стране правних стручњака најбољи начин за креирање CFR-а, имајући у виду велику слободу научне мисли која понекад може више допринети стварању него решавању проблема.¹¹

Да ли ће политички документ који се очекује да буде донет у ближој будућности заиста угледати светлост дана, каква ће бити његова садржина као и примена у пракси, остаје да се види. У сваком случају, Заједнички појмовни оквир са свеобухватним дефиницијама, принципима и правилима представља кључну реч за европеизацију уговорног права и један од најамбициознијих пројеката Европске уније до сада.

2. Предуговорна одговорност према PECL-у и DFCR-у

Принцип слободе уговарања је опште правило европског уговорног права, па су стране слободне да закључују уговоре и одређују њихову садржину, с тим да је слобода уговарања ограничена императивним правилима установљеним овим начелима, као и обавезом савесног и поштеног поступања.¹² На овом општем начелу заснива се и слобода преговарања. У области европског уговорног права заузет је начелан став да преговори не обавезују¹³ и да је одговорност за несавесно вођење преговора изузетак од тог правила. Осим оних случајева у којима је предвиђена законска обавеза закључивања појединих врста уговора, свака страна је слободна да одлучи хоће ли закључити или не конкретан уговор. Она може ући у преговоре иако није сигурна да ће уговор о којем

¹¹ C.Twigg-Flessner, *op.cit.*, p. 156.

¹² Čl. 1:102 PECL; Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 1:102, p. 99.

¹³ Čl. 2:301(1) PECL: „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement“.

преговара и закључити¹⁴, а може и прекинути преговоре без образлагања разлога који су довели до прекида преговора.¹⁵

Основно начело на коме се темељи предуговорна одговорност јесте начело савесности и поштења, као темељно правило европског уговорног права.¹⁶ Свака уговорна страна је дужна да поступа у складу са начелом савесности и поштења и уговорне стране ову дужност не могу нити искључити нити ограничити.¹⁷ Обавеза савесног и поштењог поступања се конкретизује низом посебних одредби од којих се поједине односе управо на фазу преговора. Страна која је водила преговоре или их је прекинула супротно овом начелу одговара другој страни за штету коју јој је на тај начин проузроковала.¹⁸ Начело савесности се даље конкретизује навођењем, као примера, ситуације отпочињања или настављања преговора без постојања стварне намере да се уговор закључи.¹⁹

PECL дакле разликује три ситуације на које се предуговорна одговорност може односити. Прва је ситуација када једна страна уђе у преговоре, без постојања било какве намере да закључи уговор о којем преговара и при том проузрокује штету другој страни која је погрешно верујући у успешност преговора начинила издатке који нису занемарљиви. Друга ситуација је она када једна страна настави да води преговоре, након што је одустала од намере да уговор о коме преговара и закључи. И трећи случај који се наводи као пример понашања супротног начелу савесности и поштења је онај када је страна прекинула преговоре без оправданог разлога (а при том је навела другу страну да верује да је она спремна да закључи уговор).

У коментарима Ландових начела као могући основ предуговорне одговорности одговорности помињу се довођење у заблуду друге стране која је наведена да погрешно верује у позитиван исход преговора и која је начинила трошкове припремајући се за закључење уговора, иако код друге стране није постојала било каква намера да тај уговор и закључи.²⁰ У већини европских земаља се овакво поступање карактерише као деликт. Као основ предуговорне одговорности се наводи и обећање које једна

¹⁴ O. Lando, *When a Person be Liable or Bound When Negotiating a Contract?*, in: *And og rett-Festskrift till Birger Stuevold lassen*, Oslo, 1997, p.629.

¹⁵ O. Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301.

¹⁶ O. Lando, *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, in: *American Journal of Comparative Law* 53, Berkley, 2005, p. 391.

¹⁷ Čl. 1:201 PECL.

¹⁸ Čl. 2:301 (2) PECL.

¹⁹ Čl. 2:301(3) PECL.

²⁰ Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301, under C i D, Illustrations 1 and 2.

страна дала другој за време преговора, а које је усмерено на закључење уговора, да би потом та страна одустала од преговора, а савесна страна начинила знатне трошкове поуздајући се у закључење уговора.²¹ Ово су типични примери који се наводе у *common law* теорији као случајеви у којима се признаје постојање предуговорне одговорности, иако у *common law* правном систему начелно важи правило о слободи страна које преговарају све до момента закључења уговора.

Страна којој је проузрокована штета не може да захтева да буде доведена у оно стање у којем би била да је дошло до закључења и испуњења уговора о којем се преговарало, односно не може захтевати накнаду позитивног уговорног интереса. Дакле, опште правило PECL-а којим се прописује да се висина накнаде штете одређује тако да погођена страна буде доведена у положај што сличнији оном у којем би била да је уговор прописно испуњен, не примењује се код предуговорне одговорности.²² Страна која је одговорна због кршења предуговорних обавеза дужна је да надокнади другој страни само негативни уговорни интерес који обухвата стварну штету (*reliance interest*) и измаклу добит (*expectations interest*). Под стварном штетом се подразумева укупан износ трошкова насталих у вези са закључењем уговора, а начињених у уверењу да ће тај уговор настати, а измакла добит се односи на пропуштање прилика да се закључи уговор сличан ономе о коме се безуспешно преговарало.²³

У оквиру регулисања предуговорне одговорности прописује се и обавеза чувања поверљивих информација до којих су стране дошле за време преговора, а које се односе на партнера у преговорима. Тако се предвиђа обавеза преговарача да поверљиве информације не смеју учинити доступним трећим лицима, већ их морају чувати као пословну тајну, нити их могу користити за сопствене потребе, независно од тога да ли је уговор касније закључен или не.²⁴ Такође се прописује и санкција у случају повреде ове обавезе која се састоји у накнади штете која је проузрокована злоупотребом поверљивих информација, али и повраћају користи које је друга страна на тај начин стекла, чак и у случају да савесна страна том приликом није претрпела штету.

PECL прописује обавезу чувања информација „без обзира на то да ли је уговор закључен или није“. Постоје правници који заступају мишљење да се у овој одредби PECL одступа од логике одговорности због *culpa in contrahendo*.²⁵ Ово становиште образлаже се аргументом да уколико је

²¹ Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301, under F, Illustration 4.

²² Čl. 9:502 PECL.

²³ Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:301, under G.

²⁴ Čl. 2:302 PECL.

²⁵ Упореди А. Дулаш, „Одговорност за несавесно вођење преговора у праву

уговор закључен као резултат преговора, тим пре нема места предуговорној одговорности, већ настаје одговорност за испуњење уговором преузетих примарних обавеза.

Одговорност због *culpa in contrahendo* се свакако односи на фазу преговора, а може се јавити најкасније приликом закључења уговора. У сваком случају, уколико је закључен пуноважан уговор, тада нема више места за одговорности због *culpa in contrahendo*. Међутим одговорност због *culpa in contrahendo* ни у том случају не бива у потпуности потиснута. Она се може јавити нпр. у случају када се уговор поништи на захтев стране која је сама скривила своју заблуду и која је дужна да надокнади штету другој страни насталу поништењем уговора. Такође, одговорност због *culpa in contrahendo* може постојати и у случају када је заблуду једне стране ненамерно скривила (мада нема кривице у правом смислу) друга страна уговорница. Страна која је ту заблуду проузроковала дужна је да надокнади другој страни штету због веровања у пуноважност уговора. Дакле и у овом случају постоји одговорност због *culpa in contrahendo*.²⁶

Следи да и у случају када је уговор закључен може, под одређеним условима, постојати предуговорна одговорност. Уколико је закључен ништав или рушљив уговор, а разлози мањкавости у закључењу уговора су настали у фази преговора и утицали на то да друга страна погрешно верује да је закључен правоваљан уговор, има места предуговорној одговорности. У случајевима када је дошло до закључења ништавог, односно рушљивог уговора који је накнадно поништен, кршење обавезе чувања поверљивих информација до којих се дошло за време преговора представља основ предуговорне одговорности, јер уговор који је закључен није пуноважан, па се у том смислу не може говорити о неизвршењу уговорних обавеза, односно о уговорној одговорности.

Још једно питање се намеће у вези са обавезом чувања поверљивих информација коју предвиђа PECL: да ли постоји обавеза чувања свих информација до којих се дошло за време преговора, а које се тичу друге стране, или само оних информација које је друга страна означила поверљивим? Из коментара овога члана може се закључити да не постоји општа обавеза преговарача да све информације до којих су за време преговора дошли третирају као поверљиве, осим уколико друга страна није јасно назначила да је реч о таквој врсти информација или се оне у светлу конкретних околности могу посредно (имплицитно) сматрати поверљивим.²⁷ У том смислу је DFCR експлицитнији, јер садржи

Србије, правима неких реформских земаља и савременим писаним изворима *Lex Mercatoria*“, у: *Зборник радова*, бр.1/2, 2007, Нови Сад, стр. 377.

²⁶ Види Ј. Радишић, *Предуговорна одговорност - culpa in contrahendo, ујорегно правна ситуација*, Београд, 1991, стр. 99 -100.

²⁷ Lando and H. Beale, *op.cit.*, Comments on Article 2:302 PECL, under A i B.

дефиницију „поверљивих информација“. Под поверљивом информацијом се подразумева „информација која се било по својој природи, било према околностима под којима се до ње дошло сматра поверљивом за једну страну, а да је при том друга страна примајући ту информацију знала или се од ње очекивало да зна да је она поверљива“²⁸. За разлику од PECL, DFCR садржи и одредбу којом се предвиђа да страна која је основано предвиди повреду обавезе чувања поверљивих информација има право да прибави судски налог којим се забрањује такво поступања.²⁹

Преговори су у DFCR-у регулисани у оквиру поглавља под називом „Маркетинг и предуговорне обавезе“ које се састоји из више одељака међу којима се први, односно други одељак односе на предуговорне обавезе информисања, док се у трећем одељку регулишу преговори, предуговорна одговорности и обавеза чувања поверљивих информација, као што је то случај у PECL-у. DFCR се у погледу начина регулисања предуговорне одговорности значајније не разликује од PECL-а. Поред поменутих одредаба којима се допуњује регулисање обавезе чувања поверљивих информација, остале разлике су претежно термиолошке и структуралне природе, али не и суштинске.

DFCR-у се додатно наглашава да поменуте обавезе савесног поступања у преговорима *не могу бити нијим искључене нијим ојраничене у њовором*.³⁰ На тај начин се начело савесности и поштења, као основ предуговорне одговорности, у још већој мери потенцира и ставља у први план. Ово правило иначе имплицира и из општих одредаба којима се регулише начело савесности и поштења, где се наводи да „стране не могу дужност поступања у складу са начелом савесности и поштења нити искључити нити ограничити“³¹.

3. Однос принципа уговорног права ЕУ и Закона о облигационим односима

Начело савесности и поштења заузима централно место у нашем правном систему, посебно у подручју уговорног права, а у Закону о облигационим односима је регулисано генералном клаузулом: „У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења“³². С обзиром да заснивање облигационих односа отпочиње најчешће преговорима, тумачењем

²⁸ Čl. 3:302 (2) DFCR, Book II.

²⁹ Čl. 3:302 (3) DFCR, Book II.

³⁰ Čl. 3:301 DFCR: „...this duty may not be excluded or limited by contract.“

³¹ Čl. 1:201 (2) PECL; 1:103 (2) DFCR, Book II.

³² Чл. 12. Закона о облигационим односима.

поменутог члана долазимо до закључка да стране које учествују у преговорима имају дужност да поступају савесно и поштено.³³ Такође, у нашем праву важи претпоставка савесности.³⁴ Начело савесности и поштења се у даљем тексту закона конкретизује кроз низ посебних одредаба. Шта се заправо подразумева под савесним и поштеним поступањем није прецизирано поменутом клаузулом, већ се његово значење одређује у сваком конкретном случају, с обзиром на посебне околности, а у складу са “општеважећим захтевима правичности, животним искуством и практичним разумом”³⁵. То значи да је у нашем праву прихваћен субјективни концепт тумачења овог начела.³⁶ Једна страна је савесна уколико није знала нити морала знати за одређене околности због којих би, да је за њих знала, била дужна да се понаша другачије него што се понашала.³⁷

Поред правног принципа савесности на коме се заснива предуговорна одговорност, други општи принцип који карактерише преговоре јесте слобода уговарања. Преговори немају обавезујући карактер³⁸ и свака их страна може прекинути кад год хоће.³⁹ Овде је интересантно напоменути новелирани Закон о обвезним односима Републике Хрватске који је задржао први део формулације овог става, изостављајући други део реченице „и свака их страна може прекинути кад хоће“⁴⁰. Ова измена се образлаже аргументом

³³ "Одредбом чл. 12. Закона о облигационим односима прописано је да су у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, учесници дужни да се придржавају начела савесности и поштења. То значи да учесници облигационих односа у правном промету слободно уговарају своја права и обавезе, али та њихова слобода има границу, односно не може да пређе ван начела на којима је заснован правни поредак...тако су без утицаја на одлуку у конкретном случају наводи тужиоца, као и околност да је тужени потписао поруџбеницу и да је потписивањем исте прихватио цену која није реална вредност за робу која се нуди поруџбеницом"; из пресуде Вишег привредног суда, Пж. 2069/94 од 06. 02. 1995. године.

³⁴ "Савесност у заснивању права и обавеза се претпоставља"; из пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр.160/05 од 27. 01. 2005.године.

³⁵ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2005, стр. 32.

³⁶ "Савесност као правни принцип тумачи се као субјективно психичко стање субјекта који преузима правне поступке или се налази у некој правној ситуацији. Појам поштења у правном промету треба тумачити тако да је недељив принцип са принципом савесности. Оно се управља претежно ка објективним вредностима, доличности и његовим просечностима и правилностима..."; Из пресуде Вишег привредног суда, Пж. 2069/94 од 06. 02. 1995. године.

³⁷ И. Јанковец, *Уговори у привреди*, Београд, 1987, стр. 22.

³⁸ Види пресуду Врховног суда Србије, Рев. 107/90 од 28. 08. 1990. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1700/99 од 02. 12. 1999. године.

³⁹ Чл. 30. ст. 1. Закона о облигационим односима.

⁴⁰ Чл. 251. ст. 1. Закона о обвезним односима Републике Хрватске, 2005.

да преговори не обавезују стране које преговарају и из начела диспозитивности произилази да су стране слободне да их прекину кад то желе.

Закон о облигационим односима је један од ретких закона који је материју предуговорне одговорности нормирао, и то на конкретан начин, наводећи два појавна облика ове одговорности. За штету насталу вођењем преговора одговара страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор⁴¹ као и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету.⁴² Ствара се утисак да је оваквом методом регулисања кроз конкретно навођење случајева предуговорне одговорности у одређеној мери стављена у сенку генерална одредба о поштовању начела савесности и поштења која се односи и на фазу преговора, те су је судови често превидели као могући основ предуговорне одговорности. Предуговорна одговорност се не односи само на случај скривљеног прекида преговора, већ се може јавити и у низу других случајева као што су неосновано одбијање понуде упућене од лица позваног да понуду учини, одговорност због поништења рушљивог уговора уговарача на чијој је страни узрок рушљивост, одговорност лица које је скривило ништавост уговора, и сл.⁴³

Наш законодавац се поред генералне одредбе којом се прописује позитивна обавеза савесног и поштеног поступања у *заснивању* облигационог односа определио за негативно регулисање предуговорне одговорности нормирајући је специјалним одредбама којима се забрањују конкретни облици несавесног поступања. Насупрот томе, начела европског уговорног права уређују предуговорну одговорност у виду општег принципа и прописују општу обавезу савесног и поштеног поступања за време преговора: “Страна која је преговарала или прекинула преговоре супротно начелу савесности и поштења је одговорна за штету која је тиме проузроковала другој страни”⁴⁴. Из овакве формулације произилази да сви случајеви вођења или прекида преговора који су супротни начелу савесности и поштења повлаче обавезу надокнаде штете. Као конкретно понашање које је нарочито супротно начелу савесности и поштења у Начелима се наводи случај када страна уђе у преговоре с другом страном без праве намере да с том страном склопи уговор⁴⁵. Овај случај је наведен само као пример⁴⁶, али су могући и

⁴¹ Чл. 30. ст. 2. Закона о облигационим односима.

⁴² Чл. 30. ст. 3. Закона о облигационим односима.

⁴³ У Закону о облигационим односима регулисан је низ појединачних случајева у којима је предуговорна одговорност могућа (чл. 35, ст. 2; чл. 54, ст. 3; чл. 61, ст.3; чл. 65, ст. 2; чл.87, ст. 5; чл. 88, ст. 4; чл. 108; чл. 115; чл. 116; чл. 460).

⁴⁴ Čl. 2:301 (2) PECL; Čl. 3:301 (2) DFCR, Book II.

⁴⁵ Чл. 2:301 (3) PECL.

⁴⁶ Види чл. 251. Закона о обвезним односима Републике Хрватске, 2005. година

други случајеви који се сматрају супротним начелу савесности и поштења и који повлаче самим тим одговорност за накнаду штете (случајеви непотребног одуговлачења преговора, неиспуњење обавезе обавештавања друге стране о чињеницама које су од значаја за закључење уговора или пак давање нетачних информација и сл.).

Указали бисмо на још једну неодређеност Закона о облигационим односима у погледу регулисања предуговорне одговорности. Закон предвиђа да је „одговорна за штету и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету“. Неодређеност се односи на синтагму „без основаног разлога“ која је прилично неодређеног значења и у теорији се доста расправљало о томе шта она заправо подразумева.⁴⁷ Такође, Закон о облигационим односима, између осталог не регулише обавезу чувања поверљивих информација до којих се дошло за време преговора.

Ако говоримо о евентуалним изменама Закона о облигационим односима у поступку прилагођавања и усклађивања нашег облигационог права са правом ЕУ, могле би се узети у обзир наведене сугестије у погледу предуговорне одговорности, чиме би измене биле више концепцијске, него суштинске, али би се на тај начин допринело јасноћи самог Закона и нагласила би се утемељеност предуговорне одговорности на повреди начела савесности и поштења. Не треба занемарити ни искуство Републике Хрватске као и других земаља у окружењу у погледу реформисању њиховог законодавства, а посебно уговорног права. Њихова искуства усклађивања и приближавању праву ЕУ, могла би бити од користи, имајући у виду да је Закон о облигационим односима из 1978. био заједнички свим бившим државама СФРЈ које су га и преузеле у своје законодавство као заједничко наслеђе и примењују га и даље, уз мање или веће измене и допуне.

Закључак

Један од услова за пуноправно чланство сваке државе у Европској унији јесте усклађивање националног законодавства са *acquis communautaire*, односно правним тековинама Европске уније. Ову обавезу је званично преузела и Република Србија потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 2008. године, иако је усклађивање унутрашњих прописа отпочела знатно раније.

Наш Закон о облигационим односима несумњиво представља кодификацију која и после три деценије постојања одолева изазовима

(„Супротно је начелу савесности и поштења, између осталога, ако страна уђе у преговоре са другом страном без праве намере да са том страном склопи уговор“).

⁴⁷ С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I, Београд, 1995, стр. 73.

савременог доба. Чињеница да је донет знатно пре него што су настала правила европског уговорног права и да као такав садржи решења слична оним у модерним европским законодавствима, потврђује његову изванредну правну вредност.

Неспорно је да је у Закону о облигационим односима предуговорна одговорност регулисана у складу са европским стандардима и да нема суштинских разлика у том смислу. Наш законодавац се определио за регулисање ове врсте одговорности путем генералне клаузуле о обавези савесног и поштеног поступању приликом заснивања уговорних односа, да би потом питање предуговорне одговорности конкретизовао посебним одредбама наводећи појединачне случајеве у којима ова одговорност може постојати. Оваквим приступом су општа правила о савесном и поштенном поступању, као и забрани проузроковања штете другом стављена у други план, тако да су их судови често превидели као могући основ предуговорне одговорности, што, претпостављамо, није била намера законодавца. У прилог томе говори и оскудна судска пракса када је реч о предуговорној одговорности, тако да је ово питање и даље веома актуелно са становишта његове оправданости и начина на који је законом регулисано.

Начело савесности и поштења једно је од основних принципа на којем се темељи европско уговорно право, а нарочито предуговорна одговорност, те је оно посебно наглашено како у Начелима европског уговорног права, тако и Нацрту заједничког појмовног оквира у оквиру одељка који се односи на преговоре. Посебна правила о предуговорној одговорности која предвиђа наш законодавац никако не би смела имати већу правну снагу у односу на општа правила, као што је начело савесности и поштења. У правцу наглашавања овог начела као основа предуговорне одговорности требало би да се крећу евентуалне измене постојеће законске регулативе преговора у поступку усклађивања националних прописа са прописима Европске уније. Осим тога, било би целисходно прописати и обавезу чувања поверљивих информација за време преговора.

Поступак хармонизације националног законодавства не подразумева пуко преписивање прописа Европске уније, већ усклађивање националног законодавства на начин да се применом тих хармонизованих прописа постигну и циљеви предвиђени Споразумом о стабилизацији и придруживању. Са друге стране, процес хармонизације националног права не значи нужно и безусловно прихватање свих предложених решења на уштрб складности националног правног система, не поштујући правне вредности које тај систем негује. Усклађивање унутрашњих прописа је процес преобликовања националног законодавства који свакако подразумева усвајање европских стандарда и доприноси, између осталог, и његовој модернизацији и европеизацији. Томе не противречи очување основних националних вредности и правне традиције, у мери у којој је то могуће да би се остварио постављени циљ – приближавање праву Европске уније, а

свакако је пожељно и могуће, јер процес усклађивања не тежи идентичности, већ конвергентности различитих правних система. У том смислу би Закон о облигационим односима требало очувати као значајно правно наслеђе и велику кодификацију у нашој правној баштини, посебно имајући у виду динамичан и променљив карактер комунитарних прописа, што показују и искуства наших суседа који су већ приступили новелирању овог закона.

*Tamara Djurdjic,
an associate*

PRECONTRACTUAL LIABILITY ACCORDING TO EUROPEAN CONTRACT LAW

Unification and harmonization of European contract law represent burning issue that modern society is currently facing with. A great deal of European Union activities were taken in order to provide a unified system of European contract law, and one of the latest was the Draft of Common Frame of Reference. The field of contract law is mostly affected by the process of Europeanization, considering the significance of contracts in modern business transactions. Usually, negotiations as a pre-contractual phase precede the contract concluding procedure. Plenty of questions appear related to this phase: whether or not negotiations provide the legal obligations for the parties engaged in the process, what is supposed to be the legal cause and legal conditions for pre-contractual liability etc. These and many other questions are in the focus of interest of legal jurisprudence, particularly considering dissimilarly legal regulations of this issue in some countries, or the lack of the regulations in others. The Law of Obligations of the Republic of Serbia is one of the rare codifications which prescribe negotiations within specific clauses in a particular way, besides the general clause referring to good faith and fair dealing, which have to be respected in contract making process. It seems that breach of general obligation of acting in accordance with good faith and fair dealing is put aside as a legal ground for precontractual liability comparing to the specific provisions of The Law of Obligations that prescribe particular cases of precontractual liability. Otherwise, judicial practice in our country concerning this matter is very deficient.

Одељак VIII

Правно-економска питања

*Др Светио Пурић,
редовни професор*

**UDK: 631.147(497.11)
338.439.5(497.11)**

КВАЛИТЕТ ХРАНЕ КАО УСЛОВ ЗДРАВЉА И ЗДРАВЕ ЕКОЛОГИЈЕ СРПСКЕ ЗБИЉЕ

Индустријализација и глобализација пољопривреде, уз све већу глад у свету, јесу процеси који стављају озбиљно на дневни ред питање хране, оне здраве посебно. То питање је озбиљно и упозоравајуће за оне који овај проблем сагледавају и који морају озбиљно радити на обликовању социјално и еколошки одрживог система хране и пољопривреде.

Индустријску пољопривреду карактерише монокултурна производња, агро-хемијски инпут и велика зависност од нафте. Заштита биолошки здраве хране, локална производња и њена дистрибуција, јесте оно у чему сигурност и безбедност траже мањи фармери који претходне захтеве могу испунити. То је и неопходан али и довољан услов за производњу довољних количина здраве хране, уз заштиту плодне земље, вода и екологије места, имајући у виду и заштиту средстава за живот произвођача хране.

У манифесту о будућности семена се полази од захтева и принципа да семе треба да буде ресурс који је заједничко власништво, да се може користити као заједничко добро које треба да буде сачувано. Постоји веровање да ће се регионални модел одрживе пољопривреде све више развијати у односу на данашњи модел индустријске пољопривреде за који је карактеристична монокултурна производња, коришћење хемијских и великих енергетских инпута, генетски модификовани усеви и монополи на семе које држи неколико мултинационалних компанија.

Највећи прекид индустријске цивилизације је чињеница нужног прилагођавања условима промене климе на земљи и све мањим количинама фосилне енергије. То је разлог што се Европа све више окреће стварању ниско-карбонске економије која троши мање фосилне енергије и ослобађа мање количине угљендиоксида и осталих штетних гасова у атмосферу. Не стиче се утисак да стручњаци у Србији јесу обавештени о извештајима и препорукама стручњака Уједињених нација и међународних института о новим програмима за пољопривреду развијених земаља. Стоји утисак да се Србија у периоду транзиције креће у правцу из кога се развијене привреде увелико враћају.

Још увек значајан проценат пољопривредног становништва, са свим манама и врлинама, као и мања просечна величина поседа могли би да буду пре потенцијална предност него недостатак. И Америка и Француска

најављују помоћ малим фармерима, уз укидање субвенција за велике фарме. Опстанак малих фарми ће бити везан за преусмеравање на производу без великих почетних улагања, мање минералног а више органског ђубрива, нове алате и технологије обраде земљишта, подизања плодности земљишта и подизања његове способности да сачува влагу и тд.

Неефикасност српске пољопривреде у односу на европске произвођаче је везана и за питање државних субвенција. Тачно је то да су тржишне цене пољопривредних производа у Европској заједници ниже од домаћих цена истих производа, али је тачно и то да су оне ниже и од њихових самих производних трошкова примарне производње хране у њих. Разлог су субвенције које добијају од државе њихови пољопривредници без којих њихове пољопривреде не би биле одрживе.

Енергетска зависност пољопривреде од нафте је посебан проблем. Ако су неке од развијених земаља дошле у позицију да за килограм хране у производњи троше литар нафте, а по становнику годишње потрошња иде и до тону ипо, зависност ове врсте не треба више посебно коментарисати. Ако је енергетска криза факат који траје а иста спада у необновљиве видове енергије, аларм је већ укључен. Модел индустријске пољопривреде, са свим негативним последицама које је проузроковао, од деградације плодног земљишта и воде, повећања зависности од увоза нафте, стављање у зависност све већег броја земаља у руке све мањег броја фармера, јесте оно што је деградирало и осакатило мале фарме (незаменљиве у великом броју случајева у овој врсти производње). Тешка механизација је рак рана растреситом земљишту. Под њеним теретом сабијено земљиште не прима довољне количине влаге и проузрокује велику штету. Обнова еколошког здравља пољопривредног земљишта кроз економску и културну стабилност руралних заједница јесте пут изласка из заблуда и странпутица.

Промена климе на земљи је највећа опасност која прети пољопривреди. Криза довољних количина здраве хране је оно што људску заједницу очекује. Пораст температура са дугим и жарким летима је оно што производњу хране најдиректније погађа. Индустријске и неке друге људске активности довеле су до загађења вода, земље и ваздуха, па тиме и до промене климе на земљи и услова за живи свет на њој. То потврђује изумирање великог броја биљних и животињских врста, што у крајњем наноси велику штету светској економији али и угрожава безбедност људи на земљи.

Заштита природе, шума и вода пре свега, наравно и пољопривредног земљишта, економски се боље разуме ако се то поткрепи чињеницом да је око 40% светске трговине базирано на биолошким производима или процесима. Оно што је за садашњи тренутак тачно али и погубно је, да наша глобализована и „сталнорастућа економија“ троши ненадокнадива и најчешће необновљива природна добра непримерено великом брзином. Нити свет, нити ми посебно, нисмо се опружали према „дужини губера“.

Пред произвођачима пољопривредних производа стоји озбиљан и тежак задатак. Нови захтеви, уз широк круг мера и инструмената, стављају пред произвођача обавезу узимања у обзир свих аспеката ланца производње хране у континуитету. То подразумева примарну производњу, производњу хране за животиње, продају и снабдевање храном до нивоа потрошача. Неконтролисана примена пољопривредних хемикалија, загађење животне средине, неовлашћена употреба адитива, хормона и антибиотика, микробиолошки ризици и лоше руковање храном у ланцу исхране и по правилу јесу оно што доприноси појави разних опасности и ризика.

Оно што домаћи произвођачи, уз помоћ државе наравно, не смеју изгубити из вида ни једног тренутка је то, да се мора изборити за властити развој у простору у којем се развија и привређује. То је увек прилика да се провери сопствена конкурентност, технолошка и организациона оспособљеност, у односу на светске токове и тенденције. У јако дугом периоду пољопривредна производња је обележила спорији раст у односу на своје објективне производне могућности и значај који има у економској структури земље. Пад физичког обима производње у условима екстензивног функционисања, неповољних климатских услова јесте проблем и пољопривреде саме, али и више од тога проблем прехране становништва у целини и неадекватног односа државе према овој важној области привређивања. Оно што је истина и што мора бити једном, за сва времена јасно, јесте факат да је то делатност чија је акумулативна и репродуктивна способност ниска, да је помоћ државе неопходна, да је обрт капитала спор.

Ако се томе дода дезинвестирање, кога је било, недостатак потребних репроматеријала, опадање техничко-технолошког нивоа и екстензификација биљне и сточарске производње, недостатак робних фондова и њихове улоге у стабилности пољопривредне производње и промета пољопривредних производа, слика се комплетира и постаје црна са врло мало белог.

Концепт извозно оријентисаног сектора српска пољопривреда није имала ни у бившој СФРЈ. Више од половине своје производње пласирано је на тржиште бивших република. За период транзиције се везује раст извоза робе пољопривредно-прехранбеног порекла, тако ће он у 2006. години достићи износ у вредности од преко 1 200 000 USD, са једва пола милиона из претходног периода. То ће у 2007. години порасти на преко 1 600 000 USD, што представља раст од преко 30% . За постојеће услове то је помак вредан пажње, са тенденцијом даљег раста.

За пољопривреду Србије се може рећи да има добре климатске и земљишне услове. Тржиште Европске уније апсорбује добру половину укупног пољопривредног извоза Србије. Већи и значајнији приступ на поменутом тржишту подразумева концепт развојно-извозно оријентисане пољопривреде, побољшање конкурентности робе аграрног порекла, подизање нивоа квалитета производа и спремност на даљу либерализацију међународне трговине. То је за мале земље мач са две оштрице али и изазов да у светској

подели рада формирају оно за шта имају највише шанси да успеју. Лично мислим да пољопривреда, па макар запостављена и толико колико смо је запоставили има више шанси и конкурентску предност над остатком српске привреде.

Споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом постоји и према досадашњим резултатима у спољнотрговинској размени и може се оквалификовати као неискоришћена прилика. То је за Србију добра прилика да повећа и динамизира свој извоз и повећа укупну ефикасност у пословању. У том извозу за сада доминира воће и поврће, на увозној страни жито са прерађевинама. За Руску федерацију, кап воде у мору, за Србију добра прилика и простор за добар пут у будућност. На крилима пољопривреде пре свега.

Тржиште ЕУ, са пола милијарде потрошача, који уз то једну четвртину својих зарада троше на храну, пробирљиво и специфично, мора остати и постојати простор наших успеха уместо потрошња и константно све већег дефицита у спољнотрговинској размени. За ту и такву причу, поред добре жеље и намере, потребан је квалитетан и здрав производ. Ми то више, не само да можемо. Ми то морамо.

За српску пољопривреду је од великог значаја и питање правилног утврђивања динамике смањења царина на производе из ЕУ. На овом питању је Србија, заједно са остатком бивше Југославије, преспавала око пет деценија. На жалост тај период није искоришћен за постепено смањивање ограничења увоза, како се исти по принципу реципроцитета не би рефлектовали на наш извоз. Ако је боље икад него никад, а јесте, уз плански и контролисан приступ овом питању у преговорима, могли би се омогућити бољи услови за размену пољопривредних производа и за овај, за нас не тако безначајан део тржишта. Поред воћа и поврћа, месо и месне прерађевине, млеко и млечни производи, уз непрекидно повећање квалитета на путу према здравој храни, могу и морају постати извозни артикли са значајним извозним девизним ефектима.

Са суседима, Босном и Херцеговином, Македонијом, Црном Гором, трговина је потпуно либерализована, извози се и увози без плаћања царина. Изузетак у том погледу, постоји код извоза у Босну и Херцеговину, где је једностраном одлуком БиХ увела плаћање царине на увоз млека и млечних производа и меса и месних прерађевина из Србије.

Правац будућег развоја пољопривреде и прехранбене индустрије Србије лежи у очувању постојећих производних капацитета, повећању обима пољопривредне производње, измени производне структуре у корист високофиналних и висококвалитетних производа. Уз квалитетно задовољену домаћу тражњу и значајније тржишне вишкове, пољопривреда би брзо вратила улог државе у њу. Без те и такве, контролисане инјекције улагања, болесна и немоћна ће остати и српска пољопривреда и држава Србија. Није мала, али је вероватно најмања и „штета“ што ће без тога, на јако

ниском нивоу и човека недостојан крај, завршити и српска старачка домаћинства.

Ако у плановима и размишљањима стоје квантификације, до 2012. године пољопривреда у Србији, по задовољењу домаће тражње, оствари око 3-4 милијарде USD, девизног прилива од извоза, да до 2015. године то подигне на ниво од 5-6 милијарди USD, а око 2020. године оствари девизни прилив од 9-10 милијарди USD, мора се констатовати да ово звучи више него лепо. Ако се не жели да то остане пуста жеља, што би било погубно и за пољопривреду и државу, за пољопривреднике и да не говорим, онда то захтева потпун заокрет државе са мерама економске политике које би омогућиле да планирано буде и остварено. Листа приоритета са извозним производима, произведеним на конкретним парцелама, финансираним конкретним средствима из конкретних и реалних извора, јесу оно што је најмање потребно да се у целу причу уђе озбиљно. Ако је то прича од избора до избора, од подршке до подршке, на лажним обећањима, све претходно поменуто може изостати. Као и до сада.

Пошто је то и зачаран и затворен круг, ако све претходно изостане, мора изостати даља модернизација пољопривредне производње, прерађивачке индустрије, наводњавање и одводњавање, јачање газдинстава, квалитетно задовољавање домаће тражње и значајније повећање извоза висококвалитетних пољопривредно-прехранбених производа.

За малу и ресурсима скромну привреду мале земље, аутархичан развој је реално немогућ. Када би то и било могуће технички, економски би било нерационално. Но ипак нека мера самобитности и избегавања негативних последица глобализације мора постојати. Рецесија условљена урушавањем једног система и преласком у други систем траје доста дуго са озбиљном претњом да угрози мале земље на путу власничке трансформације.

Од свих зала и искушења кроз која смо прошли, укључујући и она која ћемо још проћи, за сада нам је највеће оно везано за сопствени егоизам који се примио и развио до неслућених размера на плодном тлу потрошачког менталитета. У ери глобализације „етос видовданске жртве“ не даје знаке живота. Да ли је стварно и коначно напустио главу овог народа, да се не бавимо пророчанствима, остаје да се види. У међувремену ипак од нечега треба живети. Наравно да није све једно како.

Закључак

Од поделе рада до поделе нерада често пут није дуг. Последице такве политике су и обимније и далекосежније, посебно ако је први корак био траљав и несигуран. Ако се по јутру дан познавао, спор и лош старт у индустријализацији, наслеђе у застарелој и прљавој технологији, запостављање једне области која је у светској подели рада могла нешто значити (при томе мислим на пољопривреду), непланско и неконтролисано

пресељавање из села у град, убирање акумулације из пољопривреде кроз ниску цену пољопривредног производа, јесу били и остали подне и сумрак погрешне стратегије српског привредног развоја.

Грешку је боље признати икад него никад. Ако време за њену исправку истиче већ дужи период, ако још увек неко размишља о томе, нудимо неколико ствари које би могле постати водила кроз тунел према светлу којем би морали кренути.

Да ли извоз робе пољопривредно-прехрамбеног порекла у 2006. год. од 1 265 милиона USD, те да је биланс размене пољопривреде и прехрамбене индустрије Србије са иностранством у 2007. год. у вредности од 1 686 милиона USD, што је раст од 33,2% у односу на 2006. год., јесу добар наговештај промене односа према овој грани остаје да се види.¹

Да ли је ово основ за предвиђање да би, поред задовољења домаће тражње у 2012. год. пољопривреда могла да оствари 3-4 милијарде USD девизног прилива од извоза, до 2015. год. то би могло бити око 5 милијарди USD, а око 2020. год. девизни прилив од око 10-ак милијарди USD, буде и остварен, где би нам био крај.

То би са своје стране значило добру основу за даљу модернизацију пољопривредне производње и њене даље прераде, наводњавање и одводњавање, јачање газдинства и задружног организовања пољопривредних произвођача.

Ако здрава памет не крене у том правцу дужничко ропство куца на врата. Код своје њиве и ливаде постајемо, без могућности исправке, најамни радници код паметнијег, организованијег и моћнијег газде. А тада избора више нема.

*Prof. Dr. Sveto Puric,
a full-time professor*

QUALITY OF FOOD AS A CONDITION FOR HEALTH AND HEALTHY ECOLOGY OF SERBIAN REALITY

Usually, one should not take a long way between division of work and division of laziness. The consequences of such policy are long-term and overwhelming, especially if the first step was insecure and sloppy. If the morning shows the day, the slow and bad start in industrialization, the inheritance of obsolete and dirty technology, neglect of one field which might be significant (I am referring to

¹ RZS, статистика спољне трговине

agriculture), unplanned and incontrollable move from villages to towns, acquiring accumulation from agriculture via low prices of agricultural goods, were and remained the noon and the twilight of the wrong Serbian economical development strategy.

It is better to admit the mistake late than never. If the time for its remedy has been elapsing for some period, and if still somebody is thinking about it, we offer several things which might be guidelines through a tunnel towards the light we have to go to.

Whether the export of agricultural goods in 2006 of 1,265 million USD, and whether the balance of exchange between Serbia and the rest of the world in 2007 of 1,686 million USD which represents the growth of 33.2% comparing to 2006 represent the good indicators of change in this area remains to be seen.

Is this the basis for estimation that, apart from the meeting of the domestic demand in 2012 the agriculture may earn as much as 3-4 billion USD from exports, in 2015 it may be around 5 billion, and in 2020 it may reach as much as 10 billion USD?

It may represent a solid basis for further modernization of agriculture and agricultural processing, strengthening of farms and organization of farmers.

If the sound mind does not go towards that direction the slavery will be knocking on our door. Although in possession of our soil and meadows, we will become, without the possibility to remedy that, the slaves to more intelligent, more organized and more powerful master. And we will have no other choice then.

ТРЖИШТЕ ЗА ПРОПУСНЕ (ПРОЛАЗНЕ) ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ

Нови финансијски инструменти на хипотекарном тржишту

Последњих година хипотекарна тржишта у свету, претрпела су велике промене, како у погледу структуре учесника, тако и у погледу природе финансијских инструмената. Хипотекарно тржиште је врста тржишта капитала, јер хипотеке укључују дугорочна новчана средства. Финансијски инструменти који су предмет размене на тржишту капитала и хипотекарном тржишту разликују се по својим основним одликама. Хартије од вредности које су подржане хипотеком разликују се од класичних обвезница по начину отплате, као и по степену ризика који носе. Отплата хипотекарних хартија од вредности укључује тачно распоређену главницу и камату укључујући и учешће. Распоред отплата је другачији у односу на класичне обвезнице, јер се код хартија од вредности које су подржане хипотеком оне врше месечно. На крају, код хипотекарних хартија од вредности постоји повећан ризик услед колебљивости цена, због уплате учешћа код ових хартија, који се не појављује код класичних обвезница¹.

Структура тржишта за пролазне (пропусне) хартије од вредности

Пролазна (пропусна) (*pass through*) хипотекарна хартија од вредности, настала је из објективне економске потребе за функционисањем једног посебног сегмента хипотекарног тржишта, а то је секундарно хипотекарно тржиште. Наиме, продају хипотека на секундарном тржишту отежавао је низ проблема који је постојао у хипотекарној делатности.

Хипотеке нису биле стандардизоване (различито доспеће, камата, и други услови), пратили су их високи трошкови сервисирања хипотекарних зајмова, непознат степен ризика у случају доцње у исплати зајма. Сви ови

¹ T. W. Koch, S. S. MacDonald, Bank Management, The Dryden Press, Harcourt College, 2000, стр. 794.

проблеми онемогућавали су да хипотека буде велепродајни инструмент на секундарном хипотекарном тржишту.

Управо због овога, дошло је до груписања великог броја стандардизованих хипотека у хипотекарни пул. Одређене финансијске институције, као и државне агенције, држе хипотекарни пул који постаје подлога за нову хартију од вредности. Та хартија од вредности која представља иновацију на хипотекарном тржишту је пролазна, пропуштена хипотека (*mortgage pass through*).

Суштинска одредница за хартије од вредности које су подржане хипотеком односи се на то да су у питању хартије од вредности које доказују недељиво учешће (удео) у власништву хипотекарних зајмова. Обично се више стандардизованих хипотека удруже (нпр. традиционалне хипотеке с фиксном каматом). Формира се на овај начин хипотекарни пул, а инвеститори купују учешће у том пулу. Тај удео (учешће) има облик сертификата. Продаја сертификата подразумева и продају кредита.

На пример: Првобитни зајмодавци, покретачи хипотека одобрили су десет хипотекарних зајмова у вредности од 1 милион долара и ови кредити су удружени у хипотекарни пул. Износ појединачног кредита је 100.000 \$. На подлози овог пула емитује се хипотекарна хартија од вредности (хипотекарна упутница). Од ње настаје 40 јединица сертификата учешћа, а вредност сваког сертификата је 25000 \$.²

Овом хартијом од вредности инвеститор поседује пропорционални удео хипотекарног пула. Токови готовине из хипотека (камата, главница и авансно плаћање) прелазе ка инвеститору, након одбитка трошкова сервисирања.

Цео процес почиње од покретања хипотекарних зајмова и њиховог упућивања зајмопримцима. Зајмодавци су обично банке и друге финансијске институције и они уговарају отплату обећане главнице и камате. У овој фази хипотеке могу бити осигуране или за њих може гарантовати ФНА (Савезни стамбени орган) или Администрација бивших војних лица (VA). Након тога, долази до груписања истоврсних хипотека у хипотекарни пул и секуритизације односно конвертовања тог пула. Конвертовање хипотекарног пула подразумева издавање хартија од вредности којима је пул подлога (колатерал). Да би ове хартије од вредности доспеле до потенцијалних инвеститора, неопходно је присуство посредника односно дилера који ће трговати овим хартијама од вредности.

Продаја ових хартија потенцијалним инвеститорима биће успешнија ако оснивач хипотекарног пула обезбеди гаранцију државне агенције (нпр. GNMA), којом се гарантује за удео зајмопримца у отплати главнице.

² С. Милетић, Хипотекарни кредити и хипотекарне хартије у развијеним земљама и земљама у транзицији, Београд, 2003, стр. 42.

Улога сервисера хипотека је да прикупља отплате главнице и камате на оне хипотеке које су подлога, да плаћа јемцу провизију за гаранцију (око 5 базних поена од салда главнице), наплаћује провизију за обраду и књиговодство и преноси (пропушта) преостале отплате камате и главнице јемцима.³ Према томе, отплате стварне главнице и камате, умањене за провизију сервисера хипотеке, пропуштају се, провлаче се (*pass through*) јемцима. Као резултат тога, јемци примају пропорционални део отплата, који одражава њихово сразмерно власништво пула. У случају да зајмопримци не испуњавају своје обавезе из уговора о хипотекарном зајму, агенција савезне владе која је издала гаранцију, извршава обећана плаћања.

Структура емитовања прелазних хартија од вредности која је презентирана на слици показује да у овом процесу посебно значајну улогу имају државне агенције. Прибављање гаранције државних агенција подразумева испуњење извесних стандарда код одобравања хипотекарних зајмова. Овде се, пре свега, мисли на размеру зајма и вредности око 80% или мање, износ хипотекарног зајма, рокове доспећа и камату.

Агенције наплаћују трошкове гаранције и хипотеке које су усклађене са захтевима агенција су познате као усклађени (усаглашени) зајмови. Обрнуто, хипотеке које нису усклађене са захтевима агенција су познате као неусклађени зајмови. У складу са оваквим одређењем хипотекарних зајмова и пропусне пролазне хартије од вредности које се емитују на подлози хипотека могу бити агенцијски пролази (пропуснице) и неагенцијски пролази (пропуснице).

Неагенцијски пролази (пропуснице) немају гаранцију агенција иза којих стоји држава, па због тога морају да повећавају кредитну вредност на друге начине. Међутим, и са повећањем вредности кредита, приноси на неагенцијском пролазу (пропусници) су виши него што су агенцијски пролази (пропуснице). Куповина нове преносиве хипотекарне хартије од вредности се обично обавља на бази "бити објављен/оглашен" ("*to-be-announced*" или *TBA*). То подразумева да је продавац ове хартије од вредности обавезан да пружи информације о хипотекарном пулу који је подлога за ове хартије од вредности. Ово су нове тенденције на развијеним хипотекарним тржиштима у свету. У пракси се догађа да су купон, цена и остале одлике потребне за трговање познате, а хипотекарни пулови који су подлога нису познати све до два дана пре салдирања.⁴

Данас се углавном свим ново емитованим агенцијским пролазним хартијама од вредности тргује на *TBA* основи, а понуде цена претпостављају такву основу. На овај начин се повећава ликвидност

³ T. W. Koch, S. S. MacDonald, нав. дело, стр. 793-794.

⁴ J. C. Van Horne, Financial Market Rates and Flows, Prentice-Hall, New Jersey, 2001, стр. 224.

тржишта и неизвесност за све учеснике се смањује, будући да имају информације о пулу и да то могу да уграде у цене хартија од вредности.

Основни типови пролазних хартија од вредности

GNMA - хипотекарне хартије од вредности

Најзначајније и најбројније хартије од вредности подржане хипотеком су оне које носе гаранцију Владиног националног хипотекарног удружења (*Government National Mortgage Association - "Ginnie Mae"*). Ово удружење је допринело оживљавању стамбеног хипотекарног тржишта, јер је пружало гаранцију да ће се отплата главнице и камате имаоцима пропусних хартија од вредности вршити на време, без обзира да ли се обећане отплате врше или не.

Базне хипотеке у пулу "*Ginnie Mae*" су оне хипотеке за које гарантује *FHA* (Савезно стамбено удружење) и *VA* (Администрација бивших војних лица) или *FMHA* (Управа за стамбени простор пољопривредника). Конвенционални кредити не могу образовати хипотекарни пул за који гарантује "*Ginnie Mae*".⁵

Хипотеке за које гарантује ова савезна агенција су стандардизоване, јер су издате у приближно исто време, имају приближно исто доспеће и сличну каматну стопу. Што се тиче каматне стопе "*Ginnie Mae*" гарантује за хипотеке с фиксном и променљивом каматном стопом.

Поступак давања гаранције *GNMA* почиње тако што приватни зајмодавци (кредитори) групишу више истоврсних хипотека у хипотекарни пул и обраћају се *GNMA* за одобравање емитовања хартија од вредности на бази овог пула и за давање гаранције. Према томе, емисију пролазних хипотекарних хартија од вредности врше финансијске институције које су одобрене хипотекарне зајмове секуритизовале у хартије од вредности. Гаранција *GNMA* подразумева да ће ова агенција извршити исплату главнице и камате ако хипотекарни зајмопримци касне са отплатама. *GNMA* издаје сертификат који се на берзи лако претвара у ликвидно средство, јер је у питању хартија од вредности за коју гарантује држава и сигурна је за инвеститоре.

Међу агенцијским пролазним хартијама од вредности највећи рејтинг имају хипотекарне упутнице "*Ginnie Mae*" јер ову агенцију директно подржава влада САД. Власник сертификата има гаранцију ове савезне агенције да ће наплате ануитета бити извршене у року доспећа.

Хартије од вредности подржане хипотеком за које гарантује *GNMA* су хипотекарне упутнице и колатералне хипотекарне обвезнице. Инвеститор

⁵ С. Милетић, нав. дело, стр. 27.

који купује 1% сертификата хипотекарне упутнице има право на толики удео у приносу свих хипотекарних зајмова који чине пул.⁶

Највећи обим трговине на хипотекарним тржиштима бележи се са пуловима стамбених кредита за једну породицу. Највећи број емитованих и купљених хипотекарних упутница чине *GNMA* хипотекарне упутнице за једну породицу које се на секундарном хипотекарном тржишту продају по вишој цени у односу на друге агенцијске хипотекарне упутнице.

FHLMC - хипотекарне хартије од вредности

Оживљавање тржишта конвенционалних хипотека помогла је Савезна хипотекарна корпорација за стамбене зајмове (*Federal Home Loan Mortgage Corporation* - "*Freddie Mac*"), која је основана као приватна корпорација која ради са гаранцијом савезне владе. *FHLMC* издаје пропусне, пролазне хартије од вредности које су обезбеђене стамбеним хипотекама, а које су познате као "*Freddie Mac*" сертификати о учешћу (*Participation Certificate* или *PC*).⁷ Поседовање сертификата о учешћу подразумева и удео у хипотекама које су груписане у хипотекарни пул који се користи као колатерал. "*Freddie Mac*" пружа гаранцију имаоцима хартија од вредности у погледу месечне отплате камате и главнице, без обзира на то да ли су стварно или не примљене отплате на базне хипотеке.

Међутим, код ових сертификата не захтева се да базне хипотеке буду осигуране код *FHA* или *VA* и због тога они имају нижи кредитни рејтинг. Обично, због колебљивости савезне гаранције инвеститори у ове пропусне (пролазне) хартије од вредности траже премију за ризик. Исплата приноса на ове сертификате прати динамику исплате кредита.

FHLMC емитује хартије од вредности које за подлогу имају хипотеку, а које су сличне обвезницама. То су "*Freddie Mac*" гарантовани хипотекарни сертификати. Отплата камате и главнице на сертификате се гарантује од стране *FHLMC*, с тим што се камата отплаћује полугодишње а главница годишње.⁸

"*Freddie Mac*" колатерализоване хипотекарне облигације су дуговне емисије које је креирао "*Freddie Mac*", а колатерал им је хипотекарни пул где су хипотеке груписане у класе према процењеним назначеним доспећима. Купци ових класа колатерализованих хипотекарних облигација примају полугодишњу исплату камате све до доспећа. Исплата главнице се обавља полугодишње, али се иницијално ставља у класу облигација са најкраћим назначеним доспећем, а онда се у низу додају преосталим

⁶ Нав. дело, стр. 45.

⁷ Т. W. Koch, S. S. MacDonald, нав. дело, стр. 795.

⁸ Нав. дело, стр. 795.

неисплаћеним класама према доспећу. Ова врста пропусних хартија од вредности је привлачна за инвеститоре јер им пружа извесност у погледу процене ефективног доспећа колатерализованих хипотекарних облигација.⁹

FNMA - хипотекарне хартије од вредности

Ова агенција је основана још далеке 1938. године да би помогла стамбену изградњу и постоји данас као приватна компанија која је ограничена од стране Владе САД у неким активностима, али не добија помоћ од владе.

Делатност ове агенције требало је да буде сконцентрисана на функционисање секундарног тржишта за конвенционалне хипотекарне зајмове и зајмове који су осигурани код *FHA* и гарантовани од *VA* (за једну и више породица).¹⁰

Пословање *FNMA* је слично као "*Freddie Mac*", купује хипотеке, рефинансира хипотеке хартијама од вредности подржаним пуловима хипотека. Ова агенција гарантује временски распоређену исплату камате и главнице, тако да је ризик од доцње у исплати сведен на најмању могућу меру.

Хипотекарне хартије од вредности *FNMA* котирају се на Њујоршкој берзи. Делатност ове агенције обухвата широк спектар активности почев од куповине хипотекарних зајмова од институција које их одобравају, секуритизације кредита, до њихове продаје. Постоје четири стандарда пролазних хипотекарних хартија од вредности које је установила "*Fannie Mae*". Три стандардна програма имају пулове који су формирани од хипотекарних зајмова са фиксном каматом, а четврти обухвата зајмове с променљивом каматом.¹¹ Специфичност у пословању ове агенције је што је емитовала хартије за малу привреду и то хипотекарне упутнице засноване на кредитима са фиксном и променљивом каматном стопом.

Приватно емитоване пролазне хартије од вредности

Многе приватне финансијске институције које опслужују хипотекарно тржиште (комерцијалне банке, депозитно-штедне институције,

⁹ Вредност комерцијалних хартија од вредности које за подлогу имају хипотеку (CMBS), које се од деведесетих година третирају као нова класа колатерализованих хипотекарних облигација (CMO), утврђује се помоћу сложених двостепених модела вредновања. Опширније види: P. D. Childs, S. H. Ott and T. J. Riddiough, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Vol. 31, No 4, 1996., стр. 581-603.

¹⁰ С. Милетић, нав. дело, стр. 49.

¹¹ Нав. дело, стр. 51.

хипотекарне банке, грађевинске компаније и др.), емитују пропусне (пролазне) хартије од вредности које су обезбеђене пулом хипотека.

Основна разлика у односу на до сада анализиране типове пропусних хартија од вредности које се могу наћи на секундарном хипотекарном тржишту, је у томе што за приватно емитоване пропусне хартије од вредности не постоји гаранција савезне владе или агенције. У недостатку ове гаранције приватни емитенти купују хипотекарно осигурање. Приватни програм емитовања пропусних хартија од вредности је једино прихватљив за велике хипотекарне зајмове код којих је неисплаћени салдо главнице већи од прихватљивог максимума који постављају агенције.

Приватне институције се појављују као учесници на тзв. пропусном (пролазном) хипотекарном тржишту, и њихова је улога да обезбеде секундарно тржиште за конвенционалне зајмове који се не квалификују за "Freddie Mac" и "Fannie Mae" програме.¹²

Тенденција је на развијеним хипотекарним тржиштима у свету да се емитују приватне хипотекарне пролазне хартије од вредности (хипотекарне упутнице) на подлози комерцијалних зајмова. Међутим, тржиште за приватно емитоване пропусне хартије од вредности још увек је неразвијено у односу на тржиште за агенцијске пропусне хартије од вредности.

Мали број емитената (приватних хипотекарних институција) на овом тржишту указује на неке основне проблеме са којима се суочавају. Ту се, пре свега, мисли на недостатак стандардизације код приватних емитената, као и на постојећу законску регулативу која дестимулативно делује на тражњу за овим хартијама од вредности.

Ликвидност пропусних хипотекарних хартија од вредности

Поремећаји на хипотекарном тржишту присутни су били у време Велике депресије, а актуелни су и данас. Велика економска криза је проузроковала пропаст институција које су биле снабдевачи хипотекарног тржишта. Дужници нису били у стању да врате хипотекарне кредите, вредност имовине је пропадала, талас банкротства захватио је фабрике, а земља је продавана у бесцење.

Поремећаје на хипотекарном тржишту изазвала су у то време присутни надувани хипотекарни зајмови (балон зајмови), код којих је зајмопримац током 3-5 година отплаћивао само камату, а за то време целокупни износ зајма је доспевао. У циљу оздрављења хипотекарне

¹² Нав. дело, стр. 52.

делатности, влада је преузела на себе балон зајмове и омогућила зајмопримцима да их отплате у дужим временским терминима.

Данас када су хипотекарна тржишта постала веома конкретна, када функционише секундарно хипотекарно тржиште, као да се прича из тридесетих година поновила. Талас рецесије захватио је управо сегмент секундарног хипотекарног тржишта и проширио се на светску економију.

Издавањем хипотекарних хартија од вредности (пропусне хартије од вредности), повезују се отплате примарних хипотекарних финансијских инструмената (хипотекарних кредита) са приносом секундарних хипотекарних хартија од вредности и усклађују токови ових приноса. Ове хартије од вредности носе државну гаранцију и њиховим издавањем државна агенција привлачи јефтина новчана средства са тржишта, а купци су задовољни, јер им државна гаранција пружа сигурност. Међутим, пропусне хипотекарне хартије од вредности носе ризик ликвидности. Власници купљених хипотекарних хартија од вредности нису могли да се наплате по доспелом купону из хартије, јер су корисници кредита престали да плаћају рате на базне хипотеке. То је био први јасан сигнал да је рецесија захватила хипотекарно позајмљивање. Улагачи у ове хартије од вредности настојали су да их што пре продају, што је изазвало ланчане реакције на берзи и пад њихове цене. Сви они који су имали у свом портфељу хартије од вредности издате на подлози хипотеке почели су вртоглаво да губе, а негативни ефекти су се пренели на тржиште акције. Примарни проблем који је изазвао неликвидност и пад цена хипотекарних хартија од вредности, изазвале су банке које су напустиле стандардне услове за одобравање хипотекарних кредита и почеле да одобравају кредите корисницима са лошом кредитном историјом.

Закључак

Иновацију на хипотекарном тржишту представљају пропусне (пролазне) хипотекарне хартије од вредности. Оне се издају на подлози хипотекарних кредита и доказују недељиво учешће (удео) у власништву хипотекарних кредита. Најзначајније хартије од вредности подржане хипотеком носе државну гаранцију (*GNMA*, *FHLMC*, *FNMA*), а на секундарном хипотекарном тржишту у САД могу се наћи и приватно емитоване пролазне хартије од вредности. Циљ операција на секундарном хипотекарном тржишту је да се повежу отплате примарних хипотекарних финансијских инструмената (хипотекарних кредита) са приносом секундарних хипотекарних хартија од вредности и ускладе токови ових приноса. Новија кризна догађања су показала да пропусне хипотекарне хартије од вредности носе ризик ликвидности, јер је изостала логична економска спрега између отплата на примарно одобрене хипотекарне кредите и приноса које носе купљене хипотекарне хартије од вредности.

*Prof. Dr. Nada Todorovic,
an associate professor*

THE MARKET FOR PASS-THROUGH SECURITIES

The novelty on a mortgage market are the pass-through securities. They are issued on the basis of the mortgage loans and they are proving undivided share in the ownership of the mortgage. The most important mortgage-backed securities are guaranteed by the state (GNMA, FHLMC, FNMA), on the secondary mortgage market in the USA the privately issued pass-through securities could be found. Main goal of those operations on the secondary mortgage market is to connect payments of primary mortgages with returns on secondary mortgage-backed securities, as well as to harmonize the flow of the returns. The current crisis have shown that pass-through securities are carrying within themselves a liquidity risks because the logical economic bond between payments of primarily approved mortgage loans and returns brought by the purchased mortgage-backed securities.

ИЗВОРИ СРЕДСТАВА ЗА УЛАГАЊЕ КОМПАНИЈА ЗА ОСИГУРАЊЕ ЖИВОТА

Начин финансирања

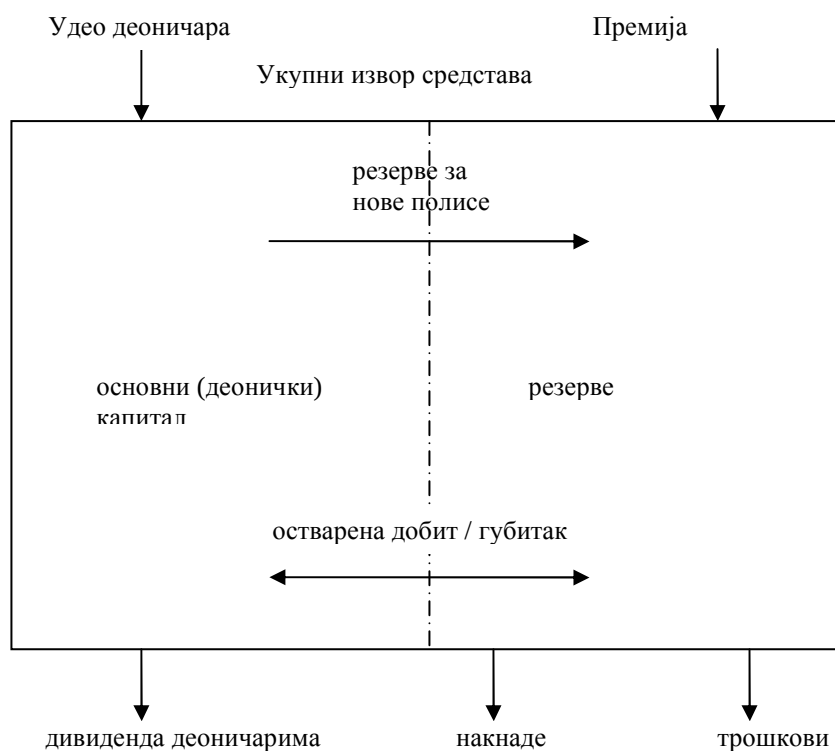
Сви привредни субјекти имају одређене начине финансирања. Традиционални начин финансирања компанија ослања се на самофинансирање, емисију акција, кредите, обвезнице и сл. Наравно, и друштва за осигурање се могу користити овим изворима. Међутим, главни извор финансирања друштава за осигурање живота представљају потрошачи, тј. осигураници. Премије које осигуравачи наплате од осигураника по основу осигурања живота представљају веома значајан извор финансирања друштава за осигурање живота. Овај начин финансирања чини око 80% укупног финансирања друштава. Иначе, изворе финансирања можемо поделити на интерне и екстерне, сопствене и позајмљене, дугорочне и краткорочне.

Као интерне изворе финансирања компанија за осигурање живота можемо навести: акумулирану добит, ревалоризационе резерве, резерве сигурности, математичку резерву осигурања живота и преносне премије¹. Екстерни извори финансирања компаније подразумевају: емисију хартија од вредности, кредите, задуживање на финансијском тржишту и трајне улоге привредних друштава у друштво за осигурање. Сопствени извори финансирања су: трајни улози, ревалоризационе резерве, резерве које се формирају из добити, средства прикупљена емисијом акција и акумулирана добит. Математичка резерва и резерве сигурности представљају позајмљене изворе финансирања друштава за осигурање живота, као и све обавезе (краткорочне и дугорочне).

Важан извор финансирања друштава за осигурање живота представљају акције. Финансирање путем акција обавља се кроз издавање акција и задржавање остварене зараде. Капитал друштва се аутоматски повећава издавањем акција што позитивно утиче на солвентност. Акционари имају право на дивиденде и вишкове пошто се намире осигураници и корисници осигурања. До извесних проблема може доћи у ситуацији када су

¹ Економским језиком говорећи, резерве сигурности и математичка резерва представља категорију која припада дугорочним резервисањима, а преносне премије представљају категорију која се сврстава у пасивна временска разграничења.

осигураници и власници (друштво за узајамно осигурање). Тада се не могу издавати акције, па то може отворити проблем финансирања таквих осигураваача. На графику који следи приказани су извори средстава друштава за осигурање живота.



Извор: А. Радић, *Управљање портфољем животног осигурања*. Према: др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, *Економика осигурања*, Алфа, Загреб, 1999, стр. 258.

Финансирање позајмљивањем (кредитирањем) подразумева издавање обвезница. Враћање дуга по основу емитованих обвезница се има измирити о року доспећа. На овај начин се могу финансирати и акционарска друштва за осигурање и друштва за узајамно осигурање. Без обзира на ово, треба нагласити да се финансирање путем обвезница ретко користи код друштава за осигурање. Овом начину финансирања друштва за осигурање, приступиће само у случајевима када је неопходно обезбедити ликвидност. По неким ауторима, средства која се обезбеде на овај начин не представљају извор капитала.² Друштво које прибегава овом начину финансирања повећава и

² Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, *Life insurance*, Pentice Hall, 2001, p. 878.

своју имовину, али у истој мери и обавезе. Другим речима, финансијска моћ осигуравача остаје непромењена. Она се тренутно повећава због прилива средстава, али се мора рачунати на обавезе које доспевају и, у том смислу, потребу да се исплати не само главница, већ и камата.

Предности финансирања путем обвезница су бројне. На првом месту, потребна средства за постизање ликвидности обезбеђују се из више извора. Трошкови по основу емитованих обвезница се своде на исплату камате и главнице, јер власници обвезница не учествују код расподеле остварене добити, осим ако није реч о приходним обвезницама. Камата не подлеже опорезивању (она представља трошак компаније, док се дивиденде опорезују). Поред овога, трошкови су нижи од трошкова који настају емитовањем акција. Нпр. камата на обвезнице је нижа него дивидендна стопа јер финансирање путем акција носи виши ризик.³ Ипак, каматна стопа на обвезнице предузећа је увек виша од каматне стопе на државне обвезнице.

Извори финансирања који су у потпуности својствени осигуравачима су *surpules notes* (друштва за узајамано осигурање) и реосигурање. *Surpules notes* представљају облик хибридног дуга сличног корпоративним обвезницама.⁴ Ове хартије се могу емитовати само уз дозволу надлежних органа. Њихове основне карактеристике су следеће:

1. Све остале обавезе компаније имају приоритет у односу на исплату главнице и камате по основу *surpules notes*.
2. Исплата камате и главнице обавља се само након добијања дозволе надлежних инстанци.
3. Пропуштање да се изврши исплата не третира се као неизвршење обавеза.
4. Поступак издавања *surpules notes* третира се као вишак само због рачуноводствених процедура.

Капитал друштава за осигурање живота

Дужност друштава за осигурање је да уредно извршавају своје обавезе према осигураницима, али исто тако и да трајно буду способна да испуњавају своје обавезе. Другим речима, друштва за осигурање морају да одговоре захтевима финансијске стабилности која се од њих очекује. На финансијску стабилност утичу различити фактори, посебно: недовољност премије, техничке резерве, реосигурање, инвестирање средстава, управа и остали

³ Др Дејан Д. Ерић, *Финансијска теорија и инструменти*, Чигоја, Београд, 2003, стр. 290.

⁴ Неки аутори сматрају да ове хартије имају сличности са приоритетним акцијама. Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, *Risk management and insurance*, McGraw Hill, Singapore, 2004, p. 77.

ризичности.⁵ Основни капитал (почетни фонд сигурности) друштва за осигурање у функцији је обезбеђења финансијске стабилности и зато не сме да буде испод нивоа који је прописан.

Иначе, капитал друштва за осигурање живота има четири функције.⁶ Једна од главних функција капитала је да се заштите интереси власника полисе и корисника осигурања за случај осигуравачеве инсолвентности. Друга функција капитала односи се на смањење или елиминисање директних трошкова других осигуравача и пореских обвезника који настају због инсолвентности одређених друштава за осигурање чије обавезе преузимају други осигуравачи. Капитал треба да апсорбује неочекиване губитке и тако обезбеди додатно поверење осигураника. Коначно, четврта функција капитала односи се на обезбеђење основе за будући раст компаније.

У одређивању потребног капитала треба раздвојити текуће од будућих обавеза. У том смислу, капитал потребан за извршење текућих обавеза представља захтевани капитал (*engl. required capital*), а онај који је у функцији извршења будућих обавеза је капитал раста (*engl. growth capital*). Потребан капитал зависи од неколико фактора: прописаног износа капитала, захтева рејтинг агенција и става менаџмента о изложености ризику. Циљани капитал (*engl. targeted capital*) је укупан износ капитала за који менаџери компаније верују да је неопходан сходно прописима (*engl. required capital*) и за раст компаније (*engl. growth capital*). Да би се одредио овај капитал, претходно се морају проценити потребни износи капитала за сваки посао посебно.

Када говоримо о капиталу друштава за осигурање можемо говорити о *основном капиталу* који је неопходан услов за оснивање друштва за осигурање⁷ (привредног друштва), а с друге стране о *економском капиталу*.

Економски капитал представља разлику између тржишне вредности имовине и тржишне вредности обавеза друштава за осигурање живота.⁸ Тржишна вредност имовине подразумева тржишну вредност акција, обвезница, некретнина и друге активе. С друге стране, тржишна вредност обавеза се дефинише као садашња вредност „обећања“, тј. будућих плаћања осигуравача осигуранику, односно кориснику осигурања када наступи осигурани случај.

⁵ Доц. др Јасна Пак, *Надзор над солвентношћу друштава за осигурање*, Осигурање у сусрет процесу придруживања Србије и Црне Горе Европској унији, зборник радова, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Палић, 2006., стр. 249.

⁶ Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, p. 867.

⁷ У многим земљама у транзицији, укључујући и нашу, износ основног капитала је постављен на сувише високом нивоу у односу на висину основног капитала у развијеним земљама, а који не одговара економској снази осигурања.

⁸ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, p. 75.

Основни капитал није само услов оснивања друштава за осигурање живота, већ је и крајњи амортизер заштите од ризика инсолвентности и гаранција, у првим годинама, да ће друштво за осигурање извршавати своје уговорне обавезе.

Познато је да, у зависности од начина на који је организовано осигурање, можемо говорити о узајамном осигурању и премијском осигурању. Ову поделу вршимо да бисмо указали на разлике у погледу капитала ових друштава. Узајамно осигурање спроводе друштва за узајамно осигурање, а премијско осигурање спроводе друштва за осигурање основана као акционарска друштва.

Основни капитал друштава за узајамно осигурање,⁹ неопходан за оснивање друштва и као „линија одбране“ од неочекивано високих захтева за исплату, обезбеђују оснивачи (чланови који су истовремено и осигураници). Основни капитал друштва за узајамно осигурање најчешће представљају позајмљена средства.¹⁰ Оснивачи позајмљена средства враћају од профита зарађеног на пласирана средства. Од оствареног профита друштво увећава своју имовину која се користи за финансирање будућих обавеза. Стога, иако циљ пословања овог друштва није остваривање профита, профит који се оствари, између осталог, у функцији је непредвиђених негативних догађаја.¹¹ Специфичност друштава за узајамно осигурање, огледа се у чињеници што се код њих не издају акције.

Сав вишак уплаћених доприноса над трошковима, као и профит изнад оног који је неопходан за попуњавање фондова исплаћује се власницима полиса у виду дивиденди. Интересантно је поменути да су дивиденде више у осигурању живота у односу на дивиденде у осигурању имовине и осигурању од одговорности. Објашњење се налази у чињеници што су производи осигурања живота непосредно повезани са приносом од инвестиционих улагања, а део ових приноса се исплаћује на име дивиденди. Такође,

⁹ Друштва за узајамно осигурање представљају облик друштва за осигурање који је широко заступљен у низу земаља (САД, Немачка, Француска, Швајцарска). Реч је о друштву које није профитабилног карактера, а чији су оснивачи истовремено и осигураници. Друштво за узајамно осигурање се оснива у интересу својих чланова послујући на принципима узајамности и солидарности. Вишак средстава прикупљених уплатом доприноса чланова (чланови су истовремено и осигураници) враћа се осигураницима, а уколико средства нису довољна за покриће осигураног случаја, онда ће осигураници бити позвани да уплате додатне доприносе. Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Центар за публикације, Београд, 2005., стр. 130-131.

¹⁰ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, p. 77.

¹¹ Emmett Vaughan, Therese Vaughan, *Osnove osiguranja – Upravljanje rizicima*, John Wiley & Sons, Inc., Mate, Zagreb, 2000, стр. 64.

трошкови осигурања живота се надокнађују делом из премије, а делом из камате на улагања.

Чињеница је да је задњих година присутна тенденција претварања друштава за узајамно осигурање у акционарска друштва за осигурање. Основни разлози оваквих промена везани су за могућност прибављања додатног потребног капитала и бољу диверзификацију ризика.¹² Претходно наведене карактеристике друштава за узајамно осигурање указују на то да постоји ограничен број начина на основу којих могу обезбедити повећање капитала. Превасходно, друштва за узајамно осигурање до капитала долазе интерно, кроз уплату додатних доприноса и од профита од улагања. За разлику од њих, акционарска друштва за осигурање до потребног капитала долазе издавањем акција.

Јака конкуренција у индустрији осигурања условила је опстанак на тржишту зависним од финансијске снаге осигураваача. Ограничен приступ додатном капиталу представља сметњу за раст друштава за осигурање и за одговарајућу пословну стратегију, па је у смислу веће флексибилности дошло до процеса трансформације друштава за узајамно осигурање у акционарска друштва за осигурање. Свакако да овај процес подразумева и издавање акција власницима полиса који су истовремено и чланови друштва за узајамно осигурање. Важно је указати да њима мора увек бити понуђена могућност избора између акција и исплате готовине.

Као што смо то већ поменули, акционарска друштва за осигурање почетни (основни) капитал стичу издавањем акција. Основни капитал, као и код друштава за узајамно осигурање, обезбеђују оснивачи. Додатни капитал акционарска друштва за осигурање обезбеђују кроз принос од пласираних средстава и издавањем нових серија акција и обвезница. Посматрано из угла осигураника, обвезнице обезбеђују додатни капитал и зато осигураницима мора бити исплаћена осигурана сума пре исплате главнице и камате власницима обвезница. С друге стране, акционари не третирају капитал прикупљен путем обвезница као додатни капитал зато што су њихова потраживања резидуалног карактера. Наиме, они ће имати право на исплату дивиденди тек када друштво за осигурање измири обавезе према осигураницима и власницима обвезница (повериоцима).¹³

Основни капитал је најважнији извор средстава друштава за осигурање на почетку пословања, а касније већи значај имају средства од наплаћених премија која, сходно актуарским прорачунима, треба да буду довољна за исплату осигураних сума и покриће трошкова пословања. Разлог за ово лежи у чињеници што временом приходи од наплаћених премија превазилазе износ

¹² Emmett J. Vaughan, Therese Vaughan, *Fundamentals of risk management and insurance*, John Wiley & Sons, Inc., ninth edition, 2003, стр. 76.

¹³ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, p. 77.

основног капитала, тј. средства од прикупљених премија по обиму бивају много значајнија од висине основног капитала.

Ако друштво за осигурање прибегава емисији акција, ризик инсолвентности друштва се смањује, а упоредо са тим повећава поверење осигураника и вероватноћа да ће њихова потраживања по закљученим уговорима о осигурању бити испуњена.¹⁴ Друштво се може заштитити од ризика инсолвентности и наплатом већих премија, добром диверзификацијом ризика, кроз реосигурање и добро осмишљену инвестициону стратегију.

Солвентност и капитал довољан да гарантује солвентност заснован на ризику (engl. risk based capital)

Анализа солвентности, између осталог, захтева посматрање односа између обавеза друштва преузетих по основу закључених уговора и његовог капацитета.¹⁵ Теоретски, друштво за осигурање живота би могло да повећа свој капитал до нивоа који би значио елиминисање вероватноће

¹⁴ Као гаранција солвентности компаније за осигурање служи *маргина словенитости*. То су средства која нису намењена извршавању обавеза према осигураницима, корисницима осигурања и трећим лицима. Постоје различите методе обрачуна маргине солвентности. Према методи која је прихваћена у САД-у и Јапану, маргина се обрачунава на основу ризика који је везан за обављање послова осигурања (висина премије, техничке резерве) и на основу ризика инвестирања средстава. У ЕУ маргина се обрачунава искључиво на основу ризика везаног за обављање послова осигурања, а ризик који се односи на инвестирање средстава смањује се, односно елиминише путем диверзификације пласмана, ограничењем улагања у поједине облике имовине. Доц. др Јасна Пак, исто, стр. 252.

¹⁵ У литератури постоје различите дефиниције капацитета осигурања. *Капацитет* представља максимални износ обавезе који један осигуравач може да преузме без ризика да постане инсолвентан или максимални износ осигурања који осигуравач преузима по једном ризику. Такође, може се дефинисати и као највећи износ осигурања или реосигурања на тржишту. Капацитет се често идентификује са самопридржајем. *Самопридржај* представља нето износ ризика који осигуравач не реосигурава него задржава за свој рачун. Тако схваћен самопридржај одговара нето капацитету, док бруто капацитет или стварни капацитет подразумева самопридржај осигуравача увећан за део ризика који је пренет у реосигурање. Добросав Огризовић, *Економика осигурања*, ЗОИЛ, Сарајево, 1985, стр. 450- 456. Процењивањем штете и њеним поређењем са сопственим самопридржајем осигуравач процењује колики ризик може да носи, а колики мора да пренесе у реосигурање. Др Ратко Вујовић, мр Владимир Капор, мр Предраг Борота, Милорад Мандић, *Утицај превентивне инжењеринга на редукцију ризика и одређивање процене највеће штете*, Осигурање у теорији и пракси, бр. 4, 1997, стр. 50.

инсолвентности. Међутим, у пракси се то не дешава, јер свако држање капитала преко одређеног нивоа производи трошкове. Ово значи да друштва за осигурање треба да избегавају превелики капацитет јер он може бити не само некористан већ и скуп.¹⁶ Ова констатација нарочито вреди код осигурања живота. Наиме, код ове врсте осигурања готово да не постоји проблем недовољног капацитета јер је настајање осигураних случајева много предвидљивије него код неживотних осигурања. С друге стране, осигурање живота је много профитабилније него неживотно, па се лакше могу оформити резерве осигураваача.¹⁷

Да би се одговорило захтевима солвентности, друштва за осигурање морају поседовати посебна средства која не служе испуњавању обавеза према осигураницима, трећим лицима и корисницима осигурања. У том циљу се образује маргина солвентности¹⁸ и гарантни фонд. Гарантни фонд не може да буде мањи од 1/3 маргине солвентности сходно европским директивама које регулишу ову материју.¹⁹

Да би избегле ризик инсолвентности, друштва за осигурање живота морају задовољити одређене стандарде у погледу довољности капитала који гарантује солвентност заснован на ризику (*engl. risk based capital - RBC*).²⁰

¹⁶ Chris Mundy, *Four things an FD should know about insurance*, The Review, London, 2003. Према: др Зоран Радовић, *Солвентности осигураваача у ЕУ*, Осигурање у сусрет процесу придруживања Србије и Црне Горе Европској унији, зборник радова, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Палић, 2006, стр. 283.

¹⁷ Добросав Огризовић, исто, стр. 450.

¹⁸ За животна осигурања, поступак обрачуна маргине солвентности, на нивоу ЕУ, предвиђен је у Директиви 2002/83/ЕЦ Парламента и Савета Европе од 5. новембра 2002. чл. 28. (Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance, Official Journal of the European Communities).

¹⁹ Гарантни фонд, као део маргине солвентности, представља збир основног и додатног капитала, а који је умањен за: удео у другим друштвима, специфична улагања и неликвидна средства.

²⁰ Стандарди у погледу довољности капитала који гарантују солвентност осигураваача (енгл. риск басед капитал) постоје и код неживотних осигурања с тим што је наша анализа усмерена само на осигурање живота. Иначе, реч је о једној од метода надзора солвентности и то ретроспективној. Друга ретроспективна метода је метода фиксне стопе на основу које величина капитала зависи од организационог облика друштва за осигурање (друштво за узајамно осигурање или акционарско друштво) и врсте осигурања (животно или неживотно). Просечни износ ове стопе је 2 милиона \$ (могу варирати од 100.000\$ у неким државама у САД-у до 5 милиона \$ у другим). Овој методи се обично прибегава на почетку пословања, а много ређе касније, када осигураваач има значајну активу и обавезе. Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 125. Ретроспективна метода

Другим речима, осигуравач мора поседовати одређени износ капитала зависно од ризичности његове инвестиционе стратегије и полова стварања осигурања. Велики број држава има врло компликовану регулативу којом се ограничава улагање средстава у ризичну имовину. Надзорни орган процењује колико капитала осигуравач поседује у поређењу са захтевима (стандардима) довољности капитала. Нпр. друштво за осигурање које инвестира у високо ризичне обвезнице (*engl. junk bonds*) мора имати више капитала у својим фондовима него она која инвестира у обвезнице Трезора (*engl. Treasury bonds*).²¹ Величина довољног капитала који гарантује солвентност зависна је од вредности и врсте осигуравачеве имовине, обавеза и премија.

Познато је да менаџерски тим саставља инвестициони портфолио. Понекад, њихов је интерес супротстављен интересу акционара. Смањење вредности компаније због поступака менаџера који су супротни интересима акционара назива се трошак менаџмента (*engl. agency cost*). Сви трошкови везани за праћење поступака менаџера стварају додатне трошкове. Овакви трошкови повећавају трошкове држања додатног капитала. Због ових трошкова, друштво за осигурање живота мора продати полису осигурања по цени која превазилази очекивану и административне трошкове, како би инвеститорима обезбедила принос који је једнак приносу који инвеститори остварују, рецимо, улагањем у отворени инвестициони фонд, као алтернативни вид улагања.

Осигуравачи могу лимитирати износ капитала који се прикупља кроз издавање акција због трошкова емисије акција и трошкова преузимања ризика. Када осигуравач изда нове акције, обично ангажује и инвестиционе банке да откупе емисију. Провизија које ове банке зарачунавају представља додатне трошкове раста (увечања) капитала компаније.

Поменимо и то да, свако издавање акција носи са собом и ризик да акција неће бити продата по цени која одражава њену вредност. Проблем постаје значајнији када инвеститори нису добро обавештени на основу проспекта компаније.

Чињеница је да се ризик смањује како је већа диверзификација ризика. Ризик који је осигуравач преузео смањиће се и због продаје великог броја различитих типова полиса у различитим подручјима (деловима) земље.²²

се заснива на прошлим догађајима (искуствима). Проспективна метода се базира на прошлим искуствима, али и на процени очекиваних кретања у будућности и примењују је оне компаније које карактерише експанзија раста и које битно мењају стратегију свог пословања. Др Јасна Пак, *Надзор над солвентношћу друштва за осигурање*, исто, стр. 253.

²¹ George E. Rejda, *Principles of risk management and insurance*, eighth edition, Addison Wesley, 2003, стр. 571. и Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 125

²² Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 89.

Другачије речено, боља диверзификација ризика води смањењу износа капитала који је неопходан да би био елиминисан ризик инсолвентности. Слично се може рећи и за реосигурање јер оно смањује потребу држања већег износа капитала у циљу смањења вероватноће инсолвентности.

Избор финансијске активе који направи осигуравач увек се рефлектује и на износ капитала који ће држати одређено друштво за осигурање. Лоша политика пласмана резерви друштва за осигурање може бити узрок финансијске нестабилности и инсолвентности. Иако реализација осигураних случајева може да одговара актуарским прорачунима, негативне тенденције на тржишту капитала могу угрожити пословање друштва за осигурање.²³ Избор финансијске активе процењује се на основу ризичних фактора који карактеришу активу.²⁴ Да би се повећала вредност осигуравача, да би се изборио са конкуренцијом и да би се заштитио од ризика инвестирања, инвестиције осигуравача захтевају већи принос. Осигуравачеве инвестиције су у великој мери зависне од пореског третмана приноса на инвестиције.

У сваком случају, износ капитала који друштво за осигурање држи, варира од компаније до компаније.²⁵ Тај износ може да варира зависно од производа које компанија нуди, имовине и реосигурања. Имовина друштва за осигурање живота може бити већа од имовине друштва које се баве неживотним осигурањем, делом због специфичних производа осигурања живота који су у директној вези са приносом на инвестирана средства. Такође, разлог за ово може да буде и разлика у ризику који се покрива осигурањем. Варијације (флукуације) захтева за исплату осигураних сума показују много нижи степен у односу на степен варијације одштетних захтева у неживотним осигурањима.²⁶ У неким случајевима, до већих осцилација у погледу захтева за исплату осигураних сума долази захваљујући власницима полиса (осигураницима) у ситуацији када траже откуп.

Напоменимо још да доња граница капитала представља онај минимум који је неопходан за извршавање обавеза по склопљеним уговорима, а горња граница је износ који омогућава да се изврши исплата дивиденди преко износа потребног за исплату накнада и осигураних сума. Код одређивања резерви, осигуравач мора превасходно да дефинише циљеве свог пословања:

²³ Према подацима ОЕЦД, једна трећина инсолвентности друштва за осигурање последица је лоше инвестиционе политике. Insurance Solvency Supervision, OECD country profiles, 2002, стр. 51.

²⁴ Др Зоран Радовић, *Солвенитност осигуравача у ЕУ*, стр. 285.

²⁵ Иако закони захтевају нижи износ основног капитала, компаније за осигурање у САД-у и ЕУ поседују већи износ захваљујући доброј пословној политици и стабилности тржишта. Ипак, ово повећава ризик пласмана средстава, због чега је требало мењати правила о солвенитности. Доц. др Јасна Пак, *Нагзор над солвенитношћу друштва за осигурање*, стр. 254.

²⁶ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 88.

дугорочно пословање или исплата дивиденди. У првом случају вишак ће користити за повећање фондова који ће бити гарант солвентности осигуравача и јемство за испуњење свих обавеза, чак и у случају када су резултати пословања негативни.²⁷ У другом случају, осигуравач ће настојати да максимизира профит, тј. резерве како би исплатио дивиденде. При том није битна само њихова висина, већ и то да оне што мање осцилирају. Наравно, важан је и порески третман дивиденди у односу на задржани капитал.

У Европској Унији се користи много једноставнији систем захтеваног капитала познат као маргина солвентности како би се процениле премије које је прикупио осигуравач и губици. Јапан, Канада и Аустралија полазе од америчког принципа довољности капитала који гарантује солвентност са извесним специфичностима.

Утврђивање стандарда у погледу довољности капитала који гарантује солвентност заснива се на свим ризицима којима је друштво за осигурање изложено у свом пословању. Предмет анализе су вредности које одговарају ризику, с тим да се оне не сабирају већ на основу одређених формула утврђује њихов међусобни однос или независност.²⁸ Конкретно, та формула обухвата четири врсте ризика:²⁹ ризик имовине (*engl. asset risk*), ризик осигурања (*engl. insurance risk*), ризик каматне стопе (*engl. interest rate risk*) и општи ризик пословања (*engl. general business risk*).

Свака компанија посебно мора да задовољи стандарде у погледу капитала довољног да гарантује солвентност. Надзорни орган захтева поређење укупног процењеног капитала којим располаже компанија са износом капитала који гарантује солвентност.

Основни ефекти које производи *risk based capital* - RBC односе се на повећање капитала и смањење вероватноће да дође до несолвентности. Прецизније, ефекти се огледају у: ограничавању (лимитирању) ризика који ће осигуравач преузети, бржој акцији како би се удовољило захтевима

²⁷ Др Сања Андријашевић, др Владимир Петрановић, *Економика осигурања*, Алфа Загреб, 1999, стр. 69-70.

²⁸ Др Јасна Пак, исто, стр. 254.

²⁹ У осигурању имовине и од одговорности постоје, такође, четири врсте ризика, али који се донекле разликује од ризика у осигурању живота: ризик имовине (*engl. asset risk*) који се односи на неиспуњење обавеза издаваоца и смањење тржишне вредности имовине, кредитни ризик (*engl. credit risk*) који се односи на чињеницу да реосигурање неће бити у могућности да исплати одштетне захтеве, тј. потраживања, ризик преузимања ризика у осигурање (*engl. underwriting risk*) који подразумева да цене и пријављене обавезе неће бити довољне за исплату одштетних захтева и различити ризици ванбилансних операција (*engl. miscellaneous off-balance sheet risk*). Овај последњи се може односити на рапидни раст премија. George E. Rejda, стр. 571. и Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 125.

надзорних органа и идентификовању осигуравача са недовољним капиталом.³⁰ Највећи број осигуравача поседује укупан процењен капитал који превазилази капитал који представља гаранцију солвентности.³¹

Премије осигурања

Један од извора средстава друштава за осигурање живота су премије наплаћене од стране осигураника. Њихов значај долази до изражаја после одређеног броја година пословања осигуравача када по обиму превазиђу износ основног капитала компаније. Сходно захтевима струке осигурања и правилима актуарске математике, премије морају бити довољне да покрију ризик који је осигуравач преузео у осигурање и све трошкове који настају у вези са закљученим осигурањем (полисом осигурања). Другим речима, премија осигурања мора да покрије трошкове, обезбеди профит и опстанак привредном субјекту.

Формирање цена у осигурању мора задовољити одређене циљеве (надзорне и пословне).³² У том смислу, потребно је нагласити да: цена мора да буде адекватна (примерена), не сме бити превисока (прекомерна) и не сме бити дискриминаторна. Адекватност подразумева да цена осигурања (премија) живота мора бити довољна за исплату осигураних сума и трошкова. У супротном, ако су премије прениске, дугорочно посматрано, друштво за осигурање ће постати инсолвентно.³³ Одредити и правилно одмерити премију није нимало лак посао, имајући у виду да осигуравач не зна унапред колики

³⁰ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 126.

³¹ George E. Rejda, стр. 571.

³² Милимир Лисов, *Утицај вероватноће смртности и укалкулисане камате на развој тарифне политике осигуравача живота*, Осигурање и привреда, бр. 1-2, 1988, стр. 6. Надзорни циљеви произилазе из објективне потребе државе, односно њених надзорних органа да врше контролу и надзор у овој области. Надзор у осигурању је нужан из више разлога (заштита интереса осигураника, контрола солвентности осигуравача, заштита домаћих осигуравача од конкуренције иностраних, подстицање конкуренције, спречавање нелојалне конкуренције). Ивица Јанковец, *Надзор над радом осигуравајућих организација у САД-у*, Осигурање и привреда, бр.10-11, 1969, стр. 22-23. Боса Ненадић, *Надзор над пословањем компанија за осигурање у праву Европске уније и законодавству Савезне Републике Југославије*, Ново законодавство у осигурању имовине и лица, зборник радова, Удружење за право осигурања Југославије, Палић, 2002, стр. 30. Пословни циљеви друштава за осигурање су: сигурност пословања, обезбеђење ликвидности, максимизирање профита и стабилност. Максимизирање профита има свој одраз у цени акција друштава за осигурање кроз које се рефлектују одлуке финансијских менаџера о инвестирању и управљању имовином друштава за осигурање.

³³ Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, стр. 27.

ће бити стварни износ штета и трошкова. Проблем адекватних цена је изражен посебно зато што осигуравач формира цену пре него што су му уопште познати укупни трошкови у вези са услугом коју пружа.

Снижавање цена (премија) испод трошкова у финансијском сектору, може представљати тенденцију усмерену ка повећању прилива готовине у кратком року.³⁴ Ипак, то не сме бити трајна оријентација у пословању јер цене дугорочно осцилирају око својих трошкова. Ако се не покрију, угрозиће се опстанак привредног субјекта на тржишту.³⁵ Дешава се да цене по којима се услуге уступају у финансијском сектору не морају одражавати трошкове настале директно у вези са том услугом јер финансијске институције првенствено брину о покрићу укупних трошкова производње и дистрибуције. Повећање готовине у кратком року може се постићи на два начина. Један се односи на убрзани прилив готовине, а други на успоравање исплате готовине. Друштва за осигурање могу обезбедити бржи прилив готовине кроз тзв. претходно одобрено задужење. То подразумева ситуацију да када осигураник закључи уговор о осигурању, премија коју дугује аутоматски му се одбија са његовог банковног рачуна и преноси на рачун друштва за осигурање. Одлагање исплата се карактерише кроз одуговлачење са исплатом осигураних сума.³⁶

Цена осигурања не сме бити ни превисоко одређена јер се иза тако формираних цена, обично, крију неправедно зарачунати профити осигуравача.³⁷ Праведне би биле оне премије које задовољавају услов еквивалентности узајамних обавеза осигуравача и осигураника и одражавају примену закона великих бројева и теорије игара. Друштва за осигурање не смеју наплаћивати битно различите премије осигураницима који се осигуравају од ризика исте тежине. Разлике у премијама (ценама осигурања)

³⁴ Tina Harrison, *Financial Marketing*, Prentice Hall, London, 2000, стр.177.

³⁵ Зоран Пјанић, *Теорија и политика цена*, Савремена администрација, Београд, 1975, стр. 145-146. Иван Стојановић, *Теорија цена*, Београд, 1990, стр. 55-56. Сенић Радослав, *Маркетинг менаџмент*, Призма, Крагујевац, 2000, стр. 355. Robert Dorfman, *The Price System*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1964, стр. 7.

³⁶ Код осигурања живота прилив премија је сигуран, предвидив и по правилу, исплата осигураних сума не наступа одмах већ после одређеног низа година. Осигуравач неће прикупити одмах онолико средстава колико је неопходно за исплату осигураних сума и не мора „бринути“ о томе да неће бити способан да измири обавезе према осигураницима, јер он рачуна на добит коју планира да оствари на пласирана средства, водећи рачуна о рачности пласмана. Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, стр. 31.

³⁷ У осигурању није дозвољено да се одређивање цена, тј. премија препусти договору између продавца и купца, тј. осигуравача и уговарача осигурања. Арбитрарности овде нема места, премда наша некадашња пракса бележи и такве случајеве. Антоније Тасић, *Основи осигурања*, Београд, 1952, стр. 34-35.

могу да се заснивају само на статистичким прорачунима. То значи да само ризици различите тежине (уз друге факторе) оправдавају различите цене.³⁸

Само она премија која обезбеђује исплату осигураних сума и повраћај профита на уложени капитал власницима друштва за осигурање је праведна премија (*engl. fair premium*).³⁹

Математичка резерва осигурања живота

Најважнији извор средстава за улагање друштава за осигурање живота је математичка резерва, па ћемо овој категорији посветити највише пажње.

Осигурање живота је, по правилу, дугорочан посао. Техничка премија се у осигурању живота састоји од ризико и штедне премије. Висина ризико премије утврђује се, пре свега, у зависности од старости осигураника. Под претпоставком да се смртни случајеви реализују према динамици која је предвиђена таблицама смртности,⁴⁰ ризико (природна) премија би требало да буде довољна за исплату осигураних сума у току једне године. Дакле, овај део

³⁸ Нпр. промена занимања у осигурању живота води промени цене осигурања.

³⁹ Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, стр. 135.

⁴⁰ Основни елемент који садрже таблице смртности је вероватноћа смртности на основу које се израчунавају све остале биометријске функције: вероватноћа доживљења, кретање броја живих и броја умрлих исл. Веома је важно да приликом избора таблица смртности буду изабране оне које највише одговарају стварној смртности. Тако ће флукуације бити мање, а компанија за осигурање ће бити сигурна да је извршила добар прорачун и наплатила праву цену која ће јој гарантовати покриће трошкова и одређен проценат добити. К. Г. Воблиј, *Основи економији сйрахованија*, Со Анкил, Москва, 2001, стр. 112.

Наше компаније, углавном, користе таблице смртности из 1980-82. Ипак, неке користе и старије из 1950-52. Обрачун премија по старији таблицама значи и већу цену осигурања, тј. премију. Компаније прибегавају старијим таблицама да би се осигурали од губитака (случајних одступања у смислу веће смртности од очекиване). Све ово важи када је реч о осигурању за случај смрти. Када је реч о осигурању за случај доживљења, већа вероватноћа смртности и ранија смрт није од значаја за осигуравача јер њега првенствено интересује дужина живота. Ово из разлога што осигурање за случај доживљења подразумева да ће обавеза осигуравача доспети тек ако је осигураник жив у одређеном моменту. Ако умре осигуравач се ослобађа обавезе. Зато ранија смрт и већа стварна смртност од очекиване нису штетне за друштво за осигурање. Др Јелена Кочовић, *Актуарске основе формирања тарифа у осигурању лица*, Економски факултет, Београд, 2000, стр. 51. и Др Јелена Кочовић и Др Предраг Шулејић, *Осигурање*, Економски факултет, Београд, 2002, стр. 256. Аустрија од 1. јануара 2006. примењује нове таблице смртности, а Француска од 20. децембра 2005. Такође, Француска примењује нове таблице за мушкарце и жене. Таблице почивају на претпоставци да је животни век продужен. CEA, *The European Life Insurance Market in 2005*, Brussels, No 29, April 2007, стр. 40 и 50.

техничке премије одговара величини ризика у одређеном временском периоду и служи покрићу ризика у текућој години (просторно изравнање ризика).

Штедна премија служи временском изравнању ризика, будући да покрива ризике у наредним годинама, а формира се из вишка, преко стварне потребне ризико премије.⁴¹ Ово би значило да би због повећања ризика смрти из године у годину и премија требало да буде виша. Међутим, то се не дешава. Полази се од претпоставке да осигураници у познијим годинама не могу да остваре веће приходе због умањене радне способности и да због тога треба да плате нижу премију. Супротно томе, у ранијим годинама ризик је мањи, али је већа радна способност, па због тога осигураник плаћа већу цену (премију).

Из претходно наведених разлога, осигураници плаћају просечне премије. Упросечене премије су веће од оних које одговарају ризику у ранијим годинама, а мање од оних које би се платиле у познијим годинама. То значи да у тим првим годинама осигуравачу остаје вишак који он уноси у пасиву биланса. Тај вишак се зове математичка резерва осигурања живота или премијска резерва.

Да би осигуравач могао да исплати осигурану суму у годинама у којима је просечна премија мања од оне која одговара стварној цени ризика (у познијим годинама ризик је већи, па би и цена требало да буде већа), из штедне премије се образује математичка резерва осигурања живота. Из овога произилази да, пошто је ризико премија довољна за покриће ризика у текућој години, а штедна служи за формирање математичке резерве, осигуравач не носи цео ризик осигуране суме на коју је осигурање закључено, већ само на разлику између осигуране суме и штедне премије.

Да нагласимо још и то да, средства математичке резерве друштво за осигурање не сме да третира као свој приход, већ је дужно да ову резерву користи само за исплату осигураних сума у годинама у којима уплате нису довољне за подмирење тих потреба.

Овде треба указати и на основну разлику између математичке резерве друштава за осигурање и резерви које се формирају у индустријским и трговачким предузећима. Када је реч о резервама трговачких и индустријских предузећа, по правилу, оне се формирају из неутрошене (нераспоређене) добити и користе се за повећање финансијске сигурности, јачање економских позиција и избегавање, као и за "одбрану" од негативних трендова у привреди (висока инфлација, рецесија). С друге стране, математичка резерва није део чисте добити, већ представља део средстава примљених од осигураника која служе, искључиво, за испуњавање обавеза према осигураним лицима и корисницима осигурања.

⁴¹ George E. Rejda, стр. 561.

Због значаја који имају, средства математичке резерве се воде на посебном рачуну и не смеју се користити за покривање обавеза из других врста осигурања, односно реосигурања, нити могу бити предмет принудне наплате. Математичка резерва се израчунава и исказује у пословним књигама на крају сваке календарске године, за сваку врсту осигурања живота посебно применом правила актуарске математике.

Код осигурања од последица несрећног случаја, математичка резерва се не формира. По правилу, она захтева дугорочност. Образује се код осигурања закључених на цео живот. Једна од основних функција математичке резерве је та што служи као основа за обрачун откупне вредности полисе и предујма.

Вишкови и задржана добит

Вишкови које оствари осигуравач, по било ком основу, могу се користити за инвестирање. Вишкови се могу остварити по различитим основима: по основу мање смртности од очекиване, већег оствареног приноса на инвестирана средства и нижих трошкова од очекиваних. Нпр. ако осигуравач користи старије таблице смртности онда ће премија бити виша јер такве таблице полазе од веће вероватноће смртности. Реално стање је такво да је животни век дужи, услови живота су бољи (смртност је мања), па ће услед тога осигуравач присвојити вишак од наплаћених премија.⁴² Вишкови могу настати и због откупа. Откупне вредности су увек мање од резерви, тако да компанији за осигурање живота остаје одређени вишак. Осигуравач очекује да ће остварити добит од пословања. Као последица одступања стварних резултата од очекиваних повећавају се вишкови осигуравача. Величина ових вишкова зависи од тога да ли су у већој или мањој мери заступљене полисе са учешћем осигураника у добити осигуравача; да ли су дивиденде гарантоване или нису.

Вишкови ће се повећавати само ако осигуравач акумулира средства у износу који превазилази потребне резерве и друге обавезе. Полисе са учешћем се у већој мери ослањају на прошло искуство него на будуће догађаје. Њихов гарантован елемент (дивиденде) тежи да буде стабилнији него негарантовани елементи (вишак зарађене камате, мања смртност од очекиване) у полисама без учешћа.

Осигуравач нпр., може очекивати зараду од 3%, а остварити зараду од 8%. Овако остварен вишак може вратити осигураницима на име преплаћених премија, може га задржати у својим фондовима, а може смањити будуће премије. У многим случајевима, осигуравач ће задржати добит и вишак. Неће их расподелити, већ ће их поново уложити. На тај начин, он одлаже пореску обавезу до оног момента док средства не буду расподељена.

⁴² Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, стр. 788-789.

У неким случајевима осигуравачи најчешће сами одлучују који износ вишка задржати, а који расподелити. Ипак, често се законским прописима ограничава износ вишка који се може држати. У Њујорку тај вишак износи 850.000\$ или 10% резерви по основу полисе или по основу других обавеза на основу полисе (што је већи износ). Велика Британија, Француска, Немачка и Сингапур имају слична ограничења.⁴³ Поставља се питање: Да ли су ова ограничења оправдана због одржавања солвентности? Сврха ограничења је да се спречи задржавање већег износа вишка од оног који је неопходан да компензује флукуације у стопи mortalитета и каматној стопи која ће бити меродавна за исплату дивиденди.

Вишкови за компанију могу настати и од продаје акција по ценама које су више од номиналних. Иначе, вишкови се дефинишу као разлика између осигуравачеве имовине и обавеза. Структура вишка се састоји од: виших камата (од очекиваних), смањеног mortalитета и нижих трошкова од очекиваних.

Приноси од улагања

У осигурању живота, по правилу, осигурани случај се не реализује одмах по закључењу уговора, већ протеком низа година. То омогућава осигуравачима, као што смо већ поменули, да уплаћена средства од осигураника (премије) пласирају у различите облике финансијске активе. Што је дужи период од момента закључења уговора до момента исплате осигуране суме, то је и већа способност осигуравача да заради принос на пласирана средства. Принос од инвестиција има важну улогу у калкулацији премија. Што је већи принос од инвестиција, то се може у већој мери смањити премија осигурања. Иначе, премија одражава спремност осигуравача да инвестира акумулирана средства и оствари одређени принос. Ово је полазна премиса приликом одређивања цене осигурања живота.

Како каматна стопа расте, па тако и принос од инвестиција, део премија потребан за исплату осигураних сума смањује се зато што осигуравач може остварити велику зараду (принос од инвестираних средстава). Тако, премија је у негативној корелацији са нивоом каматне стопе и временом до исплате осигуране суме. Осигуравач не мора бринути да ли ће бити способан да испуни обавезу осигуранику, јер премија осигурања одражава временску вредност новца, па ће, у међувремену, остварити принос који ће бити довољан за исплату осигураних сума.

Функције приноса од улагања су разноврсне. Принос од пласмана служи покрићу губитака насталих у пословању, утиче на висину премије (смањење или повећање), повећава резерве компаније које се могу поново инвестирати.

⁴³ Исто, стр. 790.

Уместо закључка

У раду су представљени извори средстава за улагање друштава за осигурање живота. Ови извори за инвестирање су бројни. Неки од њих су заједнички свим привредним субјектима, а неки специфични само за осигурање (*surpules notes*). Најважнији извори средстава за улагање друштава за осигурање живота су: капитал (почетни фонд сигурности), премије, резерве и задржана добит. Такође, као извор средстава може се третирати и сваки вишак настао због мањих трошкова, мање смртности, већег профита од очекиваног, виших камата, али с друге стране и капитал настао продајом акција.

За разлику од друштава за осигурање које се баве неживотним осигурањем, најважнији извор средстава пласмана друштава за осигурање живота је математичка резерва. Такође, набројани извори средстава за улагање имају различит значај, у зависности од тога да ли је друштво за осигурање тек основано или има дугу традицију пословања. Основни капитал је најважнији извор средстава друштава за осигурање на почетку пословања, а касније већи значај имају средства од наплаћених премија.

Dr. Jasmina Labudovic,
a docent

SOURCES OF INVESTMENTS FOR LIFE INSURANCE COMPANIES

This paper presents several investment sources for life insurance companies. There are numerous sources for investment. Some of them are common to all of the business entities but some of them are characteristic for the life insurance companies only. Most important investment sources for life insurance companies are: capital (initial insurance fund), insurance premiums, reserves and retained surplus. Every surplus that comes out as a result of the reduced expenses, reduced mortality, profit that is higher than expected, higher interests, could be also treated as an investment source as well as the capital resulting from the sale of shares.

Opposing to the non-life insurance companies, life insurance companies have their major investment source in the mathematical reserves placement. Also, all of the sources mentioned above have different importance, depending on whether the life insurance company has recently been founded or it has a long business tradition. Basic capital is the most important source of investment for the newly founded companies, and later the funds from paid premiums gain more importance.

Одељак IX

Различити правни проблеми

*Др Ненад Бурђевих,
редовни професор*

UDK: 341.231.14(4-672EU)

СЛОБОДА ОКУПЉАЊА ПРЕМА ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ПОВЕЉИ О ОСНОВНИМ ПРАВИМА ЕУ

Слобода окупљања спада у основна људска права, зајамчена бројним међународно-правним документима. Она је тесно повезана са политичким и друштвеним вредностима у демократском друштву, или се може њима објаснити.

Сви међународни уговори о људским правима гарантују слободу мирног окупљања уз извесна дозвољена ограничења предвиђена законом, најчешће у интересу националне безбедности, јавне сигурности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, као и ради заштите слобода и права других људи. Улога државе код овог права није само пасивна. Њена улога се не окончава када се скуп пријави или када се за његово одржавање изда дозвола. Држава је дужна да пружи заштиту групама које користе право на мирно окупљање.¹

Слобода мирног окупљања јамчи се бројним међународним општим одредбама о људским правима, укључујући члан 21. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члан 11. Афричке повеље о људским правима и правима народа и члан 15. Америчке конвенције о људским правима. Члан 8. Међународног пакта о социјалним и културним правима прописује право на штрајк.

Остали међународни инструменти регулирају слободу окупљања на индиректан начин. Тако, на пример, Основни принципи УН-а о употреби силе и оружја од стране полиције (1951) (принципи 12, 13, 14) истичу да се полиција не смије мијешати у законита и мирна окупљања и прописују границе примјене силе на насилним окупљањима.

Повеља о основним правима ЕУ је необавезујући документ земаља чланица Европске уније. Она слободу окупљања и слободу удруживања дефинише у члан 12. став 1: „Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања на свим нивоима, посебно у политичким, синдикалним и грађанским питањима, што подразумева право свакога да оснива синдикате и приступа им ради заштите својих интереса.” У пратећим материјалима

¹ Марија Рудић, Људска права, приручник за наставнике,
www.bgcentar.org.yu/documents/Marija%20Rudic%20-%20Prirucnik%20za%20nastavnike.pdf

Повеље разјашњено је да се члан 12. став 1. заснива на члану 11. Европске конвенције о људским правима и члану 11. ставу 2. Повеље заједнице о темељним социјалним правима радника.

Европска конвенција о људским правима² је слободу окупљања регулисала у чл. 11. У чл. 11. ст. 1. је утврђено:

„Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући право да оснива синдикате и учлањује се у њега ради заштите својих интереса.“

Члан 11. Европске конвенције о људским правима (“ЕCHR” или “Конвенција”) штити два међусобно повезана, комплементарна, али ипак различита права: (и) право на слободу мирног окупљања и (ии) право на слободно удруживање са другима. Ова права су комплементарна у смислу да свако право доприноси остварењу другог права. На пример, право на демонстрације не би било делотворно уколико појединци/ке не би имали/е могућност удруживања и организовања протеста. Комплементарна природа ових права огледа се у њиховом јединственом регулирању у Конвенцији, као и њиховој тесној вези у другим међународним инструментима заштите људских права.³

Слобода окупљања и слобода удруживања представљају изузетно важна индивидуална, грађанска и политичка права, која штите од *самоволног* мешања државе и основа су за постојање и функционирање демократског друштва. Сврха члана 11. је да омогући људима да се окупе и изразе, дискутују и заштите своје заједничке интересе. Слобода окупљања и удруживања омогућава развој цивилног и политичког друштва, даје простор људима да изразе различита виђења, вредности или интересе и пружа место да се таква виђења, вредности и интереси чују. Заштита и одржавање ових слобода представља темељ постојања и деловања низа организација, укључујући синдикате, невладине организације, политичке странке, привредне коморе, и многе друге.

Заштита слободе окупљања и слободе удруживања у тесној је вези са заштитом права на поштовање приватног и породичног живота, право на слободу мишљења, савести и вероисповест и права на слободу изражавања (чл. 8, 9 и 10 Конвенције). Тако је, на пример, Европски суд за људска права у случају *Езелин против Француске* (1991) закључио да “без обзира на своју аутономну улогу и специфичну сферу примене, члан 11. се у датом случају мора проматрати и у контексту члана 10. Заштита личних мишљења, која је осигурана чланом 10. представља један од циљева слободе мирног окупљања заштићеног чланом 11.” Веза измену чланка 10. и 11. Конвенције нарочито је

² Закон о ратификацији - Службени лист СЦГ" - Међународни уговори, бр. 9/2003.

³ Слобода окупљања и удруживања према Европској конвенцији о људским правима (члан 11) – приручник за адвокате, Interights, www.helsinki.org.yu/hrlawyers/files/sem4_clan11.doc

изражена, на пример, у случајевима гдје су се власти умешале у право слободе окупљања због изражених ставова, или изјава учесника демонстрација или чланова удружења.⁴

Европска комисија за људска права (Комисија) и Европски суд за људска права нису имали велики број представки поводом слободе мирног окупљања по чл. 11. Разлог за такво стање делимично лежи у томе што израз „окупљање“, тј. сретање с људима и учествовање у размени мисли и мишљења, означава мање формални скуп од „удруживања“. Комисија је улогу мирног окупљања описала у предмету *Rassemblement Jurassien против Швајцарске*⁵:

„Комисија жели на самом почетку рећи да је право на мирно окупљање одређено овим чланом шемељно право у демократском друштву и представља, исто као и право на слободу изражавања, један од шемеља таквог друштва (предмет Handyside, пресуда од 7. децембра 1976, Серија А, став 49). Као такво, ово право покрива и приватне састанке и састанке на јавним местима.“

1. Садржај слободе окупљања

У својој одлуци од 16. јула 1980, у предмету *Хришћани против расизма и фашизма против Уједињеног Краљевства*⁶, Комисија је констатовала да:

„[...] слобода мирног окупљања покрива не само статичне скупове, већ и јавне поворке. То је, ипак, слобода коју могу уживати не само појединачни учесници таквих демонстрација, већ и они који их организују, укључујући и јавна лица као што је удружење поносилац.“

У предмету *Rassemblement Jurassien i Unite Jurassienne protiv Швајцарске* (1980), Европска комисија о људским правима је утврдила да члан 11. Конвенције штити, како “приватне скупове, тако и скупове на јавним местима.”⁷

Члан 11. Конвенције, међутим, не јамчи право одржавања скупа на јавном месту које је у приватном власништву, као што је тржни центар,

⁴ Станков и Уједињена македонска организација Илинден против Бугарске (Бр. 29221/95, 29225/95, 2/11/2001), став 85

⁵ Ставови Европске Комисије за људска права и Европског суда за људска права у вези слободе окупљања углавном су наведени према: Donna Gornien, Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима, Београд, 1994, стр. 65 – 67; Gilles Dutertre, Изводи из судске праксе Европски суд за људска права, Београд, 2006, стр. 294-296. и 304-306; Слобода окупљања и удруживања према Европској конвенцији о људским правима, *op. cit.*

⁶ Appeal No. 8440/78, <http://vlex.com/vid/christian-fascism-racism-united-kingdom-27429188>

⁷ Application/Requete No. 8191/78, <http://vlex.com/vid/assemblement-jurassien-jurassienne-27429432>

против воље власника. У предмету *Appleby и други против Уједињеног Краљевства* (2003)⁸ подносиоцима захтева није било дозвољено дељење летака о локалном политичком питању на простору приватног тржног центра. Они су тврдили да је држава имала позитивну обавезу јамчити њихово право на слободу изражавања и слободу окупљања. Анализирајући наводе према члан 10. Конвенције, Суд је утврдио да подносиоци захтева нису доказали да су због забране приватне компаније били спречени да грађанима изнесу своја становишта. Имали су друге начине за изражавање својих уверења, изван простора тржног центра.

У одлуци о прихватљивости у предмету *Андерсон и други против Уједињеног Краљевства* (1997)⁹ Европска комисија о људским правима се више фокусира на циљ окупљања подносиоца захтева него на место где је скуп одржан (тржни центар). Подносиоци захтева су се жалили да је повлачење њихове дозволе за улазак у тржни центар на неограничено вријеме (због својих антидруштвених активности) представљало кршење њиховог права на мирно окупљање према члан 11. Конвенције. Европска комисија о људским правима је одбацила њихов навод и утврдила следеће:

“Не постоји ништа у томе наведеној судској пракси што би указивало да је циљ слободе окупљања јемчење права пролаза и поновног уласка на јавна места или на окупљање из чисто друштвених разлога на било ком месту где неко пожели.”

а. Мирна окупљања

Европска конвенција о људским правима у чл. 11. ст. 1. штити само „мирна“ окупљања. Подручје примене овог члан се стога не односи на окупљања у којима учесници или организатори имају “насилничке намере које доводе до изазивања нереда”. У предмету *Хришћани против расизма и фашизма против Уједињеног Краљевства* (1980) Европска комисија о људским правима је јасно дала до знања да случајно насиље или неред при одржавању окупљања неће изузети заштиту према члан 11. Приликом одређивања применљивости члан 11. значајна је намера одржавања мирног окупљања а не вероватност насиља због реакције других група или фактора. Ово обележје “мирног окупљања” је кључно за разумевање слободе окупљања као стуба демократског друштва; скупови са намером изазивања нереда или угрожавања владавине права су анатема демократском друштву и стога неће бити заштићени Конвенцијом. Ривалским групама, спремним на коришћење насиља, није, међутим, дозвољено да ефективно угуше слободу

⁸ Appeal No. 44306/98, <http://vlex.com/vid/appleby-and-others-the-united-kingdom-26837971>

⁹ Appeal No. 73652/01, <http://vlex.com/vid/case-anderson-v-the-united-kingdom-31950689>

окупљања. Суд је ово тумачења следио, на пример, у предмету *Г. иројив Немачке* (1989).¹⁰ Подносилац захтева је суделовао у анти-нуклеарним демонстрацијама испред америчке војне базе у Штудгарту. Демонстранти су блокирали пут који води до војној бази и подносилац захтева није послушао наредбу полиције да се склони с пута. Подносилац захтева је тврдио да је касније полицијско растеривање демонстраната, његово кривично гоњење и пресуда због непоштовања полицијске наредбе представљало повреду његовог права на слободу мирног окупљања према члану 11. Конвенције. Држава је тврдила да те демонстрације нису биле "мирне", и да, стога, нема места примени члана 11. Конвенције. Европска комисија о људским правима је сматрала да појам "мирно окупљање" не подразумејева демонстрације у којима учесници или организатори имају насилничке намере које доводе до изазивања нереда. Међутим, иако тзв. заузимање седећег положаја приликом демонстрација није било дозвољено немачким законом, Комисија је сматрала да право на слободу мирног окупљања, као једно од темељних права демократског друштва, не треба рестриктивно тумачити. Подносилац захтева и други демонстранти нису били насилни током демонстрација. Стога, демонстрације улазе у подручје примене члана 11. Конвенције.

Оваква судска пракса не указује да држава крши члан 11. Конвенције уколико забрани окупљање које може довести до насиља (чак и ако организатори и учесници немају насилничке намере), већ указује на то да држава мора оправдати такву забрану у складу са чланом 11. став 2. Конвенције. Окупљање организовано с насилничким циљем уопште не спада у подручје примјене члана 11. Конвенције. Суд је у предмету Станков јасно утврдио да забране окупљања од стране државе због позивања на насиље или одбацивања демократских принципа од стране организатора, уколико не постоје насилничке намере на самом окупљању, морају бити оправдане у смислу члан 11. ставка 2. Конвенције.

6. Дозволе и обавештења

Окупљања јавног карактера повлаче са собом бројна практична питања која захтевају барем минималне договоре с властима у погледу времена, локације, регулисања саобраћаја и других фактора. Ова питања могу обухватати сигурност, осигурање, неугодности, па чак и проблем евентуалног економског губитка оних на које окупљање утече. Стога, одређена прописана форма, као што је обавеза достављања претходног обавештења или добијање одобрења или дозволе за окупљање, не представља мешање у право на слободно окупљање и не треба бити предмет анализе у смислу ограничења слободе окупљања из чл. 11. ст. 2. Конвенције. Разлог за допуштање такве одредбе произлази из чињенице да су власти дужне јамчити неометано

¹⁰ Appeal No. 8858/80, <http://vlex.com/vid/g-v-federal-republic-of-germany-27428407>

одржавање окупљања – правовремено обавештавање власти о планираним скуповима, односно демонстрацијама омогућава властима да осигурају присутност полиције ради заштите мирног карактера демонстрација.

Међутим, све осим обавезе прибављања одобрења може представљати мешање државе у слободу окупљања и захтева оправдање. Систем издавања дозвола не сме генерално угрозити право одржавања окупљања, осим уколико постоје јасне насилничке намере. Уколико су услови за издавање дозвола прешироки или уопштени или обухватају бројне категорије окупљања или искључују једну или више група или појединаца они морају бити оправдани у смислу члана 11. став 2. Конвенције.

2. Рестрикције и ограничења слободе окупљања

Члан 11. Конвенције не јемчи апсолутна права. Државе чланице су овлашћене ограничити права заштићена у члану 11. али само под строго утврђеним условима. Ови услови деломично произлазе из два правна принципа који, у смислу Конвенције, играју важну улогу – концепта владавине права и с њим повезаног принципа законитости. Принцип који се налази у основи оба ова концепта је да мере којима се ограничавају права требају бити подложне ефикасној контроли и преиспитивању. Другим речима, ограничења морају бити у складу са законом.

Европска конвенција о људским правима је границе могућности ограничења слободе окупљања утврдила у члану 11. став 2:

„За вршење ових права [слобода окупљања и слобода удруживања] неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.“

Члан 11. ст. 2. Конвенције таксативно наводи околности у којима државе могу ограничити права која он штити. Изузеци су слични ограничењима утврђеним у члан 8. став 2, члану 9. став 2. и члану 10. став 2. Конвенције. Према члану 11. ст. 2. Конвенције, ограничења су законита само уколико су: (1) прописана законом и (2) нужна у демократском друштву ради постизања једног од следећих легитимних циљева:

- У интересу националне сигурности или јавне сигурности, или;
- Ради спречавања нереда и криминала, или;
- Ради заштите здравља и морала, или;
- Ради заштите права и слобода других.

Последњи део члана 11. ст. 2. дозвољава државама уговорницама да законито ограниче право на слободу окупљања и удруживања одређеним категоријама људи, и то припадницима оружаних снага, полиције и државне

управе. Израз законито, има исто значење као израз „прописано законом“, употребљен у првом делу члана 11. Конвенције. Држава чланица може дерогирати права на слободу мирног окупљања за време рата или ванредног стања које угрожава опстанак народа, у складу са чланом 15. Конвенције.

Слобода окупљања може бити ограничена само под условом да су та ограничења у складу са чланом 11. ст. 2. Конвенције. Када ограничења нису у том оквиру тада крше слободу окупљања. Наравно, пре утврђивања да ли је ограничење у складу са чл. 11. ст. 2. Конвенције потребно је утврдити да ли ограничење о којем се ради уопште представља „мешање“ у слободу окупљања. На ово питање је често лако одговорити и странке у спору ово питање неће оспоравати. У предмету *Езелин против Француске* (1991) подносилац захтева, француски адвокат, је своје право на мирно окупљање искористио придружујући се демонстрацијама за чије је одржавање прибављено одобрење надлежних тела, а које су биле усмерене против две судске одлуке. Током демонстрација, демонстранти су вербално претили полицији и цртали су погрдне и увредљиве графите на разним управним зградама. Адвокатска комора је касније дисциплински казнила подносиоца захтева. Држава је тврдила да нема мешања у право на слободу окупљања јер је подносиоцу захтева било омогућено учествовање у демонстрацијама без икаквих ограничења те да је имао могућност своја уверења изразити јавно, као адвокат, на начин који је желео. Био је кажњен тек после догађаја и то због личног понашања за које се сматрало да је неспојиво са професионалним обавезама. Европски суд за људска права се није сложио, сматрајући да израз „ограничење“ подразумева мере - као што су казнене мере предузете не пре или током већ после окупљања.

Након што утврди да је дошло до мијешања у права из члана 11. Конвенције, прва ствар коју Европски суд за људска права разматра је да ли је мешање прописано законом. Овај израз упућује на то да мешање мора имати темељ у домаћем закону. Не само да мешање мора бити у складу са домаћим законом, него и сам закон мора бити одређеног квалитета. Суд посебно упућује на два аспекта „квалитета“ закона, и то предвидљивост и доступност закона.

У предмету *Адали против Турске* (2005)¹¹ Суд је утврдио да није било закона којим је регулирано издавање дозвола турским Кипранима, који живе у северном делу Кипра за прелазак „зелене линије“ у јужни Кипар како би учествовали у мирном окупљању с грчким Кипранима. Стога, начин на који су подносиоци захтева била наметнута ограничења у погледу остваривања њеног права на слободу окупљања, није био „прописан законом“.

Након што Суд утврди да је мешање било прописано законом, приступа разматрању да ли то ограничење тежи тзв. легитимним циљевима, како је назначено у члану 11. ст. 2. Конвенције (таксативно набрајани легитимни

¹¹ Appeal No. 38187/97, <http://vlex.com/vid/case-of-adali-v-turkey-26781183>

циљевима). Мешање мора бити нужно у демократском друштву, у интересу националне сигурности или јавне сигурности, ради спречавања нереда и криминала, ради заштите здравља и морала или ради заштите права и слобода других.

У раније поменутом предмету *Rassemblement Jurassien* *и против Швајцарске* Комисија је одлучивала о законитости система по којем демонстрације подлежу претходном одобрењу и заузела став да потреба да се добије претходно одобрење за јавне скупове није сама по себи у супротности са чланом 11. Европске конвенције о људским правима (слободом окупљања):

„Када се у ишћању [скупи на јавним местима - саобраћајницама], услов да се добије прелиминарна дозвола по правили не угрожава суштинину овог права. Таква процедура је у складу са захтевима члана 11, став 1, ако ни због чега грубога, а оно зашто да би власници биле у стању да осигурају да скупи протекне мирно, тј. сходно томе, не представља ометање уживања самог права“.

Комисија је потом испитала да ли је Влада привремена забрана свих јавних демонстрација у одређеном месту прихватљива, с обзиром да је постојала озбиљна опасност по јавну сигурност и јавни ред ако се одређена јавна демонстрација одржи. На основу сличног чињеничног стања Комисија је одбила тврдњу Владе да су демонстрације које је организација – подносилац захтева хтела одржати ван заштите члана 11. Европске конвенције о људским правима зато што би могле изазвати насилни отпор противника и екстремиста. Комисија је напоменула:

„Право на слободу мирног окупљања загарантовано је свакоме ко намерава организовати мирне демонстрације... Могућност насилних противдемонстрација, или могућност да се екстремисти склони насиљу, који нису чланови удружења које организује демонстрације, придруже демонстрацијама, не могу сами по себи поништити ово право. Чак и када постоји стварни ризик да се кретање у јавној поворци заврши нередом због догађаја који нису у власти организатора, образовање такве поворке не излази само због тог разлога из оквира члана 11 (1) Конвенције, већ свако ограничење које се намеће скупу, мора бити у складу с одредбама става 2 овог члана (Представка бр. 8440/78).“

Предмет Хришћани против расизма и фашизма против Уједињеног Краљевства показује околности под којима је општа забрана демонстрација на одређени временски период законита по члану 11. Конвенције. Комисија је констатовала:

„Општа забрана демонстрација може бити оправдана само ако постоји реална опасност од могућности да те демонстрације резултирају нередима који се не могу спречити другим, мање крутим мерама. У вези с тим, власти морају узети у обзир и ефекат забране поворки које саме по себи не представљају опасност по јавни ред. Само ако над негативним аспектима таквих поворки на које се забрана односи може превагнути питање

сигурности, које оправдава издавање забране, и ако не постоји никаква могућност да се такви нежељени ефекти забране избегну прецизним постављањем забране у смислу територијалне примене и трајања, таква се забрана може сматрати неопходном у смислу члана 11. став 2. Конвенције.“

Спречавање нереда или криминала представља један од легитимних циљева за ограничење слободе окупљања. Државе и у овом подручју имају релативно широко дискреционо право. У предмету *Cisse иројив Француске* (2002)¹² подносилац захтева је био припадник групе странаца, без ваљане дозволе боравка, која је одлучила предузети колективну акцију како би привукла пажњу јавности на тешкоће с којима су припадници групе суочени у поступку преиспитивања њиховог имигрантског статуса у Француској. Њихова кампања је кулминирала одлуком да заузму цркву у коју се група сместила и боравила око два месеца. Нити свештеник, нити жупно веће, се нису противили њиховој присутности, а религијски обреди и друге церемоније су се одвијале према плану, без икаквог инцидента. Суд је утврдио да је евакуација наређена како би се окончала окупација цркве од стране особа које су прекршиле француске законе. Мешање је, стога, имало легитимни циљ, а то је спречавање нереда.

Да би било у складу са чл. 11. ст. 2. Европске конвенције о људским правима, ограничење слободе окупљања мора бити и "неопходно" у демократском друштву. Што се тиче критерија неопходности, треба поменути пресуду *Езелин иројив Француске* од 26. априла 1991.¹³ У том предмету, један адвокат је укорен што је учествовао у демонстрацијама против усвајања закона о "сигурности и слободи". Казнене или дисциплинске санкције због демонстрација нису искључене из подручја примјене члана 11. Конвенције и представљају „ограничења“ која морају бити оправдана у смислу члан 11. став 2. Конвенције. Сваки учесник скупа ужива пуну заштиту члана 11. Конвенције све док се уздржава од насилничког понашања. Европски суд за људска права је констатовао:

„Очигледно је да је казна изречена господину Езелину била на дну скале дисциплинских тежина које предвиђа члан 107. Указа од 9. јуна 1972. (види став 25. у горњем тексту); снага јој је углавном морална, јер није подразумијевала никакву, па чак ни привремену забрану бављења струком или чланства у Већу Коморе. Суд, међутим, сматра, да је слобода учешћа у мирном скупу – у овом случају демонстрацијама које нису биле забрањене – толико значајна, да се не може ограничити на било који начин, чак ни једном адвокату, све док сама та особа том приликом није извршила неко кажњиво дело. Укратко, не може се рећи да је санкција која је предмет притужбе, ма како минимална, била "неопходна у демократском друштву". Сходно томе, представља кршење члана 11.“

¹² Appeal No. 51346/99

¹³ Appeal No. 11800/85, 26 April 1991.

Након што је Суд закључио да је мешање тежило неком од легитимних циљева, после тога мора утврдити да ли је мешање нужно у демократском друштву. Суд је овај услов дефинисао на следећи начин: “Једини облик нужности који може оправдати мешање у било које од права је, стога, она која може доказати да произлази из “демократског друштва.”

Израз нужно у демократском друштву подразумева два услова:

- Мора постојати хитна друштвена потреба за мешање, и посебно,
- Мешање мора бити сразмерно легитимном циљу којем се тежи.

Суд је често прилично попустљив када утврђује да ли се одређеном мером тежи неком легитимном циљу. Критериј нужности и сразмерности је, међутим, пуно озбиљнији. Врло често се управо овај критериј покаже одлучујућим у неком предмету.

Држава не сме злоупотребљавати могућност ограничења слободе окупљања, те тако практично онемогућити окупљања, него своја овлашћења мора примењивати само у складу с одговарајућим стандардима. Тако је, на пример, Европска комисија за људска права, у свом Извештају поводом забрањивања демонстрација у Грчкој за време познатих догађаја везаних за пуковнички режим, установила да су грчки закони давали веома широка овлашћења властима у погледу јавног и приватног окупљања, као и окупљања која имају политички или неполитички карактер, те нису усклађени са чл. 11. ст. 2. Европске конвенције. Поље слободне процене, које власти имају, овога пута је било прекорачено.¹⁴

Ако би се сумирала пракса Европског суда за људска права могло би се констатовати да је Суд установио неке стандарде који представљају минимум гаранције заштите слободе окупљања од неоснованог уплитања државе: одлуке о ограничењима слободе окупљања морају доносити лица која су независна од политичких процеса; одлука мора бити донета у складу са прописаним критеријумима; такви критеријуми морају бити ограничени на вероватноћу насиља или озбиљних немира; организатор мора имати могућност да буде саслушан и да пружи одговор на сваку примедбу; мора бити дато образложење за забрану скупа; организатор мора имати могућност жалбе на одлуку о забрани скупа.¹⁵

3. Позитивне мере државе

Као противтежа могућности укидања или ограничавања слободе окупљања, држава има позитивну обавезу да пружи заштиту грађанима који

¹⁴ Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић, Људска права - уџбеник (електронско издање), www.bgcentar.org.yu/index.php?p=248

¹⁵ Videti James Hamilton, Comments on events in Moldova relating to a demonstration od 25 January 2004, Venice Commission, [www.venice.coe.int/docs/2004/CDL\(2004\)029-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL(2004)029-e.asp)

користе право на мирно окупљање. То посебно важи кад демонстранти дођу у сукоб са својим противницима. Јавне демонстрације, и када демонстранти немају насилничке намере, могу представљати претњу јавном реду, уколико контра демонстранти, такође, захтевају своје право на слободу окупљања. У таквим околностима, Европски суд за људска права сматра да држава има позитивну обавезу заштитити оне који користе своје право на слободно окупљање од претње контра-демонстрација. У предмету *Plattform "Ärzte für das Leben" против Аустрије* (1988)¹⁶, Суд је разматрао позитивну обавезу државе да пружи заштиту групама које користе право на мирно окупљање. У овом предмету аустријска влада дала је дозволу за одржавање демонстрација на одређеном месту, а против побачаја; организација – подносилац захтева потом је затражила и добила премештање демонстрација на место мање погодно за контролисање масе. Власти су известиле организаторе да полиција, можда, неће бити у стању пружити довољну заштиту од против-демонстраната, што се, заиста, и десило. Сличне тешкоће појавиле су се и на следећим демонстрацијама. Организатори су тврдили да је аустријска влада прекршила члан 11. зато што није предузела одговарајуће мере да се демонстрације одрже без поремећаја. Суд је установио да Аустрија има обавезу заштитити групе које користе право на мирно окупљање¹⁷:

„Демонстрације могу иритирати или вређати особе које су против идеја или ставова које се желе промовисати. Учесници, с друге стране, морају бити у стању да одрже демонстрације без страха да ће бити изложени физичком насиљу својих противника; ипак, страх могао би удружења или групе да се са заједничким идејама или интересима одвајају од њих да остворено износе своја мишљења о изузетно контроверзним питањима која се тичу целе заједнице. У демократији, право на контра-демонстрације не може се проширити ипак да онемогући уживање права на демонстрације.

Истинска, делотворна слобода мирног окупљања не може, сходно њој, бити сведена на јуку обавезу државе да се не меша: чиста неактивна концепција не би била комисибилна са циљем и сврхом члана 11. Као и члан 8, члан 11 понекад изражи предузимање позитивних мера, чак, ако је потребно, и у сфери односа између појединаца (види, mutatis mutandis, the X. и Y. против Холандије, пресуда од 26. марта 1985, Серија А бр. 91, став 11, став 23).

Док је дужност држава уговорница да предузимају разумне и примерене мере за омогућавање мирног одржавања законитих демонстрација, оне то не могу апсолутно гарантовати и уживају широк степен слободе у избору средстава које ће употребити да покушају да овај циљ постигну... У овој области обавезе држава по члану 11 Конвенције односе се на мере које треба предузети, а не на резултат који треба постићи.“

¹⁶ Appeal No. 10126/82, 21 June 1988.

¹⁷ Одлука од 21. јуна 1988. године, Серија А бр. 139, стр. 12, ставови 32 и 34.

У овом случају, Суд је закључио да је аустријска држава предузела "разумне и примерене мере".

Сличан је и случај из предмета *Уједињена македонска организација Илинден и Иванов против Бугарске* (2005)¹⁸. Подносиоци захтева су тврдили да су у много случајева чланови и присталице УМО Илинден били спречени у одржавању мирних скупова. Суд је утврдио да су у једном од ових случајева државне власти, које се нису мешале у право подносиоца захтева на слободу окупљања, окледале заштитити чланове и присталице покрета Илинден од групе контра-демонстраната. Као последица таквог понашања, поједини учесници илинденског протеста су били изложени физичком насиљу противника. Суд је поновио да се истинска, делотворна, слобода окупљања не може свести само на обавезу државе потписнице Конвенције да се не меша; да је обвеза државе предузимање разумних и одговарајућих мера, како би омогућила да се законите демонстрације мирно одрже. Власти су, стога, биле дужне предузети адекватне мере како би спречиле акте насиља усмерене против учесника Илинденског протеста, или их макар ограничиле. Показало се да при предузимању корака како би се омогућило да комеморативни скуп ове организације протекне мирно нису предузете све прикладне мере које би се, у датим околностима, од државе разумно могле очекивати. Бугарска држава, стога, није испунила своје позитивне обавезе у смислу члана 11. Конвенције.

4. Ко ужива право на слободу окупљања?

Право на слободу мирног окупљања уживају како појединци који учествују у било којем мирном окупљању¹⁹ тако и они који организују окупљање²⁰, укључујући удружења.²¹ Појединци који су спречени у учешћу²² или су приморани на придруживање активностима скупа²³ такође подлежу заштити.²⁴

¹⁸ Appeal No. 44079/98, <http://vlex.com/vid/umo-ilinden-and-ivanov-v-bulgaria-26783789>

¹⁹ Видети предмет *Rassemblement jurassien v Switzerland* v. Switzerland, Appeal No. 8191/78,

²⁰ Видети, између осталих, предмете *Plattform "Artze fur das Leben" v. Austria*; *Christians Against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, no. 8440/78; *Milan Rai, Gill Almond and "NEGOTIATE Now" v. the United Kingdom*, no. 25522/94

²¹ Видети предмет *United Communist Party of Turkey and Others v Turkey* (133/1996/752/951)

²² Видети предмет *Rassemblement jurassien v Switzerland*, No. 8191/78.

²³ Видети предмет *Young, James, and Webster v. The United Kingdom*, (Application No. 7601/76; 7806/77) www.labourwatch.com/pdfs/decisions/LWDecision_Young01.pdf.

²⁴ Слобода окупљања и удруживања према Европској конвенцији о људским

Члан 34. Конвенције дозвољава да сваки појединац, невладина организација, или група људи поднесу појединачни захтев Европском суду за људска права. Међутим, да би правно лице (нпр. удружење) имало активну легитимацију, мора бити непосредна жртва кршења права. У одлуци о прихватљивости у предмету *Societatea de Vanatoare 'Mistretful' împotriva Rumuniei* (1999)²⁵, Суд је закључио да само чланови удружења могу тврдити да су „жртве“ у смислу члана 34. Конвенције јер није постојала довољна веза између удружења и претрпљене штете. Удружењу неће бити ускраћена заштита Конвенције само из разлога што се држави не свиђају њене активности и што сматра да се те активности требају ограничити. Свако ограничење мора бити оправдано у смислу члана 11. став 2. Конвенције.²⁶ Треба имати у виду и то, да накнадно амнестирање од стране државе не доводи нужно до губитка статуса жртве подносиоца захтева.²⁷

Prof. Dr. Nenad Djurdjevic,
a full-time professor

FREEDOM OF ASSEMBLY ACCORDING THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF EU

Freedom of assembly is one of the basic human rights, guaranteed with numerous international legal acts. It is closely connected with political and social values in a democratic society, or could be defined by them. Charter of Fundamental Rights of the EU defines freedom of assembly in its Article 12 paragraph 1, and European Convention on Human Rights does the same in its Article 11, paragraph 1. The purpose of guaranteeing those freedoms (along with freedom of association) is to enable the people to assemble, express themselves, discuss and protect their common interests. The right on peaceful assembling is given both to individuals that are taking part in a peaceful assembling and organizers of assembly, including the associations. The individuals deprived of participation or forced to participate, are also protected.

правима – приручник за адвокате, Interights,
www.helsinki.org.yu/hrlawyers/files/sem4_clan11.doc, str. 13.

²⁵ Appeal No. 33346/96, 4. May 1999.

²⁶ Видети наведени предмет Уједињена комунистичка партија против Турске, став 27

²⁷ Видети предмет *Osmani and others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia* (No. 50841/99, 11/10/2001).

The European Court of Human Rights in several of its decisions took a stand that the right of assembly is one of the fundamental rights in a democratic society and presents one of the corner stones of such society.

Freedom of peaceful assembly covers not only the static gatherings, but also the public marches, and it also protects „private meetings, and assemblies in the public places. However, it does not guarantee the right to hold a gathering on a public place which is a private property without the consent of the owner.

European Convention on Human Rights in its Article 11 protects only peaceful assembly. Implementation scope of this Article, does not cover assemblies where participants and organizers may have violent intentions which may lead to the public disorder. Article 11 of the Convention does not guarantee absolute rights. Member States have powers to restrain the rights prescribed in the Article 11, but only under very restrictively prescribed conditions from paragraph 2 of this Article.

As a counterbalance to possibility of limitation or restriction of freedom of assembly, a state has a positive obligation to provide protection to its citizens who are using their right of peaceful assembling. This is very important in cases where demonstrators come to a conflict with their opponents.

*Др Емилија Станковић,
ванредни професор*

UDK:347(37):37(497.11)

НАСТАВА И ИЗУЧАВАЊЕ РИМСКОГ ПРАВА У СРБИЈИ

Средњевековно српско право засновано је на византијској традицији. Стога је било развијеније но већина западних права тог доба. Међутим, турском окупацијом долази до назадовања и правног дисконтинуитета. За време док је Србија била под Турцима у њој је био мали број образовних институција. Оне су биле махом приватног карактера. Те институције су биле на нивоу основних школа. У Војводини је пак било другачије, постојале су школе, па чак и гимназије још у XVIII веку. После ослобођења од Турака, почетком XIX века, школство почиње да се развија.

У Србији Милошевог доба није било школованих људи, иако је то била потреба државе у настајању. Оно мало школованих чинили су углавном такозвани пречански Срби, пореклом из Војводине. Они су по потреби или по позиву долазили у Србију и заузимали нека од важних места у државној управи, просвети или судству. Кнез Милош Обреновић, ма колико био природно талентован за политику и ма колико реално сагледавао политичке односе свога доба, због своје необразованости углавном је потцењивао значај и улогу образованих људи и образовања уопште, а у познијим годинама своје владавине чак и зазирао од «школараца». На отварању школа није много радио, иако га је Вук Караџић још од 1820. године уверавао да постоји реална потреба за оснивањем школа.¹ Нажалост тек петнаест година доцније почела је стварна брига око школа, држава је почела да их отвара.²

1. Још у време борбе за ослобођење од Турака, 1808. године основана је у Београду Велика школа. Вероватно је предлог за оснивање школе потекао од Ивана Југовића, професора Карловачке гимназије и Доситеја Обрадовића. Велика школа била је по својој садржини институција између гимназије и више школе. Школовање је трајало три године, при чему су прве две биле на гимназијском нивоу, а трећа на нешто вишем. Школу су похађали «отачаствени синови», који су се припремали за чиновнике, официре и судије. Велика школа је због прилика у Србији престала са радом 1813. године, да би 1830. године обновила свој рад. Три године касније, 1833. године премештена је у Крагујевац.

¹ Вукова *Ирејиска* II, стр. 654.

² Николић, М. М., *Крагујевачка Гимназија 1833-1933*, Крагујевац, 1934, стр. 27.

Кнез Милош је 1818. године своју канцеларију из Црнуће пренео у Крагујевац. Од тада се Крагујевац сматра главним градом Србије. Штампарија је из Београда пренета 1834. године, у Крагујевац, када је основано и прво позориште «Књажевско-србски театар». Две године касније основана је библиотека уз крагујевачки Лицеј, а од ње је настала Народна библиотека. Зашто су устаници баш Крагујевац изабрали за престоницу? Чини се да је избор логичан и природан. Крагујевац није далеко од географског средишта државе, док је Београд на периферији, надомак аустријских топова.³ Поред тога у Крагујевцу готово да није било Турака, «...имао је 193 српске куће... и један једини турски дом».⁴ Ипак, Крагујевац није дуго био престоница.

2. Пред крај Милошеве владавине 1836. године у Србији је било 72 основне школе, од којих су само 26 биле државне и једна петоразредна Гимназија у Крагујевцу. Две године касније, 1838. године, на предлог министра просвете донета је одлука да се «Гимназија наша на степен Лицеума возвиси».

У периоду када је Лицеј обухватао и Гимназију, прве три године извођена је настава која је чинила тзв. «граматикалну класу». Овај назив инспирисан је античким називима, а одређен је по угледу на друге европске земље, које су га користиле. У четвртном и петом разреду изучаване су претежно хуманитарне науке, које су носиле назив «класа човечности».

Након осамостаљења Лицеја постојао је само филозофски одсек. Према првобитној замисли сврха оснивања Лицеја била је да припреми образоване људе за потребе државне управе. Лицеј је 1841. године премештен у Београд.

3. Још од времена оснивања Велике школе, 1808. године, на њој су предавани правни предмети: Природно право, Међународно право, Државно право и Кривични судски поступак. Природно право је обухватало и елементе римског права.

На Лицеју су наравно предавани и правни предмети, што је сасвим разумљиво и оправдано, с обзиром на циљ који је школа имала, а то је образовање државних чиновника. Две године након оснивања Лицеја, 1840. године, оснива се правни одсек. Потреба за овом врстом образовања расла је са ширењем државне управе за време уставобранитеља.

Први професор права који је почео да ради на Лицеју био је Јован Стерија Поповић и предавао је «Права природна и државословни наук». Немамо података које су правне дисциплине изучаване на Правном одсеку, али је сигурно да Римског права није било. У списку предмета који је сачинио првоизабрани професор права, Јован Рајић нема Римског права.⁵ Јован

³ Гузина, Р., *Управни и политички центар аутономне Србије*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1978/79, 231-261

⁴ Вујић, Ј., *Пушешествије*, I, 174

⁵ Архив Србије, фонд Лицеума, 1841.

Стерија Поповић је већ 1842. године министарству просвете упутио предлог да се дозволи предавање Римског права «... прво зато, што је оно темељ и свим новим законима, а друго, зато што се и по свим Университетима, гди је школско теченије на дуже време размерено, исто римско право предаје».⁶ Овај покушај увођења предмета Римско право није успео.

Крајем априла 1843. године Министарство просвете је упутило Ректорату своју одлуку да се у школској 1843/44 години уведе нови курс, Римско право. Ни ова одлука није реализована, али је донета нова, да се уместо Римског права предаје Законик грађански српски, који је 1844. године донет.

Законом из 1844. године, чији је творац био Стерија, Лицеј се сматра као «велико училиште», у коме се предају «више науке».⁷ Правно одељење имало је статус стручне школе, било је зачетак правног факултета, док филозофско одељење није имало тај статус, јер је сматрано продужењем Гимназије која је у то време имала шест разреда. У пракси, након завршеног филозофског смера, није се могло радити ништа конкретно, већ се ишло даље, на права. Фактички, на Лицеју је постојао само један факултет, то је био правни факултет. Разумљиво је зашто је баш правни факултет био први установљен. У време када се почињало са организацијом администрације и судства потреба за правницима била је најпреча и најјача. Од 1850. године правном факултету се додаје још једна година, тако студије права трају, као и на другим европским факултетима, три године.

4. Децембра 1848. године Министарство просвете захтевало је да образовање правника траје три године и да се отвори још једна катедра, са годишњом платом од 600 талира и то за предмет «*Јустинијанови Институти и скраћена Јустинијанова Пандекта*».⁸ Овај захтев је одобрен и усвојен решењем Кнеза и Савета почетком фебруара 1849. године, те ова година означава почетак наставе Римског права у Србији, као посебног наставног предмета (Јустинијанови Институти и скраћена Јустинијанова Пандекта).

На предлог Министарства просвете, кнежевим указом, 1850. године за професора Римског права постављен је професор Рајко Лешјанин.⁹ Из писма Министарства просвете ректорату јасно се види да се под предметом Римско право подразумевају *Јустинијанови Институти* и *Јустинијанова Пандекта* (*Pandekta*). Римско право предавало се на другој години студија, са шест часова недељног фонда, у току два семестра. По првобитном плану

⁶ Државна архива у Београду, одељење Министарства просвете, ФВ, 311/1842

⁷ Јовановић, С., *Сабрана дела*, Српска књижевна задруга, Београд, 1990, том 3, стр. 64.

⁸ Грујић, В., *Лицеј и Велика школа*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1987, стр. 39

⁹ Рајко Лешјанин је студирао у Београду, потом у Хајделбергу и кратко у Паризу. Био је ректор у периоду 1854/56

предавања је требало да обухватају Јустинијанове Институције и скраћена Пандекта. Професор Лешјанин се није доследно придржавао плана, првих година предавао је само *Институције*, вероватно зато што је лакше, оне имају само четири коментара, а *Pandekta* педесет. На овакво понашање реаговао је главни инспектор школе, Платон Симоновић: «Већ трећу годину студија предају се само *Институције*, иако су само део римског права, а мисли ли професор Лешјанин да се предавања само дела неке науке може назвати науком и заменити науку.¹⁰ Професор Лешјанин уствари није стигао да припреми уџбеник који би обухватио сву материју те је из нужде скратио предавања. Уз то правдао се да је то пракса на немачким универзитетима, као и на универзитету у Будиму и Лондону. Лешјанин је радио на уџбенику који је 1857. године и објавио под називом *Институције Јустинијановој римској праву*. Требало је да књига садржи латинске текстове извора и изводе из *Јустинијанових Институција*. То је изостало вероватно због великог обима књиге, имала је 550 страна. Он сам каже: «трудио сам се да, ово дело сходно нашим потребама за предавањима прерадим и напишем...».¹¹ Иако је основ књиге Јустинијанова кодификација она је урађена под великим утицајем литературе тог доба (*Savigny, Puchta, Vagnerow, Hugo, Neibuhr* и др.). Књига има три дела. Први део, *Општи увод* је теоријског карактера и садржи излагања о општим правним начелима, људским правима и слободама, односу права и државе, односу права и закона, као и филозофије права. Други део, *Увод* бави се изворима римског права, као и судбином римског права након смрти Јустинијана. Трећи део књиге је најзначајнији и најобимнији. Садржински он представља обрађено римско право по Гајевом систему трипартиције. Гајеве *Институције* су биле узор за састављање Јустинијанових *Институција*, по признању самих састављача,¹² а њих неки аутори карактеришу као један од темеља западне цивилизације.¹³ То је једна од најчешће превођених књига, уосталом за њу се знало још у XII веку. За Гајеве *Институције* сазнало се знатно касније, тек у XIX веку, па је то разлог што нема много превода.

На студијама Правног одсека Лицеја, школске 1860/61 године, Римско право је предавао др Стојан Вељковић и то по следећем програму: Част прва. Историја извора римског права. Част друга. Римско приватно право.

5. Упоредо са развојем српске државе у другој половини XIX века расла је потреба за стручним и образованим људима. Не чуди што је највећа пажња поклањана правничком образовању јер свакој, па и србској држави у периоду

¹⁰ Извод из писма Платона Симоновића, главног инспектора школа Савету Лицеја, Архив Србије, фонд Лицеја, 1853.

¹¹ Лешјанин, Р., *Институције Јустинијановој римској праву*, Београд, 1857, стр. 4

¹² *Imperatoriam maiestatem*, 6.

¹³ Kelly, D., *Gaius noster-Substructures of Western Social Thought*, The American Historical review, 1979, 3, 647-648

развоја управо тај кадар највише недостаје. Развој друштва пратио је и развој образовања. Значајан тренутак у области образовања је прерастање Лицеја у Велику школу. Велика школа је имала три факултета: филозофски, правни и технички.¹⁴ Студије на Правном факултету трајале су четири године. Римско право предавало се на другој години студија, у два семестра, шест часова недељно.

Тада, као ни сада, није било лако наћи квалификованог професора римског права. Професор Стојан Вељковић је предавао Римско право у периоду 1864-1867. године. Придржавао се програма бившег професора Рајка Лешјанина. Школске 1865. године Римско право уместо овог професора предавао је професор Никола Крстић, професор Грађанског законика и грађанског поступка. Професор Глиша Гершић изводио је наставу из Римског права у периоду 1867-1890. године. У том периоду, само две године 1885 и 1886, наставу је изводио Андра Ђорђевић, професор са грађанске катедре, предавао је Грађански поступак и Међународно право. У периоду 1890-1895. године, предавач Римског права био је професор Живко Милосављевић.

На Великој школи у овом периоду користили су се уџбеници професора Лешјанина и професора Гершића. Као допунска литература коришћен је превод Јустинијанових *Институција*, који је 1864. године објавио Михаило Радовановић, као и превод уџбеника римског права од Салковског.¹⁵

Први превод Јустинијанових *Институција*, објављен је 1864. године, а дело је правника Михаила Радовановића. Претпоставља се да је превођењу приступио да би помогао студентима да боље савладају римско право користећи оригиналне текстове са преводом, који су у уџбенику професора Лешјанина изостали. Самим изгледом овај превод говори о вези са Лешјаниновим уџбеником. Обе књиге имају исти повез, штампане су у истој штампарији и истим слогом. Радовановићева књига је мањег обима. Оно што нам свакако потврђује да је књига штампана за потребе студената је белешка на репринту насловне стране: «Прегледала и одобрила школска комисија». Иста белешка налази се и на Лешјаниновом уџбенику. Према томе, може се закључити да је ова књига требало да има функцију практикума за предмет Римско право.

У предговору је изложена кратка историја римских кодификација, са посебним освртом на Јустинијанову кодификацију. Аутор изричито каже да су његови коментари засновани на радовима Ортолана и Лагранжа. Вероватно да се Радовановић поред писања предговора и у самом превођењу са латинског користио француском верзијом *Институција* ова два аутора. Под утицајем њихових мишљења као и схватања историјско-правне школе Радовановић интерполације Јустинијанових компилатора назива «осакаћења»

¹⁴ Мисли се на период 1863-1895. године

¹⁵ Карл Салковски је био професор права Кенигсбергу, уџбеник који је написао носи назив «*Институције с историјом римског приватног права*»

класичних текстова. Говорећи о *Дијесџама* Радовановић преузима Ортоланову неосновану тврдњу да је рад трајао три године иако је рок био десет, а да је «та хитња шкодила послу». Чуди да нису знали или нису прихватили Блумово објашњење метода састављања *Дијесџа*.¹⁶

Радећи на преводу Радовановић је био у недоумици да ли да дâ само превод или и латински текст. Навођење латинског текста и превода је сматрао бољим, но то је и скупле. Изабрао је средње решење, латински текст је штампан у фрагментима, а превод у целости. Наравно, у оригиналу је штампано оно што је по његовој оцени било најважније. То су пре свега били фрагменти који су имали карактер сентенци и они који се често цитирају. Књига је у тој верзији имала 293 стране.

Посебна вредност овог превода, као и Лешјаниновог уџбеника је и у развоју језика. Иако је у то време језик био неизграђен и није било стручних термина нека њихова језичка решења остала су до данас у примени. Имајући у виду време настанка превод је доста добар. Оно што је недопустиво је да је овај пионирски подухват готово заборављен. У савременим енциклопедијама и библиографским радовима име овог аутора се не спомиње, као што га не спомиње ниједан уџбеник, предговор или списак литературе. Помиње се један други, новији превод Јустинијанових *Инститиуција*, из 1905. године, који је у духу Вукове језичке реформе, а дело је Луја Бакотића.

Свакако да превод Јустинијанових *Инститиуција*, који садржи и део текста на латинском, у земљи у којој већину чине неписмени, у којој је школство, а нарочито више, тек у зачетку, када по градовима постоје гарнизони турске војске, представља самим својим постојањем велико постигнуће.

Професор Глигорије Гершић право је учио у Бечу и Пешти. Будући да је био професор Римског права написао је уџбеник *Систем римској љрава љривајној (инститиуције)*, 1882. године. Исте године објавио је и дело *Природа државине*. По речима аутора «књига је писана за школску потребу, ово хоће да се посебно нагласи, да је то књига писана са нарочитим обзиром на предавања у школи, да она дакле треба тим предавањима као основа да служи, и да с друге стране та предавања представљају њену нужну допуну...».¹⁷ У време када је професор Гершић објавио уџбеник наша литература из области римског права је била јако оскудна.¹⁸ Зато не чуди да се аутор угледао на новије стране писце тога доба: Шарла, Хелдерна, Милера и Салковског. Сви они су у својим уџбеницима излагали најоштрије систем приватног права, опште правне појмове и проблеме, а потом систем римског

¹⁶ Постојале су три подкомисије које су радиле. Своје схватање Блум је изнео у чланку који је објавио 1820. године

¹⁷ Гершић, Г., *Систем римској љривајној љрава*, Београд, 1882, стр. 1.

¹⁸ Постојала су три уџбеника, професора Лешјанина и уџбеници професора загребачке Правне академије: Шухаја и Спевца.

приватног права. По угледу на њих и Гершић пише свој уџбеник: «Када смо у наведеним кратким цртама изложили целокупни систем приватног права, онда смо тамо још напоменули, како свако излагање приватног права мора да отпочне са општим делом, који у себи садржи оне опште појмове и елементе, који се подједнако тичу свију иначе маколико међу собом различитих правних односа. Са излагањем тих општих опредељења прелазимо дакле на систем римског приватног права».¹⁹ Оваква тврдња нам даје за право да закључимо да се је римско право имало функцију уводне дисциплине у приватно право.

Професор Живко Милосављевић школовао се у Београду и Паризу. Римско право предавао је пет година хонорарно, јер је био члан Касационог суда. Написао је и објавио 1890. године, *Римско право и његов утицај на европска законодавства и правничко образовање уопште*, као и *Римско приватно право (за потребе својих слушаца)*, књ. I, 1899; књ. III, 1900; књ. II и IV књига нису објављене.

6. У раду Велике школе уочени су неки недостаци па је 1894. године предложено њено преуређење. Нарочито се истицало да су студенти преоптерећени учењем општих предмета, па самим тим нису добијали одговарајућу стручну спрему. Наредне, 1895. године дошло је до траженог преуређења, а оквиру њега и до осамостаљења Правног факултета. Студије су трајале осам семестра, а право уписа имали су свршени гимназијалци. У каснијем развоју, 1905. године Велика школа је прерасла у Универзитет, а Правни факултет је постао његов значајан део.

Тадашњим наставним планом Правног факултета предвиђена је настава из Римског права и то на првој години студија, са шест часова недељно. У поређењу са наставом из других предмета био је то знатан број. О програму предавања говори нам белешка професора Драгољуба Аранђеловића из 1905. године: «У овом семестру предајем Историју римског права и Систем римског приватног права, са четири часа недељно. Историја римског права обухвата: а) историју римског државног уређења; б) историју римских правних извора; в) преглед развоја приватног права и поступка; систем римског приватног права обухвата општи део, стварно право, облигационо, породично и наследно право».²⁰

И у овом периоду било је више професора који су изводили наставу из Римског права: професор Живко Милосављевић, 1895- 1902. године; доцент Драгослав Ковановић 1903 и 1904. године и професор драгољуб Аранђеловић 1905. године.

Значајно је да је у овом периоду, тачније 1898. године уведен нови допунски облик наставе, семинар из Римског права. Семинаре су водили професори, а доценти само ако им факултетски Савет дозволи. Циљ семинара

¹⁹ Гершић, Г., нав. дело, стр. 177.

²⁰ Аранђеловић, Д., *Белешка*, АС, фонд Велика школа, Правни факултет, 1905

био је да знања стечена на предавањима учврсти, прошири и упуту студенте на истраживачки рад.

У овом периоду на Правном факултету постојала је обимнија литература у односу на претходни. Уз већ поменуте уџбенике објављено је и Римско јавно право од Вилемса. Преведене су на наш језик *Институције римског права*, Филипа Серафинија професора Римског права Краљевског универзитета у Пизи (1895. године).

7. Развој Правног факултета настављен је у оквиру Универзитета у Београду и у периоду 1905-1941. године. Треба напоменути да је настава била обустављена за време првог светског рата (1914-1918). У периоду (1905-1945) Римско право предавало се на првој години студија, а 1908. године уведене су вежбе из Римског права као нови вид наставе. Примера ради, године 1937. Римско право се предавало и вежбало шест часова недељно, што је те године представљало знатно већи број часова у односу на друге предмете.²¹ Ово је период када се почиње и са последипломском наставом, тако се 1910. године уводе специјални курсеви за докторат из области римског права.

Најдуже и врло успешно Римско право предавао је професор Реља Поповић (1924-1945). Школовао се у Минхену и Берлину, а докторирао на Универзитету у Цириху 1917. године, у звање ванредног професора изабран је 1924. године.

Наставу из Римског права изводио је и професор Драгољуб Аранђеловић, а по његовом програму Римско право је 1906 и 1907. године, предавао професор Црквеног права Чедомиљ Митровић. За професора Римског права 1922. године изабран је Константин Смирнов, професор Римског права у Одеси.

Уџбеник *«Римско право»* дело је професора Аранђеловића и објављен је 1938. године. Представља систематизована предавања, односно заменио је постојање ранијих скрипта. Једна скрипта је настала 1908. године, дело је тада доцента Аранђеловића, садржински је обухватала систем римског приватног права. Друга скрипта је дело професора Реље Поповића и представљају допуну првима јер садржински обухватају историјски део римског права. Уводни део уџбеника садржи правнотеоријска разматрања о праву и правној науци, позитивном праву, правним изворима, деоби права, тумачењу и систему римског приватног права. Потом следи први део који је краћи, а обухвата историју државног уређења, историју правних извора, преглед развоја приватног права и грађанског поступка. Други део који је посвећен систему римског приватног права садржи стварно право, облигационо право, породично право, наследно право, римски грађански поступак и субјекте имовинских права.

²¹ Петровић, С., *Настава Римског права на Лицеју, Великој школи и Универзитету до 1941. године*, Београд, 1988,

У међуратном периоду велики број професора Универзитета у Београду поседовао је дипломе страних универзитета, чак 60%. Већи је број оних који су своје докторске дисертације стекли на страним универзитетима, 70%.

8. Након ослобођења 1945. године вођене су многе дискусије, о пре свега потреби изучавања предмета Римско право, као и његовом месту и значају. Тражио се наставни план који би највише одговарао потребама нове Југославије, при чему основ настанка института римског приватног права, приватна својина, више није постојала. Мишљења о потреби изучавања римског права била су врло различита, почев од оних која су била за изучавање до чак оних која су у потпуности негирала потребу за наставом из тог предмета.

Ипак је победио став да је римско право изузетно значајна правно-историјска дисциплина, која је неопходна у образовању правника, не мање значајна од најважнијих позитивноправних дисциплина. Тако «правна наука римског, односно пандектног права постала је подлогом европске правне знаности и теорије уопште, а терминологија римског права постала је терминологија правника свих културних народа».²²

Након ослобођења Римско право предавало се на првој години студија, као обавезан предмет, са улогом уводног историјског предмета. Програм предмета у том периоду обухватао је римско приватно право, државно уређење и правне изворе, римско кривично право и кривични поступак. Када су 1956 и 1958. године мењани наставни планови Правног факултета, смањен је фонд часова римског права за један, недељно, а садржински утолико што је изучавано само римско приватно право.

После промена наставних програма извршених 1960/1961. године, римско право предавало се на трећој години, са два часа недељно и то само на правосудном смеру, а под називом Римско приватно право. У том периоду предмет Римско право имао је функцију историјског продубљивања знања за оне студенте који су се бавили изучавањем грађанског права. На докторским студијама изучавано је факултативно на правноисторијском смеру и грађанскоправном смеру.

Тек од 1967. године предмет Римско право, под називом Римско приватно право предаје се на првој години студија, као обавезан предмет за све студенте. На последипломским студијама изучава се на правноисторијском смеру. Борба око статуса предмета, па чак и његовог опстанка била је жестока и окончана је управо ове године, макар привремено.²³

²² Хорват, М., *Римско право у нашем правном студију*, Загреб, 1951, стр. 106

²³ Свака реформа наставних програма по правилу је почињала хајком на историјске предмете у које је, по мом мишљењу грешком, сврстано и Римско право

Очување предмета чији садржај се директно косио са владајућом идеологијом био је изузетан успех. Значајан допринос у тој борби и коначном позитивном резултату дао је професор др Драгомир Стојчевић. Његов уџбеник *Римско приватно право* дуго је био једини уџбеник у Србији. Са загребачким романистом професором др Антом Ромцем издао је збирку *Dicta et regulae iuris* која садржи више од 8000 правних сентенци, што представља знатно већи број сентенци садржаних у било којој до тада објављеној збирци. Професор Стојчевић се усавршавао у Италији, те отуда потиче велики утицај напуљске романистичке школе на његове научне ставове.

Прва жена професор Римског права на Правном факултету београдског Универзитета била је др Јелена Даниловић. Врсни познавалац материје, латинског језика и знатног броја светских језика учинила је много за афирмацију предмета, како код нас тако и у међународним круговима.²⁴ Предмет њеног изучавања био је Дубровачки статут. У једном периоду предавала је и предмет Савремени правни системи. *Actio popularis* је дело у коме полазећи од римске *actio* користећи упоредноправни метод обрађује тај институт до најновијих времена.

Изузетан допринос развоју романистике у нас дао је и још увек то чини, проф. др Обрад Станојевић. Проницљив и научно радознао боравке на специјализацијама у Италији и САД-у користио је не само за лично усавршавање већ и да научено пренесе на свој факултет. Тако већ 1970. године, по његовој идеји на београдском Правном факултету основан је *Forum Romanum*, клуб љубитеља антике, чији је први председник био професор Драгомир Стојчевић. Јако плодан писац, један од ретких који је објављивао и у иностранству, у значајним часописима, а и монографију о Гају (*Gaius*). *Gaius noster*-прилог историји римске правне науке, објавио је 1976. године, у Београду, да би у проширеној верзији на француском језику под називом *Gaius noster, plaidoyer pour Gaius* била објављена 1989. године, у Амстердаму. У овој монографији аутор истиче изузетан значај Гаја, пре свега доказујући да је он први римски теоретичар, заслужан за установљење првог правног система, тзв. трипартиције. Истичући ову чињеницу као најзначајнију, аутор наводи и друге његове класификације које су одолеле времену, преживеле су до данашњих дана. Како се професор Станојевић са посебном пажњом посветио изучавању живота и дела Гаја то је 1982. године, објавио превод Гајевих Институција на српски језик. То је уједно био једини превод овог значајног дела на тлу бивше Југославије. У предговору превода аутор каже: Није судбина насумце одабрала једну књигу да би је спасла од заборавља и уништења. Гајево дело не би дошло до нас да није широко употребљавано као најуспелији уџбеник права у народу који је «дао лекције из права свим народима света».²⁵ Уџбеник *Римско право* професора Обрада

²⁴ Проф. Даниловић је била на специјализацији код Макса Казера

²⁵ Станојевић, О., *Гај, Институције*, Београд, 1982, стр. 27.

Станојевића 1980. године, оцењен је као најбољи уџбеник у земљи. Више пута је био позиван да буде предавач (*visiting professor*) на факултетима Америке и Европе. Својим научним опусом значајно је допринео угледу не само катедре за правну историју, већ и Правног факултета, а по педагошким квалитетима памтиће га генерације студената.

9. На Правном факултету у Београду школовани су професорски кадрови из области римског права за скоро све правне факултете бивше Југославије. Ова пракса је постојала до недавног избијања грађанског рата.

Београдски Правни факултет је заслужан за ширење мреже правних факултета кроз оснивање нових. Захваљујући поменутиим професорима београдског Правног факултета у новооснованим центрима за студије права: Нови Сад, Ниш, Крагујевац, Приштина, Титоград, основане су и катедре за романистику. Наравно, да је наставни кадар за ове центре образован под менторством професора београдског факултета.

Сада у Србији постоје следећи државни правни факултети: у Београду, Нишу, Крагујевцу, Новом Саду и Приштини, са седиштем у Косовској Митровици. На сваком од њих, осим у Косовској Митровици, предмет Римско право изучава се као посебна правна дисциплина са завидним бројем часова и ЕСП бодова. Дакле, и након најновије реформе која је захватила наше високо образовање, а у складу са Болоњском декларацијом, Римско право је преживело.

На Правном факултету у Београду данас Римско право предају три професора: Мирослав Милошевић, који се посебно бави својинским концептом аграрних односа у Риму; Милена Полојац, уговором о ортаклуку и ноксалном одговорношћу и Жика Бујуклић, рецепцијом римског права у средњевековним градским комунама и законом као извором права у античком Риму. Мр Владимир Вулетић је асистент и такође активно учествује у извођењу наставе, пре свега вежби.

На Правном факултету у Крагујевцу професор Римског права је Емилија Станковић која се бави Диоклецијановим Едиктом о ценама, као и рецепцијом римског права, посебно утицајем на средњевековно право, али и на значајну српску кодификацију права, Српски грађански законик из 1844. године (четврту европску кодификацију). Мр Срђан Владетић посветио се изучавању института фидуције, али не само у римском праву, већ и компаративном изучавању модерних фидуцијарних правних послова.

На Правном факултету у Нишу професор Римског права је Мила Јовановић чији предмет изучавања је породично право, са посебним освртом на положај жене у Риму. Рецепција римског права такође налази место у њеном научном опусу, нарочито поређење положаја жене у римском праву и српском праву (у средњем веку и по Српском грађанском законик). Др Марија Игњатовић је у фази избора у звање доцента, а бави се породичним правом, са посебним освртом на имовинске аспекте тих односа.

На Правном факултету у Новом Саду Римско право је предавао професор Антун Маленица (у пензији), коме дугујемо превод на српски језик прве књиге *Дигестѿа* (*Digesta*). Данас то чини професор Магдолна Сич Фејоч, која се посебно бавила *Теодосијевим кодексом* (*Codex Theodosianus*) и доцент Наташа Деретић везана за област породичног права, брачни уговор од римског до модерног права.

Оно што треба истаћи је чињеница да скоро сви професори Римског права из Србије редовно учествују са саопштењима на најеминентнијем скупу из ове области: *Session de la Société Internationale «Fernand De Visscher» pour l' Histoire des Droits de l' Antiquité*.

Prof. Dr. Emilija Stankovic,
an associate professor

TEACHING AND RESEARCH OF ROMAN LAW IN SERBIA

Serbian medieval law has developed, much more than other ones, on the Byzantine legal tradition. After the Turkish occupation, the legal discontinuity occurred, but at the beginning of the 19th century, at that time indirectly, Roman legal tradition was re-established (through Serbian civil code from 1844).

The beginning of 19th century was the period of overwhelming development for Serbia in all fields, including the education. The Great school was founded, Lyceum, and after that the University, at which, like at any other University at the time, studies of law had the highest importance. When the research of Roman Law began, who where the first professors, and what literature was used for the preparation of exams is a very important issue, not only for that moment but also for studying law at modern times.

Roman Law research continued its development even after WW2, when the social context was favourable for exclusion of those curricula from the studying programs. But fortunately, that never happened. For the long time, the Faculty of Law in Belgrade was the only one, but soon the needs of social and national development, created a need for opening more faculties. After the latest historical events in Serbia there are faculties of law in Belgrade, Kragujevac, Nis, Novi Sad and Pristina with its seat in Kosovska Mitrovica.

The latest curricula of those faculties, developed according to the Law on Higher Education, which is in accordance with Bologna Declaration, include the Roman Law as a subject on each faculty. Professors and teaching assistants engaged as lecturers of this subject are continuing the rich and fruitful tradition of Roman Law research in Serbia.

*Др Драјан Бајцавелић,
ванредни професор*

UDK: 342.24(4-672EU)

ФЕДЕРАЛИЗАЦИЈА ЕВРОПЕ И МОГУЋНОСТИ ЗА РЕФОРМУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Појам европског федерализма

У Европи се, више од пола века, развија један посебан облик заједнице држава или, боље рећи, међудржавног савеза, који је непознат у досадашњој историји. Наиме, то није ни одбрамбени савез држава, а ни само царинска унија. Такође, то није ни међународна организација, а ни прост савез држава, односно конфедерација. Зато се за Европску унију може рећи да је она производ европског постмодерног развоја, јер је Европа на почетку модерног доба понудила националне државе, док је на прагу постмодерног доба, понудила наднационалну политичку заједницу. По схватању Карла Шмита, настао је нови тип заједнице, који представља одговор на светске изазове глобализације. Карактеристично је, што се све то догађа на Старом континенту, тј. у Европи, која је постојбина националне државе и где би се, с правом, могли очекивати највећи отпори једној таквој идеји која заговара наднационално уједињавање. Тако је Европа своју модерну дијалектику затворене државе (а отворене културе) и међудржавних непријатељстава, заменила стратегијом уједињеног развоја, јер је у њему препознала заједнички пројекат будућности. Међутим, ова идеја наднационалне Европе је стварала, а и данас ствара бројне недоумице, јер наднационалност не значи поништавање националног, као ни прости збир националног. У судару са националним, долазило је до сталног повлачења наднационалног.

Федерализам је одувек представљао одговарајући оквир за европску изградњу, па су зато бројни политичари, почев од Роберта Шумана, преко Јошке Фишера, па све до данас, апеловали на развој федералне организације Европе, мада се мора признати да овај концепт, ипак, није био увек добро прихваћен. Наиме, у старим државама – нацијама, као што су Велика Британија и Француска, федерализам често рађа страх од превелике централизације¹, па је због бољег разумевања дебате о будућности Европе, неопходно прво објаснити допринос федерализма европској изградњи. Наиме, бројни аспекти европске институционалне конструкције припадају,

¹ То је, помало, чудно, јер управо федерализам, као форма политичке организације, у потпуности почива на вољи за очувањем аутономије и различитости федералних јединица.

управо, федералним системима. Међутим, не треба изгубити из вида чињеницу, која указује на велике разлике међу федералним системима и зато се, уз мали ризик претеривања, може рећи да има скоро онолико федерализама, колико има федералних система. Тако, размишљајући о будућности Европе, долазимо до закључка да се европска изградња, као политички подухват без преседана, не може укалупити у неки, унапред, одређен модел нити репродуковати неки већ постојећи.

"Клице" европског федерализма

После Другог светског рата, бројни теоретичари, политичари и визионари, били су заступници глобалистичких визија, са жељом да окрену "други лист" у Европи и да отпочну европску интеграцију. Постојале су бројне идеје, али су три највеће и најутицајније у том времену долазиле од Карла Јасперса, Винстона Черчила и Дени де Ружмона. Јасперс је заступао идеју о "хелветизацији Европе"², Черчил о "Сједињеним Државама Европе", а де Ружмон о "Европи региона". Постојала је и четврта идеја о "Европи држава", коју је заступао и промовисао председник Француске Шарл де Гол, а она је, по свом унутрашњем мотиву, била најсличнија Черчиловој о "Сједињеним Државама Европе".

Идеја о уједињеној Европи, као што знамо, сеже далеко у прошлост, али тек педесете године XX века бележе прве кораке ка данашњој Европској унији. Наиме, велика разарања која су се одиграла на тлу Европе током Првог и Другог светског рата, учинила су да поједине европске земље почну да размишљају о томе, како превазићи постојеће антагонизме између њих и допринети да се рат никада више не понови. Наравно, поред ових "унутрашњих" разлога, за уједињавање европских држава постојали су и "спољашњи" разлози. Наиме, снажан подстицај стварању уједињене Европе, дале су САД, увидевши да разрушена Европа, не може бити достојан економски партнер, нити савезник у борби против надолazeћег комунизма из СССР-а. Зато су Американци одлучили да финансијски помогну послератну консолидацију Европе, а то је учињено путем, тзв. "Маршаловог плана финансијске помоћи Европи" из 1947. године. Овај план, назван по тадашњем америчком државном секретару, подразумевао је удруживање европских држава и њихову међусобну координацију.

Посебно значајну етапу западно-европског уједињавања представља одржавање Конференције у Хагу, 1948. године. Наиме, ова Хашка конференција, представљала је скуп најутицајнијих федералистичких покрета у западно-европским земљама, који су прокламовали идеје уједињавања Западне Европе. Појава *федералистичких идеја* била је последица

² Ова идеја је подразумевала много обухватнију и дубљу заједницу федералног типа.

послератне ситуације, која се огледала у политичкој и економској ослабљености западно-европских држава, насупротив САД-у и СССР-у. Ови покрети су се међусобно разликовали у својим схватањима о начинима повезивања суверених држава, међутим, генерално гледано, сви су они заступали јединствен став о потреби укидања граница између западно-европских држава, као и формирања једне централне власти на тлу Западне Европе. Најистакнутији представник тих покрета била је *Евројска унија федералиста*³, француска невладина организација "*Федерација*", Покрет социјалиста за уједињене државе Европе, Европска лига за економску сарадњу, Паневропска унија и друге. Наведене федералистичке организације, основале су Међународни комитет покрета за Европску унију, а овај Комитет је основао Конференцију у Хагу⁴.

Ова Конференција у Хагу је била веома значајна, а о томе говори присуство преко 700 делегата из 16 земаља⁵ и посматрача из 10 земаља. Самом Конференцијом је председавао британски премијер и вођа покрета "Уједињена Европа", Винстон Черчил. Том приликом је усвојена и Резолуција "Порука Европљанима" и у овој Резолуцији су садржани принципи уједињавања Западне Европе. Све је то чињено у циљу заједничког напретка, па је, отуда, прокламована и неопходност слободне циркулације роба, капитала, људи и идеја. Такође је предложено и оснивање Европског парламента, чије би посланике бирали чланови националних парламената. Поред тога, донета је одлука о изради Пакта о правима човека и формирању Суда за људска права. Формирање овог Суда је било неопходно ради спровођења одредаба овог Пакта.

Један од најзначајнијих резултата одржавања ове Хашке конференције, било је оснивање Савета Европе, 1949. године. Његови главни органи су били Комитет министара и Консултативна скупштина⁶, а њихов главни циљ је било јачање политичке сарадње између држава чланица, као и развијање принципа парламентарне демократије и заштите права човека. У моменту оснивања Савета Европе, његове државе чланице су биле: Велика Британија,

³ Европска унија федералиста је основана 1946. године у Паризу, а њен основни циљ је био ширење идеја о европском уједињењу, пре свега, путем укидања граница, ради превазилажења националних, политичких, културних и економских противуречности.

⁴ Према схватању Европске уније федералиста, на челу Европске федерације, била би Европска влада, која би располагала пренетим овлашћењима од стране националних влада држава чланица.

⁵ У те земље спадају: Аустрија, Белгија, Британија, Данска, Ирска, Француска, Немачка, Грчка, Италија, Лихтенштајн, Луксембург, Холандија, Норвешка, Saar, Шведска, Швајцарска, видети: Сирішки, С., *Nadnacionalni karakter Evropske ekonomske zajednice*, IMPP, Београд, 1993, стр. 14 (Наведено према: Илић-Гасми, Г., *Reforma Evropske unije – institucionalni aspekti*, IGP Prometej, Београд, 2004, стр. 20).

⁶ Касније је преименована у Парламентарну скупштину.

Немачка, Шведска, Норвешка, Данска, Ирска, Италија и три земље Бенелукса, али су се, убрзо, њима прикључиле и многе друге европске земље.

Као почетак наднационалног организовања у Европи, сматра се 09. мај 1950. године, када је Роберт Шуман, на основу идеје Жана Монеа, представио свој предлог, упућен, пре свега, немачкој влади, за стварање наднационалне организације. Ови предлози су наишли на одобравање тадашњег немачког канцелара, Конрада Аденауера, који је сматрао да на овај начин, Немачка треба да изгради добре односе са западно-европским државама и поново успостави пун суверенитет.

Европска заједница за угљ и челик, основана је 1951. године Уговором између шест земаља⁷, а Декларацију о оснивању ове заједнице је саставио француски министар иностраних послова, Роберт Шуман⁸. Ова, тзв. Шуманова декларација је отворила перспективу ширег и дубљег повезивања, тако да је обједињавање производње угља и челика омогућило брзо постављање заједничких основа економског развоја, тј. прву етапу европске федерације. То је изменило судбину ових регија, "које су дуго производиле искључиво оружје за рат, а стално биле његове жртве... Овај предлог ће ... положити прве конкретне темеље Европске федерације, неопходне за очување мира"⁹. Током 70-тих и почетком 80-тих година XX века, објективни развој Заједнице, и у погледу продубљивања, и у погледу проширивања, оснажио је овакав федералистичко-конституционални приступ¹⁰.

Процеси који у данашњој Европи условљавају уставни поредак неке државе и утичу на стварање уставног права и права уопште, више нису ограничени оквирима националних држава. Наиме, током процеса европске наднационалне интеграције, функционална међудржавна интеграција је довела до стварања посебног наднационалног процеса доношења одлука. Тако је потписивањем Уговора о Европској унији 07.

⁷ Земље оснивачи су: Француска, Немачка, Италија, Холандија, Белгија и Луксембург. На основу Споразума о прикључењу, Заједници су 1972. године приступиле Велика Британија, Ирска и Данска, 1979. године Грчка, 1986. године Шпанија и Португалија, а 1994. године Аустрија, Шведска и Финска.

⁸ Извод из Шуманове декларације: "...Европа неће бити створена одједном, нити према јединственом плану. Биће изграђена путем конкретних достигнућа која, најпре, стварају фактичку солидарност.... Сједињавање производње угља и челика, требало би одмах да створи заједничке основе за економски развој, што је први корак, ка **европској федерацији** и да промени судбину оних региона који су дуго били посвећени производњи муниције за ратовање, чије су жртве најчешће били".

⁹ Видети декларацију Р. Шумана од 09. маја 1950. године, наведено према: Шиђански Душан, *Федералистичка будућност Европје*, Просвета, Београд, 1996, стр. 62.

¹⁰ О овоме видети ближе: Шиђански Душан, *Федералистичка будућност Европје*, Просвета, Београд, 1996, стр. 155.

фебруара 1992. године¹¹ и његовом каснијом ратификацијом од стране држава чланица, успостављена је нова архитектура европске наднационалне организације. Наиме, прерастањем Европских заједница¹² у Европску унију, наступила је нова фаза процеса европске интеграције. Отуда је стварање Европске уније представљало срастање неколико димензија међудржавне и наднационалне сарадње. Европска унија је подељена између две супротне тенденције, и то: динамике заједнице, која води ка стварању Уније федералног опредељења, с једне стране и међудржавне сарадње у спољној и унутрашњој политици, с друге стране.

Европска унија је одавно прерасла оквире међудржавне организације или савеза држава (каква је била у почетку), тако да је постала наднационална заједница са изразитим политичким обележјима. Европска економска заједница је, најпре, прерасла у Европску заједницу, на основу јединственог акта, а Уговором о Европској унији, први пут је у називу заједнице употребљен израз Унија. Тиме је извршен умерен, постепен, али очигледан прелаз са економске на политичку заједницу, па се, имајући ово у виду, поставља оправдано питање о европском федерализму. Наиме, поставља се питање, да ли се и у ком смислу може говорити о Европској унији, као о заједници са федералном структуром власти и са федералним начелима уређења. Наравно, овде морамо имати у виду да је свака федерација систем *suī generis* и да ова идеја о европском федерализму није добила "зелено светло", тј. "право грађанства", због бојазни од централизације заједнице, на чему су посебно инсистирали Британци, на самиту Европског савета у Бирмингему 1992. године, истичући да је "федерализација Европске уније, у ствари потенцијално стварање централизоване супер-државе". То је у име своје владе изнео тадашњи премијер Велике Британије, Џон Мејџор, па је насупрот његовом изворном значењу и тежњи, европски федерализам одбачен због његовог изједначавања са централизмом. Међутим, иако је одбачен у самим преговорима о Европској унији, сам концепт федерализма је играо и данас игра веома важну улогу у формирању Заједнице, јер кретање Европске заједнице од наведене међудржавности ка наднационалности садржи у себи многе елементе федерализма.

Развој европског федерализма

Питање европског федерализма је данас веома актуелно. Наиме, следећи авангардну идеју федерације националних држава, коју је предложио Жак

¹¹ Овај Уговор о Европској унији, познат и као Уговор из Мастрихта, ступио је на снагу 01. новембра 1993. године.

¹² То су Европска заједница за угаљ и челик, Европска заједница за нуклеарну енергију и Европска економска заједница.

Делор, и размишљања немачког председника Јоханеса Рауа о европском федералном уставу, Валери Жискар д'Естен и Хелмут Шмит предложили су федералистички "европски приступ" у срцу Европске уније. Јошка Фишер је пак, у свом говору одржаном 12. маја 2000. године, наговестио да је циљ Уније формирање једне праве европске федерације, док је Романо Проди, износећи своја размишљања о будућности Уније, инсистирао на неопходности да се узме у обзир и могућност да се једна група земаља брже креће ка том циљу, уједно потврђујући да он сам преферира термин "федерални", као и федерални модел. Предлог за стварање чврстог језгра Европе, који је упутио Ђулијано Амато, такође се заснива на оваквим идејама¹³.

Те конвергентне иницијативе француских, немачких и италијанских лидера, и челника Европске комисије, заслужне су што је чланицама Европске уније, као и кандидатима за присаједињење, предложен европски пројекат који би отворио пут ка европској федерацији. Дуго сматран табу-темом, иако у пракси примењиван у Унији, повратак федерализма поклопио се са избором европске девизе "јединство у разноликости" (коју су предложили студенти земаља чланица), што није ништа друго до симбол федерализма. Међутим, овде је битно напоменути да данашњем стању проблема **"европски федерализам"**, највише одговара израз **"федерализам као процес"**¹⁴. То значи да овај федерализам није никакав готов модел, за разлику од многих предлога који су били бројни, нарочито крајем осамдесетих и почетком деведесетих година XX века, у време великог полета Заједнице. Тако се може навести, као класичан пример оваквих покушаја, радна група "Европски устав", састављена од немачких правника и политиколога, која је по моделу устава "довршене федерације" предлагала промене постојећих уговора и уставну реформу Европске заједнице.

Покретање питања у европској јавности о дугорочном опстанку Уније поново је учинило актуелним идеје Хашког конгреса (1948. године), као и предлоге Жана Монеа и Роберта Шумана. Европска заједница угља и челика "прва је етапа у европској федерацији" (Декларација од 9. маја 1950. године). Према Монеовом мишљењу, она "упућује на правац у којем би будућа Европа требало да тражи свој пут ка федералној заједници." Данас је то трагање за оригиналном европском федерацијом хитније него икад.

Чини се да је федерализам, не само одговарајућа противтежа глобализацији, већ и најподеснији облик друштвене организације, који би Европљане окупио у унији која гарантује националне, регионалне и локалне

¹³ О овоме видети шире: Батављевић, Д., *Ог Европској уставу ка европском федерализму*, Зборник "Устав – Lex superior", Удружење за уставно право Србије, Београд, 2004, стр. 41.

¹⁴ Овај израз је, својевремено, формулисао Карл Фридрих, ослањајући се на идеје америчких федералиста и федералистичку праксу САД и Швајцарске.

особености, уз неопходну међузависност, као и афирмацију европског идентитета. Под новим појмом "вршења власти на разним нивоима", који узима у обзир учешће многих чинилаца, формирање хоризонталних мрежа и ефекте комуникације, налазимо суштинске црте федералног метода, као и новог федерализма.

Федерализам, пружа могућност заједничког деловања два супротна пола, која се међусобно привлаче: тренда ка глобализацији под притиском нових технологија и признавања културне, националне, регионалне, па чак и локалне јединствености. Њихов развитак, у складу са федералним методом, омогућава спајање великих економских сфера са богатством различитости држава и људи у Унији, које почива на мрежи солидарности, узајамној лојалности и осећању припадности. Међутим, треба рећи да је федерализму, као процесу, за разлику од конфедерализма, неспојива идеја уговора. Такође, ту не може бити говора ни о преносу, односно подели суверености, јер се у федерацији аутономија и сувереност, међусобно, искључују, с обзиром да би сваки пренос дела суверености значео негирање саме идеје суверености, као што је то својевремено говорио Карл Фридрих¹⁵.

Имајући у виду претходна искуства, изгледа да федерализам, као дух, метод и организација друштва, добија нову и веома значајну улогу, о чему сведочи и Европска унија. Међутим, треба нагласити, да то није некакав, унапред дат, утврђен, чврст и непроменљив модел. Напротив, то је стална потрага за адекватним решењима и динамичком равнотежом. Тај нови федерализам је утемељен на европској култури, њеној дубокој јединствености и разноликости, као и на њеним заједничким вредностима, демократским принципима и људским правима¹⁶.

Недвосмислено је да Европска унија представља једно изузетно достигнуће, као резултат процеса добровољне, економске и политичке интеграције између националних држава Европе, јер је овај процес уједињавања започела са само 6 држава, затим порасла на 15 (деведесетих година), проширила се на 25 (2004. године), а данас броји 27 држава чланица. На крају би могла да обухвати још 5 или 10 нових држава, које чекају на вратима велике европске породице, која је од Заједнице за угљ и челик, путем европске интеграције, не само доживела велико проширење, него и значајну еволуцију у економску, социјалну и политичку унију. Због тога бисмо, слободно, Европску унију могли да третирамо као јединствени експеримент, због чега је, на овом месту, веома важно објаснити организацију власти, функционисање и креирање политике Европске уније.

¹⁵ Friedrich Carl, J., *Trends of Federalism in Theory and Practise*, Frederick A. Preager, New York, Washington, London, 1968, str. 7-8.

¹⁶ О овоме видети шире: Душан Шиђански, *У шрајању за новим европским федерализмом*, Гутенбергова галаксија, Београд, 2002.

Сам феномен "наднационалне интеграције европских држава" је предмет проучавања многих наука, међу којима се посебно истичу право, политикологија, економија и међународни односи. Међутим, треба нагласити да приступ проучавању ове проблематике није јединствен ни у склопу саме правне науке, тако да је некадашња Европска заједница, а данас Европска унија, била веома различито дефинисана, и то као: међународна организација, федерација у настајању, конфедерација, наднационална организација и слично, а изузетно добар преглед концептуализација Европске заједнице даје Hay¹⁷.

Реалистичка и функционалистичка поставка европске интеграције

За потребе овог дела, навешћемо податак да постоје две поставке европске интеграције: **реалистичка и функционалистичка поставка**.

Према схватањима заступника прве поставке, приликом анализе европске интеграције, треба поћи од националних држава као основних субјеката међународних односа, а историјски корени оваквог схватања, налазе се у школи природног права. Према томе, представници реализма полазе од државног интереса као основа међународне сарадње, али притом треба нагласити да међудржавни, институционални и ванинституционални односи осцилују. Зато је Винцент Остром с правом приметио да сарадња између држава није једини аспект њиховог међусобног односа, јер друга страна тог односа може да буде сукоб¹⁸. Међутим, овде се уочава и борба Европске уније и њених држава чланица за лојалност физичких и правних лица, јер се поједине норме европског права примењују директно на грађане. Отуда постоји директна конкуренција Европске уније и држава чланица, па је наднационални интерес, у ствари, државни интерес за одржавањем наднационалног регулаторног процеса. Отуда, овај концепт државног интереса, који истиче школа реализма, пружа извесну основу, путем које се може објаснити европска интеграција.

За разлику од представника реализма, тј. реалистичке поставке европске интеграције, који полазе од државног интереса, представници функционалистичке поставке (функционалисти), покушавају да реше проблем конституисања Европе као политичке заједнице грађана, позивајући се, притом, на основне механизме интеграције људских заједница познатих још од раније, при чему је посебно значајно схватање Емила Диркема, који

¹⁷ О овоме видети шире: Hay, P., *Federalism and Supranational Organizations – Patterns for New Legal Structures*, University of Illinois Press, Champaign, 1966.

¹⁸ Наведено према Смердел, Б. у Острум, В., *op. cit.* "Конфликт представља другу страну партнесског односа која је мрачнија и, често, води у конкуренцију, свађе и судске спорове међу државама".

говорећи о подели друштвеног рада унутар људске заједнице, указује на чињеницу да се "друштво мења и прелази из стадијума механичке солидарности.... у стадијум органске солидарности, која извире из фактичке технолошке и економске међузависности чланова друштва..."¹⁹

Када је реч о функционализму, треба рећи да "функционална интеграција тежи обједињавању и стављању под контролу међународног средишта, сем неких државних делатности, чиме се постиже боље увођење заједничких интереса и већа ефикасност сарадње, али се не дира у друштвене области, где се мешање међународних центара не може трпети или које још нису 'зреле' за интеграцију" (В. Димитријевић - О. Рачић). Утемељивачи интеграционог функционализма (Д. Нитрани, Инис Л. Клод, П. Г. Тејлор и други), сматрају да политичка интеграција треба, аутоматски да проистекне из економског уједињавања, јер се кроз економско повезивање развија већа блискост ставова у сарадњи држава. Зато, ово повезивање треба да претходи политичкој интеграцији, а постепени пренос државних овлашћења на заједничке органе међународне организације, креће се у смеру њеног формирања у наднационални ентитет, тј. политичку заједницу пара-државног уређења. На тај начин се поново стиже до федералног уређења.

Државност европског федерализма

За Европску унију се, отуда, може рећи да представља "политички систем", али не и "државу". Процеси у власти, политици и креирању јавних политика су међусобно повезани у Европској унији, тако да постоји интеракција у оквиру и између институција законодавне, извршне и судске власти, као и стратегија утицаја појединаца и група на власт. Европска унија, као и сви демократски политички системи, поседује четири главна елемента, а то су: 1) стабилне и јасно дефинисане институције²⁰, као и одређена правила која служе за уређивање односа унутар тих институција, као и између њих самих²¹, 2) грађани и друштвене групе²², 3) колективне одлуке и 4) непрестана интеракција, тј. "повратна спрега" између претходно наведених елемената, као и нових одлука, нових захтева и слично.

¹⁹ Durkheim, E., *De la division du travail social*, Felix Alcan, Paris, 1902, str. 35-55.

²⁰ Ове институције служе за доношење одговарајућих одлука, неопходних за функционисање Европске уније.

²¹ Институционалне реформе су, током протеклих пола века, произвеле високо развијени систем правила и поступака, који уређују коришћење овлашћења од стране институција Европске уније.

²² Они настоје да директно или индиректно, тј. путем посредничких организација (као што су интересне групе и политичке партије) остваре своје политичке жеље кроз политички систем.

Педесетих година XX века основан је тај, да кажемо, основни институционални квартет, кога су чинили – Комисија, Савет, Европски парламент и Суд правде, али су низ уговора и њихових измена, додељивали тим институцијама све шири обим законодавних, извршних и судских овлашћења. Те институционалне реформе, које су произвеле високо развијен систем правила и поступака за коришћење наведених овлашћења од стране институција Европске уније, после Париског уговора из 1952. године (оснивање Европске заједнице за угаљ и челик), вршене су доношењем Римског уговора из 1958. године (оснивање Европске економске заједнице и Европске заједнице за атомску енергију)²³, а затим и Уговором из Мастрихта од 1993. године (Уговор о Европској унији). Наведене реформе су настављене Уговором из Амстердама од 1999, Уговором из Нице из 2003, Уставним уговором, потписаним јуна 2004, који није ратификован и Лисабонским уговором, потписаним децембра 2007. године, чија је ратификација у току.

"Политички процес политичког система Европске уније" је стална одлика политичког живота у Европи, али оно што је упркос томе занимљиво, јесте чињеница да Европска унија није "држава" у традиционалном смислу те речи, јер нема овлашћења за употребу принуде, тј. нема монопол легитимне употребе силе преко полиције и снага безбедности²⁴, како би гарантовала, штитила и обезбедила појединачна и колективна права. Напротив, ова овлашћења су, још увек, у рукама националних власти држава чланица Европске уније²⁵, мада су рани теоретичари политичког система сматрали да политички систем не може да постоји без државе (на пример, Алмонд, 1956). Супротно томе, многи савремени теоретичари, сматрају да државу треба разумети другачије, као јединствен феномен, а не сједињавајући је са политичким системом, тако да данас, у другачијем окружењу, власт и политика могу да постоје без класичног државног апарата. То, међутим, раније није био случај, нарочито у периоду између XVI и средине XX века, када је држава, у ствари, била производ одређене структуре друштвених,

²³ Европски суд правде је, у познатој изреци своје пресуде из 1986. године, описао оснивачке уговоре као "уставну повељу" (енгл. *constitutional charter*), што представља први случај да је суд искористио термин "устав", како би описао уговор (мада су академски правници истицали уставни статус уговора, чак двадесетак година пре тога, на пример, Green, 1969. године). Два основна принципа овог устава су: 1) принцип непосредног дејства и 2) принцип надређености права Европске уније. Битно је нагласити да су, управо то, класични принципи **федералног правног устројства**.

²⁴ Овај елемент је неопходан, по схватању Макса Вебера (Max Weber), за постојање државе.

²⁵ Развојем надлежности Европске уније у области полицијске и правосудне сарадње, имиграције и азила, владе држава чланица су изабрале сарадњу у одлучивању како ће домаће безбедоносне снаге функционисати у постизању ових циљева.

економских и политичких односа у Западној Европи. Због тога је сасвим разумљиво, што је тада за делотворност власти био потребан висок ниво централизације и институционализације.

Данас, у Европи XXI века, ситуација је сасвим другачија, јер је политички систем Европске уније веома децентрализован и уситњен, заснован на добровољном обавезивању држава чланица и њихових грађана. Притом је овај систем ослоњен на ниже организационе јединице, тј. постојеће националне државе које поседују овлашћење за закониту употребу принуде, као и за друга државна администрирања. То, другим речима, значи да је путем европске интеграције дошло до настанка новог и сложеног политичког система, што је, свакако, последица и редефинисане улоге државе у Европи. Управо зато, Европска унија и може да функционише као прави политички систем, без потпуног преображаја територијалне организације државе, па је многи савремени теоретичари тако и описују.

Расподела надлежности у Европској унији

Европска интеграција и сједињавање већег броја држава у један виши облик организовања има своју историју. Данас је овај процес веома актуелан, а један од камена темељаца у развоју Европске уније, јесте основно знање о расподели надлежности унутар ње, што представља и једну од основних уставних питања. Наиме, у Европској унији, као и у свим политичким системима, неке надлежности се додељују централном нивоу власти, што одговара нивоу федерације, док се друге додељују државама чланицама, што одговара нивоу федералне јединице. Тако, на пример, у класичној теорији "фискалног федерализма", центар треба да буде надлежан за постављање каматних стопа, као и за дистрибуцију прихода од богатих, према сиромашним државама²⁶. Теорија "фискалног федерализма" је, такође, у основи нормативна²⁷, па према њој, централна, тј. федерална влада треба да има, као основну функцију макроекономску стабилизацију (на пример, користећи централни буџет да ублажи шокове тражње). Према новој теорији "тржишно оријентисаног федерализма"²⁸, центар би требало да обезбеди снажна буџетска ограничења у јавној потрошњи, а регулаторне политике и политике потрошње би требало децентрализовати²⁹. За разлику од тога,

²⁶ То се омогућава на тај начин, што централна монетарна политика неизбежно ограничава пореску и социјалну политику државе (Oates, W. E, *An Essay on Fiscal Federalism*, Journal of Economic Literature, 1999).

²⁷ Oates, W. E, *Fiscal Federalism*, New York, 1972.

²⁸ Енглески market-preserving federalism.

²⁹ Видети шире: Weingast, B. R, *The Economic Role of Political Institutions*, Market-Preserving Federalism and Economic Development, Journal of Law and Economic Organisation, 1995.

посматрано из позитивне перспективе, расподела надлежности је резултат специфичне уставне и политичке нагодбе.

У федерацији постоји, поред хоризонталне и вертикална расподела надлежности, која гарантује поштовање националних и регионалних различитости. Зато је било важно да, осим Европске повеље о основним правима и Устав Европске федерације јасно дефинише поделу компетенција између федерације и држава чланица.

Ова расподела надлежности између средишње владе и појединих држава чланица, један је од основних елемената организације власти сваке државе која није унитарна. Наиме, опште је схватање да се у федералним државама, подела надлежности између федерације и посебних јединица, може решити према **начелу искључивости, упоредности и конкуренције**, мада су могућа и другачија решења³⁰. Међутим, независно од тога, каква је техника расподеле ових надлежности, савремена демократска теорија полази од претпоставке да сувереност произилази из народа и да припада народу, док различити органи државне власти располажу само појединим овлашћењима које им народ делегира. Отуда је овај проблем расподеле надлежности између Европске уније и њених држава чланица присутан од самог оснивања три економске заједнице. Упркос томе, што се ни дан данас о Европској унији не може говорити као о **федерацији** у пуном смислу те речи, недвосмислено је да се њена организација власти заснива на појединим федералним начелима, јер елементи федерализма који се примењују у Унији, могу утицати на промену схватања појма **"федерализам"**.

Тако, Даниел Елазар, говорећи о федерализму у светским размерама, наводи да постоји "21 држава које нису формално федералне, али су, на неки начин, у својим политичким системима прихватиле федерална решења, начела или праксу, како би се прилагодиле разноликости, која је, у првом реду, створила потребу за увођењем федерализма у многим државама"³¹. Недвосмислено је да су таква федерална решења и начела примењивана и у Европској унији, а посебну заслугу за крупан корак Европске уније ка федерацији, има Европски суд, кога бројни аутори сматрају најважнијим елементом партнерства. Ови аутори упоређују елементе федерализма у ЕУ, са неким федералним решењима која се примењују у САД-у, наводећи да **федерализам** на европском нивоу може напредовати на основу "различитих поступака који су у делокругу Суда, а Суд је у неколико случајева деловао на начин, сличан оном, који користи Врховни суд Сједињених Америчких

³⁰ О проблематици расподеле надлежности у федералним државама, веома детаљно је писао Стефановић, Ј., *Уставно право*, Књига II, Треће издање, Школска књига, Загреб, 1965, стр. 536-551.

³¹ Elazar, J. D., *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, Tuscalosa, 1987, p. 44.

Држава"³². Наиме, извесна федерална решења која се примењују у Европској унији, могу се упоредити са оним решењима у САД-у и том приликом се приказују тумачења америчког Врховног суда и његова доктрина, која је довела до поступног ширења надлежности савезне владе на штету држава. Сличан процес ширења надлежности се уочава и у Европској унији. Други важан закључак, у вези ове проблематике, јесте да је процес ширења надлежности Европске уније на штету држава чланица, довео до уградње начела **супсидијарности** у Уговор о Европској унији.

Европска унија, попут САД-а, на основу Оснивачког уговора, може да има само оне надлежности које су јој додељене тим Уговором. Међутим, расподела надлежности између Уније и држава чланица нигде није изричито спроведена. Тако, на пример, постоји трихотомија изворног, тј. уговорног схватања ове расподеле надлежности, према којој постоје подручја искључиве надлежности држава чланица, подручја искључиве надлежности ЕУ и подручја у којој се њихове надлежности међусобно преклапају, док су постојеће нормативне празнине попуњене праксом Европског суда³³, која је, временом, доста променила Уговором утврђену расподелу надлежности. Због тога је данас очигледно да Европски суд својим екстензивним тумачењем Оснивачког уговора, делује као значајан чинилац самог процеса европске интеграције.

Међутим, потребно је, пре свега, указати на чињеницу да је неопходно, без обзира што је Америка колевка федерализма и поделе власти, унилатералну политику САД, засновану на њеној економској и војној снази, заменити мултилатералном политичком акцијом, заснованом на дијалогу, сарадњи и подршци сиромашним земљама и народима. Током историје, а нарочито последњих неколико деценија, дошло се до закључка да се мир и сигурност не могу обезбедити приматом силе и доминације. То се покушавало више пута у свету, а посебно у Европи. Пример за то су бројни ратови, локалног, регионалног, међудржавног и светског карактера од античког доба до данас, а посебно Први и Други светски рат. Данас, Србија, као и остале земље у региону, тражи начин да се прикључи земљама удруженим у велику европску породицу, тражи могућност да постане њен члан у што скоријој будућности. Та настојања Србије и земаља у окружењу су део перспективе, у којој све земље региона теже да се прикључе "Европи без граница". У тим настојањима, свакако се не могу заборавити, не тако давни, веома крвави конфликти у региону са тешким и несагледивим последицама. Међутим, земље које желе да постану део Европске уније, морају да пређу преко многих таквих ружних сећања, не заборављајући један веома драстичан пример помирења Француске и Немачке. Ове две европске

³² Elazar, J. D., *Наведено гело*, стр. 116-117.

³³ О овоме видети шире: Weiler, J., *The Transformation of Europe*, 100 YALE L. J. (1991) 2403, 2406.

земље су, кроз историју, често биле љути противници, као што је то било и у Другом светском рату. Међутим, управо су Француска и Немачка, непосредно после завршетка Другог светског рата, постале покретачка снага Европске заједнице/уније. Све то објашњава привлачну моћ Европске уније, која се, суочена са изазовима проширења, и сама преуређује, трагајући за оригиналним федералним моделом који би обезбедио очување "Уније различитости". Ова књига, управо због тога, и покушава да јасније осветли расправе о будућности Европске уније.

Укратко речено, владе држава чланица Европске уније, како у Савету, тако и на националном нивоу, поседује кључне извршне функције у Европској унији, па отуда Волфганг Веселс (*Wolfgang Wessels*), описује ово као трећи пут између чистог принципа међувладиних односа (где никакве надлежности нису пренесене на наднационалне институције) и чистог федерализма (где су надлежности концентрисане у одвојеној федералној извршној власти). Међутим, када је реч о Европској унији, о њој се, такође, може говорити као о облику "извршног федерализма", у коме владе федералних јединица играју доминантну улогу у политичком систему, како у предлагању и усвајању законодавства на федералном нивоу, тако и приликом координације и спровођења федералне политике на нижем нивоу³⁴. Штавише, као и у другим извршно-федералним системима, владе Европске уније и високи функционери у администрацијама ових влада су у сталном такмичењу са другим носиоцем извршне власти на нивоу Европске уније, тј. са Европском комисијом.

Предности европске интеграције

Европски политичари, данас, често постављају питање квалитета живота становника у једној слабој европској држави, као што су, рецимо Босна и Херцеговина, Србија, Црна Гора, Кипар, Белгија и друге. Тако је, на пример, грчки министар иностраних послова, Јоргос Папандреу, када је у функцији председавајућег ротирајућег председништва ЕУ (током његове посете престоницама земаља бивше Југославије), нагласио да ће етничке напетости, као и државне границе, нестати са европском интеграцијом. Огромна већина становника такве слабе државе, не би желела да живи у њој, али постоји општа сагласност да даљи распад такве државе није пожељан, у циљу избегавања нових сукоба, напетости, а можда, чак и ратова. Међутим, поставља се питање, колико је Европска унија, заиста, успешна у поновном сједињавању нечег што је разбијено? Наиме, уколико је дотична држава чланица Европске уније, онда је улога Уније заиста велика, чак можемо рећи и пресудна. Али, уколико та држава тек треба да постане члан велике

³⁴ О овоме видети шире: Frowein, J. A, *Integration and the Federal Experience in Germany and Switzerland*, 1986.

европске породице, Унија може да помогне, али јој недостају инструменти. Коначно, Европска унија може најмање да помогне, када је та слаба држава негде у "чекаоници за чланство".

Да би смо ово илустровали, навешћемо пар примера, па ћемо се послужити искуством Белгије и Кипра. Процес слабљења центра у Белгији је био доста дуг. Ту је постојао стални ривалитет између Валонаца и Фламанаца, а земља је, током послератног периода, доживела бројне промене. Тако су, некада економски, културно и политички доминантни франкофонски Валонци, прво су изгубили економску³⁵, затим културну³⁶ и на крају политичку надмоћ. Са друге стране, Фламандци су доживели економски препород који је довео до веће културне и политичке афирмације. Међутим, иако су се током шездесетих и седамдесетих могле видети ружне сцене етничких напетости, укључујући поделу већине заједничких институција, па и најгоре упамћену поделу Универзитета у Леувену на франкофонски и фламански универзитет, у решавању спорова се није прибегло насиљу. Таквом решењу, се прибегло због тога што је прихваћена идеја да су "преводиоци јевтинији од оружја", па је то био је један од разлога што се кроз преговоре дошло до слабије државе, децентрализоване федерације са великим овлашћењима за Брисел, Фландрију и Валонију, као и за три језичке групе - француску, фламанску и немачку.

Поред овог, основног разлога, други, такође важан разлог што је земља остала цела, јесте чињеница значаја Брисела³⁷, као главног града и свега што је он представљао, пре свега, као седиште већине институција Европске уније, што је, управо, у највећој мери била везивно ткиво за Белгију. Поред тога, и друге земље ЕУ, посебно земље у окружењу, помогле су да се сузбију све центрифугалне тежње у Белгији, јер ни једна од земаља ЕУ није видела свој интерес у распаду једне од чланица. То је и због тога, што је знатан број земаља, такође, могао да се суочи са сецесионистичким тежњама, а и што се распад концепцијски није слагао са идејом европске интеграције. Европска унија је Белгији, такође, помогла и тако што ју је ослабила, на тај начин што је централна власт предала многе надлежности својим федералним јединицама и што је, као и све остале земље ЕУ, пренела многе надлежности на ЕУ.

Због свега наведеног, три белгијска региона имају непосредне односе са ЕУ у областима које су у њиховој надлежности, што укључује већину области, осим спољне политике и трговине, одбране, социјалне политике, здравствене заштите и судства. У Савету министара ЕУ још седе само министри федералне владе, иако су се неки региони и заједнице залагали да буду директно представљени. Федерални представници, ипак, када доносе

³⁵ Дошло је до гашења тешке индустрије.

³⁶ Француски језик је изгубио привлачност.

³⁷ Брисел је "претежно франкофонско острво окружено Фландријом".

одлуке у Савету министара, морају да поступају у складу са ставом региона и заједница, док на централном нивоу не постоји никакво министарство или посебно тело задужено за односе са ЕУ.

Европска унија је, значи, у случају Белгије, која је, као ослабљена држава, ипак успела да остане на окупу, помогла пасивно - самом чињеницом да је постојала. Међутим, улога Уније на Кипру је била много значајнија, јер је ова острвска земља била подељена током највећег дела свог постојања, као независне државе. Због тога је Кипар позван да почне преговоре о приступању ЕУ, и то више од две деценије након поделе из 1974. године, јер се ЕУ надала да ће обећање чланства Кипру, помоћи да се обнове преговори између Грка и Турака на острву, блокирани од седамдесетих година прошлог века. Међутим, и поред тих напора, ЕУ није успела да изазове напредак у кипарским преговорима, већ је за то био заслужан тадашњи генерални секретар Уједињених нација, Кофи Анан, тј. његов, тзв. Ананов план који је, у комбинацији са обећањем чланства у ЕУ, по први пут после више деценија, довео до тога да решење делује могуће. План је предвидео стварање слабе заједничке државе, са две државе чланице (грчке и турске). Многе особине овог решења, више подсећају на дејтонску Босну, иако се тврди да су за узор узете Белгија или Швајцарска. Заједничка држава ће, углавном, бити надлежна за односе са ЕУ, али ће у уобличавању политике морати да сарађује и да се усклађује са обе чланице. Иако је решење кипарског проблема слично белгијском, другачија историја међуетничких односа, наговештава да договор о заједничким политикама, неће бити нимало лак.

ЕУ је много одлучније интервенисала у бившој Савезној Републици Југославији, јер је, за разлику од Белгије или Кипра, сама ЕУ је посредовала или, како би неки рекли, наметнула план. Проблем је био у томе што, ни Београдски, ни Дејтонски споразум, нису били од помоћи при стварању слабе државе, али довољно јаке да се укључи у европску интеграцију. Београдски споразум, за разлику од предлога за Кипар или садашње ситуације у Белгији, занемаривао је способност будуће државе да са ЕУ општи једним гласом. Тек је током разговора поводом Уставне повеље, слична улога била додељена Савезном министарству за економске односе са иностранством. Како Србија и Црна Гора нису напредовале толико у процесу интеграције као Кипар, нити су члан ЕУ као Белгија, деловало је да је једно министарство, које би усклађивало све активности према ЕУ, функционалније него што би то било за Кипар или Белгију.

Очигледно, ЕУ је била најуспешнија у стабилизацији слабе државе кад је она њен члан, јер само чланство, више него политичке мере, помаже да слаба држава постане функционална. У вези са кандидатима, њена улога је била значајна, али ЕУ је сувише слаба да би сама обавила посао. Са земљама, као што су Србија и Црна Гора, где је чланство тек могућност на дужи рок, ЕУ је била најодлучнија, али ипак није била у потпуности способна да усклади европску интеграцију и решавање непосредних криза. Отуда је, као што смо

већ навели и видели из поменутих примера, чланство у Европској Унији, вероватно, најбоља шанса за слабу државу да преживи. У исто време, ЕУ још има много тога да научи, пре него што буде у стању да обезбеди стабилност земљама, чији је моменат учлањења још веома далеко.

Принципи европске интеграције

Европска унија се заснива на одређеним начелима, као што су: слобода, демократија, поштовање људских права и основних слобода, правна држава и поштовање националних идентитета држава чланица. Управо ова начела и њене институције, тј. органи, чине Европску унију специфичном творевином³⁸. Имајући у виду укупне резултате европске интеграције, на овом месту можемо да наведемо њена четири основна принципа. То су:

- принцип асоцијативности,
- принцип контрактуалности,
- принцип функционалности и
- принцип еволутивности.

Када је реч о првом принципу, треба нагласити да се у основи стварања савеза европских држава, налази **принцип добровољног удруживања**, па по томе Европска унија "неодољиво подсећа на предфедералну историју Сједињених Америчких Држава или Швајцарске". Значи, улазак у овај Савез је одређен вољом народа, која је изражена у њиховом сопственим државама и то на референдуму или одлуком националних парламената.

Други принцип европске интеграције је потпуно комплементаран са принципом асоцијативности, јер наведене државе, ступајући добровољно у Савез, склапају уговор (**контракт**). Овај уговор утврђује начела и циљеве Савеза, предвиђа институције и процедуре одлучивања, као и сам поступак његове измене, па је, отуда овај **принцип контрактуалности** веома значајан, јер контракт, тј. уговор, представља основни инструмент оснивања, развоја и функционисања заједнице, с обзиром да су у њему садржана основна начела и циљеви којима се она руководи.

Трећи принцип указује да је од самог оснивања, па све до данас, Унија вршила оне функције, које су се, по општем схватању, много ефикасније

³⁸ Принцип поделе власти на извршну, законодавну и судску, који карактерише модерне демократске државе, у Европској унији је замењен принципом институционалног баланса. Овај принцип је проистекао из јединственог карактера институционалне структуре Европске уније, који се не може поистоветити са структуром институција власти у савременим државама. Наиме, овај институционални баланс, подразумева да све институције Европске уније функционишу искључиво у оквиру надлежности које су им поверене уговором, а приликом вршења тих функција, оне не смеју нарушити надлежности других институција Европске уније. О поштовању овог принципа брине Суд правде.

остваривале на нивоу целе заједнице, него на нивоу појединачних држава или самобилатерално.

Четврти принцип указује на непрекидан развој и вишедеценијску еволутивност Уније, и то, како у ширину, тако и у дубину. Наиме, овај Савез је обухватао временом све већи број држава и постепено продубљивао везе међу њима, стварајући узајамну међузависност у различитим областима – привреди, култури, политици, институцијама и др.

Такође, на овом месту, поред наведених принципа, треба указати и на то коју су главни актери европске интеграције. Проф. др Слободан Самарцић у свом делу "Европска унија као модел наднационалне заједнице", наводи да у те актере спадају:

- државе,
- национални парламенти,
- политичке странке,
- европске институције,
- друштвено-економске групе и удружења,
- региони и локалне заједнице,
- европски покрети, европско јавно мњење и европско цивилно друштво.

Могућност федерализације Европске уније

Због свега наведеног, с правом се очекује да ће Европска унија бити федерација у будућности. За то постоје бројни разлози, а пре свега одбрамбени, јер у случају да једна од чланица буде нападнута, она ће имати подршку целе Европске уније, као што је случај са НАТО-ом, што значи да ће јој све остале аутоматски пружити помоћ, као да су и оне нападнуте. Због тога су шефови држава или влада Европске уније у Лисабону потписали Уговор о реформи институција ЕУ, који ће, ако буде ратификован, заменити неуспели устав ЕУ. "Ово је споразум проширене Европе од Медитерана до Балтика, од Атлантског океана до Црног мора. Европе заједничких вредности и заједничких амбиција", рекао је председник Европске комисије Жозе Мануел Барозо уочи церемоније потписивања, која је обављена у лисабонском манастиру Жеронимош, симболу моћи Португалије у 15. и 16. веку.

Лисабонски уговор поједностављује механизам одлучивања и руковођења у Унији и омогућава улазак нових чланица. За даљу будућност остала је могућност да ЕУ постане "европска федерација", с више централизованом политичком, економском и војно-безбедносном влашћу, што за сада посебно одбијају Велика Британија и још неке чланице ЕУ. Британци су се на тај начин показали као "највећи баштеници европске

традиције државности"³⁹. Наиме, одбијањем израза "федерација" они су хтели да Европској унији ускрате квалитет државности, јер су, како је то показала досадашња историја федерализма, све државе које су се уједињавале у федерацију⁴⁰, губиле своје атрибуте суверености. С обзиром да је федеративно организована држава суверена и међународно самостална држава, Британцима није била прихватљива аналогија наведених примера са државама чланицама Европске уније. Наравно, овај став заступају и све остале државе чланице Европске уније, с тим што нису све биле подједнако ортодоксне, као што су то чинили представници Велике Британије, изnoseћи аргумент губитка суверености ступањем у европску федерацију. Међутим, овде треба нагласити да је проблем са европским федерализмом далеко сложенији у односу на аргументацију коју може да пружи једна, или чак више држава чланица Европске уније са етатистичког становишта.

За разлику од америчког концепта федерализма, где су изворно подељене суверености у федерацији, у европском концепту, државна сувереност се не мери између различитих нивоа владе, него остаје то што јесте⁴¹. У европском концепту, државна сувереност остаје највиша и неотуђива, а што значи и недељива, власт. Због тога, што се Европска унија развија у правцу "постсуверене недржавне наднационалне федерације"⁴², а не у правцу "супердржавне федерације са подељеном сувереношћу"⁴³, постоје и наведени отпори појединих земаља. Због тога ће питање **европског федерализма** зависити, управо, од начина решавања напетости између наднационалних и међудржавних обележја заједнице, јер ће потенцирање првих елемената (наднационалних), резултирати федералним концептом Европске уније, док ће међудржавни елементи увек нагињати ка конфедералном карактеру ове заједнице, који долази до изражаја у тзв. "савезу држава" (*Staatenverbund*). Овај израз прихвата и Ралф Дахрендорф, који му додаје префикс "европски" (*Europaeischer Staatenverbund*)⁴⁴.

³⁹ Самарџић Слободан, *Европска унија као модел наднационалне заједнице*, Институт за европске студије – Фондација Friedrich Ebert, Београд, 1998, стр. 26-34.

⁴⁰ Ту спадају, на пример, швајцарски кантони, немачке земље (ландови), америчке државе и друге.

⁴¹ У свом познатом раду, *An American Perspective on European Constitutional Opportunity*, реферат *Mont Pelerin Society Meeting "Europe in the Open World Order"*, септембар 1990, стр 14, J. M. Bushanen препоручује амерички концепт изворно подељене надлежности и за Европу.

⁴² Треба рећи да она то већ и јесте, али у областима свог привредног и социјалног живота.

⁴³ Samardžić Slobodan, *Evropska unija kao model nadnacionalne zajednice*, Institut za evropske studije – Fondacija Friedrich Ebert, Београд, 1998, стр. 50-51.

⁴⁴ Видети рад *Die Zukunft des Nationalstaates*, Merkur, br. 9/10, 1994, str. 760.

Супротно овоме, инсистирање на наднационалним елементима ће увек нагињати федералном карактеру Европске уније, јер "**федерација**" представља нешто друго, тј. она обухвата само односе између различитих нивоа власти, тј. између националне и наднационалне (европске). Такође, овај концепт федерализма, обухвата и одговарајуће релације између наведене две власти, с једне стране и регионалне и локалне, с друге стране. Сагласно томе, енглески аутор *Andrew Duff* означава Европску унију (раније Заједницу) као "федерални савез држава и народа (*A Federal Union of States and Peoples*)"⁴⁵, као "поделе и координације власти међу различитим нивоима влада – европским, националним, регионалним и локалним – према принципу владавине права и **супсидијарности**"⁴⁶. Међутим, с обзиром да Европска унија није права федерација, обим њених надлежности и подела истих није уређен одговарајућим уставним актом.

Европска унија је, за сада, првенствено савез држава, а не њихових грађана. Управо је то главна разлика између ње и САД-а, јер су у Америчкој федерацији, грађани основ државне власти и националног суверенитета. Институцијама Европске уније, једноставно, недостаје тај демократски легитимитет, па се на основу тога може закључити да је положај грађана на европском нивоу, један од кључних проблема ЕУ. Овакав закључак проистиче из општег схватања да је данас утицај грађана на наднационалне процесе доношења одлука у Унији ограничен и да у њој, због тога, влада тзв. "мањак демократије", који се може отклонити претварањем Европског парламента у представничко тело у пуном смислу те речи, тј. у представничко тело са општим законодавним надлежностима, које он, у овом тренутку, нема.

У правном систему Европске уније не постоји уставно заштићени "нуклеус" суверенитета држава чланица, а процес поступног ограничавања њихових надлежности се одвијао поступно, слично САД-у, с еволуцијом судске праксе. Притом су државе чланице, тј. њихова законодавна тела, изгубиле једно значајно поље регулаторне надлежности, али не својом вољом. Наиме, ту се ради о губитку надлежности, која су претходно била у конкурентној надлежности Уније и држава чланица, и њиховом пребацивању у искључиву надлежност Уније. Притом је ова недореченост у вези расподеле надлежности између ЕУ и њених држава чланица, као и тенденција ширења надлежности наднационалних институција Уније, изазвала реакцију на националном нивоу, па је пронађено решење, које је институционализовано Уговором о Европској унији, познато као **начело супсидијарности**.

⁴⁵ Видети књигу: *Reforming the European Union*, Federal Trust, London, 1997, стр. 7.

⁴⁶ Havedeno prema: Slobodan Samardžić, *Evropska unija kao model nadnacionalne zajednice*, Institut za evropske studije – Fondacija Friedrich Ebert, Београд, 1998, стр. 50-51.

Закључак

Проширењем, реформама и другим променама, Европска унија треба да повећа степен своје интегрисаности и да се још више приближи визији "Сједињених Држава Европе", као и да појача свој утицај у светским пословима. Неуспели Устав Европске Уније, чија се ратификација очекивала од стране свих 25 земаља, тадашњих чланица, требало је да буде устав свих грађана Европе. Због тога, није било свеједно, какав ће он бити, јер су му се сви, ма какав био, морали прилагодити и повиновати. Уставна конвенција Европске Уније је почела свој рад 28. фебруара 2002. године и то је, формално, постао дан када је, после више од пола века постојања различитих европских интеграција, Европска Унија и формално затражила већи демократски легитимитет.

Имајући у виду све што је до сада речено, мишљења смо да се федерализам и Европска федерација називају као наша будућност. То потврђују визионарске идеје познатих федералиста и великих Европљана, Дени де Ружмона и Жана Монеа. Они су сматрали да је само тако уједињена Европа у стању да осигура свој утицај и конкурентску способност у свету. Отуда је потреба за једном Европском федерацијом – очигледна.

Данас, после више од пола века од изнетих ставова Дени де Ружмона из 1947. године, рођење Европске федерације се назива, јер федералистички метод комбинује у себи аутономију, флексибилност и учешће у погледу остваривања заједничких циљева. Зато федерализам, данас, налази све шири примену и наилази на све веће прихватање у многим европским земљама.

У закључним разматрањима ћемо, сада, само поновити да се, после неуспеха ратификације Европског устава, од Лисабонског уговора много очекује. Међутим, у неким расправама се од појединих аутора стиче утисак да овај Уговор резултира неким губитком, било националне суверености, било регионалног идентитета или, чак, демократског учествовања. Истина је, међутим, управо супротна, јер овај нови европски Уговор има пуно добитника, с обзиром да својим реформама предвиђа даљу децентрализацију поступка доношења одлука, са превасходним циљем да ово доношење буде што ближе грађанима, уз увођење локалне и регионалне димензије.

Такође, очекује се да ће овај Уговор имати много добитника, међу које, пре свега, спадају грађани, који могу директно да учествују у обликовању политике путем Европске иницијативе грађана. Повеља европских грађанских права утврђује, поред класичних либералних права, утврђује и одређена социјална и економска права грађана Европе. Као добитници, могу се навести и национални парламенти, који су добили више могућности за учествовање и, самим тим, јачање компетенција Европског парламента. Даље, деловање Европске уније према спољњем свету, треба да постане јединственије и кохерентније, а слобода и унутрашња безбедност ће се моћи у целој Европи једнако јачати.

*Prof. Dr. Dragan Bataveljic,
an associate professor*

FEDERALIZATION OF EUROPE AND POSSIBILITIES FOR EU REFORM

At the very beginning of the 21st century, The European Union has been faced with great challenges. During the process of European integrations, the question of "European compatibility" of federalism, i. e. the constitution of "European federation", arises. Therefore, the author of this paper examine the important questions of European federalism, which are very actual even today, at the beginning of the 21st century. It appears that federalism has the very important role in the European integration, which itself is an unprecedented political enterprise. A few models of federalism have been known so far, but the advancing development and integration of Europe require the innovation and, such being a case, it can not be fit in any of the existing or predetermined models, but it is necessary to synthesize the unity and diversity. Therefore, the very intense quest for the new European federalism has been made, i.e. it has been debated about the future of European Union.

Federalism acts as an adequate counterbalance to the globalization and it is the most suitable form of social organization which should assemble the Europeans in the Union, respect all national, regional and local distinctions, ensure the indispensable interdependence and affirmation of the European identity. The motives for European integration and the constitution of "European Federation" are peace, democracy, idealism, belonging to one superb community, the increasing of economic standard, the greater influence in foreign affairs and security policy, the more efficient way of solving problems outside the borders, strengthening the friendship and neighbourly relations. The goals are creation of federal state, that is "The United States of Europe" respecting the principle of subsidiaries. Discussing the future development of Europe, it occurs that clearly defined positions are often opposed: Model of "European Federal State", a competing Model of "European Federation of States", Model of "European regions", Model of "Differentiated integration". EU has undertaken the great reform of its inner organization and the effect of the former process of integration on its federal unity has to be related to and cleared up in reference to the principles of the unity of its juridical system, the unity of institutional structures and solidarity of its members.

ЈОВАН ФИЛИПОВИЋ, ТВОРАЦ ПРВОГ СИСТЕМА ФИЛОЗОФИЈЕ ПРАВА У СРБИЈИ

Крај тридесетих година 19. века представља значајан период у модерној српској историји. Иако је Србија формалноправно још увек само један од многобројних турских поседа у Европи, пут ка самосталности на који је закорачила још почетком 19. века био је све ближи успешном окончању. Истовремено, на унутрашњем плану, ово је време када се у Србији почињу осећати наговештаји нових идеја у културном, економском и друштвеном животу. Упоредо са стварањем организоване државне управе и чврсто установљене државне организације уопште, у ово време настају и прве основе наших просветних установа.¹ Прва гимназија у Србији оснива се 1830. године у Београду под називом Велика школа, да би три године касније била премештена у Крагујевац, где ће од 1835. добити назив Гимназија. Само три године касније, 1838. године у Крагујевцу је основан Лицеј, који ће, након своје трансформације у Велику школу 1863. године у Београду, остати највиша школска установа у Србији све до почетка рада Београдског универзитета 1905. године.² Сасвим у духу општег друштвеног напретка, али због тога ништа мање импресивна и значајна, је и чињеница да се у ово време појављује и прва српска филозофија права. Наиме, 1839. године појављује се дело Јована Филиповића под називом *Филозофија људских права*, које представља прво систематско излагање правне филозофије у нас. Па ипак, иако се за име Јована Филиповића може „везати коначно осамостаљење и дисциплинарно уобличиће правне филозофије у нашој средини“³, готово невероватно звучи податак да су Филиповић и његово дело остали мало познати чак и у стручној јавности.⁴ Тако, Филиповића помињу, и то углавном у краћим освртима, Тома Живановић, Ђорђе Тасић, Теодор Тарановски, Радомир Лукић, Љубиша Јенко, Данило Баста, Лазар Вркатић, као и Мирољуб Симић, који једини даје

¹ Видети Слободан Јовановић, *Уставобраници и њихова влада*, Сабрана дела, Том 3, Београд, 1990, стр. 29.

² Видети Илија Марић, *Филозофија на Великој Школи*, Београд, 2003, стр. 23.

³ Данило Н. Баста, *Преображају идеје људских права – Један век људских права у Правном факултету у Београду (1841 – 1941)*, Хрестоматија, Београд, 1991, стр. 5.

⁴ Видети Мирољуб Симић, Предговор приређивача, у књизи Јован Филиповић *Филозофија људских права Јована Филиповића из 1839. године*, Ниш, 1994, стр. 5.

шири осврт на његово дело.⁵ Чини нам се стога исправним да, пре него што кажемо нешто о његовом делу, реч – две кажемо и о самом Јовану Филиповићу. Детаљнији биографски подаци о Филиповићевом животу могу се пронаћи у Предговору Мирољуба Симића репринт издању Филиповићеве Философије права из 1994. године, као и у књизи *Из историје српске правне мисли* истог аутора.⁶

Филиповић је рођен 1819. године у Сремским Карловцима где завршава основну школу и гимназију. Након завршетка студија права у Пожуну прелази из Аустрије у Србију почетком 1839. године. У Србији, у којој је тада потреба за образованим људима који би обављали државну службу била велика, Филиповић обавља бројне значајне послове у државним установама. Већ 15. марта 1839. године бива постављен за канцелисту у Совјету, да би већ наредне године, 3. децембра био унапређен у експедитора, а две године касније, 7. новембра 1842. године и у архивара кнежеве канцеларије. Након послова у државној управи, Филиповић се окреће позиву судије. Обавља посао председника Апелационог суда, да би 1858. године постао председавајући судија Кривичног одељења Касационог суда. Од 9. фебруара до 12. марта 1860. године Филиповић обавља посао министра правде, истовремено, по налогу кнеза Милоша, израђујући нацрт закона о кривичном поступку по угледу на аустријски Законик из 1853. године. Након краткотрајног обављања министарске функције, Филиповић постаје управитељ просвете и председник Друштва Српске словесности, да би се 1861. године вратио позиву судије у Касационом суду. Као председник овог суда, Филиповић, уз још четворицу судија, бива осуђен 23. јуна 1864. године, на основу Закона о давању судија под суд од 11. јуна 1864. године, на казну трогодишњег затвора и двогодишњег лишења грађанске части. Услед притиска јавности бива помилован почетком септембра 1865. године. Остатак живота Филиповић проводи у Београду, бавећи се адвокатуром и преводилачким радом. Умире у својој 57. години живота, 28. јануара 1876. године.

О карактеру Јована Филиповића можда најбоље показују два догађаја из његове бурне биографије. Наиме, он 1857. године, као председник Апелационог суда, одбија да донесе осуђујућу пресуду против Видоја Ивковића, упркос заинтересованости и снажних притисака Владе и кнеза Александра Карађорђевића. Радило се заправо о случају који ће представљати увод у такозвану Видојеву аферу, која је представљала један од многобројних сукоба између кнеза и Савета у то време, која ће се завршити коначним кнежевим поразом и преузимањем скоро целокупне државне власти од стране

⁵ Знатно више о овоме видети у Мирољуб Симић, Исто, стр. 21-25.

⁶ Видети Мирољуб Симић, *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997.

Савета.⁷ Ивковић је био оптужен за подбуњивање народа против власти и чак осуђен на смрт због велеиздаје од стране првостепеног суда у Зајечару, иако је његов једини злочин било то што се усудио да затражи заштиту од осионости и самовоље Александра Трипковића, начелника округа црноречког и рођака кнеза Александра Карађорђевића.⁸ Филиповић је као председник Апелационог суда, упркос притиску кнеза донео пресуду којом Видоја Ивковића ослобађа кривице. Да пресуда апелационог суда није била мотивисана симпатијама према династији Обреновића, већ искључиво доследним придржавањем начела независности суда, поштовања закона и права на слободно судијско уверење, доказује и чињеница да се Јован Филиповић, овог пута као судија Великог суда, строго придржавајући управо ових начела у такозваној афери пропасти Великог суда, замерио и кнезу Михаилу Обреновићу, због чега је на крају и изгубио државну службу и допао затвора. Наиме, 1864. године првостепени суд у Смедереву осуђује Антонија Мајсторовића и његове присталице за дело припреме издајничког предузећа и за дело увреде кнеза. Велики суд за кривична дела, са Филиповићем на челу, налази да дела припреме издајничког предузећа нема, већ да постоји само покушај, који по закону није био кажњив. Такође, и за друго дело Велики суд налази да не постоји, те све осуђене учеснике у такозваној Мајсторовићевој завери ослобађа. Оваква одлука је прво запрепастила Владу и кнеза, а потом их је и разбеснела. У намери да се освете судијама, они утичу да 11. јуна 1864. године на брзину буде донет скандалозан и очито политички мотивисан Закон о стављању судија под суд, да би само дванаест дана касније, на основу тог закона, осудили петорицу судија у случају Мајсторовићеве завере, укључујући ту и Јована Филиповића, на вишегодишњу казну затвора и губитка грађанске части.⁹

Поред тога што је био непристрасни судија и угледни друштвени посленик, Филиповић је и истакнути научник. Своју Философију права објављује исте године када прелази у Србију из Аустрије, 1839. године, са само двадесет година. Иако се таква дела, по правилу, објављују у нешто каснијем животном добу, Филиповићева књига нипошто не одаје младост или евентуално неискуство свога аутора, упркос томе што му је то био први текст из ове области. Филиповић је био заговорник природног, односно умног права у духу Кантових схватања.¹⁰ Филозофију дели на теоријску и практичку која за предмет има слободну човекову делатност чији је циљ

⁷ Видети Марко Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац, 2005, стр. 316-318.

⁸ Видети Слободан Јовановић, Нав. дело, стр. 146-147.

⁹ Видети Слободан Јовановић, *Дружа влада Милоша и Михаила, Сабрана дела, Том 3*, Београд, 1990, стр. 432-438.

¹⁰ Видети Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права: I Филозофија, II Филозофија права*, Сабрана дела, Том 4, Београд, 1995, стр. 415-416.

постизање доброг, сходно људској природи. Истовремено, Филиповић тврди да се практичка филозофија називала и моралном, односно етиком.¹¹ Даљу поделу практичке филозофије на артеологију, науку о дужности и филозофију права, коју одређује као науку „права народног или умног које је сасвим емпиричком или установљеном противно“,¹² он заснива управо на повезаности права и етике. Једини извор права, баш као и морала, јесте практички ум. Тако, према Филиповићу, из „идеја моралног добра проистичу друге три главне идеје, као идеје добродетели (непорочности), идеја дужности и идеја права“.¹³ Делећи све филозофе права на три групе, и то на емпирикере који посматрају природно, умно право као „одлучност“ (*abstractio*) позитивног права, затим, двојстововатеље који раздвајају етику и право, и на крају, јединствоватеље, који заговарају јединство, односно, нераскидиву повезаност права и етике, Филиповић очито себе сврстава у ову трећу групу.¹⁴ Основ за даљу поделу правне филозофије је, према његовом мишљењу, самим умом одобрен и заснива се на односу међу људима који може бити двојак. Однос појединаца према друштву у целини, што је предмет јавног права и однос појединаца међу собом, што је, према Филиповићу предмет приватног права. Сходно томе, он филозофију права дели на филозофију права општег приватног и филозофију права општег јавног (публичног).¹⁵ Као основни метод филозофије права Филиповић одређује такозвани „синтетички“ метод, који у обради појединих питања допуњава аналитичко – критичким методом. Дајући предност општем приватном праву у свом разматрању („будући да грађани, ма у каквом одношенију ни у каквој држави не престају бити људи, зато ћемо с њима и почети“),¹⁶ Филиповић га дели на „одрешено“ или неусловно и „относително“ или условно право. Прво у себи садржи, како урођена и оригинална права, тако и конститутивне елементе права, док друго у себи садржи такозвана присвојена права. Сходно томе, у одељку о праву одрешеном, Филиповић говори о елементима права подметног (субјективног) и предметног, као и о урођеним правима, док у одељку о односитељном праву, разматра стварно и лично право. Посебну улогу у Филиповићевој филозофији права има разликовање између подметног и предметног права. Подметно право, према мишљењу Филиповића, представља могућност делања у складу са идејом права. Другим речима, субјективно право се може имати само на ономе што се са правом и

¹¹ Видети Јован Филиповић, *Филозофија права Јована Филиповића из 1839. године*, Ниш, 1994, стр. 30-31.

¹² Исто, стр. 53.

¹³ Исто, стр. 49.

¹⁴ Исто, стр. 60.

¹⁵ Исто, стр. 62.

¹⁶ Исто

правичним слаже.¹⁷ Предметно право он одређује као право у самом дејству. Како је право у својој највишој одлучности тражење, односно захтевање моралног бића,¹⁸ Филиповић као најважније урођено право, право коме припада највиши ранг, одређује „право човечности или морала, тј. "право сушествовати човеком и човеком бивати, јер човечност или морал јест наше определеније".¹⁹ Ово право се појављује у три своја вида, односно, може се поделити на три гране. То је право личног опстанка које се састоји у праву на живот и његову одбрану, као и неповредивости тела. Затим следи право слободне узрочности, које сачињавају право на достојанство личности, право на слободу мисли и њено изражавање, као и право на слободу савести која се у њој садржи. Трећи вид овог основног и главног урођеног права јесте право једнакости које се састоји у праву уговарања, праву саопштавања другима својих назора, те оно представља својеврстан приказ грађанских права. Ова права припадају свим људима и, према мишљењу Филиповића, као урођена, оригинална и вечна, не могу се изгубити.²⁰ Разматрајући односителна или условна права, Филиповић углавном заступа схватања актуелна у тадашњој теорији. Но, посебну пажњу привлаче нека његова разматрања која се односе на лична права. Приликом разматрања узајамних дужности и права супружника, Филиповић мужу додељује право „мњенија решавајућег (*votum decisivum*)“²¹ и одређује га као главу фамилије. Расправљајући о односу државе према родитељској власти, Филиповић се показује као противник идеје да се деца родитеља који их занемарују или злостављају повере држави на старање, сматрајући да држава не може да замени родитеље, већ мора законима да ограничава њихову самовољу. Истовремено, он сматра да ванбрачна, тј. „незакон“ деца морају да уживају заштиту, јер нису дужна да трпе због грешака њихових родитеља.²²

Након четврт века од издавања своје Философије права, Филиповић 1863. године објављује њено друго, допуњено издање, под називом *Философија права као наука о исцртавању извора и начела наравној или умној права и овога нарочитој примени на разна грађанска одношенија*. Ово издање је проширено разматрањима о јавном праву и скоро двоструко веће од првог издања, па се у односу на њега може посматрати као потпуно нова књига.²³ Ипак, основне поставке о праву, остају мање – више исте. Највиши основ права Филиповић види у деловању у сагласности са правичношћу, односно, са оним што се човеку самим моралним опредељењем налаже, док сама

¹⁷ Исто, стр. 76.

¹⁸ Исто

¹⁹ Исто

²⁰ Исто, стр. 76-78.

²¹ Исто, стр. 127.

²² Исто, стр. 130.

²³ Видети Мирољуб Симић, *Из историје српске правне мисли*, Ниш, 1997, стр. 35.

правичност представља моралним идејама одређено својство нашег деловања спрам других људи.²⁴ Истовремено са појавом ове књиге, Философија права улази у наставни план на Великој школи уместо Енциклопедије права. Но, како Стојан Марковић, који ју је предавао све до 1873. године, није објавио ниједан рад из ове области, није могуће упоредити Филиповићеву *Философију права* са Марковићевом. То се, наравно, само посредно може учинити на основу једног сачуваног програма предавања Философије права од 21. јануара 1864. године, на основу кога се могу уочити суштинске разлике у приступу овој дисциплини.²⁵

Чини се да су и Јован Филиповић и његова дела неоправдано заборављени. Као да његова Философија права, тачно 170 година од њеног првог објављивања, не може да на себе скрене пажњу коју једно овакво дело несумњиво заслужује. Иако бисмо могли, са ове дистанце, олако да оценимо ово дело као препричавање једне од владајућих филозофских струја тога доба, појављивање Филиповићеве Философије права у Србија тридесетих година 19. века, несумњиво представља чин достајан дивљења. Ово дело је било намењено не само правницима, већ и обичним, просечно образованим читаоцима и имало просветитељску улогу, дајући значајан допринос националном и културном препороду Србије. Макар да ништа друго није урадио, Јован Филиповић би свакако заузимао значајно место у историји српске правне мисли јер је написао прву потпуну и развијену филозофију права у нас, утемељивши тако њено осамостаљење као научне дисциплине.

M.Sc. Dejan Matic,
an assistant

JOVAN FILIPOVIC, THE CREATOR OF THE FIRST SYSTEM OF PHILOSOPHY OF LAW IN SERBIA

The 30s of the 19th century represent an important period in modern Serbian history. Although at the time Serbia, formally and legally speaking, was still one of numerous Turkish countries in Europe, the road to independence Serbia started at the beginning of the 19th century was coming to an end successfully. Simultaneously with the establishment of the more organized state administration and state organization in general, this is the period of

²⁴ Видети Лазар Вркатић, *Природно право и његово извођење права*, Нови Сад, 1993, стр. 297.

²⁵ Видети Мирољуб Симић, Нав. дело, стр. 70-73.

establishment of our first educational institutions. In the spirit of the general social development, this is the time when the first Serbian philosophy of law appears. Namely, in 1839, a work *Philosophy of Law* by Jovan Filipovic appeared, and it represents the first systematic discussion on the matter in our country. However, although his name may represent a final disciplinary separation of the philosophy of law in Serbian science of law, Filipovic and its work have remained hardly known nowadays, even among the professionals. He published his *Philosophy of Law* in the same year he moved from Austria to Serbia, in 1839, when he was only 20. Although such books are usually published in more mature age, Filipovic's book in no way reflects the youth or inexperience of its author, despite the fact this was his first work in this field. Filipovic was advocate of natural law, in the spirit of Kant's beliefs. Appearance of his book in Serbia of the 30s of the 19th century undoubtedly represents a very brave decision. This book was intended not only to lawyers but to the ordinary, average educated readers and it had an educational character, providing a significant contribution to national and cultural renewal of Serbia.

