**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ**
**Институт за правне и друштвене науке**

# СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КОНЦЕПТУ НОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

**Књига IV**

**ПРИРЕДИО:**
**Станко Бејатовић**

**Крагујевац**
**2005.**

**СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА**
**У КОНЦЕПТУ НОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА**
**РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Зборник радова наставника и сарадника Правног факултета у Крагујевцу, који представља резултате научноистраживачког рада на Пројекту "Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије" одобреног од стране Министарства науке и заштите животне средине Републике Србије.

**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
e-mail: faculty@jura.kg.ac.yu
institut@jura.kg.ac.yu

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

**ЗА ИЗДАВАЧА:** Проф. др Миодраг Мићовић

**ПРИРЕДИО:** Проф. др Станко Бејатовић

**ПРИПРЕМА:** Милош Стојановић

**ШТАМПА:** ИнтерПринт, Крагујевац

**ТИРАЖ:** 120 примерака

**ISBN: 86 - 80765 - 52 - 7**

Штампање Зборника подржало Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије

# САДРЖАЈ

**ПРЕДГОВОР**.....1

***Одељак I***

**СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

1. Др Бора Чејовић, редовни професор
**ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА**..5
2. Др Станко Бејатовић, редовни професор
**СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И НОВЕ МЕТОДЕ ОТКРИВАЊА И ИСТРАГЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА**.....29
3. Др Снежана Соковић, редовни професор
**ИСКУСТВА КОНТРОЛЕ ТЕШКИХ ОБЛИКА КРИМИНАЛИТЕТА У СИСТЕМУ ПРАВА ЕУ**.....55
4. Др Бранислав Симоновић, редовни професор
**КОНЦЕПТУАЛНЕ ДИЛЕМЕ, ЛИМИТИ, НЕДОСЛЕДНОСТИ, КРИТИКЕ И СЛАБОСТИ НОВОГ КОНЦЕПТА РАДА ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ (COMMUNITY POLICING) С ОСВРТОМ НА ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ**.....75
5. Др Драгана Петровић, ванредни професор
**ТЕРОРИЗАМ - МОДЕРНИ ПРИСТУП У ФОРМУЛИСАЊУ ЊЕГОВОГ СМИСЛА И СУШТИНЕ**.....97

***Одељак II***

**ПРАВО СВОЈИНЕ КАО УНИВЕРЗАЛНО ЉУДСКО ПРАВО КАО ОСНОВ ЉУДСКИХ СЛОБОДА**

1. Др Нина Планојевић, доцент
**СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД ТРГОВЦА КОЈИ НИЈЕ ОВЛАШЋЕН НА ПРОДАЈУ**.....131

*Одељак III*

**ФУНКЦИОНИСАЊЕ УПРАВЕ И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА**

1. Др Невенка Бачанин
**ПРАВНА ЗАШТИТА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ ОД 1835. ДО 1946.** ..... 149
2. Др Радоје Брковић, редовни професор
**ЗАШТИТА ПОЈЕДИНАЧНИХ ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ И РЕШАВАЊЕ ВИШКОВА ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ**..... 159
3. Др Драган Батавељић, ванредни професор
**БИРАЧКО ПРАВО У УСТАВИМА БИВШИХ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ ЗЕМАЉА И У УСТАВНОЈ ПОВЕЉИ ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА**..... 171
4. Бојан Урдаревић, асистент-приправник
**СПЕЦИФИЧНОСТ РЕШАВАЊА ТЕХНОЛОШКИХ ВИШКОВА У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА И ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**..... 197
5. Зоран Јовановић, асистент-приправник
**ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА (ОМБУДСМАН) У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**..... 207
6. Дејан Матић, асистент-приправник
**ПРАВНА ДРЖАВА КАО ОКВИР ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА**..... 221

*Одељак IV*

**СЛОБОДА ПОСЛОВАЊА ПРЕДУЗЕЋА НА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И УНУТРАШЊЕМ ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

1. Др Божин Влашковић, редовни професор
**ПОНОВНА ПРОИЗВОДЊА ПРОНАЛАСКА *И ЗАМЕНА НЕКИХ ЊЕГОВИХ ДЕЛОВА***..... 233
2. Др Милена Петровић, ванредни професор
**ДВОЈНО ДРЖАВЉАНСТВО И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ**..... 243
3. Славко Ђорђевић, асистент-приправник
**МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ - ИЗАБРАНА ПИТАЊА**..... 257

*Одељак V*

## ПОРЕСКИ СИСТЕМ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА

1. Др Предраг Ч. Стојановић, редовни професор
**ФИНАНСИЈСКИ АРАНЖМАН КАО ПОРЕСКИ ФЕНОМЕН У НЕМАЧКОЈ ТЕОРИЈИ**.....281
2. Др Нада Тодоровић, доцент
**ТЕОРИЈСКО-МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП ОДРЕЂИВАЊУ ТРЖИШНИХ ЦЕНА ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ**.....295
3. Мр Јасмина Лабудовић, асистент-приправник
**ПОНУДА УСЛУГА ОСИГУРАЊА**.....307

*Одељак VI*

## ОСТВАРИВАЊЕ СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА ГРАЂАНА

1. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
**ПРИВАТИЗАЦИЈА ДРУШТВЕНОГ КАПИТАЛА У УДРУЖЕЊИМА ГРАЂАНА И ДРУШТВЕНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА**.....325

*Одељак VII*

## СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ

1. Срђан Владетић, асистент-приправник
**ПОЈАМ И ПОРЕКЛО ФИДУЦИЈЕ**.....349

*Одељак VIII*

## СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

1. Др Слободан Сворцан, редовни професор
**СТИЦАЊЕ ПРЕДМЕТА ДОМАЋИНСТВА**.....359
2. Др Драгица Живојиновић, доцент
**УТИЦАЈ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО НА ПУНОВАЖНОСТ ЗАВЕШТАЊА**.....369

*Одељак IX*

## ПРАВО НА ЗАСНИВАЊЕ И ЗАШТИТУ ПОРОДИЦЕ

1. Др Душица Палачковић, редовни професор
**МИРНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ ГРАЂАНСКОПРАВНИХ ОДНОСА**.....385

2. Милан Марић, асистент-приправник
**ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У ПАРНИЦИ**.....403
3. Вељко Влшковић, асистент-приправник
**ПРАВО НА МИШЉЕЊЕ ДЕТЕТА**.....415

***Одељак X***

## СЛОБОДА ТРГОВИНЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА

1. Др Миодраг Мићовић, редовни професор
**ОГЛАШАВАЊЕ (РЕКЛАМА) - ПОЈАМ И ОГРАНИЧЕЊА**.....429
2. Бојан Ђокановић, асистент приправник
**ВЕРТИКАЛНИ СПОРАЗУМИ**
**КАО ОБЛИК НАРУШАВАЊА ФЕР КОНКУРЕНЦИЈЕ**.....439

***Одељак XI***

## СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КНЕЖЕВИНИ - КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ И ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ

1. Др Марко Павловић, редовни професор
**ПРВИ ЗАКОНИ О УДРУЖЕЊИМА И ЗБОРОВИМА**
**И СТРАНКЕ У СРБИЈИ**.....447
2. Зоран Чворовић, асистент-приправник
**ПОЧЕЦИ ПРАВА АЗИЛА**.....461

***Одељак XII***

## МЕЂУНАРОДНИ ОКВИРИ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И УСКЛАЂИВАЊЕ СА НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ СРЈ

1. Др Иван Чукаловић, редовни професор
**ПРОБЛЕМ НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ**
**С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РЕШЕЊА У ДРЖАВНОЈ ЗАЈЕДНИЦИ**
**СРБИЈА И ЦРНА ГОРА**.....469

# CONTENT

**FOREWORD**.....1

*Chapter I*

**HUMAN AND CIVIL RIGHTS AND FREEDOM AND CRIMINAL LAW AT THE REPUBLIC OF SERBIA**

1. Bora Cejovic, a full-time professor
**BASES FOR EXCLUSION OF ILLICITNESS OF CRIMINAL ACT**.....5
2. Stanko Bejatovic, a full-time professor
**CRIMINAL PROCEDURE ISSUES RELATED TO NEW INVESTIGATION METHODS IN DISCOVERING CRIMINAL ACTS OF ORGANIZED CRIME** .....29
3. Snezana Sokovic, a full-time professor
**EXPERIENCES IN CONTROLLING SEVERE FORMS OF CRIMINALITY**.....55
4.Branislav Simonovic, a full-time professor
**CONCEPTUAL DILEMMAE, LIMITATIONS, INCONSISTENCE, CRITICISM AND WEAKNESSES OF THE NEW CONCEPT OF COMMUNITY POLICING FROM THE POINT OF VIEW OF HUMAN RIGHTS AND LIBERTIES...** .....75
5. Dragana Petrovic, an associate professor
**TERRORISM – A MODERN APPROACH TO DEFINING ITS MEANING AND ESSENCE** .....97

*Chapter II*

**PROPERTY RIGHT AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT AND AS A BASIS OF HUMAN FREEDOM**

1. Nina Planojevic, a docent
**ACQUIRING THE OWNERSHIP OVER ASSESTS FROM THE SALESMAN WHO IS NOT AUTHORIZED FOR SALE**.....131

*Chapter III*

## FUNCTIONING OF ADMINISTRATION AND HUMAN RIGHTS AND FREEDOM PROTECTION

1. Nevenka Bacanin, a full-time professor
**LEGAL PROTECTION OF LOCAL GOVERNMENT IN SERBIA 1835 -1946.** ..... 149
2. Radoje Brkovic, a full-time professor
**THE PROTECTION OF THE EMPLOYEES' INDIVIDUAL RIGHTS AND SOLVING THE PROBLEM OF MANPOWER SURPLUS ACCORDING TO THE LABOR LAW**..... 159
3. Dragan Bataveljic, an associate professor
**VOTING RIGHT IN THE CONSTITUTIONS OF FORMER YUGOSLAV STATES AND IN THE CONSTITUTIONAL CHARTER OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO**..... 171
4. Bojan Urdarevic, an assistent beginner
**SPECIFIC APPROACH TO RESOLVING THE PROBLEM OF TECHNOLOGICAL SURPLUS OF MANPOWER IN THE REPUBLIC OF SERBIA STATE ORGANS AND PUBLIC ENTERPRISES** ..... 197
5. Zoran Jovanovic, an assistent beginner
**THE PROTECTION OF CITIZENS IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA (OMBUDSMAN)**..... 207
6. Dejan Matic, an assistent beginner
**THE STATE WITH THE RULE OF LAW AS A FRAMEWORK FOR THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS AND LIBER**..... 221

*Chapter IV*

## FREEDOM OF CONDUCTING BUSINESS OPERATIONS IN ENTERPRISES ON SERBIAN MARKET AND THE EUROPEAN UNION INTERNAL MARKET

1. Bozin Vlaskovic, a full-time professor
**A REPEATED PRODUCTION OF A PATENT AND CHANGING OF ITS PARTS** ..... 233
2. Milena Petrovic, an associate professor
**DUAL CITIZENSHIP AND ITS SIGNIFICANCE** ..... 243
3. Slavko Djordjevic, an assistent beginner
**THE LAW APPLICABLE IN THE CASE OF TORTS WITH INTERNATIONAL ELEMENTS** ..... 257

*Chapter V*

## TAX SYSTEM AND ECONOMIC STATUS *OF CORPORATE SUBJECTS*

1. Predrag Stojanovic, a full-time professor
**FINANCIAL ARRANGEMENT AS A TAX PHENOMENON IN GERMAN THEORY**.....281
2. Nada Todorovic, a docent
**THEORETICAL AND METHODICAL APPROACH IN DETERMINING THE MARKET PRICE OF SECURITIES**.....295
3. Mp Jasmina Labudovic, an assistent beginner
**THE OFFER OF INSURANCE SERVICES**.....307

*Chapter VI*

## FREEDOM OF FORMING CITIZEN'S ASSOCIATIONS

1. Nenad Djurdjevic, a full-time professor
**PRIVATIZATION OF SOCIAL CAPITAL IN THE CITIZENS' ASSOCIATIONS AND SOCIAL ORGANIZATIONS** .....325

*Chapter VII*

## FREEDOM OF RELIGION

1. Srdjan Vladetic, an assistent beginner
**CONCEPT AND ORIGIN OF TRUST**.....349

*Chapter VIII*

## FREEDOM OF LEGACY

1. Slobodan Svorcan, a full-time professor
**ACQUISITION OF HOUSEHOLD OBJECTS**.....359
2. Dragica Zivojinovic, a docent
**THE INFLUENCE OF THE VIOLATION OF THE DOWER RIGHT ON THE VALIDITY OF A WILL**.....369

*Chapter IX*

## RIGHT TO ESTABLISH AND PROTECT FAMILY

1. Dusica Palackovic, a full-time professor
**PEACEFUL RESOLUTION OF DISPUTES IN CIVIL LAW CASES** .....385

2. Milan Maric, an assistent beginner
**INTERLOCUTORY QUESTION IN CIVIL SUIT** .....403
3. Veljko Vlaskovic, an assistent beginner
**THE RIGHT OF THE CHILD TO EXPRESS VIEWS** .....415

***Chapter X***

**FREEDOM OF TRADE AND CUSTOMER'S RIGHTS**

1. Miodrag Micovic, a full-time professor
**ADVERTIZING - THE CONCEPT AND LIMITATIONS**.....429
2. Bojan Djokanovic, an assistent beginner
**VERTICAL AGREEMENTS AS MEANS OF INFRINGEMENT OF FAIR COMPETITION** .....439

***Chapter XI***

**HUMAN AND CIVIL RIGHTS AND FREEDOM IN SERBIAN PRINCIPALITY – KINGDOM AND YUGOSLAV STATE**

1. Marko Pavlovic, a full-time professor
**THE FIRST LAWS ON ASSOCIATIONS, ASSEMBLIES AND PARTIES IN SERBIA** .....447
2. Zoran Cvorovic, an assistent beginner
**THE BEGINNINGS OF THE RIGHT OF ASYLUM** .....461

***Chapter XII***

**INTERNATIONAL FRAMEWORK FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION AND HARMONIZATION WITH THE REPUBLIC OF SERBIA LEGISLATION**

1. Ivan Cukalovic, a full-time professor
**THE PROBLEM OF MINORITIES AND EUROPEAN INTEGRATION – THE SITUATION IN THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO** .....469

# П Р Е Д Г О В О Р

Слободе и права човека су једно од основних обележја савременог човечанства, а тиме и времена у којем живимо. У прилог исправности овакве констатације довољно је навести само неколике општепознате и неспорне чињенице. То су: прво, проблематика слобода и права човека и грађанина већ дуги низ година, или боље речено већ више деценија престала је да буде питање националног карактера. Насупрот, сврстана је у ред приоритетних питања међународног карактера. У прилог овога најбоље говори чињеница бројности међународних аката посвећених овој проблематици, односно чињеница да данас нема скоро ни једног иоле значајнијег питања везаног за слободе и права човека и грађанина а да није предмет регулисања не само једног већ и више међународних аката. Друго, степен демократичности, а тиме и степен савремености правног система конкретне државе цени се, управо по критеријуму начина регулисања слобода и права човека и грађанина, а степен демократичности и савремености друштва као целине и по степену практичне реализације тако прокламованих слобода и права човека и грађанина. Треће, један од основних предуслова пуноправног укључивања једне држава у најважније међународне институције, а тиме и у савремене токове друштва као целине јесу управо два аспекта слобода и права човека. Њихов нормативни и њихов практични аспект. И управо имајући у виду овакав значај слобода и права човека и грађанина како за друштво као целину тако и за сваког његовог грађанина сасвим је нормално да ова проблематика представља и приоритет у деловању не само најзначајнијих владиних и невладиних асоцијација, националних и међународних институција, већ и појединаца. Полазећи од овог, а у жељи да дамо што већи допринос како нормативној компоненти слобода и права човека и грађанина тако и њеном практичном остваривању, а што има посебан значај управо у овом периоду развоја наше државе, определили смо се за рад на научноистраживачком пројекту под називом "СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КОНЦЕПТУ НОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ". Ово превасходно из разлога што се Србија коначно налази у завршној фази рада на окончању реформе њеног правног система као целине, односно на усаглашавању њеног законодавства како са општеприхваћеним правним стандардима Европске Уније и Савета Европе тако и са решењима датим у савременим компаративним законодавствима.

Руковођени жељом да дамо што већи допринос квалитету ове реформе, а тиме и да дамо свој што потпунији допринос и укључивању наше државе у све међународне институције, а пре свега у Европску Унију, већ пету годину интезивно радимо на овом научноистраживачком пројекту. И управо захваљујући оваквом раду, након пет година изучавања ове проблематике дошли смо до бројних резултата како по питању начина нормативног решавања слобода и права, тако и по питањима везаним за њихову што адекватнију примену, и исте чинимо, и путем овог (четвртог по реду) зборника радова доступним нашој стручној, и не само стручној јавности.

Чинећи доступним резултате овог научноистраживачког пројекта нашој стручној, и не само стручној, јавности дубоко смо убеђени, а то нам је и искрена жеља, да ће радови у овом зборнику, као и у три претходна зборника настала као резултат петогодишњег рада на научноистраживачком пројекту под називом "СЛОБОДЕ И

ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КОНЦЕПТУ НОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ" бити од великог значаја како за адекватно сагледавање свих аспеката слобода и права човека и грађанина, тако и да ће бити и један од важних путоказа начина њиховог регулисања у реформисаном, савременом законодавству Републике Србије, а што је од посебног значаја управо у овоме периоду развоја и егзистирања наше државе, периоду у којем се чине сви неопходни напори за осавремењивањем нашег правног система, а на тај начин и за стварање свих предуслова за нашу пуну интеграцију у све токове Европске Уније, а тиме и наш пуноправан пријем у исту. Ако стручна критика радова објављених у овом, као и у претходна три зборника објављена на ову исту тему, покаже да су испуњена ова наша очекивања и ако резултати приказани у истоим буду узети у обзир у раду на реформи правног система Републике Србије то ће нам бити највећа сатисфакција за сав до сада уложени труд и рад на овом изузетно значајном научноистраживачком пројекту. У исто време то ће бити и подстрек за будући рад чланова научноистраживачког тима на проблематици слобода и права човека и грађанина уопште, као и подстрек и за њихов будући пун допринос осавремњавању правног система Србије уопште а тиме и допринос њеном сврставању у ред најсавремених држава посматрано и са овога аспекта.

На самом крају у име свих чланова научноистраживачког тима ангажованих на пројекту под називом "СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КОНЦЕПТУ НОВОГ ЗАКОНОДАВСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ", као и у име Правног факултета у Крагујевцу као реализатора истраживања на овом научноистраживачком пројекту, још једном изражавам посебну захвалност Министарству за науку и заштиту животне средине Републике Србије што је прихватило рад на овом научноистраживачком пројекту и што је одобрило финансијску помоћ за штампање и овог зборника радова. Без овакве његове помоћи рад на реализацији овог изузетно значајног научноистраживачког пројекта био би немогућ, а тиме би, нема сумње, и Република Србија остала ускраћена за једну свестрану анализу тако значајне проблематике као што је проблематика слобода и права човека и грађанина посматрано и уопште и појединачно. Истовремено, у својству руководиоца петогодишњег рада на наведеном научноистраживачком пројекту изражавам и захвалност свим члановима научноистраживачког тима на сарадњи и пуном ангажовању у реализацији свих задатака који су постављани пред њих у петогодишњем раду на овом научноистраживачком пројекту. Управо само захваљујући оваквом односу чланова научноистраживачког тима у реализацији постављених задатака постигнут је резултат по којем ће Правни факултет у Крагујевцу као носилац овог истраживања бити трајно забележен у документима која говоре о научноистраживачкој делатности на простору Републике Србије, а то је прво место из области друштвених наука за постигнуте научноистртаживачке резултате у 2004. години.

**Крагујевац,**
**новембра 2005. год.** **Проф. др Станко Бејатовић**

*Одељак I*

# СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

*Др Бора Чејовић,*
*редовни професор*

***UDK**: 343.23*
*343.3/7*

# ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ПРОТИВПРАВНОСТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

## Увод

Дуги низ година, свако разматрање на ову тему неизоставно би започињало изношењем појма друштвене опасности и противправности.

Овога пута, и од овога пута па даље - то неће бити случај.

Појам друштвене опасности спомињаће се само као историјска категорија.

Дакле, у контексту историјских догађања кроз које је прошло наше кривично законодавство.

А њих је, заиста, било много.

Овога пута, још овога пута, под тиме ће се подразумевати кривично законодавство Србије и Црне Горе.

Али, ипак, одвојено.

Кривични законик Црне Горе је већ донет.[1]

Кривични законик Србије - само што није.[2]

Но, постоји још један, могло би се рећи стварни разлог, који оправдава употребу појма "наше".

То је податак да су разлике између ставова које заузимају један и други законик (овај други још у Предлогу), толико мале да је просто зачуђујуће да то није један кодекс, а не два.

Или два - као један.

О разлозима таквог стања - овде би било неумесно говорити.

Изнета напомена о неразликовању (намерно користимо тај термин, а не сличност) не важи, међутим, у тој мери када је реч о основима искључења друштвене опасности и противправности.

---

[1] 17. децембра, 2003. године, вид. Службени лист Републике Црне Горе, број 70. од 25. децембра 2003.

[2] Претпостављамо да ће у време када се буде о овоме расправљало, то ће бити Кривични законик Србије.
А и ако, не буде, то је скоро свеједно.
Биће.

Наиме, Кривични законик Црне Горе, тај појам још задржава.

Предлог кривичног законика Србије га - брише.

Да ли је у питању разлика само формалне природе?

Да видимо.

## 1. Прво, о општем појму кривичног дела

По још важећем Основном кривичном закону:

"Кривично дело је друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело и чија су обележја одређена законом (члан 8. став 1)".

Предлог кривичног законика Србије, предвиђа другачију дефиницију кривичног дела.[3]

По одредбама овог предлога:

"Кривично дело је чињење или нечињење које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и које је учињено са умишљајем или из нехата (члан 14. став 1)".

Кривични законик Црне Горе, опет, предвиђа:

"Кривично дело је друштвено опасно дело које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено (члан 5)."

Дакле, друштвена опасност, као обележје општег појма кривичног дела још постоји у Кривичном законику Црне Горе, док то неће бити случај у будућем Кривичном законику Србије.

Није нам, заиста, намера да улазимо у расправу о појму кривичног дела.

Нешто се, ипак мора рећи.

Пре свега, по једном мишљењу, друштвена опасност је користан криминално-политички критеријум за законодавца које одлучује о томе да ли ће неко понашање предвидети као кривично дело или не.

Али.

Али, она се не сме наћи у позитивно-правној норми коју треба да примењују судови. Разлог таквог стања је то што се у савременој европској теорији кривичног права више не заступа то схватање које је раније било владајуће у социјалистичким земљама.[4]

Добро. Ми хоћемо у Европу и нормално је да ћемо учинити све да се то оствари.

Између осталог - укинућемо и друштвену опасност као самостално обележје општег појма кривичног дела.

У реду је.

---

[3] Вид. Предлог Кривичног законика Србије, Влада Републике Србије, Комисија за реформу правосуђа, Београд, октобар, 2004. године.

[4] З. Стојановић, Основне карактеристике Предлога кривичног законика Србије, Саветовање Српског удружења за кривично право, Копаоник, 2004. год., материјали Саветовања, стр. 10.

Само остаје нада, заиста без сарказма, да Црна Гора неће покварити свој имиџ европски оријентисане државе, тиме што задржава друштвену опасност.

Ваљда неће.

Но, за утеху, и то се врло лако и врло брзо може променити, односно ускладити са захтевима Европске заједнице.

Па да закључимо овај део излагања.

Један сажети осврт на питање општег појма кривичног дела је нужан.

И то из два разлога.

На првом месту:

Одређивање општег појма кривичног дела има вишеструки правни и криминално-политички значај. Правни значај је у томе што се на тај начин поставља општи законски основ за одређивање појединих кривичних дела: биће сваког појединачног кривичног дела треба да буде прописано у складу са овим општим појмом. Друштвени значај је у томе што се кроз општи појам кривичног дела одређују услови под којима се једно људско понашање сматра забрањеним и кажњивим; на тај начин се поставља граница између дозвољеног и недозвољеног. То је значајно и за осећање правне сигурности појединаца, јер они унапред знају до које се "границе" протеже зона њиховог слободног понашања, а када "улазе" у зону кажњавања.[5]

Други разлог је већ изречен: општим појмом кривичног дела се одређују и случајеви у којима се поједина понашања која иначе испуњавају неке услове неопходне за постојање кривичног дела, ипак не сматрају кривичним делом.

Е то је оно што изазива посебну пажњу.

Реч је о основима искључења противправности.

О томе ће бити речи у излагањима која следе.

## 2. Који су то основи?

У складу са већ изнетом променом општег појма кривичног дела, Предлог кривичног законика Србије уводи још једну, овога пута сасвим нову.

То је одредба из члана 14. став 2. Предлога, која гласи:

"Нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва битна обележја кривичног дела предвиђеног законом."

Ова одредба је искључиво опште природе.

То је у реду.

Она је и искључиво декларативне природе.

Добро, где има више, има и мање.

Као таква, она представља увод у давно и добро познато питање основа искључења противправности.

---

[5] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр. 31.

Можда би јој се, ипак., могло приговорити што, на истом месту, говори о основима искључења противправности и основима искључења кривице.

То су две различите ствари.

Додуше и Предлог кривичног законика Србије садржи одредбу о кривици.

Али, у члану 2. који предвиђа да "казна и мере упозорења се могу изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело".

С тог разлога, чини се прихватљивим појам кривичног дела који даје Кривични законик Црне Горе где кривица улази у тај појам заједно са противправношћу.

За разлику од Предлога кривичног законика Србије који у појму кривичног дела предвиђа заједно противправност са умишљајем и нехатом.

Једно је кривица, а друго су умишљај и нехат.

Ипак.

Но, не лези враже!

Иако би Кривични законик Црне Горе оправдао (полазећи од појма кривичног дела) могао да предвиђа заједничку одредбу и за основе искључења противправности и за основе искључења кривице, он такву одредбу - уопште не предвиђа! Да, се вратимо на основе искључења противправности.

Дакле, само противправности.

Као што је познато они се деле на опште и посебне.

1. Као што је познато, у опште основе искључења противправности спадају:

1) дело малог значаја;
2) нужна одбрана и
3) крајња нужда.

2. У посебне основе искључења друштвене опасности спадају:

1) службено овлашћење;
2) наређење претпостављеног;
3) право дисциплинског и васпитног кажњавања;
4) самоповреда и
5) пристанак повређеног.

## I Општи основи искључења противправности

### 1. Дело малог значаја

По члану 9. Кривичног законика Црне Горе:

"Није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја (став 1);

Кривично дело је дело малог значаја ако природа и тежина дела, околности под којима је учињено, побуде из којих је учињено, степен кривице

учиниоца, одсутност или незнатност штетних последица и друге околности указују на мали значај дела (став 2);

Одредбе става 1. и 2. овог члана не могу се применити на кривична дела за која је прописана казна затвора преко три године (став 3)".

Предлог кривичног законика Србије, међутим, ово питање регулише, нешто другачије. Наиме, у члану 18. Предлога, стоји:

"Није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја (став 1);

Кривично дело је дело малог значаја ако је степен кривице учиниоца низак, ако је последица одсутна или непозната или је учинилац отклонио штетне последице, и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције (став 2);

Одредбе става 1. и 2. овог члана не могу се применити на кривична дела за која се може изрећи казна затвора преко три године (став 3)".

Као што се види, у овој одредби су евидентне промене у односу и формулацији незнатне друштвене опасности из члана 8. став 2. (још увек важећег) Основног кривичног закона.

Осим промењеног назива овог основа искључења кривичног дела (дело малог значаја), услови за његову примену су другачије формулисани, а најважнију новину у том погледу представља услов који примену овог института ограничава само на кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Тиме је искључена његова примена код тежих кривичних дела, што до сада није био случај, па је овај институт давао могућност за арбитрерност и кршење начела законитости. Но, он као такав (или кроз начело опортунитета кривичног гоњења) мора постојати да би се извршила селекција једног дела богателног криминалитета у односу на који нема оправдања да се примени кривично право, ни онда када су остварени сви елементи кривичног дела.[6]

Наш коментар:

Формулација члана 9. став 2. Кривичног законика Црне Горе је претрпана и великим делом улази у одредбу члана 42. овог законика која се односи на општа правила о одмеравању казне, што је потпуно сувишно.

Или је ситуација обратна, па члан 42, понавља делимично оно што је већ речено у члану 9. став 2.

Формулација члана 18. став 2. Предлога кривичног законика Србије је сажетија, али је језички веома рогобатна ("општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције").

Наиме, како је сасвим умесно примећено, мада се у ставу 2. помињу природа и тежина дела као околности које утичу на оцену да ли се извршено дело може сматрати делом малог значаја, законодавац је хтео да ограничи

[6] Ibid.

домашај ове околности, па је у ставу 3. прописао да институт малог значаја дела не може да се примени код кривичних дела код којих је прописана казна затвора преко три године.[7]

Но без обзира на разлике и без обзира на тежњу законодавца да изврши "селекцију" једног дела багателног криминалитета, обе наведене формулације имају једну заједничку црту која произилази из њихових ставова 3. - значе даље појачање репресије.

Тенденција која је у нашем кривичном законодавству присутна већ дуже време.

Упркос једнодушној критици.

## 2. Нужна одбрана

Класично дефинисање нужне одбране углавном се своди на оно што је речено у члану 9. Основног кривичног закона.

По овом члану:

"Није кривично дело оно дело које је учињено и у нужној одбрани (став 1).

*а) Нека спорна питања која се тичу нужне одбране*

Нужна је она одбрана која је неопходно потребна да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад (став 2)"

1. Међу многобројним проблемима који су се постављали у вези са нужном одбраном, велику пажњу привлачио је и онај који се тицао питања - да ли је дозвољена нужна одбрана од будућих напада.

Наведено питање произилази из једног од основних услова који треба да испуњава одбрана - да би се уопште могло говорити о постојању нужне одбране.

Тај услов гласи да одбијање напада мора да буде истовремено са нападом.

У теорији кривичног права сматра се да је овакав услов испуњен и у случају кад се одбија напад који непосредно предстоји. То треба ценити у сваком конкретном случају, према околностима напада, али се сматра да је напад истовремен кад постоји озбиљна и субјективна могућност повреде или угрожавања лица које се налази у нужној одбрани или неког трећег лица.[8]

Дакле дозвољена је нужна одбрана када се ради о нападу који непосредно предстоји.

Да би отклонио све дилеме које могу настати у вези са тим, Кривични законик Црне Горе даје овакву дефиницију нужне одбране:

---

[7] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, op. cit., стр. 48.

[8] Тако је говорио још Ј. Таховић, Вид.: Кривично право, Општи део, Београд, 1962. год, стр. 125.

"Нужна је она одбрана која је неопходно потребна да учинилац од свог добра или од добра другога одбије истовремен или непосредно предстојећи противправан напад".

Да се не би подразумевало, изричито је речено: нужна одбрана је дозвољена и против напада који непосредно предстоји.

Исто овакво решење предвиђа и Предлог кривичног законика Србије у члану 19. став 2.

2. Нужна одбрана од будућих напада није дозвољена.

Међутим, надовезујући се на општеприхваћени став да је дозвољена нужна одбрана од напада који непосредно предстоји, дозвољава се још једна могућност: да се предузму извесне мере које су неопходне за заштиту неког правног добра (свог или другог лица) угроженог нападом који тек треба да уследи.

Међутим, само уз испуњење два услова: да те, заштитне мере не прелазе неопходну границу и да почну са дејством тек онда када отпочне напад.

Другим речима, обе наведене ситуације (и кад се ради о нападу који непосредно предстоји и кад се ради о будућем нападу), све време се има у виду услов изнети на почетку: да одбијање напада буде истовремено са нападом.

Или, да су напад и одбијање напада временски веома блиски.

3. Право на одбијање напада, односно на нужну одбрану дозвољено је само док траје напад.

Другим речима, чим престане напад, престаје и право на нужну одбрану.

У том правцу врло је индикативна једна пресуда Врховног суда, у којој је заузет следећи став:

"Искључено је постојање нужне одбране када је сваки напад од стране оштећеног, сада покојног, престао у тренутку када му је пиштољ испао из руке и када га је учинилац подигао и од више могућности како да поступи у конкретној ситуацији изабрао да у правцу виталних органа оштећеног испали хитац из пиштоља из непосредне близине, дакле, свестан да на тај начин може лишити живота оштећеног, па је и хтео наступање такве последице".[9]

У овом случају, чак би се могло говорити о искључењу постојања нужне одбране због испуњења још једног услова а то је услов да се напад није могао отклонити на други начин.

Дакле, интересантна ситуација: рекло би се присуство стицаја услова који искључују постојање нужне одбране.

4. Са гледишта испуњености услова за постојање нужне одбране, још једна пресуда истог суда заслужује посебну пажњу.

У њој је заузет овакав став:

[9] Ово је пресуда Врховног суда Србије, Кж. 248/01. од 25. децембра 2001. год. Вид.: Билтен Окружног суда у Београду, број 60. 2003. год, стр. 6.

"Оптужени се не може позивати на нужну одбрану или њено прекорачење када је изазвао сукоб и инсценирао напад оштећених које је усмртио."

Да погледамо овај случај мало детаљније, јер заиста то заслужује.

Наиме, оптужени је оглашен кривим за извршење кривичног дела убиства из члана 47. став 2. тачка 6. Кривичног закона Србије и осуђен на казну затвора у трајању од десет година. У жалби на овакву пресуду, истакао је да је кривично дело извршио у нужној одбрани или прекорачењу нужне одбране.

Међутим, виши суд је нашао следеће:

"Првостепени суд је правилно утврдио да оптужени није деловао у нужној одбрани, јер је сукоб и тучу испред ресторана он изазвао. Критичне вечери, у ресторану је дошло до расправе између оптуженог и сведока који га је ударио рујом по глави, као и сада једног од убијених који га је два до три пута ударио по глави. После тога, оптужени напушта ресторан и одлази својој кући и, после десет до петнаест минута, враћа се у ресторан и позива сведока и обојицу сада убијених да изађу испред ресторана. Оптужени је први изашао из ресторана и ударио песницом сведока који је изашао за њим у лице, а потом је извадио нож и истим ударио једног од убијених, а тада је изашао и други убијени који је са леђа ударио по глави оптуженог, који га је тада ножем ударио. Сва тројица - оба убијена и сведок су, након што им је оптужени задао ударце, пала. Имајући у виду ове околности, закључак је да оптужени није деловао у нужној одбрани, јер је сукоб испред ресторана он изазвао, а напад оштећених на оптуженог је био инсцениран од стране оптуженог који их је изазвао да изађу из ресторана, па се с тога оптужени не може позивати на нужну одбрану или на њено прекорачење."[10]

У наведеној пресуди интересантна је једна ствар.

У њој се ради о стицају околности за постојање нужне одбране.

Наиме, оптужени је истицао у својој жалби да је поступао у нужној одбрани, или у прекорачењу њених граница.

За разлику од претходног случаја у коме је постојао стицај услова за искључивање постојања нужне одбране.

*б) Нужна одбрана у међународном кривичном праву*

За потпуније разумевање значења нужне одбране у савременом кривичном праву, битна је одредба из члана 31. став 1. тачка ц, Римског статута Међународног кривичног суда.

У тој одредби је речено:

"Није кривично одговорно лице, ако је у време извршења кривичног дела реаговало рационално како би одбранило себе или друго лице, односно у

[10] Ово је пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1278/03. од 7. октобра 2003. год. Вид.: Билтен Окружног суда у Београду, број 63. од 2004. год, стр. 82.

случају ратних злочина, да би одбранило имовину која је неопходна за његов опстанак или опстанак другог лица, или како би одбранило имовину која је од важности за извршавање војног задатка против претеће или незаконите употребе силе, на начин који је пропорционалан степену опасности по то лице, друго лице или имовину која се штити. Околност да је лице у време извршења кривичног дела учествовало у одбрамбеној операцији војних снага, сама по себи не представља основ за искључивање кривичне одговорности у смислу овог става".[11]

Оваква одредба заслужује заиста вишеструку пажњу:

она је, пре свега, основ искључења кривичне одговорности, а не противправности;

по мало је чудно да није узета у обзир код доношења новог кривичног законодавства Србије и Црне Горе;

кад-тад то ће морати;

у многоме, личи на крајњу нужду.

### 3. Крајња нужда

По одредби из члана 10. Основног кривичног закона:

"Није кривично дело оно дело које је учињено у крајњој нужди (став 1); Крајња нужда постоји кад је дело учињено ради тога да учинилац отклони од себе или другог истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при том учињено зло није веће од зла које је претило (став 2)"

И Кривични законик Црне Горе и Предлог кривичног законика Србије, углавном, задржавају овакву дефиницију крајње нужде (члан 11. односно члан 20).

Слична као код нужне одбране, ни овде се неће говорити о свим питањима која су заиста многобројна, већ ће се ограничити само на нека која се могла сматрати најважнијим.

*а) Неке нове форме крајње нужде*

Још давно, сада већ дубоко у прошлом веку, речено је да стање нужде може да се појави у врло различитим случајевима.[12]

И то без ограничења како у погледу извора опасности, тако и у погледу добара која се могу заштитити. Боље речено, без ограничења правних добара која се могу жртвовати и, такође, правних добара која ће бити спашена.

---

[11] Вид.: Извори Међународног хуманитарног права, Београд, 1999. год, стр. 507.

[12] P. Bouzat, L. Huguney, Traité théorique et pratique de droit pénal, Paris, 1951, стр. 220.

Може се жртвовати свако добро, да би се спасло свако добро: од живота појединаца, и мање, одређене, групе људи, до најшире заједнице у виду државе.

Данас то постаје несумњиво, више него икад.

Наравно, само под условима који су неопходни за постојање крајње нужде, тј. ако постоји одређена сразмера.

Тим пре, ако је спашено добро веће вредности.

Закључак би био неминован: крајња нужда оправдава извршење сваког (било ког) кривичног дела ако није било другог излаза.

Тако, на пример, ако једна терористичка организација актом отмице преусмери путнички авион на нуклеарну централу, морало би се сматрати дозвољеним уништење авиона, ако се напад на нуклеарну централу не би могао другачије спречити.

Или, ако се поуздано зна (а данас то није тако тешко) да једна држава спрема бомбардовање друге, морало би се држави којој прети таква, сасвим непосредно предстојећа опасност, дозволити право да предузме сва средства за отклањање такве опасности.

Исто тако, ако један држава, или мања организована заједница, спрема наоружање, гомила трупе, предузима провокативне нападе на другу, зар овој другој не треба дозволити, да у крајњој нужди, предузме адекватне мере да спречи такву опасност.

И то, у смислу крајње нужде, било уништењем средстава (добара) од којих долази опасност, било других добара, ако се само на тај начин може спречити опасност. Наравно, под условима да се то није могло учинити на други начин.

Или, у случају када је сасвим извесно (а и то данас, путем савремених техничких и технолошких средстава, почев од делатности обавештајних служби, па до праћења догађаја путем сателита) није уопште тешко постићи, да једна агресорска држава или организација спрема напад нуклеараним или хемијским средствима на другу државу или заједницу, није ли сасвим прихватљиво дозволити предузимање одређених мера за спречавање наступања такве опасности?!

Опет, у складу са условима који постоје код крајње нужде.

Иако се у наведеним примерима, који уопште нису хипотетички, све време говори о правним лицима у својству било субјекта коме прети опасност, било субјекта који отклања опасност кривична одговорност се, у оваквим случајевима, ипак, на крају, увек своди на индивидуалну одговорност оног ко је издао наређење или за предузимање делатности која изазива опасност, или делатности којом се отклања опасност.

Боље речено, претпоставља се индивидуална кривична одговорност.

И то само у односу на лица која сама непосредно предузму неку делатност којом се отклања опасност или издају наређење да се предузме делатност којом се таква опасност отклања.

Очигледно је да таква лица, у оба случаја, поступају у крајњој нужди.

Оно што је битно јесте да се у сваком оваквом случају мора тачно утврдити постојање крајње нужде.

Хтело се рећи следеће:

ако неки од наведених хипотетичких примера постане стварност, а то је нажалост све чешће случај, не може се таква, у сваком погледу кривичноправна ситуација, окончати изјавом неког политичког лидера да је уништена терористичка организација, или да је то био једини излаз и да му је веома жао жртава и да изјављује породицама настрадалих своје искрено и дубоко саучешће.

Или, ако припадник службе безбедности убије тројицу терориста који су отели школски аутобус пун деце, не може се све то завршити изјавом министра полиције да је то велики успех полиције у борби против тероризма и френетичним одобравањем јавности.

И у претходном и у овом случају, ствари се обично тако завршавају.

Ако се хоће владавина права и, у крајњој линији, правни поредак, онда оцену у наведеним случајевима може да да само надлежни суд у, како се то уобичајено каже, у законито покренутом и окончаном кривичном поступку.

А то значи доношењем пресуде у којој ће се несумњиво утврдити да су испуњени сви услови неопходни за постојање крајње нужде и да учинилац (или више њих) који се нашао у таквој ситуацији није кривично одговоран, јер његов поступак није кривично дело.

Јер, да опет претпоставимо, десиће се да ће неко од чланова породице оних које су лишили живота припадници антитерористичких снага, да би спасли животе других, поставити питање како се могло лишити живота сто људи?

Независно од тога што је том приликом спашено пет стотина људи.

То је сасвим разумљиво и прихватљиво.

Али, на такво њихово питање може да одговори само суд пресудом у којој је утврђено да се све што се збило - догодило у крајњој нужди.[13]

Тако би требало поступати.

Једино тако постаје јасно да оног ко је лишио живота друге, у самој ситуацији, ослобађају кривичне одговорности одредбе кривичног закона, а не изјава председника владе или министра правде или министра полиције.

---

[13] Овде је веома индикативан судски преседан који се већ догодио у Москви. Наиме, тамошњи суд је, први пут, наложио скупштини тог града да исплаћује месечну надокнаду удовици човека који је погинуо у операцији ослобађања талаца које су чеченски побуњеници држали скоро три дана у позоришту "Дубравка". Градске власти су дужне да удовици исплате укупно педесет хиљада долара.

Да само подсетимо: у операцији ослобађања осам стотина талаца из позоришта "Дубравка", живот је, поред четрдесет и једног побуњеника, изгубило још сто двадесет и девет људи, а већина њих страдала је од гаса који су руске специјалне јединице употребиле приликом упада у зграду позоришта. Вид.: "Политика" од 23. марта 2003. год.

Или жестоко одобравање средстава јавног информисања, односно френетична подршка јавног мњења.

Да поновимо, тако би требало поступати.

И никако другачије.

За такав корак, у овом тренутку, потребно је мало више знања и много више храбрости.

Разлог за овакав наслов налази се у чињеници да је овај основ искључења противправности, нарочито у последње време, попримио сасвим нове форме и обележја.

И то вртоглавом брзином.

Могло би се рећи и брже него што шира, па чак и веома уска, стручна, јавност нису ни свесне да се ради о крајњој нужди.

*б) Крајња нужда у међународном кривичном ūраву*

Наведени Римски статут Међународног кривичног суда, у опет наведеном члану 31. став 1 али у тачки д, предвиђа да лице није кривично одговорно, ако је у време извршења кривичног дела "извршило кривично дело из надлежности Суда, отклањајући истовремену опасност од наступања смрти или трајне и тешке телесне повреде која је претила њему, односно другом лицу, при чему се настајање ових последица није могло избећи на други начин, при чему је то лице поступало разумно и без намере да проузрокује штету већу од опасности која је претила.

Та претња може потицати:

(I) од стране других лица, или је

(II) наступила услед других околности ван контроле тог лица"

Као што се види, и крајња нужда је овде основ искључења кривичне одговорности.

Шта више, она се малтене, изједначава са претњом. Јер, у случају под (I), по правилу, ради се о принуди (претњи), а у случају под (V) о крајњој нужди.[14]

Е овде треба додати нешто важно.

Реч је о одредби из члана 12. Кривичног законика Црне Горе.

Наиме, у ставу 2. овог члана, предвиђено је:

"Ако је дело учињено да би учинилац од свога добра или добра другога отклонио опасност која је настала услед силе која није апсолутна или претње, на учиниоца ће се применити одредбе члана 11. овог законика, узимајући силу или претњу као нескривљену опасност."

Дакле, претња се овде узима као (нескривљена) опасност.

[14] З. Стојановић, Основи искључења кривичног дела у Међународном кривичном праву, Први међународни научни скуп "Релевантна питања Међународног кривичног права", Тара, 2003. год, материјали саветовања, стр. 38.

Тешко је рећи колико је овакво решење умесно.

Чини се да оно представља покушај решења, или компромис између старог спора у кривичном праву:

Да ли крајња нужда представља основ искључења противправности или основ искључења виности, односно кривичне одговорности?

Или, постоје две врсте крајње нужде.

Да само, укратко, подсетимо, на пример:

Кривични законик Савезне Републике Немачке разликује две врсте крајње нужде: најпре у параграфу 34, предвиђена је крајња нужда која искључује противправност дела, ("оправдана крајња нужда"), а у параграфу 35. крајња нужда која искључује виност учиниоца дела ("извињавајућа крајња нужда").

Наравно, из ове основне разлике произилазе и даље разлике које се тичу услова и обележја једног и другог случаја крајње нужде.

У питању је најпре подобност правних добара која могу бити предмет крајње нужде. Наиме, док по параграфу 34. то могу бити живот, тело, слобода, част, имовина или неко друго правно добро, код параграфа 35. то може бити само живот, тело и слобода појединца.

Даље, код крајње нужде која искључује виност, питање сразмерности између нанете штете и штете која је претила, није изричито регулисано, као што је то случај код крајње нужде која искључује противправност, где је речено да крајња нужда постоји, између осталог, и "ако код просуђивања супротстављених интереса, значајно претеже штета која прети заштићеном интересу."[15]

Овде би било интересантно навести једно схватање по коме би се стање нужде односно крајња нужда могла разликовати у три случаја:

1. Јавна крајња нужда постоји у случају када се појединац меша у посед другога, а то чини у јавном интересу: на пример, рушење нечије куће да би се спречило ширење катастрофалног пожара;

2. Приватна крајња нужда: ово се дешава када се појединац меша у посед другог да би сачувао себе или своју имовину од сигурне опасности - на пример, када уђе на посед свога комшије без његове сагласности, да би спречио ширење пожара на своје имање;

3. Општи случајеви крајње нужде: на пример, када појединац зграби другог на силу и одвуче га са пута којим се приближава возило, спашавајући га од повреде или смрти, тиме он не чини ништа лоше.[16]

О свему томе, други пут.

У позитивном кривичном законодавству, крајња нужда је само основ искључења противправности.

Предлог кривичног законика Србије остаје при таквом решењу.

---

[15] Вид.: Кривични законик Савезне Републике Немачке, Београд, 1998. год.

[16] A. Reed, P. Seago, Criminal Law, Sweet and Maxwel, Lonodon, 2002, стр. 254.

*в) Основи искључења противправности у Међународном кривичном законодавству и њихов однос са истим основима у домаћем кривичном законодавству*

Од када ово питање?

Зар није реч о истим основима?

Изгледа да није.

Самим тим, питање које произилази из наслова показује се као сасвим оправдано.

А када се упореди садржина одредаба о нужној одбрани и оних о крајњој нужди у наведеним доктринама међународног кривичног законодавства, са истим одредбама домаћег, види се да постоје значајне разлике

Па које ће одредбе применити домаћи суд када суди за ратне злочине?

На први поглед - не би требало да буде дилеме.

Домаћи суд же применити домаће кривично законодавство.

А шта је са одредбама међународног кривичног законодавства?

Да подсетимо: према општеусвојеним ставовима и у домаћем и у међународном кривичном законодавству, домаћи судови могу непосредно примењивати одредбе међународног кривичног законодавства. Шта више, по члану 16. Уставне повеље Државне заједнице Србије и Црне Горе "ратификовани уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава заједница."[17]

А по члану 10. Повеље "одредбе међународних уговора о људским правима и грађанским слободама које важе на територији Србије и Црне Горе непосредно се примењују".

Значи, домаћи суд би могао да примени наведене одредбе о нужној одбрани и крајњој нужди које су предвиђене међународним кривичним законодавством.

Значи ли то да, када су у питању кривична дела ратних злочина, па се оптужени позове на нужну одбрану или крајњу нужду, суд мора применити само одредбе Римског статута Међународног кривичног суда, или може применити и одредбе домаћег кривичног законодавства?

Наведена одредба члана 31. став 1. тачка д, Римског статута говори само о "кривичним делима из надлежности Суда", а не и о томе, где се суди.

Проблем још није решен.

Тек се компликује.

[17] Да подсетимо: по члану 9. став 2. Статута Међународног кривичног суда за бившу Југославију "Међународни суд има примат над националним судовима. Међународни суд може у било којој фази поступка формално затражити од националних судова да уступе надлежност Међународном суду у складу са овим Статутом и Правилником о поступку и доказима међународног суда".

Овде се све време говори о томе да домаћи суд суди за ратне злочине. Дакле, домаћи суд је започео кривични поступак и треба да га оконча.

Започео га је по одредбама домаћег кривичног законодавства.

То је ситуација о којој се претходно расправљало.

Друга ситуација:

како ће домаћи суд поступити у случају када међународни кривични суд започне кривични поступак, па, касније суђење уступи домаћем суду?

Таквих случајева ће, свакако, бити.

У те наведене ситуације, домаћи суд ће имати на располагању две врсте одредаба о нужној одбрани, односно крајњој нужди.

Није јасно - које ће применити?

А шта ако се оптужени позове на обавезу примене блажег закона?

Како је већ речено, у кривичним законодавствима Србије И Црне Горе нешто се, опет, мора мењати.

## II Посебни основи

### 1. Службено овлашћење

Вршење службеног овлашћења представља основ искључења противправности, само уколико су при томе испуњени одређени услови.

То су:

1. Постојање посебног овлашћења да се изврши одређена радња;

2. Службена радња мора да буде извршена на основу закона и у случајевима посебно предвиђеним у закону; то подразумева да законом треба да је већ предвиђен случај, односно случајеви кад наведена службена радња може да буде извршена, већ, исто тако да законом буде прописан и поступак за њено извршења.

3. Оваква радња мора да буде извршена искључиво у интересу службе.

У теорији кривичног права се истиче, с правом, да се суштина овог основа искључења противправности своди на колизију законских норми, односно интереса који стоје иза тих норми. Наведена колизија решава се начелом претежног интереса. На пример, неповредивост стана има такав значај за личну слободу и право на приватност да треба да буде заштићена и кривичноправним забранама, али, са друге стране, неопходно је да је интерес за откривањем и хватањем учиниоца кривичног дела или за обезбеђење доказа у кривичном поступку оправдава њено привремено ограничавање.[18]

На овом месту је интересантно изнети став који заступа Казнени закон Хрватске.

[18] В. Камбовски, op. cit., стр. 506.

Наиме, у члану 32. овог закона под насловом "Законита употреба средстава присиле" предвиђено је:

"нема казненог дела кад службена особа на основу законског овлашћења примени средстава присиле у складу са законом".[19]

Овакво решење има своје оправдање.

Наиме, оно управо легализује све оне услове који оваквом понашању одузимају карактер кривичног дела.

На крају, где има више, има и мање!

Додуше, оно тиме постаје општи основ искључења противправности.

Но, свеједно.

### 2. Наређење претпостављеног

Слично претходном случају и наређење претпостављеног може, под одређеним условима, да искључи противправност дела.

Овде се могу разликовати две ситуације: прва, када се ради о наређењу претпостављеног у вршењу јавне службе, и друга - наређење претпостављеног у вршењу војне службе.

1. Наређење претпостављеног у вршењу јавне службе искључује проитвправност дела ако су, при томе, испуњена два услова:

1) ако се ради о вршењу јавне службе;

2) ако је засновано на закону, и то како у формалном, тако и у материјалном смислу.

Сматра се да је наређење претпостављеног засновано на закону, у формалном смислу онда када постоји надлежност претпостављеног да изда одређено наређење, затим, и надлежност подређеног да то наређење изврши, а ако је наређење издато у законској форми.

А у материјалном смислу, наређење претпостављеног је законито уколико постоји стварна потреба да се овакво наређење изда и да се изврши.

2. Наређење претпостављеног у вршењу војне службе је нешто другачије регулисано.

Разлог томе је сасвим разумљив.

Реч је о специфичности ове службе која захтева посебно поштовање војне дисциплине.

У члану 239. Основног кривичног закона ("Одговорност за кривично дело извршено по наређењу претпостављеног"),:

"неће се казнити потчињени ако учини кривично дело по наређењу претпостављеног, а то се наређење тиче службене дужности, осим ако је наређење било управљено на извршење ратног злочина или каквог другог

[19] Вид.: Народне новине, број 110. Загреб, 11. новембар 1997. год.

тешког кривичног дела, или ако је знао да извршење наређења представља кривично дело".

Кривични законик Црне Горе садржи нешто другачију одредбу у члану 485. ("Кривично дело извршено по наређењу претпостављеног"):

"неће се казнити потчињени ако учини кривично дело по наређењу претпостављеног које се тиче службене дужности, осим ако се наређење односило на извршење кривичног дела за које се може изрећи пет година затвора или тежа казна, а потчињени је знао да извршење наређења представља кривично дело".

Истоветну одредбу предвиђа и Предлог кривичног законика Србије, у члану 430.

Између наведених одредаба - нема суштинске разлике.

Што се тиче њихове садржине.

Међутим, нешто остаје спорно.

А то је питање: о каквом се основу, уствари, овде ради?

Искључења кажњивости? Или, искључења противправности.

Ми смо се определили.

Разлог таквог става би могао да буде у интерпретативној одредби члана 142. тачка 30. Кривичног законика Црне Горе, по којој израз "неће се казнити" значи да у том случају нема кривичног дела.

Исти овакав став заузима и Предлог кривичног законика Србије (члан 112. тачка 30).

Но, изгледа, да тиме проблем ипак није решен.

Остаје дилема да ли је ово начелно питање требало решити на изнети начин (дакле, путем интерпретативне норме) или помоћу опште одредбе о искључењу кажњивости која би се налазила у одредбама Општег дела кривичног законика).[20]

Римски статут Међународног кривичног суда, међутим, не оставља никакву дилему.

Хтело се рећи да је, по овом питању, у члану 33. ("Наредба наредбодавца и законске одредбе"), изричито предвиђено:

1. Чињеница да је злочин из надлежности Суда извршило лице које је поступало по наређењу Владе или каквог другог наредбодавца, било војног или цивилног, не ослобађа то лице одговорности, осим ако је:

а) лице које је извршило кривично дело имало законску обавезу да поступа по наређењу владе или другог наредбодавца;

б) није знало да је наређење противзаконито, и

ц) наређење није било очигледно противзаконито.

[20] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, op. cit., стр. 1160.

2. Свако наређење да се изврши кривично дело геноцида или злочин против човечности сматра се очигледно противзаконитим, у смислу одредаба овог Статута."

У суштини, нема разлике између значења ове одредбе и оних из домаћег кривичног законодавства.

Јер, кривична дела из надлежности наведеног статута (члан 6, 7, 8) су најтежа кривична дела за која је, у сваком случају предвиђена казна затвора тежа од пет година.

### 3. Право дисциплинског и васпитног кажњавања

Брига и старање о деци, њихово правилно подизање и васпитање је, пре свега, природна и морална обавеза родитеља која произилази из осећања која родитељи имају према деци. Постоји, међутим, оправдани друштвени интерес за правилно и нормално васпитање деце, чије остварење не може зависити само од савесности и одговорности оних који су дужни да се брину о подизању и васпитавању деце, утолико пре што нису ретке појаве занемаривања родитељских обавеза.

Е та могућност, боље речено опасност занемаривања родитељских обавеза, управо је кључно питање права дисциплинског и васпитног кажњавања као основа искључења противправности.

Но, да видимо, најпре, које су то обавезе, односно дужности које родитељи имају према деци.

По одредбама члана 68. став 1. и став 2. Породичног закона Републике Србије "родитељи имају право и дужност да чувају и подижу дете тако што ће се они лично старати о његовом животу и здрављу".[21]

При томе, родитељи могу и морају предузимати различите мере, па чак и оне које значе ограничавање неког права детета.

Међутим, "родитељи не смеју подвргавати дете понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство и дужни су да дете штите од таквих поступака".

Ово је кључни став Породичног закона.

Другим речима, оправдано је свако поступање родитеља према деци, уколико су, при томе, испуњена два услова:

1. да се ти поступци предузимају у интересу васпитања малолетника;

2. да не прелазе у злоупотребу права дисциплинског и васпитног кажњавања.

Само под овим условима, наведени поступци родитеља губе својство противправности, односно обележја кривичног дела.

[21] Ви.: Службени гласник Републике Србије, број 18. 2005. год.

А родитељ злоупотребљава права из садржине родитељског права, ако:

"1. физички, сексуално или емоционално злоставља дете;

2. израбљује дете силећи га на претерани рад, или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом;

3. подстиче дете на вршење кривичних дела;

4. навикава дете на одавање рђавим склоностима;

5. на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права. (члан 81. став 2. Породичног закона)".

Са злоупотребом родитељског права, изједначава се и грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права.

А као такво, сматра се ако родитељ:

1. напусти дете;

2. уопште се не стара о детету са којим живи;

3. избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно, спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи;

4. намерно и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника;

5. на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права (члан 81. став 3)".

**4. Самоповреда**

У старом кривичном праву, важило је правило *qui suo iure utitur, neminem laedit*, односно, ко врши своје право, никоме не шкоди.

Овакво схватање давало је за право носиоцима неког права да тим својим правом располажу у потпуности, што ће рећи - неограничено.

Овакво гледиште је давно напуштено.

То ће рећи да у савременом кривичном праву, односно законодавству, самоповреда има врло ограничени домет.

Реч је о томе да носилац неког правног добра може располагати тим добром по својој вољи, само ако је у питању добро које је искључиво личне природе, односно добро где ни једно друго лице нема било какав интерес за његову кривичноправну заштиту.

Уколико постоји иоле значајнији интерес за то правно добро, од стране једног или више лица, онда онај чије је то правно добро не може њиме слободно располагати.

Сваки његов поступак над таквим правни добром, вређао би интерес других лица.

Био би дакле, противправан.

Односно, кривично дело.

Тим пре, самоповреда не укључује противправност код оних правних добара код којих, осим интереса носиоца тог права, постоји и општи, односно интерес целог друштва.

Наравно да би повреда (или угрожавање) таквог правног добра била противправан акт.

Односно, кривично дело.

### 5. Пристанак повређеног

Слично самоповреди, и пристанак повређеног, као основ искључења противправности, је ограниченог дејства.

Док је старија теорија кривичног права пристанак повређеног сматрала као општи основ искључења противправности (по принципу - *volenti non fit iniuria*), савремено кривично право овај основ посматра другачије.

Наиме, пристанак повређеног може бити основ искључења противправности само код повреде оних правних добара код којих је у питању искључиви интерес повређеног лица.

У свим другим случајевима, значај пристанка повређеног, рекло би се, варира: што је већи интерес (друштва, групе лица) за очувањем неког правног добра, то је значај пристанка повређеног - мањи.

Уз ову, општу, напомену, највећу пажњу одувек привлачи значај пристанка повређеног код кривичног дела убиства.

Реч је о убиству из сажаљења, или самилости, или еутаназији.[22]

Важеће законодавство у Србији, настављајући традицију претходног, овакво убиство сматра обичним убиством, члан 47. став 1. Кривичног закона Србије.

Међутим.

Предлог кривичног законика Републике Србије, у члану 117., под насловом "Лишење живота из самилости", предвиђа:

"Ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, на његов озбиљан и изричит захтев, казниће се затвором од шест месеци до пет година".

Истоветну одредбу садржи и Кривични законик Црне Горе у члану 147.

Ради се дакле, о тзв. привилегованом убиству.

Једном од вечитих питања.

Од оне врсте питања код којих, изгледа, нема одговора.

Јер, одговор би требало да буде - да или не.

Овде је одговор - дилема.

[22] Опширније о еутаназији вид.: Д. Петровић, Еутаназија, Београд, 2000. год.

Вечита дилема и за и против.

Или, можда адекватније - ни за, ни против.

Управо такав одговор даје наведена одредба.

Пристанак повређеног овде не искључује противправност.

Али је смањује!?

Тако, ипак остаје начелно питање, а то је да ли је еутаназији требало признати значај привилегујуће околности или је узети као основ искључења противправности овог дела?

Због чега?

Пре свега, свако кривично дело, по својој природи значи наношење зла другом лицу, повреду или угрожавање неког правно заштићеног добра. Код убиства је оваква природа највише изражена. Еутаназија је лишена таквог значења, она је управо мотивисана супротном побудом, не да се другоме нанесе зло, већ управо да се том лицу помогне да се ослободи зла. То доводи у сумњу постојање код еутаназије оног материјалног елемента кривичног дела - повреду нечијег добра. Околност да савремена кривична законодавства нису, углавном, прихватила еутаназију као основ за блаже кажњавање или за искључење постојања кривичног дела пре треба тумачити као бојазан од могућих злоупотреба и тешкоћа у њеном кривичном регулисању, него као уверење да је реч о појави која је друштвено опасна и негативно друштвено вреднована. На основу изнетог, следио би закључак: ако се прихвати кривичноправни значај еутаназије, било би целисходније да се њој прида, под тачно одређеним условима, значај основа искључења кривичног дела; тиме би се створила и могућност да се ово питање детаљније регулише неким ванкривичним прописима у погледу извршиоца, начина извршења, места где се може извршити и других околности.[23]

## Завршетак

Несумњиво је да ће и у новом кривичном законодавству одредбе које се односе на основе искључивања противправности кривичног дела изазивати перманентну пажњу.

Без обзира што се ради о питањима која, мање-више, спадају у класично кривично право.

Много тога се променило.И то за веома кратко време.

Тај процес промена се наставља несмањеним темпом.

Заиста га је, правно уопште посматрано, доста тешко пратити.

Но, одређени напор се мора учинити.

Без обзира на то завршио се он повољно или не.

[23] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, op. cit., стр. 371.

*Bora Cejovic, a full-time professor*

## BASES FOR EXCLUSION OF ILLICITNESS OF CRIMINAL ACT

To consider an act to be a criminal one it must be charasterised, among other things, as illicit.

Therefore, illicitness is one of the basic characteristics of a criminal act.

Naturally, if this condition is not met, the act cannot be considered a criminal one.

Then, we may speak of so-called bases for exclusion of illicitness.

These are numerous and various.

However, they can be divided in two groups: general and specific ones.

The general bases for exclusion of illicitness are comprised of the bases outlined in criminal legislation.

Those are: small significance of the act, self-defence and acting out of necessity.

Specific bases of exclusion of illicitness are: authorisation, order by a higher instance, the right of disciplinary and educational punishment, self-injury and the consent by the injured party.

This essay expounds in detail every of the aforementioned bases.

*Др Станко Бејатовић,*
*редовни професор*

***UDK**: 342.71/.74:34.911*

# СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И НОВЕ МЕТОДЕ ОТКРИВАЊА И ИСТРАГЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА

## I. Појам, оправданост предвиђања и начин правног регулисања посебних метода откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета

Једна од особености кривичнопроцесног законодавства Србије, односно кривичнопроцесног законодавства Југославије уопште све до доношења Законика о кривичном поступку 2001. године[1] јесте и то да у истом нису била предвиђена никаква посебна процесна правила, а тиме ни посебне методе откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета, и поред тога што су, већ поодавно, такве специфичности, по питању ове групе кривичних дела, биле присутне у не малом броју савремених компаративних кривичнопроцесних законодавства. Односно, и поред тога што је такву могућност дозвољавао и Устав СФРЈ из 1974. године. Наиме, у чл. 185. ст. 2. овог Устава било је прописано да се Законом може прописати да се на темељу одлуке надлежног органа може одступити од начела неповредивости тајне писма и других средстава комуникације ако је то нужно ради вођења кривичног поступка или за безбедност земље. Односно, и поред тога што је већ поодавно кривичноправна наука уопште указивала на неопходност предвиђања и примене посебних правила, метода и поступака када су у питању ова кривична дела. Не улазећи у разлоге таквог нормативног стања нашег кривичнопроцесног законодавства који, нема сумње, има своју подлогу и у недостатку храбрости или пак и из неких других, чини се углавном политичких разлога, признавања чињенице постојања организованог криминалитета и на нашим просторима, треба констатовати да је тек доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године у наше кривичнопроцесно законодавство, по први пут, уведено нешто посебно, специфично, истина скоро симболично, када су у питању ова

[1] "Сл лист СРЈ", бр. 70/2001.

кривична дела. Две су групе одредаба које садржи овај законски текст а које се директно или пак индиректно односе на процесноправна питања организованог криминали-тета. Прву групу чине одредбе које се директно и искључиво тичу откривања и доказивања ове групе кривичних дела[2], док друга група одредаба то чини посредно и тичу се предвиђања нових могућности заштите сведока и оштећених које имају управо посебан значај у поступку за кривична дела организованог криминалитета и поред тога што су превиђена као општи институти кривичног процесног права.[3] И поред тога што овакво решење Законика о кривичном поступку из 2001. године представља, посматрано са аспекта ове проблематике, не само први већ и крупан корак напред, ипак веома брзо се показало да оно није довољно. Дотадашња искуства на пољу борбе против организованог криминалитета а посебно решења присутна у компаративном кривичнопроцерсном законодавству као и искуства у њиховој примени указивала су на неопходност предвиђања не малог броја и других мера, мера о којима се, чак шта више, до тада и веома мало расправљало у нашој стручној јавности. Као последица тога већ изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2002. године [4] уведено је посебно поглавље посвећено посебним одредбама за кривична дела организованог кримнала[5], а потом су посебна правила везана за ову групу кривичних дела донесена и у Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала[6] који је, у веома кратком временском интервалу, више пута мењан[7], што само по себи говори, поред осталог, и о настојању наше државе да се изнађу што адекватнија решења у вези са овом проблематиком у чему се, на жалост, није успело у очекиваном степену. У прилог овакве констатације најбоље говори чињеница како о различитом приступу у решавању неких од ових питања у Законику о кривичном поступку као lex generalisu и Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала као lex specialisu тако и непрецизност и неодређеност појединих норми и услова за примену појединих мера и института овог карактера, а што има за последицу не само могућност нарушавања принципа правне сигурности већ и могућност злоупотреба и арбитрерности у примени ових одредаба, што ниуком случају не

[2] Ради се о мери надзора и снимања телефонских и других разговора и комуникација техничким средствима и оптичким снимањима лица из чл. 232 и 233. Законика о кривичном поступку.

[3] Види чл. 109. Законика о кривичном поступку. (Под Закоником о кривичном поступку, као и под ЗКП,у овоме раду, подразумева се Законик о кривичном поступку из 2001. год. - "Сл. лист СРЈ", бр. 70/2001 са свим његовим каснијим изменама и допунама).

[4] "Сл. лист СРЈ", бр. 68/2002.

[5] Глава ХХIХа ЗКП (ПОСЕБНЕ ОДРЕДБЕ О ПОСТУПКУ ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА).

[6] "Сл. гласник РС", бр. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 и 61/2005.

[7] Види: Проф. др Станко БЕЈАТОВИЋ, КРИВИЧНОПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО – ПРОГРЕСИВНА ИЛИ РЕГРЕСИВНА РЕШЕЊА, Кривично законодавство - Прогресија или регресија, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2005. год, стр. 47.

би смело да буде обележје тако важне нормативне области као што је кривични поступак будући да се у истом посебна пажња мора посветити управо заштити гарантованих права грађана без обзира о којој врсти криминалитета се ради.[8] Ни у случају организованог криминалитета, и поред таквог степена његове друштвене опасности за друштво као целину, не могу се оправдати решења која су на линији слабљења принципа правнодржавног кривичног права, [9] решења која би представљала кршење људских права у обиму већем од нужног за реализацију задатака кривичног процесног односно кривичног права уопште.

Не улазећи у друга спорна питања у регулисању ове проблематике у наведеним законским текстовима [10] нужно је истаћи да ratio legis оваквог приступа нашег законодавца, а што је уосталом случај и са највећим бројем компаративних кривичнопроцесних законодавстава, лежи у чињеници да су класичне методе откривања и доказивања кривичних дела редовног (општег) кривичног поступка постале недовољне и неефикасне када је реч о организованом криминалитету због чега се јавља као неминовност њихова допуна и замена новим методама које се односе на употребу техничких средстава односно специјалних истражних радњи и мера као што у прислушкивање телефонских разговора и контрола других видова комуникација, оптичка снимања лица и простора, електронско праћење, тајно полицијско учествовање путем симуловане куповине и продаје, ангажовање прикривеног иследника и сл. Једном речју, ради се о неопходности примене метода које, поред осталог, омогућавају тајност деловања и надзирања организованог криминалитета која се граничи са методима обавештајне делатности, као и инфлитрацију полиције у структуре злочиначких организација. Коришћење таквих метода јавља се сао нужност јер без њихове употребе није могуће успешно одговорити изазовима организованог криминалитета који, поред осталог, карактеришу мобилност, организованост и прилагодљивост развоју технике и све већи раст.[11] И управо због овог, као и других феноменолошких

[8] Проф. др Станко Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство Србије: прогресивна или регресивна решења, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2005., стр. 68.

[9] Проф. др Зоран Стојановић, Југословенско кривично законодавство у функцији заштите људских права, Југословенско кривично законодавство и слободе и права човека и грађанина, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2001. год., стр. 12.

[10] Случај нпр. са питањем: Да ли се споредним кривичнопроцесним законодавством могу регулисати чисто процесна питања која по својој логици припадају искључиво Законику о кривичном поступку? Ово тим пре што и сам ЗКП садржи читав низ посебних правила, односно садржи и посебан поступак за кривична дела организованог криминала, услед чега је више него нелогично да се и споредним кривичнопроцесним законодавством, тј. и Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала уређују таква питања. (О овоме види: Проф. др Станко Бејатовић, Кривичнопроцесно законодавство Србије....,стр. 67.

[11] Као илустрацију овакве констатације довољно је навести чињеницу да је у Европи само у 2000. години идентификовано 1000 нових организованих криминалних група (Види: 2003 - Eurepean Union organized crime report, Europol, Luxembourg, 2003 p.8.),односно да је на подручју Европске Уније према подацима Еуропола у 2002. години фигурирало око 4000 организованих криминалних

карактеристика овог вида криминалитета, лишени употребе ових нових метода органи откривања били би у неравноправном положају са учиниоцима таквих кривичних дела услед чега овде више него код других облика криминалитета постаје више него актуелна констатација да "високој техници криминалаца треба одговорити још вишом техником криминалиста" да би се имало успеха у тој борби. Данас је постало више него неспорно да уколико држава хоће да буде ефикасна и делотворна на пољу борбе против организованог криминалитета она мора да се користи таквим методама откривања и доказивања које карактерише давање специфичних, ширих овлашћења полицији и органима правосуђа у поступку њиховог ислеђивања, методама које представљају веће задирање у слободе и права него што је то случај код редовног, општег кривичног поступка. И управо имајући у виду ово, као и садржину тих нових метода откривања и доказивања кривичних дела организованог криминалитета оправдано је, у последње време,и поред не малог броја приговора и оспоравања, дошло до предвиђања нових метода а тиме и до успоравања тенденције започете и изузетно изражене у другој половини прошлог века на пољу кривичног права а то је што већа заштита основних права грађана у кривичном поступку у корист захтева за већом ефикасношћу у откривању и доказивању кривичних дела, и то посебно када је реч о кривичним делима организованог криминалитета. И управо полазећи од овога у нормирању као и у примени ових метода мора се стално имати у виду и њихова деликатност и опасност која се састоји у томе што оне веома лако могу да буду злоупотребљене и да дођу у оштар сукоб са одредбама о људским правима и основним слободама грађана које је правна држава нормирала у својим највишим правним актима а међународна заједница у својим многобројним општеобавезујућим правним прописима, а што даље може да доведе и до поремећаја равнотеже између општих интереса за ефикасношћу кривичног гоњења и заштите људских права па чак и да се претвори у средство нелегитимне репресије.

У прилог изузетне озбиљности организованог криминалитета и његовој изузетној опасности за друштво као целину, а тиме и у прилог схватања о неопходности предвиђања и предузимања и посебних метода за његово спречавање, откривање и доказивање говоре бројне активности које се предузимају и на међународном плану у вези са овом проблематиком. Наиме, и поред тога што је у неколико последњих деценија у све већем броју националних законодавстава присутна појава законских норми које се тичу примене посебних метода спречавања, откривања и доказивања кривичних дела која спаду у категорију организованог криминалитета било је нужно да таква тенденција добије и своје међународно утемељење. Сходно овоме, још 1988. године донета је Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета

група са приближно 40.000 чланова. (Види; Organized Crime Situation report 2004 - Focus on the threat of cybercrime, Council of Europe, Strasbourg, December 2004, p. 37.)

опојних дрога и психотропних супстанци,[12] ("Бечка конвенција") као први документ међународног карактера који предвиђа неку од специјалних истражних радњи. Наиме, чл. 11. Конвенције регулисана је техника контролисане испоруке (на међународном нивоу) као и механизми њене реализације. Слично овом, на неопходност примене посебних истражних мера када је у питању организовани криминалитет указала је и Конвенција УН против транснационалног организованог криминала[13] у чијем се чл. 20. под називом "Специјалне истражне технике" истиче да би државе потписнице требало "да предузму неопходне мере како би омогућиле одговарајуће коришћење контролисане испоруке и, тамо где процени да је то целисходно, коришћење других специјалних истражних техника, као што је електронско праћење или други облици надзора и тајне опсервације, од стране надлежних органа на њеној територији за потребе ефикасне борбе против организованог криминала." Или, на састанку потпредседника седам најразвијенијих земаља света одржаном у Русији 1996. године прихваћено је четрдест препорука за унапређивање сузбијања међународног организованог криминалитета, од којих се скоро једна четворина односи на правосуђе. У томе контексту посебно је наглашена потреба за бољом сарадњом по питању пружања кривичноправне помоћи, екстрадиције окривљених лица, заштите сведока и сл., а по питању норми које се односе на ову групу кривичних дела истакнута је потреба компатибилности истих у вези са одређеним стандардима.[14] Или, тзв. "Палермска конвенција" из 2000. године истакла је потребу држава потписница за предузимање потребних мера у циљу омогућавања исправне примене контролисаних испорука и других посебних истражних техника. Затим, у једногласно усвојеној резолуцији друге секције XVII Конгреса Међународног удружења за кривично право одржаног у Пекингу 2004. године, поред осталог, истакнуто је: "3. Држава треба да обезбеди сва могућа средства за ефикасну истрагу, судско гоњење и доношење одлука у вези са корупцијом и сродним кривичним делима; 4. Закон треба да предвиди одговарајуће методе истраге и оне могу у најозбиљнијим случајевима обухватити и тајне истраге и прислушкивање разговора; 5. Државе треба да размотре могућност давања олакшица лицима која сарађују у истрази и судском гоњењу корупције и сродних кривичних дела, а за лица осумњичена за извршење кривичног дела олакшице могу да обухвате изузеће од или

[12] Сачињена у Бечу 20. децембра 1988. год. ("Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори", бр. 14 / 1990.)

[13] Конвенција је усвојена на 55-тој сесији Генералне скупштине Уједињених нација 15. новембра 2000. године, а ратификована од стрне Југославије 6. септембра 2001. године ("Сл. лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 6/2001).

[14] Види: Др Божидар Бановић, Специјалне истражне радње и нове тенденције у савременој науци кривичног права, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005. год., стр. 497.

ублажавање казне; 6. Државе треба да заштите сведоке у случајевима корупције, а лица која пријаве дело корупције треба да буду заштићена од негативних последица; 7. Тајност загарантована у банкама не треба да буде препрека за извршавање истражних и привремених мера које су наређене од стране компетентног органа а које се односе на корупцију и сродна кривична дела у оквиру истраге унутар неке државе или као одговор на захтев за међународну законску помоћ; 8. Тајност пореских досијеа може бити укинута у истрагама озбиљних случајева корупције; 10. Имунитети, где су применљиви, не треба да спрече гоњење након истека службе прекршиоца закона; 11. У истрази, судском гоњењу и доношењу одлука везаним за корупцију и сродна кривична дела треба обезбедити адекватну заштиту, укључујући и судску контролу људских права, поготово права на приватност као и права на поштено суђење и права на одбрану".[15]

Циљ ових мера је јасан, а то је да се на један "флексибилан начин" дође до доказне грађе за откривање, расветљење и пресуђење конкретне кривичне ствари организованог криминалитета.

Имајући у виду предње изнесено које говори у прилог неопходности ових посебних метода и поступака и следећи искуства компаративног кривичнопроцесног законодавства и у наше кривичнопроцесно законодавство уведене су посебне методе откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета. На овај начин и наше кривчнопроцесно законодавство се, и по овом питању, прикључило читавом низу европских и других кривично-процесних законодавстава која су знатно пре нас озаконила посебне методе откривања и доказивања кривичних дела организованог криминалитета и на тај начин ухватила се у коштац са овим из дана у дан све опаснијим видом криминалитета. Посматрано са аспекта кривичнопроцесног законодавства на простору државне заједнице Србија и Црна Гора ове методе прописане су у: Законику о кривичном поступку Републике Србије, Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала Републике Србије и Законику о кривичном поступку Црне Горе.[16] Посматрано појединачно у те посебне методе откривања и доказивања кривичних дела организованог криминалитета спадају:

1. Надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање;
2. Симуловани правни послови
3. Мере контролисане испоруке
4. Прикривени иследник
5. Сведок сарадник

[15] Тачка V Резолуције II Секције (Корупција и сродна кривична дела у међународним пословним односима) XVII Конгреса Међународног удружења за кривично право, Пекинг, 2004. год.
[16] "Сл. лист РЦГ", бр. 70/2003.

6. Контрола пословних и личних рачуна и привремено одузимање предмета и имовинске користи
7. Тајно фотографисање и визуелно снимање на јавним местима и отвореним просторима;
8. Тајно фотографисање и визуелно снимање у приватним просторима;
9. Снимање разговора уз претходно информисање и сагласност једног од учесника разговора;
10. Компјутерско упоређивање података (тзв. "computer matchin", односно "rasterfahndung".

Правни основ за увођење ових метода и у наше кривичнопроцесно законодавство садржан је како у унутрашњем праву тако и у међународним правним актима које је ратификовала наша земља, а који предвиђају могућност озакоњења и примене оваквих метода. Ово из разлога што они сходно чл. 10. и чл. 16. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора не само да се непосредно примењују већ имају и примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица. Уз ово, правни основ за увођење ових мера садржан је и у чл. 24. ст. 3. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама где је такође дозвољено одступање од начела неповредивости тајне писма и других средстава општења и заштите приватности, ако је то неопходно због вођења кривичног поступка или одбране земље. Односно, и у чл. 19. ст. 2. Устава Републике Србије и чл. 30. Устава Републике Црне Горе.

Имајући у виду предње изнесено данас нико не оспорава оправданост постојања оваквих једних мера. Насупрот, са јачањем терористичких напада све је присутнија и појава ширења оваквих једних мера односно појава захтева за све већом улогом кривичног права у борби против оваквог једног друштвеног зла. Најбољи пример за то су најновије активности британске владе, као и Европске Уније уопште које се предузимају на овом пољу након терористичких напада у Лондону. Међутим, имајући у виду садржину ових метода (мера и радњи) као и међународна акта којима се штите слободе и права човека и грађанина, и то посебно оних која се тичу приватности једног лица (права на приватност, права на неповредивост тајности комуницирања)[17] а овим мерама се управо највише задире у зону заштићених и гарантованих слобода и права грађана у то присутан је, сасвим неспоран и још више оправдан, став да се исте могу да примењују само на основу закона односно да је закон којим се ограничавају слободе и права применом ових мера нужност у демократском друштву, с тим што то ниуком случају не даје право држави да неограничено подвргавају своје грађане примени ових метода. Насупрот, без обзира о којој мери овог карактера се ради нужно је, поред осталог, у њиховој примени

[17] У првом реду то су: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена 4. новембра 1950. године а ступила на снагу 3. септембра 1953. године и Међународни пакт о грађанским и политичким правима потписан 19. децембра 1966. године а ступио на снагу 1976. год.

обезбедити и механизме контроле и надзора самог поступка примене од стране судских органа што је и један од гараната поштовања начела законитости, и то све у циљу спречавања злоупотреба у примени истих. Ово из разлога што легитимност примене ових мера и радњи у конкретним кривичним стварима није довољан основ за њихову имплементацију, већ морају постојати и законом прецизно предвиђени услови и начин њихове примене, чиме се и сама борба против организованог криминалитета издиже на виши ново, на ниво својствен правној држави и демократским друштвима. Данас нема дилеме да у нормирању ових мера законодавац мора да води рачуна и о одређеним стандардима формулисаним кроз одређена начела [18]која се односе на неколико изузетно значајних питања ових мера, а то су пре свега следећа питања:

**1. Када прибећи примени ових мера** где као правило важи начело супсидијарнсти, што ће рећи да примена истих долази само у случају да се другим блажим мерама не може постићи жељени циљ, а то је спречавање, откривање и доказивање кривичних дела организованог криминалитета;

**2. Степен вероватноће као услов примене мере** (основи сумње или основана сумња да је неко лице извршило кривично дело), а што је и један од предуслова начела сразмерности повреде слобода и права грађана, и то пре свега њихове приватности на чему посебно инсистира Европски суд за људска права.

**3. Надлежност органа за одређивање и контролу примене мера** што је пре свега важно с обзиром на чињеницу да примена ових мера задире у сферу људских слобода и права више него што је то случај са другим кривичнопроцесним мерама уопште. И поред тога што у решавању овога питања, посматрано са аспекта компаративног кривичнопроцесног законодавства, постоје различита решења, а што превасходно зависи од тога да ли се ради о законодавствима која припадају континенталном или англосаксонском правном систему, ипак се може констатовати да је суд главни орган како одређивања тако и контроле примене ових мера, што је и сасвим нормално с обзиром на њихову природу.[19]

---

[18] Тако нпр. у резолуцији XVI Конгреса Међународног удружења за кривично право одржаном 1999. године у Будимпешти истакнуто је да се резултати, односно сазнања (чињенице) до којих се долази применом специјалних истражних радњи могу користити као доказ у кривичном поступку само у случају да су радње предузете у складу са **начелима: Легалитета** сходно којем примена ових мера мора бити изричито предвиђена (прецизно нормирана) законом; **Супсидијарности** (према којем примена оваквих мера долази у обзир само у случају да се блажим мерама не може остварити жељени циљ, а то је спречавање, откривање и доказивање ових кривичних дела); **Сразмерности** сходно којем треба да постоји сразмера између повреде слобода и права грађана применом ових мера и тежине кривичних дела у чијем откривању и доказивању се оне примењују, као и **начело судског надзора** према којем је суд једини орган који одобрава како примену ових мера тако и контролу законитости њихове примене. (Види: Resolutions adoptees lors du XVIeme Congres International de droit Penal Le XVIeme Congres international de droit penal s`est tenu a Budapest du 5 au 11 septembre 1999).

[19] Види: Проф. др Драго Радуловић, Специјалне истражне радње и ваљаност доказа прибављених предузимањем тих радњи у кривичном процесном законодавству Србије и Црне Горе и

**4. Време трајања мера.** Полазећи од чињенице да се овим мерама дубоко задире у приватност лица сасвим је исправан и став по којем је време трајања мера једно од кључних питања њиховог нормирања. Из ових разлога у закону, поред осталог, мора бити решено и питање времена трајања мере, а што треба да буде у зависности, пре свега, од њене врсте. Уз ово, посматрано са аспекта овог њиховог обележја посебно се инсистира на истицању њиховог супсидијарног карактера, односно на решењима која предвиђају укидање мере самим престанком потребе за њеном применом.

**5. Кривична дела и лица према којима могу бити примењене мере.** Једно од важних питања које законодавац у нормирању ових мера треба да реши јесте и питање каталога кривичних дела код којих може да дође до примене ових мера, односно и питање лица према којима ове мере могу да буду примењене. Када је реч о првом питању оно се, углавном, своди на три начина одређивања обима кривичних дела за која се могу одредити ове мере. То су: принцип каталога према којем се у закону тачно наводе кривична дела код којих долази у обзир могућност примене мера. Затим, ту је прнцип одређивања дела према висини законом предвиђене казне. Односно и систем комбинације двају предње истакнутих принципа.[20] Не упуштајући се у даљу разраду изнесених начела, и поред њиховог огромног значаја, треба само истаћи чињеницу да у конкретном законодавству обим кривичних дела за које се ове радње могу наредити не сме да буде ни узак (јер ефекти не би били очекивани) ни преширок будући да би се у томе случају ове методе изједначиле са традиционалним методама прикупљања доказа. Једном речју, битно је да буду обухваћена кривична дела код којих је прикупљање доказа традиционалним методама немогуће или у најмању руку скопчано са низом тешкоћа.

Посматрано са аспекта лица према којима могу да буду примењене мере треба пре свега констатовати да није спорно да у ову категорију лица спадају превасходно лица која су осумњичена за извршење кривичног дела у вези којег долази у обзир примена конкретне мере. Међутим, када је реч о другим лицима, тј. лицима која су у неком другом својству у вези са извршеним кривичним делом онда су како ставови теорије тако и решења у кривчнопроцесном законодавству, посматрано уопште, различита. Иста разлика је присутна и по питању тзв. случајних налаза тј. ситуација када се приликом примене одређене мере према лицу у односу којег је мера и наређена, открије и друго лице као учинилац, односно и по питању утицаја имунитета на примену одређене мере.[21]

**6. Имплементација мера.** Једно од питања које такође мора бити прецизно решено јесте и питање имплементације ових мера. Два су кључна разлога која

општеприхваћени правни стандарди, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2004. год., стр. 467.

[20] Види: Проф. др Драго Радуловић, Специјалне истражне радње.....стр. 468.

[21] О овоме види: Проф. др Драго Радуловић, Специјалне истражне радње.....стр. 471.

намећу неопходност законског решавања и овог питања. Први разлог лежи у садржају самих мера будући да исте дубоко задиру у приватност и друга најзначајнија људска права услед чега је изузетно важно не само у чијој је надлежности њихова имплементација већ и начин комуницирања тог субјекта са судом и тужилаштвом. Други разлог лежи у конспиративности мера, чији степен такође зависи и од органа задужених за њихову имплементацију.

**7. Начин и време обавештавања о примени мера**, и то посебно у случају када не дође до покретања кривичног поступка.[22]

**8. Доказна вредност чињеница до којих се дошло применом ових мера**, и то посебно у случају незаконито одређене или незаконито реализоване мере.[23]

## II. Поједине методе откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета

У вези са проблематиком поједини нових метода [24] откривања и истраге кривичних дела организованог криминалитета поставља се, пре свега, питање: Које су то конкретне мере и радње које се могу окарактерисати атрибутом појединих нових, специјалних, посебних метода[25] откривања и истраге појединих врста кривичних дела у која се у првом реду убрајају кривична дела организованог криминалитета? На основу анализе међународних правних аката која третирају ову проблематику, позитивног кривичнопроцесног законодавства уопште, а не само нашег, као и теоретских ставова по овом питању под тим новим, посебним, специјалним методама откривања и истраге кривичних дела

[22] У вези са овим питањем интересантан је став Европског суда за људска права који стоји на становишту да није неопходно без изузетка поставити правило о обавештавању лица које је било под присмотром, јер то може да угрози дугорочни циљ који је довео до присмотре. Међутим, тамо где нема оправданог разлога за изостављање обавештавања лица да је било под присмотром необавештавање би представљало повреду Европске конвенције о људским правима.

[23] О сличном становишту Европског суда за људска права по овим питањима види његову одлуку ES4P у случају Klass и други против Немачке од 6. септембра 1998. год. серија A28.

[24] И поред уобичајеног назива нове методе ипак се не ради о методама које су настале у најновије време развоја кривичноправне науке. Насупрот, ради се о методама које су коришћене још у време формирања модерних буржоаских држава у обавештајно-безбедоносној или криминалистичкој полицијској пракси, методама које су углавном коришћене у супротстављању политичким деликвентима а њихова примене у борби против тзв. "класичног" криминала сматрана је недопустивом из моралних, хуманих и других разлога због чега је била директно и законом забрањена. Међутим, за разлику од овог, оно што је ново код ових метода јесте њихова неспорна употреба у борби против организованог и других тешких облика криминалитета и став да се исте утврде законом, да се уреди њихова примена и контрола, с тим да се истовремено сачува и њихова ефикасност својствена још времену када је и само постојање ових метода представљало тајну.

[25] У компаративном кривчнопроцесном законодавству као и у кривичноправној теорију уопште присутни с различити називи ових метода. Нпр. "специјалне," "посебне`,` "прикривене", "тајне" и сл. Међутим, неовисно од назива, као њихово заједничко доминантно обележје, обележје по којем се разликују од традиционалних метода откривања и доказивања кривичних дела јесте њихова тајност, конспиративност предузимања.

организованог криминалитета подразумевају се: Надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање; Симуловани правни послови; Мере контролисане испоруке; Прикривени иследник; Сведок сарадник; Контрола пословних и личних рачуна и привремено одузимање предмета и имовинске користи; Тајно фотографисање и визуелно снимање на јавним местима и отвореним просторима; Тајно фотографисање и визуелно снимање у приватним просторима; Снимање разговора уз претходно информисање и сагласност једног од учесника разговора; Компјутерско упоређивање података.

Посматрано са аспекта њиховог садржаја све ове методе могуће је груписати у две групе. Једну групу чине мере тајне опсервације, односно надзора и снимања телефонских и других комуникација (случај нпр. са надзором и снимањем телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичким снимањима, тајним фотографи-сањем и сл.), док другу групу чине мере инфлитрације (убацивања, продора) у криминалну средину (Прикривени иследник, Симуловани правни послови и сл.).

## 1. Надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање

Надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање је мера која је, за разлику од низа компаративних кривичнопроцесних законодавстава, у наше кривичнопроцесно законодавство уведена тек Закоником о кривичном поступку из 2001. године.[26] Посматрано са аспекта њеног садржаја основне карактеристике ове мере огледају се у следећем:

1. Меру наређује истражни судија на писмени и образложени предлог јавног тужиоца, а основ њеног изрицања је постојање основа сумње да је конкретно лице само или са другим извршило кривично дело: против уставног уређења или

[26] У вези са овом мером треба имати у виду чињеницу да је у чл. 13. Закона о унутрашњим пословима Србије било предвиђено да председник Врховног суда, односно судија којег он одреди, може одлучити да се, на предлог републичког јавног тужиоца или министра унутрашњих послова, одступи од начела неповредивости тајне писма и других средстава општења према појединцима и организацијама, ако је то неопходно за вођење кривичног поступка или за безбедност или одбрану земље. На основу одлуке председника Врховног суда, министар унутрашњих послова одређује мере којима се према појединцима или организацијама одступа од начела неповредивости тајне писма и других средстава општења (чл. 13. ст. 1, 2 и 3. Закона о унутрашњим пословима Србије). Овај члан, као и одредбе чл. 11, 14 и 15. овог Закона престале су да важе на основу одлуке Савезног уставног суда којом је утврђено да су исте противуставне ("Сл. лист СРЈ", бр. 5/2001). Међутим, те одредбе су, скоро са неизмењеном садржином, пренете у Закон о безбедосно-информативној агенцији. (Види чл. 13-15. Закона о безбедосно-информативној агенцији - "Сл. гласник РС", бр. 42/2003).

безбедности; против човечности и међународног права; са елементима организованог криминала (фалсификовање и "прање" новца, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, недозвољена трговина оружјем, муницијом или експлозивним материјалима, трговина људима), давања и примања мита, изнуде и отмице;

2. У наредби истражног судије наводе се подаци о лицу против којег се мера примењује, основи сумње, начин спровођења, обим и трајање мере;

3. Трајање мере је ограничено на максимално шест месеци (три плус три месеца), с тим што се извођење мере прекида чим престану разлози за њену примену;

4. Законодавац је, поред предње наведеног, прописао и начин поступања са материјалом, односно снимцима прибављеним на овај начин, као и процесне санкције за незаконито прислушкивање и снимање.[27]

У вези са овако одређеном садржином ове мере која се, сасвим оправдано не доводи под знак питања, постављају се три питања која и на овоме месту заслужују да буду поменута. То су:

1. У нашој пракси а ни теорији нема спора да се мера како је формулисана у чл. 232. ЗКП односи не само на разговоре који се обављају путем телефона или другим техничким уређајима за вербалну комуникацију на даљину већ и на електронску пошту (E-Mail). Међутим, када је реч о надзирању непосредне вербалне комуникације (разговора у четири ока,тј. разговора при личном сусрету, односно непосредном контакту два или више лица на отвореном или затвореном простору, јавним или приватним просторијама) онда су мишљења подељена и резултат су непрецизности законске норме по овом питању. Имајући у виду значај ове врсте надзора за откривање и доказивање кривичних дела као и њихов утицај на загарантоване слободе и права човека уопште било би неопходно прецизно нормативно решити и ово питање, и то пре свега уз прецизно одређивање услова под којима се може реализовати. Два су начина решавања овог питања. Прво, његовим нормирањем као посебне радње доказивања, као истражне технике sui generis у односу на назор и снимање телефонских и других разговора и комуникација које се обављају посредством техничких помагала, као што је то случај са не малим бројем савремених кривичнопроцесних законодавстава.[28] Друго, прецизирањем одредбе чл. 232. ЗКП путем подвођења и ове радње под исту.

2. Каталог кривичних дела поводом којих се ова мера може применити одређен је Закоником и као такав не може се проширивати. Имајући у виду чињеницу да каталогом нису обухваћена сва кривична дела са елементима

[27] Види чл. 233. ЗКП.

[28] Случај нпр. са кривичнопроцесним законодавством САД, Немачке и сл. (Види: Б. Бановић, Обезбеђење доказа у криминалистичкој обради кривичних дела привредног криминалитета, Београд, 2002. год., стр. 300-301; Ж. Шачић, Организирани криминал - методе сузбијања, Загреб, 2001. год., стр. 118-119.

организованог криминалитета (случај нпр. са кривичним делима корупције) као и нека друга изузетно тешка кривична дела оправдано се може ставити под знак питања овакво једно решење. Чини се да постоје озбиљни криминално - политички разлози за проширивање каталога кривичних дела поводом којих би се ова мера могла применити. Случај нпр. са кривичним делима корупције уопште, а не само код примања и давања мита.

3. Трајање мере надзора и снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање временски је ограничено на шест месеци максимално. Ограничавање трајања мере је, из предње наведених разлога, више него оправдано. Међутим, исто тако, сасвим се оправдано може поставити и питање адекватности оваквог једног ограничења.Односно питање: Да ли би требало предвидети и дужи рок њеног максималног трајања? У прилог оправданости овако постављеног питања говоре две чињенице. Прво, решења у компаративном кривичнопроцесном законодавству где је у не малом броју случајева тај рок дужи [29] и пракса откривања криминалних активности организованих криминалних група која говори да се у року од шест месеци у не малом броју случајева не може постићи жељени циљ. Друго, време максималног трајања неких других веома сличних метода овој мери и то како посматрано са аспекта законом прописаних услова за њихову примену тако и по питању кривичних дела у циљу чијег се откривања и доказивања исте могу применити (случај нпр. са мерама из чл. 504љ ЗКП – пружање симулованих правних послова) које могу бити примењене и у трајању од 12 месеци, сасвим оправдано се може поставити питање: Који су то разлози који оправдавају овакве разлике у максималном трајању ових веома сличних мера? Чини се да их нема.

## 2. Симуловани правни послови

Симуловани правни послови су посебне оперативно криминалистичке мере намењене откривању, доказивању и спречавању кривичних дела организованог криминалитета. Две мере овог карактера присутне су у нашем кривично-процесном законодавству. То су: мера пружања симулованих правних услуга чија је примена углавном предвиђена за доказивање кривичних дела примања мита и мера склапања симунолованих правних послова намењена превасходно откривању и доказивању кривичних дела трговине дрогама.

Поступак примене ових мера заједнички је уређен са неколико других мера овог истог карактера, што говори о њиховој сличности. Реч је о мерама симулованих правних послова и мери контроле пословних и личних рачуна, ангажовања прикривеног иследника, контролисане испоруке, а делимично и

[29] Случај нпр. са Законником о казненом поступку Хрватске.

мери назора и снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичким снимањима.

Заједничка карактеристика ових мера јесте што су оне намењене искључиво откривању, доказивању и спречавању кривичних дела организованог криминалитета. Као последица овакве њихове специфичности изричито је прописано да се подаци прикупљени применом ових мера који се односе на кривична дела која не представљају дела организованог криминалитета не могу користити у кривичном поступку који се води за то кривично дело.[30]

Два су кумулативно прописана услова за примену ових мера. Прво, да постоје основи сумње (индиције) да одређено лице само или са другим лицима припрема кривично дело организованог криминалитета, што значи да постоје основи сумње да то лице припада криминалној организацији за вршење кривичних дела. Прописивањем оваквог једног услова дошло је до одступања од општег правила предвиђеног у чл. 225. ст. 1. ЗКП према којем се радње у преткривичном поступку предузимају тек када постоје основи сумње да је извршено кривично дело, што само по себи даље говори како о карактеру ових радњи тако и о степену опасности кривичних дела чијем су спречавању, откривању и доказивању намењене исте. Друго, да се дело организованог криминалитета на други начин не би могло открити, доказати или спречити или би то било повезано са знатним тешкоћама.

На основу анализе предње прописаних услова може се закључити да су они по прилично непрецизни и да као такви дозвољавају и одређени степен произвољности и самовоље у њиховој примени. Ако се овоме дода и проблем непрецизности самог појма "организовани криминалитета"[31] онда ова целокупна проблематика још више добија на својој актуелности.

Поред предње изнесеног, у Законику је прописан како начин примене мера тако и максимални рок њиховог трајања, као и поступање са материјалима добијеним применом истих.[32]

У вези са предње изнесеним особеностима ових мера пажњу залужује једно питање. То је: Да ли је потребно обавезивати органе унутрашњих послова да посебан извештај о реализацији мере достављају и истражном судији и јавном тужиоцу? Ово тим пре што је у ст. 3. чл. 504м ЗКП прописано да се уз тај извештај доставља целокупна документација фотографског, видео, аудио или електронског записа као и сви други докази које је применом мере прикупио орган унутрашњих послова само јавном тужиоцу а не истражном судији.

---

[30] Чл. 504н ст. 3. ЗКП.

[31] Види: Проф. др Ђорђе Лазин, ПРАВНА ДЕФИНИЦИЈА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА И ЊЕН ПРАКТИЧАН ЗНАЧАЈ, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2004., 57-79.

[32] Види чл. 504љ, 504м и чл. 504н ЗКП.

## 3. Мере контролисане испоруке

Једна од незаобилазних мера када је реч о организованом илегалном транспорту опојних дрога као и кријумчарењу других врста роба попут оружја, муниције, новчаних средстава, злата, аутомобила и сл. јесте и мера контролисане испоруке. Применом ове мере одгађа се за један временски период пресецање кријумчарских канала и лишавање слободе лица које је непосредно укључено у криминалне активности, и то све у циљу откривања још увек непознатих и по правилу главних учинилаца кривичног дела, а тиме и у циљу што потпунијег спровођења истраге.[33] На овај начин применом ове мере већ постојећа знања о самом транспорту као и лицима која га обављају продубљују се и конкретизују доводећи до кажњавања свих учесника у овим криминалним активностима које неретко имају међународни карактер.

Посматрано у односу на друге мере овог карактера три су њене специфичности, и оне се огледају у следећем:

1.Мером контролисане испоруке, у намери постизања предње изнесеног циља,дозвољава се да нелегалне или сумњиве пошиљке изађу, пређу или уђу на територију једне или више држава, уз знање и под надзором њихових надлежних органа;

2.За разлику од других мера овог карактера ову меру одобрава јавни тужилац, и то за сваку испоруку посебно;

3.Међународни правни акт (Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци[34]) представља непосредан извор процесног права. Ово из разлога што се контролисана испорука спроводи по правилима чл. 11. ове Конвенције, уз сагласност држава и принцип реципроцитета (чл. 504о ст. 2. ЗКП).[35]

---

[33] Према подацима ЕУРОПОЛА у 2000 истрага које су у оквиру ове организације предузете у вези са криминалом злоупотребе дрога, у више од 100 случајева примењена је техника контролисане испоруке која се показала веома ефикасном и уродила, чак шта више, и хапшењем и самих организатора криминалних делатности (Види: Harman,A. Europol, Law Order, Wilmette; Nov 2000, p.73).

[34] Усвојена 20. децембра 1988. год, а ступила на снагу 11. новембра 1990. године, а у односу на нашу земљу 3. априла 1991. године (Види:`Сл. лист СФРЈ"- Међународни уговори, бр, 14/1990).

[35] Чланом 11. ове Конвенције предвиђено је, поред осталог, да се на међународном нивоу користе контролисане испоруке ради индетификовања лица умешаних у прекршаје утврђене у складу са чл. 3. ст. 1. Конвенције и предузимања законских мера против њих. Затим, сходно чл. 3. ст. 1. Конвенције, свака страна потписница усваја неопходне мере да се њеним законима утврде као кривична дела, спречавају и сузбијају бројне противправне радње наведене у овим одредбама Конвенције, и то све у циљу што ефикаснијег супротстављања ширењу опојних дрога и психотропних супстанци. Даље, према чл. 11. ст. 2 и 3. Конвенције одлуке о коришћењу контролисане испоруке доносиће се договорно од случаја до случаја, а незаконите пошиљке могу се ухватити и може се дозволити да наставе пут са опојним дрогама или психотропним супстанцама недирнутим или уклоњеним или замењеним у целини и или делимично.

Полазећи од изнесених обележја ове мере, као и циља који треба да се постигне применом исте чини се да две ствари у вези са истом треба ставити под лупу критичког разматрања. Прва се тиче замене незаконите пошиљке, а друга обима примене ове мере. Што се тиче могућности замене незаконите пошиљке предвиђене чл. 11. ст. 3. споменуте Конвенције чини се да би иста морала да буде нормативно конкретизована и разрађена. Ово тим пре што ни касније усвојена Конвенција УН против транснационалног организованог криминала из 2000. године [36] која такође предвиђа да приликом контролисане испоруке роба буде у целини или делимично замењена исте ближе не разрађује.[37] Конкретизација мере је неопходна, пре свега, у циљу спречавања њене злоупотребе.

Посматрано са аспекта обима могуће примене ове мере треба, пре свега,констатовати да је њена примена ограничена на активности организованог криминалитета са међународним обележјем, (на територији најмање две државе, уз њихову сагласност и принцип реципроцитета). Питање је: Колико је овакво једно ограничење кримнално политички оправдано? Неоспорно је да поред случајева контролисаног транспорта из иностранства у земљу, из земље у иностранство и контролисаних транспорта у транзиту кроз земљу могу да постоје и контролисани транспорти унутар саме земље, што би морало да буде узето у обзир у нормативној разради ове мере.

## 4. Прикривени иследник

Једна од посебних, посматрано са аспекта нашег процесног законодавства, нова оперативно - криминалистичка мера за откривање, доказивање и спречавање организованог криминалитета јесте и мера ангажовања прикривеног иследника. Суштина ове мере се своди на тајно и легендирано инфлитрирање лица запосленог у државним органима у одређену средину према којој је усмерено дејство полиције у борби против криминалитета.

Под претпоставком испуњења услова који су заједнички за могућност било које од мера из чл. 505љ[38] прикривеног иследника одређује министар надлежан за унутрашње послове или лице које он одреди, а његово ангажовање у конкретном случају одобрава истражни судија посебном наредбом.

Посматрано у односу на друге мере са којима је заједнички норми-рана, четири су специфичности ове мере.

---

[36] Конвенција и допунски протоколи утврђени су у Палерму од 12-15. децембра 2000. године, а од стране наше земље прихваћена Законом о потврђивању Конвенције и допунских протокола ("Сл. лист СРЈ међународни уговори", бр. 6/2001)

[37] Чл. 20. ст. 4. Конвенције само је прописано " Одлуке о коришћењу контролисане испоруке на међународном нивоу могу, уз пристанак држава потписница које су у питању, да обухвате и методе као што је претресање робе и дозвољавање да роба продужи нетакнута или да буде уклоњена или замењена у целини или делимично".

[38] Види текст под 2 (Симуловани правни послови)

Прва специфичност тиче се лица које може бити ангажовано у својству прикривеног иследника. Ценећи према садржају чл. 504њ ст. 2. ЗКП то може бити било које лице запослено у државним органима а не само припадник полиције. Овакво једно законско решење подложно је критици. Сматра се да је оно прешироко и да дозвољава ангажовање не само припадника полиције већ и радника запослених у другим државним органима у овом својству. Имајући у виду чињеницу да се ради о изузетно осетљивој установи, установи чији резултат зависи, у највећем степену, од стручно-професионалних као и других карактеристика саме личности прикривеног иследника чија је улога изузетно комплексна то се сматра, чини се не без разлога, да у овом својству може да буде ангажован само припадник полиције а не и радник било којег другог државног органа, а што је садашња законска могућност. Овакво једно законско решење не искључује само по себи могућност коришћења у раду полиције и тзв. информатора, тј. лица која потичу из криминалне средине што је иначе и уобичајена и сасвим оправдана пракса у оперативном раду полиције[39], с тим што њихова улога и задатак мора да буде сасвим другачија од улоге и задатка прикривеног иследника.

Друга специфичност овог института огледа се у процесном карактеру радњи прикривеног иследника. По своме процесном карактеру ове радње су неформалне. Изузетак је само случај када прикривени иследник буде саслушан као сведок у кривичном поступку, а што би по природио ствари требало да буде изузетак а не правило. Имајући у виду разлог озакоњења овог института као и циљ ангажовања прикривеног иследника овакав процесни карактер његових радњи је сасвим оправдан услед чега одређени предлози за давање процесне вредности истим као правила[40] чини се да немају оправдања. Овој особености додајмо и то да ће се саслушање прикривеног иследника обавити тако да се не открије његов идентитет, односно да подаци о идентитету прикривеног иследника који се саслушава као сведок представљају службену тајну.[41]

Треће, максималан рок ангажовања прикривеног иследника је дванаест месеци.[42] Полазећи од чињенице да је примарни циљ прикривеног иследника

[39] Случај нпр. са Немачком где постоје законски прописи о тзв. поверљивим лицима (V-Leute ili V-Personen) када се њихов исказ користи посредно као доказ на индиректан начин путем саслушања службеника полиције који говори о својим информацијама прибављеним од повереника са добрим контактом у криминалној средини, односно са човеком из саме криминалне средине. – Реч је о тзв. "сведоку по чувењу", односно "дериватвном сведоку" (Види: F.C. Schroder, Strafprocesrecht, 2. neubearbeitete Auflage, Verlangsbuchhandlung " C.H. Beck`sche ", Munchen, 1997, стр. 159-160; U. Eisenberg, Beweisrecht der StPO - Strafproceskommentar, 4. vollstandig uberarbeitete und verschiedentlich erweiterte Auflage, Verlag ,,C.H.Beck," Munchen, 2002. стр. 386-388).

[40] Слободан Милетић, Прикривени иследник и контролисане испоруке, Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2005. год., стр. 485.

[41] Чл. 504.њ ст. 4. ЗКП

[42] Чл. 504.љ ст. 3. ЗКП

обезбеђивање доказа а секундарни прикупљање информација то наилазимо на предлоге за предвиђање дужег максималног рока његовог евентуалног ангажовања, чак и до три године.[43] И поред тога што се ради о изузетно осетљивој установи чини се да се циљеви његовог ангажовања могу постићи и у року од дванаест месеци његовог ангажовања услед чега залагање за овако драстично продужавање максималног рока његовог ангажовања чини се да нема оправдања. Ово свакако под претпоставком да се у својству прикривеног иследника ангажује само лице које с обзиром на своје професионалне и друге личне карактеристике одговара захтевима који се постављају пред њега.

Једно од изузетно актуелних питања које се јавља у вези са овим институтом, а које је последица његове суштине, јесте и питање: Да ли прикривени иследник сме или не да врши кривична дела условљена средином у коју је уграђен (проба, доказивање лојалности и сл)? И поред постојања различитих мишљења по овом питању, као и неких законодавстава која дозвољавају и супротно[44], прикривени иследник мора деловати само у оквирима закона. Не сме да врши кривична дела нити друге противправне делатности, јер у противном подлеже кривичној одговорности. Овакво становиште је сасвим исправно и поред тога што то може да буде и један од главних проблема у његовом ангажовању, с обзиром на чињеницу да се врло често "доказивање међу криминалцима и права лојалност врши управо предузимањем противзаконитих радњи".

## 5. Сведок сарадник

Када је реч о области доказивања организованог криминалитета као незаобилазан институт јавља се институт сведока сарадника, односно институт тзв. "крунских сведока". Искуства у откривању и доказивању ове врсте криминалитета већ подавно су показала да без коришћења овог института нема жељеног успеха у не малом броју случајева. Под утицајем ових искустава и решења присутних у компаративном кривичнопроцесном законо-давству најразвијенијих земаља, и у наше креивичнопроцесно законодавство изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2004. године коначно је уведен

[43] Види: Слободан Милетић, Прикривени иследник и контролисане испоруке.....стр. 486.

[44] Случај нпр. са САД где постоји могућност да тајни агент "учествује у извршењу кривичног дела ван законом одређених случајева крајње нужде или нужне одбране, ако је то неопходно за остваривање циљева његове прикривене мисије. Наиме, према Смерницама Врховног тужиоца у вези са тајним операцијама, којима се отклања противправност одређених кривичних дела (ненасилних) извршених од стране тајних агената неопходно је да буду пуњени следећи услови. То су: Прво, да је то неопходно за прикупљање информација или доказа до којих је немогуће доћи другачије осим кроз нелегалне активности; Друго, да је то нужно за успостављање или одржавање кредибилитета тајног агента; и Треће, да је предузето у циљу спречавања смрти или тешке телесне повреде. (Види: The Attorney General`s Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercovers Operations: Интернет: www: //usdoj.gov/fbiundercover.pdf).

овај институт. Посматрано са аспекта нашег позитивног кривичнопроцесног законодавства његове основне карактеристике се огледају у следећем:

Прво, својство сведока сарадника може добити припадник криминалне организације против којег је поднета кривична пријава или се води кривични поступак за дело организованог криминала на предлог јавног тужиоца, а под претпоставком испуњења следећих услова. То су: да постоје олакшавајуће околности на основу којих се према кривичном закону може ослободити од казне или му се казна може ублажити и ако је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавање других кривичних дела криминалне организације претежнији од штетних последица кривичног дела које је учинио.[45]

Друго, одлуку по предлогу јавног тужиоца доноси суд, и то у истрази и до почетка главног претреса ванрасправно веће суда а на главном претресу веће пред којим се одржава главни претрес. Против решења већа којим се предлог јавног тужиоца одбија жалбу може изјавити јавни тужилац и одлуку по тако изјављеној жалби доноси виши суд у року од три дана од пријема жалбе и списа првостепеног суда. У случају да се усвоји предлог јавног тужиоца из списа се издвајају записници и службене белешке о ранијим исказима сведока сарадника које је дао као осумњичени или окривљени, и они се, по правилу, не могу употребити као доказ у кривичном поступку;[46]

Треће, сведок сарадник који је дао исказ у складу са преузетим обавезама ослобађа се кривичне одговорности. У таквом случају кривично гоњење изостаје за кривично дело сведока сарадника за које се води (преткривични или кривични) поступак, тј. за кривично дело поводом којег је поднета кривична пријава, покренута истрага или пак подигнута оптужница. Услед овог, у случајевима када је већ покренут кривични поступак против сведока сарадника а он да исказ у складу са преузетим обавезама јавни тужилац је дужан да одустане од кривичног гоњења према њему, а суд да изрекне пресуду којом се оптужба одбија. Насупрот овом, сасвим другачија ситуација је у случају да сведок сарадник не поступи у складу са преузетим обавезама или пак ако пре правноснажно окончаног кривичног поступка изврши ново кривично дело. У таквом случају предвиђена је санкција за сведока сарадника и она се састоји у покретању или пак настављању поступка према њему за раније извршено кривично дело, односно за то и новоизвршено кривично дело.[47]

Имајући у виду предње речено, институт сведока сарадника који као што смо то видели представља новину у нашем кривичнопроцесном законодавству и поред низа контравезности присутних у кривичном процесном праву по његовом питању уопште[48] не би смео да се доводи под знак питања. Међутим, на

[45] Чл. 504д ст. 1. ЗКП
[46] Чл. 504е ст. 2 и 3. ЗКП.
[47] Чл. 504з и чл 504и ЗКП
[48] Види: Др Јован Ћирић, Сведок сарадник, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 1/2004, стр. 79-97.

основу детаљне анализе његовог регулисања у нашем позитивном кривичнопроцесном законодавству добија се утисак да се у његовом нормирању пришло поприлично брзо и невољно аргументовано. Из ових разлога, по питању истог било би неопходно извршити не мале интервенције и путем истих отклонити не мали број негативности и нелогичности присутних у позитивним нормама посвећеним истом, и то све по угледу на решења присутна у највећем броју савремених кривичнопроцесних законодавстава по овом питању[49]. Међу бројним питањима која би било неопходно ставити под лупу струке посебну пажњу заслужују следећа питања:

Прво је питање услова под којима једно лице може да добије својство сведока сарадника будући да услови из садашњег Законика не пружају довољно гаранција за једну реалну процену целисходности да ли одређеном лицу треба или не дати својство сведока сарадника, а и питање је колико су исти у складу са самом природом овог института. Случај нпр. са "постојањем олакшавајућих околности" као условом да одређено лице постане сведок сарадник. Неоспорно је да се такве околности као критеријум одмеравања казне могу поуздано да утврде само на основу изведених доказа у комплетно спроведеном кривичном поступку а не и након самог подизања кривичне пријаве. Или, случај са условом да је лице "припадник криминалне организације" који је потпуно неспојив са претпоставком невиности која неминовно мора да постоји у поступку одлучивања о давању или недавању одређеном лицу својства сведока сарадника. Затим, омогућавање и суорганизатору криминалне групе као и лицу које нпр. није организовало али је дуго времено руководило криминалном групом да добије својство сведока сарадника, а тиме и привилегије које са собом носи то својство није кримина-лнополитички оправдано и сл.

Друго питање тиче се самог поступка за стицање и губитак својства сведока сарадника у којем би, поред осталог, требало посветити посебну пажњу улози оштећеног лица у том поступку. Ово из разлога што је оно изузетно заинтересовано за кривично гоњење лица које је у односу на њега извршило кривично дело, а није у складу ни са захтевима елементарне правичности да се оно потпуно лиши таквих могућности и да ни на било који начин не утиче и тражи преиспитивање одлуке суда и тиме у било којем виду утиче на исту. Услед овог, чини се да и у овом поступку оштећени не сме бити потпуно лишен било какве процесне улоге, а што је случај сада. У најмању руку морало би му се дати право изјављивања жалбе на одлуку суда којом је одређеном лицу додељено својство сведока сарадника.

Затим, посматрано са аспекта самог поступка стицања својства сведока сарадника оправдано се може ставити под знак питања и одредба чл. 504е ст. 2. ЗКП према којој се на седницу већа на којој се доноси одлука о сведоку

[49] Случај пре свега са кривичнопроцесним законодавством Италије, Немачке и САД.

сараднику само позивају, што значи да њихово присуство није обавезно, јавни тужилац, лице предложено за сведока сарадника и његов бранилац, и сл.

Треће, најактуелније питање у вези са овим институтом је питање кривичне одговорности сведока сарадника у случају када пред судом да исказ у складу са преузетим обавезама. Чини се да би садашње решење по којем се оно аутоматски ослобађа од кривичног гоњења морало да претрпи најрадика-лније измене, и то на тај начин што би као правило важило његово блаже кажњавање, а аболиција само као изузетак.[50]

Четврто је питање криминалнопиополитичке оправданости одредбе чл. 504и ст. 2. ЗКП према којој у случајевима када се у току поступка открије било које раније извршено кривично дело сведока сарадника јавни тужилац поступа у складу са одредбама које се односе само на дело организованог криминалитета. Сасвим оправдано је питање: Да ли у случају да се ради о раније извршеном а ново-откривеном класичном, обичном кривичном делу сведока сарадника, а не и о кривичном делу организованог криминалитета, треба поступати по одредбама које се односе само на организовани криминалитет или пак у таквом случају јавни тужилац треба да поступа по општим правилима? Чини се да друго решење има далеко више оправдања.

## 6. Контрола пословних и личних рачуна и привремено одузимање предмета и имовинске користи

Једна од мера намењених откривању и доказивању кривичних дела организованог криминалитета је и мера контроле пословних и личних рачуна и привременог одузимања предмета и имовинске користи. Њена суштина се огледа у праву јавног тужиоца да захтева да надлежни државни орган, банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања одређених лица и да му достави документацију и податке који могу послужити као докази о кривичном делу или имовини прибављеној кривичним делом, као и обавештења о сумњивим новчаним трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалном. Даље, под истим овим условима јавни тужилац има правио да наложи да надлежни државни орган или

[50] Овакво једно решење не само да би било правично већ би било и у складу са решењима, углавном, присутним у компаративном кривичнопроцесном законодавству. Тако нпр. у Италији се "сведоци правосуђа" (pentiti), односно покајници кажњавају казном умањеном за једну половину или једну трећину (Види:C. Ruga Riva, Kronzeugenregelung: Die italienischen Erfahrungen, in:V. Militello, J. Arnold und L.Paoli (Hrsg), Organisierte Kriminalitat als transnationales Phahnomen - Erschheinungen, Pravention und Represion in Italien, Deutschland und Spanien, MPI, Frebiurg im Br., 2000, стр. 321-325). Или, у САД постоји тзв. нагодба између тужиоца и окривљеног уз претходно преговарање о признавању кривице. (Види: D. Hall, Criminal Law and Procedure, " Lawyers Cooperative Publishing", "Delmar Publishers", New York, 1992, стр. 312 и 453).

организација привремено обустави исплату, односно издавање сумњивог новца, вредносних папира или предмета.[51]

У вези са овом мером пажњу заслужују три питања. Прво питање се тиче односа ове мере и радње доказивања у редовном кривичном поступку из чл. 234. ЗКП. Друго, међународног правног акта као непосредног извора процесног права, а треће питање је питање трајања ове мере.

Што се тиче првог питања треба пре свега констатовати да и поред њихове велике сличности која се огледа превасходно у њиховом садржају и њиховом крајњем заједничком циљу ипак се ради о двема различитим мерама. Њихове разлике се огледају у следећем:

Прво, мера из чл. 504к ЗКП може бити примењена само у поступку за кривична дела организованог криминалитета, док мера из чл. 234. ЗКП је предвиђена за сва кривична дела за која је законом прописана казна затвора у трајању од десет година или тежа казна;

Друго, потребни подаци у смислу мере из чл. 504к ЗКП достављају се само на захтев јавног тужиоца, док у случају мере из чл. 234. ЗКП подаци се достављају по наредби коју издаје истражни судија на захтев јавног тужиоца.[52] Међутим, и поред овлашћења из овог члана јавни тужилац може предложити истражном судији и примену мере из чл. 234., што је такође још једна потврда заједничког циља и једне и друге мере. Овоме додајмо да и у једном и у другом случају тј. и наредба јавног тужиоца код мере из чл. 504к, као и наредба истражног судије код мере из чл. 234. ЗКП представља у ствари основ за ослобођење од дужности чувања пословне тајне службених и одговорних лица у банкарским, финансијским и сл. организацијама, на чије су чување иначе дужни по прописима о тим организацијама.

Друго, слично мери контролисане испоруке из чл. 504о ЗКП и код ове мере међународни правни акт (Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом[53]) предвиђен је као непосредни извор процесног права.

Треће, у чл. 504к ЗКП није одређен рок трајања појединих мера које се не реализују једнократним достављањем података јавном тужиоцу. Случај, пре свега, са мером из ст. 2. овог члана (Привремена обустава исплате, односно издавања сумњивог новца, вредносних папира или предмета) услед чега се поставља питање максималног времена њиховог трајања. Ово пре свега из разлога што трајање ове као и њој сличних других мера мора да буде временски ограничено. У недостатку директне одредбе, а што је једна од негативности самог Законика, решење треба тражити у сходној примени, по овом питању,

[51] Чл. 504к ст. 1 и 2. ЗКП

[52] Иста ситуација је и са мером из чл. 504љ ЗКП

[53] Реч је о Конвенцији Савета Европе (ETS No.141) усвојеној 8. новембра 1990. године, а ступила на снагу 1. септембра 1993. године. Конвенција је ратификована, под одређеним условима, и од стране наше земље (Види: "Сл. лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 7/2002).

одредбе чл. 504љ ст. 3. ЗКП. Два су разлога за то. Прво, што се одредба о максималном трајању мера из чл. 504љ ЗКП односи и на меру из чл. 234. која као што смо то видели у не малом степену одговора мери из чл. 504к ЗКП. Друго, мера из чл. 504к ЗКП по низу својих карактеристика, а посебно према циљу њеног предузимања је најсличнија мерама из чл. 504љ ЗКП. Овоме додајмо и то да из истих ових разлога и на меру из чл. 504к ЗКП, по питању садржаја наредбе јавног тужиоца, који такође није прописан, треба аналогно примењивати одредбе ст. 2. чл. 504љ ЗКП које регулишу питање садржаја наредбе истражног судије.

## III. Закључна разматрања

Полазећи од основних обележја организованог криминалитета, а то су: сложеност његове структуре, мобилност, велики степен организованости, велика економска моћ, настојање да се повеже са носиоцима државне власти, еластичност, прилагодљивост новонасталим друштвеним околностима, прилагодљивост развоју технике, значајна "тамна бројка" и сл., поодавно је постало кристално јасно да је кривично право не свемоћно али ипак један од моћних инструмената борбе против истог. Чак шта више, са ширењем организованог криминалитета и ширењем његове бруталности до незамисливих граница јачају и захтеви за повећањем улоге кривичног права у борби против истог. Међутим, истовремено са оваквим приступом по питању улоге кривичног права на пољу борбе против ове рак ране савременог човечанства присутно је, већ поодавно, сасвим оправдано мишљење да су класичне методе откривања и доказивања кривичних дела редовнога (општег) кривичног поступка постале недовољне и неефикасне када је реч о организованом криминалитету. Услед овог, јавила се неминовност њихове допуне и замене новим методама које се односе на употребу техничких средстава односно специјалних истражних радњи и мера као што су прислушкивање телефонских разговора и контрола других видова комуникација, оптичка снимања лица и простора, електронско праћење, тајно полицијско учествовање путем симуловане куповине и продаје, ангажовање прикривеног иследника и сл. Једном речју, јавила се неопходност примене метода које, поред осталог, омогућавају тајност деловања и надзирања организованог криминалитета, метода која се граниче са методама обавештајне делатности, метода које дозвољавају инфлитрацију полиције у структуре злочиначких организација. Односно, јавила се неопходност и формирања специјалних државних (полицијских, тужилачких и судских) органа за борбу против овог облика криминалитета и давања истим већих овлашћења у односу на овлашћења таквих органа у редовном кривичном поступку. Коришћење оваквих метода, формирање специјалних државних органа и давање већих овлашћења истим јавља се као нужност јер без тога није могуће успешно одговорити изазовима организованог криминалитета који из дана у дан постаје све опаснији и бруталнији. Имајући све ово у виду коришћење тих нових

механизама и института кривичног процесног права представља тренд који је изузетно присутан у великом броју савремених кривичнопроцесних законодавстава демократских држава међу које, однедавно, посматрано са овога аспекта, спада и наша држава. Међутим, имајући у виду садржину ових мера којима се највише задире у зону заштићених и гарантованих слобода и права грађана, као и међународна правна акта којима се штите ова добра цивилизације, присутан је, сасвим неспоран и још више оправдан, став да се ове методе могу применити само на основу закона, односно да је закон којим се ограничавају слободе и права путем ових метода и мера нужност у демократском друштву, с тим што то ниуком случају не даје право држави да неограничено подвргава своје грађане примени ових метода. Насупрот, без обзира о којој мери овог карактера се ради нужно је, поред осталог, у њиховој примени обезбедити и механизам контроле и надзора самог поступка примене од стране органа што је и један од гараната поштовања начела законитости, и то све у циљу спречавања злоупотреба у примени истих. Ово из разлога што легитимност примне ових метода, мера и радњи у конкретним кривичним стварима није довољан основ за њихову имплементацију, већ морају постојати и законом прецизно предвиђени услови и начини њихове примене, чиме се и сама борба против организованог криминалитета издиже на виши ниво, на ниво својствен правној држави и демократским друштвима. Ни у случају организованог криминалитета, и поред таквог степена његове опасности за друштво као целину, не могу се оправдати решења која би била на линији слабљења принципа правнодржавног кривичног права, решења која би представљала кршење људских права у обиму већем од нужног за реализацију задатака кривичног процесног односно кривичног права уопште. Данас нема дилеме да у нормирању ових метода законодавац мора да води рачуна и о одређеним стандардима израженим у начелима легалитета, супсидијарности, сразмерности и судског надзора.

С обзиром на предње изнесено јасно је да постојање ових метода, мера и радњи, као и њихова практична примена не могу бити, ни у једном случају, стављени под знак питања. Међутим, посматрано са аспекта нашег кривично-процесног законодавства то ниуком случају не значи да су постојећа нормативна решења и механизми њихове примене такви да ништа не треба мењати. Насупрот, у раду на предстојећој реформи нашег кривичнопроцесног законодавства неопходно је, по питању ових метода, предузети следеће интервенције. То су:

Прво, отклањање непрецизности и неодређености појединих норми и услова за примену појединих мера и института овог карактера и на тај начин што потпунија афирмација принципа правне сигурности и отклањање могућности злоупотреба и арбитрерности у примени ових мера, а што постојеће норме не обезбеђују у потребном степену. Ово не само због непрецизности и неодређености одређених норми које се тичу појединих од ових метода већ и због саме непрецизности појма организовани криминал на који се односе ове

методе, а што још више говорити о неопходности предузимања оваквих једних интервенција;

Друго, проналажење инструмената и мера које ће допринети већој заштити учесника кривичног поступка, а посебно већој заштити интереса оштећеног лица. Ово из разлога што је оно изузетно заинтересовано за кривично гоњење лица које је у односу на њега извршило кривично дело, а није у складу ни са захтевима елементарне правичности да се оно потпуно лиши могућности да у било којем виду утиче на одлуке о примени ових метода, да буде лишено било какве улоге у томе поступку, а што је углавном случај сада;

Треће, предвидети ефикасне механизме контроле примене појединих од ових метода, и на тај начин ако не у потпуности искључити онда свести на минимум могућност злоупотребе и арбитрерности у њиховој примени;

Четврто, отклонити међусобну неусаглашеност између Законика о кривичном поступку као lex generalisa и других законских текстова као lex specialisa по питању ових метода, и на тај начин искључити ничим оправдан различит приступ у регулисању овог питања од стране истог законодавца, а што је случај сада.

*Stanko Bejatovic, a full-time professor*

## CRIMINAL PROCEDURE ISSUES RELATED TO NEW INVESTIGATION METHODS IN DISCOVERING CRIMINAL ACTS OF ORGANIZED CRIME

This work considers the issues related to new methods used for discovering the criminal acts and for investigating these crimes from the aspect of criminal procedure. For the purpose of analyzing the structure of this matter, these issues are divided into two groups of questions and corresponding conclusive considerations. The first set of questions deals with the problem of how to define, justify, determine and regulate these new methods in criminal investigation from the point of law. The basic conclusion reached after a thorough analysis of this set of questions is given in the form of an author's opinion that these methods are absolutely justified, first of all from the point of view of the nature and weight of the organized crime. However, the author has to emphasize that, when discussing and analyzing this set of questions, special attention should be paid to a precise definition of the scope and conditions for applying these new investigation methods, as well as a concrete definition of the length of their duration and the bodies authorized for their application. The reasons for this can be found in the fact that their inadequate or excessive application can lead to a violation of human rights and liberties. Therefore, their application should be restricted to a scope necessary for obtaining the prescribed objective.

The second set of questions deals with an individual analysis of these new investigation methods in discovering organized crime, such as a simulation of legal acts, the measures of controlled deliveries, a detective in disguise, a witness protection, etc.

*Др Снежана Соковић,*
*редовни професор*

***UDK**: 343.9:339.923:061.1EU*

# ИСКУСТВА КОНТРОЛЕ ТЕШКИХ ОБЛИКА КРИМИНАЛИТЕТА У СИСТЕМУ ПРАВА ЕУ

I. *Систем права ЕУ и контрола криминалитета* - Европска међудржавна сарадња у кривичним стварима почиње оснивањем Савета Европе 1949. године, који као циљ, између осталог, има и тражење решења за проблеме са којима се суочава Европа, као што су дискриминација мањина, ксенофобија, нетолеранција, заштита животне средине, дрога, организовани криминалитет, а у новије време и клонирање људи и сида.[1] У почетку се овај процес одвија путем конвенција, споразума и препорука. Најважнији иницијални кораци ове сарадње јесу Конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године, затим Европска конвенција о екстрадицији из 1957 (са допунским протоколима из 1975. и 1978), Европска конвенција о узајамној судској помоћи у кривичним стварима из 1959. Временом се сарадња шири на нова подручја борбе против криминалитета а број релевантних правних аката се умножава. Период после оснивања Европске уније карактерише посебно значајна и интензивна сарадња на овом пољу заснована на идеји о развијању јединственог европског казнено-судског простора.

Европска унија је основана Уговором о Европској Унији из Мастрихта 1992. године од постојећих удружених заједница (Европска заједница за угаљ и челик, Европска економска заједница, Европска заједница за атомску енергију), који наставља континуитет са Европском Заједницом, односно са свим актима који су у протекле четири деценије донети и ступили на снагу. Унија је организована по угледу на федералну државу, заснива се на државама чланицама, поштује њихове идентитете и почива на праву. Као политичко-правно врло специфичан ентитет, Европска унија се темељи на слободном промету робе, слободном кретању лица, на слободи настањивања и оснивања предузећа, слободи вршења услуга и слободи кретања капитала. Право које се ствара у оквирима европске интеграције уобичајено се назива право Европских заједница или комунитарно право, односно европско право у условном ограниченом географском смислу. Ово право се односи на комунитарне

[1] З. Стефановић: Право европске уније, Београд, 2003. стр. 21.

прописе који се примењују у државама чланицама, али који не замењују њихова национална права, него постоје паралелно са њима и регулишу односе између комунитарних субјеката. Након ступања на снагу Уговора о Европској унији ово право се назива и правом Европске уније, мада опет условно обзиром на непостојање посебних легислативних овлашћења Уније. У поређењу са националним правним системима држава чланица, комунитарни правни систем не представља потпун и заокружен правни систем, већ се систем у сталној доградњи.[2]

Новину Уговора из Мастрихта у односу на ЕЗ представљају одредбе о заједничкој спољној и безбедоносној политици и одредбе о сарадњи у области правосуђа и унутрашњих послова.[3]

Осим економске и монетарне уније, засновано је и грађанство (не и држављанство) Уније са активним и пасивним бирачким правом на нивоу локалних органа власти, право активног и пасивног учешћа на изборима за Европски парламент у држави пребивалишта, као и право на европску петицију. Структурално се Унија сликовито представља као грађевина која почива на тзв. три стуба (the pillar structure). Први стуб чине постојеће три Европске заједнице, други се односи на сарадњу у области спољне и безбедоносне политике, а трећи на сарадњу у области унутрашњих послова и правосуђа држава чланица. Питање контроле криминалитета тиче се активности које су се одвијале и одвијају се у оквиру првог и трећег стуба, и њихови резултати имају свој институционални и легислативни аспект. За разлику од европског тржишта и механизма које оно подразумева, који функционишу у већ устаљеним токовима, стварање система контроле криминалитета у оквирима "простора слободе, безбедности и правде", како је Амстердамским уговором дефинисана ЕУ, почиње касније, почетком деведесетих и развија се посебно после Амстердамског уговора (1999.) и Уговора из Нице (2001).[4]

II. *ЕУ и тешки облици криминалитета* - Поставља се питање шта се у оквирима ЕУ сматра тешким криминалитетом. Класично, у кривичноправном смислу основ поделе на тешка и лака кривична дела јесте запрећена казна. Кривичноправни системи европских земаља у том смислу или изричито

[2] Види: Р. Вукадиновић: Право Европске уније, Београд, 2001. стр. 47,48; З. Стефановић: Право Европске уније, Београд, 2003. стр. 149.

[3] Уговором из Мастрихта се институционализује неформална међувладина сарадња која је постојала пре свега као реакција на тероризам седамдесетих година, нарочито у оквиру TREVI-групе (Terrorism, racisam, Extremism, Violence Internationale) у периоду 1975-1992, и Комитета CELAD (Comite Europeen de la Lutte Antidrogue, 1989), чије су активности биле усмерене на борбу против тероризма и трговине дрогом.

[4] С. Соковић: Контрола криминалитета у праву ЕУ, Зборник радова: Стратегија државног реаговања против криминала, Београд, 2003. стр. 63.

предвиђају две посебне категорије кривичних дела, или формално-правно не предвиђају деобу кривичних дела према тежини, али посредно ипак врше разликовање, јер начин решавања одређених материјално-правних и процесно-правних питања везује за висину запрећене казне. Тако се у домаћем кривичном праву из неких одредби (кажњавање за покушај, неуспело подстрекавање, малолетнички затвор) као релевантна граница намеће запрећена казна затвора од пет година[5]. Међутим, овај критеријум се може прихватити само у релативном значењу, јер реално остварење неког кривичног дела апстрактно предвиђеног као тешко кривично дело може да има димензију лакшег кривичног дела, због чега и норме кривичних закона предвиђају могућност изрицања знатно блаже казне у односу на запрећену. Са друге стране, процесно-право, релевантна висина запрећене казне може бити и друкчије дефинисана, на пример одредбе о скраћеном поступку се примењују за дела за која је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора од три године, док се за тежа дела примењују одредбе о редовном кривичном поступку.

Са становишта стратешких питања борбе против криминалитета прихватљивије је криминолошко виђење деобе на лакше и теже облике криминалитета засновано пре свега на тежини и природи дела, а не искључиво на тежини запрећене казне. Кривично право тешко може да обухвати све форме криминалитета у савременом друштву. За разлику од класичног, видљивог, уличног криминалитета, организовани кримина-литет, криминалитет белог оковратника, финансијски криминалитет, тероризам, еколошки криминалитет, биотероризам, трговина људима, корпорацијски криминалитет, наркокриминалитет, трговна оружјем, корупција, прање новца, компјутерски криминалитет, се тешко откривају и још теже доказују и по својој природи и последицама које их прате представљају тешке облике криминалитета.[6] Неке од ових активности карактерише изузетно ниска социјална видљивост, привидна легалност криминалних радњи, добра социјална интегрисаност учиниоца у најутицајније друштвене кругове. Индиректна стратегија неких криминалних активности подразумева потпуну персоналну дистанцу између жртве и учиниоца, стварну усмереност дела у правцу других циљева који непосредну жртву чине ирелевантном, а често и анонимном. Карактеристике учиниоца су најчешће потпуно супротне криминалном стереотипу. Начин извршења некад карактерише изузетна конспиративност, док је код појединих облика начин извршења покривен привидном легалношћу и инкорпорисан у легалне токове државних

[5] Види: З. Стојановић: Кривично право, општи део, Београд, 2002. стр. 240; Б. Чејовић: Кривично право, општи део, Београд, 1997. стр. 103.

[6] Види: H. Goeppinger: Kriminologie, Muenchen, 1997. стр. 542, 549; U. Eisenberg: Kriminologie, Muenchen, 2001. стр. 713. D. Nelken: White - Collar Crime, The Oxford Handbook of Criminology, ed. by M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, Oxford, 2000. стр. 911. и даље.

институција. Огроман капитал који стоји у позадини сличних активности све благодети савремених технологија чини лако доступним. На крилима глобализације ови облици криминалитета доживљавају изузетну експанзију, брзо и лако надрастају националне границе, мењају се по структури и обиму и појављују се у сасвим новим сферама. Последице ових дела се огледају у материјалним губицима који су огромни, у трајном нарушавању здравља, повређивању и смрти великог броја људи, уништавању човекове околине. Читави привредни системи се урушавају или привидно опстају, реално засновани на andergrоund економији и линијама прања новца.[7] Свет је заплашен тероризмом, а најтеже форме организованог криминалитета данас чине "алтернативну државну структуру" у неким деловима света. Савремени криминалитет ствара социјалну нестабилност, са свим криминогеним последицама релевантним и за класичан криминалитет, коју легалне институције под теретом корупције не могу да амортизују. Проширење ЕУ представља нову прилику за организовани криминалитет да тежиште својих активности пребаци на територију новопримљених чланица, или држава кандидата за пријем које постају кључне тачке за инвестирање илегално стеченог капитала.

Са становишта ЕУ тешки облици криминалитета су сва она тешка кривична дела, најчешће са класичним криминолошким карактеристикама организоване криминалне активности, која угрожавају функционисање ЕУ као "простора слободе, безбедности и правде". У документима ЕУ најчешће се, појединачно или у оквиру термина организовани криминалитет, помињу: расизам и ксенофобија, наркокриминалитет, тероризам, high-tech криминалитет, трафикинг, секс-трафикинг, финансијски крими-налитет (прање новца, корупција, кривотворење еура), пореске преваре, сексуална злоупотреба деце, еколошки криминалитет. Обзиром на специфичност ентитета ЕУ, ова дела нужно имају транснационалну димензију.[8] Како се насупрот слободном промету робе, слободном кретању лица, слободи настањивања и оснивања предузећа, слободи вршења услуга и слободи кретања капитала, кривично право још увек налази искључиво у националним оквирима, ова специфичност представља и централни проблем контроле тешких облика криминалитета у оквирима Уније.

---

[7] K. Hinterseer: Criminal Finance, The Political Economy of Money Laundering in a Comparative Legal Contex, London, 2002. стр. 71 и даље.

[8] У складу са УН Конвенцијом о сузбијању транснационалног организованог криминалитета (чл. 3. ст. 2.) кривично дело има карактеристике транснационалне природе уколико је почињено на територији више од једне државе, или ако је извршено у једној држави, али се значајан део припреме, планирања, упутстава и контроле одвијао у другој држави, или је извршено у једној држави, али укључује организовану злочиначку групу која се бави злочиначким деловањем у више од једне државе или ако је дело почињено у једној држави али има значајне последице у другој држави.

III. *Правни оквири борбе против тешких облика криминалитета у оквирима ЕУ*

*Правни основ* за активности ЕУ у области контроле криминалитета јесу одредбе о полицијској и правосудној сарадњи, Наслов VI Уговора о европској унији из Мастрихта (одредбе К. до К.9) из1992. године, Наслов IV (чл. 29.- 42) Уговора о европској унији из Амстердама из 1999. године[9], односно чл. 7. Уговора из Нице из 2001. године.[10]

*Основни стратешки циљ* правосудне и полицијске сарадње, нормативно засноване у наведеним документима, јесте обезбеђивање високог нивоа заштите грађана у оквиру простора слободе, безбедности и правде развојем заједничких активности држава чланица у области полицијских и правосудних послова у кривичним стварима и спречавањем расизма и ксенофобије. Овај циљ подразумева спречавање и борбу против организованог и другог криминала, посебно тероризма, спречавање и борбу против трговања белим робљем, сузбијања кривичних дела против деце, борбу против кријумчарења дрога и оружја, корупције и кривотворења.

Уговор о европској унији у том смислу као *основне активности* наводи сарадњу надлежних органа, пре свега правосудних и полицијских, држава чланица и усклађивање, у мери у којој је то потребно, кривичног законодавства држава чланица.

*Полицијска сарадња* обухвата заједничку делатност полицијских, царинских и других специјализованих органа репресије, било директном сарадњом држава чланица или посредством Еуопола. Сарадња се односи на предузимање оперативних активности у циљу спречавања, откривања и истраживања кривичних дела, на скупљање, чување, обраду, анализу и размену релевантних информација у вези са сумњивим финансијским трансакцијама, на заједничку иницијативу у погледу обуке, размене службеника, коришћења опреме и одређених криминалистичких истраживања, као и на заједничку процену специфичних истражних техника примењивих у откривању озбиљних облика организованог криминалитета.

*Сарадња правосудних органа у кривичним стварима* је усмерена на олакшавање и убрзавање сарадње између надлежних министарстава, правосудних и других органа држава чланица, директно или посредством Еуроцаста, у вези са поступцима и спровођењем одлука, на олакшавање екстрадиције између држава чланица, осигуравање усклађености прописа када је то потребно ради унапређивања ове сарадње, на предупређење сукоба надлежности између држава чланица. Наведене заједничке активности правосудних органа никако не утичу на надлежност коју државе чланице имају

[9] Уговор о Европској унији (пречишћена верзија текста), Види: Д. Лопандић: Оснивачки уговори Европске Уније, Београд, 2003. стр. 7.

[10] Уговор из Нице о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европских заједница и неких пратећих аката, Д. Лопандић: op. cit. стр. 295.

у погледу одржавања јавног реда и осигурања унутрашње безбедности. Услове и границе у оквиру којих надлежни органи у овим активностима могу да интервенишу на територији друге државе чланице, увек у вези са органима те државе и уз њихову сагласност, утврђује Савет.

Од заједничке сарадње држава чланица такође се очекује и усклађивање прописа у кривичним стварима. *Хармонизација кривичног законодавства*, у складу са нормативним оквирима датим Уговором о европској унији, усмерена је на постепено усвајање мера којима се уводе минимална правила у погледу конститутивних елемената кривичних дела и санкција у области организованог криминалитета, тероризма и организованог кријумчарења дрога(чл. 31. ст. 3).

*Институционални аспект полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима* односи се на стварање и развијање одређених специјализованих институција, значајних за успешну контролу тешких облика криминалитета у оквиру ЕУ. Најзначајније, настале као резултат досадашњих активности јесу: Европска полицијска мрежа (Еуропол)[11], Европска судска мрежа (European Judical Network)[12], Европско одељење за судску сарадњу (Eurojust)[13] и Европско одељење за сузбијање превара (OLAF - European Anti-Fraud Office).[14]

Основне активности Еуропола су усмерене управо на сузбијање и борбу против тешких облика криминалитета, на развијање полицијске сарадње у оквиру ЕУ и размену информација ради омогућавања успешније борбе националних полиција против транснационалног криминалитета. Савет посебно подстиче сарадњу путем Еуропола. Уговор из Амстердама предвиђа да после пет година од дана ступања на снагу овог уговора Савет омогућава Еурополу интензивније учешће у припреми, координацији и реализацији одређених истражних активности вођених од стране надлежних органа држава чланица, укључујући и учешће у оперативним акцијама заједничких екипа, установљава мрежу истраживања, документације и статистике о прекограничном криминалу. У оквиру борбе против организованог криминалитета Савет у истом периоду усваја мере са циљем да омогући Еурополу да у конкретним случајевима затражи од држава чланица да покрену и координирају истрагу, као и да развија специјализоване стручне услуге које може да понуди државама чланицама ради помоћи у истрагама против организованог криминалитета, затим подстиче, уз блиску сарадњу са

[11] Еуропол је основан Конвенцијом о Еурополу 1995. године.
[12] Основана Заједничком акцијом (Joint Action) јуна 1998. године.
[13] Основана на састанку Европског савета у Тампереу 1999. године, нормирана Уговором из Нице 2001. године, с тим што су детаљи организације финализирани одлуком Савета из фебруара 2002. године.
[14] Основана пре доношења уговора из Мастрихта као UCLAF од стране Европске комисије 1988, реконструисана 1999. године као OLAF са већом независношћу, проширеном надлежношћу и већим бројем особља, делом и као одговор на финансијски скандал у оквиру Комисије који је резултирао оставком Жака Сантера и осталих чланова Комисије у марту 1999. године.

Еурполом, успостављање контаката између органа истраге, истражних судија и органа тужилаштава специјализованих у борби против ове врсте криминалитета.

Уговор из Нице посебно наглашава улогу Европског одељења за судску сарадњу, Еуроџаста, у унапређивању заједничких полицијских и правосудних активности. Уз помоћ Савета, Еуроџаст треба да олакша праву координацију између органа тужилаштва држава чланица, да, уз нарочито уважавање анализа спроведених од стране Еуропола, учествује у спровођењу истрага у тешким случајевима прекограничног криминалитета, као и да оствари блиску сарадњу са Европском судском мрежом (European Judical Network) ради олакшавања извршења закона и спровођења захтева за екстрадицију.

*Мере којима се подстиче и остварује полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима* - Активности путем којих се државе чланице међусобно обавештавају и консултују, како би координисале своје делатности и организовале сарадњу својих надлежних служби одвијају се у оквиру Савета.[15] Једногласним одлучивањем, на иницијативу неке државе чланице или Комисије[16], Савет може да усвоји одлуке, заједничке ставове, оквирне одлуке и да утврди текст конвенција.

*Заједничким ставовима* (*common positions*) се утврђује приступ Уније појединим питањима.

*Оквирне одлуке (framework decisions*) имају за циљ приближавање закона и прописа држава чланица. Ове одлуке нису директно примењиве и обавезују државе чланице у погледу циљева који би требало да буду постигнути, остављајући при томе националним органима избор конкретног облика и начина остваривања циљева.

*Одлуке (decisions*) Савет усваја ради остварења било ког циља који је у складу са одредбама о полицијској и правосудној сарадњи у кривичним стварима, изузимајући приближавање закона и прописа држава чланица (које се регулише оквирним одлукама). Ове одлуке су обавезујуће и нису директно примењиве, већ су предмет националних мера имплементације.

[15] Савет (министара) ЕУ, односно Министарски савет представља главни законодавни орган ЕУ и састоји се од најмање једног представника држава чланица на министарском нивоу, који мора да има овлашћење да поступа у име своје владе. Савет ЕУ треба разликовати од Европског савета, који званично не представља орган Уније. Европски савет се састоји од шефова држава или влада држава чланица уз учешће председника Комисије, и представља посебан орган са специјалним статусом, овлашћен да утврђује опште политичке смернице. Мишљена овог тела уважавају органи Уније иако није реч о правној обавезности.

[16] Комисија се састоји од 20 чланова држављана држава чланица, по два из Немачке, Француске, Велике Британије, Италије и Шпаније и по један из других држава чланица, а након ступања на снагу уговора из Нице један члан Комисије по држави чланици, с тим што се увођење принципа ротације предвиђа од тренутка кад ЕУ буде обухватала 27 држава.
Надлежност Комисије у принципу подразумева извршне функције.

Квалификованом већином Савет усваја мере којима се ове одлуке спроводе на нивоу Уније.[17]

*Текст конвенција (conventions)* који је утврђен од стране Савета даље се препоручује државама чланицама на усвајање у складу са постојећим уставним правилима. Савет утврђује и рокове у којима државе чланице започињу поступак усвајања. Конвенције ступају на снагу када су ратификоване од стране половине држава чланица са важењем за те државе. Мере за спровођење одредби из конвенција утврђују се двотрећинском већином гласова уговорних страна.

Поред инструмената тзв. трећег стуба, област кривично-судске сарадње се усмерава и регулише мерама првог стуба, *одлукама Савета о заједничким акцијама (Joint Action Decision*) Ове одлуке (чл. 14. Уговора о Европској Унији) обавезују државе чланице у погледу заузимања ставова и деловања и односе се на специфичне ситуације када се оперативна акција Уније сматра неопходном, а то могу да буду питања безбедоносне политике, али и питања контроле криминалитета. Њима се утврђују циљеви, домашај, средства која се стављају на располагање Унији, услови њихове примене и, када је то неопходно, њихово трајање. Уколико се промене околности у вези са предметом заједничке акције, Савет поново разматра начела и циљеве који се односе на ту акцију и усваја неопходне одлуке. Заједничка акција се наставља све док Савет не донесе одлуку о њеном престанку. Заједнички подухвати обавезују државе чланице у погледу заузимања ставова у сопственом деловању.

Дакле, основне активности које се предузимају у оквирима ЕУ у циљу "обезбеђивања високог нивоа заштите грађана у оквиру простора слободе, безбедности и правде", односно у циљу спречавања тешких облика транснационалног криминалитета, јесу сарадња правосудних и полицијских органа држава чланица, у све већој мери уз помоћ Еуропола, Еуројаста, Европске судске мреже и OLAFa и хармонизација кривичног законодавства. Хармонизација кривичног законодавства се односи на усклађивање и приближавање прописа у смислу увођења минималних правила у погледу конститутивних елемената кривичних дела и санкција најтежих облика криминалитета, организованог криминалитета, тероризма и организованог кријумчарења дроге, као и на усклађивање прописа везаних за екстрадицију, правну помоћ и признавање одлука. Савет подстиче сарадњу усвајањем

[17] Савет, уколико другачије није предвиђено, доноси одлуке простом већином. Када Савет одлучује квалификованом већином гласови његових чланова су пондерсани на начин предвиђен у чл. 205. т. 2. Уговора о оснивању Европске заједнице, модификовано новим одредбама Уговора о одмеравању гласова важећим од 1. јануара 2005, тако што свакој држави чланици, зависно од демографских карактеристика припада унапред одређен број гласова. У основи, за одлучивање квалификованом већином потребно је 71,3% пондерисаних гласова, односно за ЕУ од 27 држава 73,4%, и проста већина већина гласова држава чланица.

оквирних одлука, заједничких ставова, одлука, одлука о заједничкој акцији и утврђивањем текста конвенција који се препоручује државама чланицама на усвајање. ЕУ намеће обавезу државама чланицама да, најчешће сопственим мерама имплементације, одређено понашање контролишу и санкционишу, постављајући при томе само оквире, како у погледу радњи на које се мере односе, тако и у погледу ширине и оштрине примењене кривичноправне репресије.

Практично то значи да се у ЕУ контрола криминалитета одвијала у оквирима петнаест, односно са најновијим проширењем Уније, одвија се у оквирима двадесет пет одвојених кривичноправних система, сарадњом надлежних органа и усклађивањем релевантних прописа. Полицијску и судску сарадњу у том смислу успоравају колико различита правна решења, која упркос системској сличности основних института савременог кривичног и кривичног процесног права и даље постоје[18], толико и сама чињеница формално-правне одвојености и јасне просторне ограничености националних кривично-правних система. За разлику од криминалитета који се у овим просторима креће лаким кораком и брзом оријентацијом, тужиоци и судије губе корак и најчешће, уз сва приближавања и сарадњу, остају и просторно и правно искључиво у националним оквирима.

IV. *Проблеми хармонизације кривичног законодавства* - У поређењу са другим областима, усклађивање законодавстава држава чланица као да застаје, или се знатно успорава, пред вратима кривичног права.

Суштина хармонизације прописа у оквиру ЕУ јесте развијање слобода на којима заједница почива, слободног кретања лица, слободног промета робе, слободног настањивања и оснивања предузећа, слободи вршења услуга и слободи кретања капитала. За разлику од других области права које хармонизацијом развијају слободне токове Уније, кривично право је у циљу контроле криминалитета усмерено на стварање правила за њихово ограничавање у одређеним ситуацијама, што оправдава уздржаност у погледу очекивања да се правила на којима се темељи развијање заједничког тржишта могу успешно применити на развијање заједничког система контроле криминалитета.

[18] Једна од значајних карактеристика развоја савременог кривичног и кривично процесног права јесте да, осим уставне утемељености, по први пут постоје и други извори "вишег права" релевантни за национална кривична права, европско комунитарно право и Европска конвенција о људским правима. У овом тренутку за праксу је значајнија Европска конвенција, мада је европско право потенцијално снажније, зависно од мере у којој стиче примат над националним правом. Види: A. Ashwort: Principles of Criminal Law, third ed. Oxford, 2000. стр. 62, 63. J. R. Spencer: Introduction to European Criminal Procedures, European Crimanal Procedures, ed. by M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, Cambridge, 2002. стр. 46 и даље; C. J. M. Safferling: Towards an International Criminal Procedure, Oxford, 2003. стр. 366;

Са друге стране, кривично право као "систем конзистентних кондиционалних програма"[19] не оставља простор за дискрецију, ни у дефинисању правила, ни у њиховој примени. Оно што је предмет инкриминације у једној држави чланици не може да представља индивидуалну слободу у другој држави чланици. Правила nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege (или правило lex certa у чл. 6. Европске конвенције) сужавају просторе хармонизације кривичних прописа у тој мери да се поставља питање њене природе,[20] односно питање да ли је хармонизација у области кривичног права заправо унификација.[21] Уз све то, чињеница да је кривично право затворен систем, хијерархијски структуиран и без простора за дискрецију, отежава парцијално хармонизовање и носи опасност да модификовање дела система путем "домино ефекта" аутоматски изазива нежељене промене у другим деловима, што на плану контроле криминалитета даје потпуно супротне ефекте од оних који се очекују. Не треба занемарити ни чињеницу да пожељна ефикасност на терену кривичних ствари може да доведе у питање стандарде основних људских права и слобода и да је равнотежу у том смислу теже остварити и одржати на терену контроле криминалитета него у другим областима од заједничког интереса.

Тренутно стање уједначавања и приближавања кривичноправних прописа у циљу заштите ЕУ од криминалитета показује одређене резултате, али истовремено одражава и тешкоће условљене специфичностима хармонизације у кривичним стварима. Потреба заједничког и усаглашеног деловања полицијских и правосудних органа, као и уједначавања прописа у овој области је неспорна.

Први утисак у погледу докумената релевантних за питање контроле криминалитета у оквирима ЕУ сведочи о великој и интензивној активности надлежних институција. Наиме, број донетих аката је изузетно велики, готово да представља прави лавиринт у коме је тешко снаћи се.[22] Приметно је да хармонизација нема генерални карактер, уједначавање прописа је углавном фрагментарног карактера, "хаотичан процес који се одвија на неколико нивоа у различитим правцима"[23], диктиран пре свега конкретним прагматичним разлозима, а не заједничким системски постављеним стандардима. Има тврдњи да је управо област транснационалног организованог криминалитета пример

[19] U. Nelles: Definitions of harmonisation, Definitions of harmonisation, Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 36.
[20] F. M. Tadić: How harmonius can harmonisaton be? A theoretical approach towards harmonisation of (criminal)law, Definitions of harmonisation, Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 17.
[21] A. Klip: Definitions of harmonisation, Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 25.
[22] J. R. Spencer: Why is the harmonisation of penal law necessary? Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 48
[23] U. Nells: op. cit. стр. 38.

хармонизације без претходне анализе.[24] Генерална неефикасност на овом терену је углавном тумачена као резултат разлика националних кривично-правних система, па је и хармонизација углавном заснована на овој основи. Осим чињенице да су савремена европска кривична законодавства у великој мери већ уједначена процесом усвајања међународних конвенција и имплементацијом одговарајућих правила у националном кривичном праву[25], занемарена и је претходна озбиљна анализа других могућих узрока неефикасности: језичка баријера, недостатак средстава, недовољна обученост, недостатак јасних правила за непосредно ангажоване националне службе.

Досадашња искуства хармонизације прати и приговор неадекватних институционалних оквира, недостатак транспарентности и дефицит судске контроле. Класична подела власти на законодавну, судску и извршну није увек јасна на супранационалном нивоу[26], и у тим оквирима најчешће примењивани инструменти хармонизације не подразумевају парламентарну контролу и надзор. Оквирне одлуке (framework decision) усваја Савет ЕУ, при чему Европски парламент има консултативну улогу (чл. 39. Уговора о ЕУ), мада се оквирне одлуке могу донети и без мишљења парламента. Европски суд правде у овом поступку јесте надлежан за давање претходних мишљења о ваљаности и тумачењу оквирних одлука уколико је такав захтев уз испуњење прописаних услова уложен од стране овлашћених субјеката, и за изјашњавање о њиховој законитости у тужбама поднесеним од стране државе чланице или Комисије (чл. 35. Уговора о ЕУ).[27] Оквирне одлуке не захтевају ни мере националне легислативне надлежности, јер за разлику од конвенција не захтевају ратификациону процедуру у националном парламенту.[28] Конвенције су готово потпуно изгубиле улогу у савременим активностима хармонизације кривичних прописа - последња конвенција у овој области јесте Конвенција о Еуроболу из 1995. године.[29] Истовремено, оквирне одлуке засноване на широком и "отвореном концепту" организованог криминалитета постају све рестриктивније, специфичније, остављају све мање простора за избор најпогоднијег начина за националну имплементацију и превазилазе правне оквире дефинисане Уговором о ЕУ (полицијска и судска сарадња, усклађивање пописа увођењем минималних правила у погледу конститутивних елемената

[24] F. M. Tadić: op. cit. стр. 20.
[25] Ibidem, стр. 41.
[26] A. Klip: Definitions of harmonisation, Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 25.
[27] У расположивим, иначе веома бројним, информацијама о раду ових органа које се могу добити путем Интернета има веома мало података о примени ових овлашћења Европског парламента и Суда правде, што оправдава закључак да у пракси активност ових органа у процесу доношења и примене оквирних одлука заиста представља изузетак.
[28] J. Vogel: op. cit. стр. 60.
[29] G. Vermeulen: Where do we currently stand with harmonisation in Europe? Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 70.

кривичних дела и санкција најтежих облика криминалитета, као и прописа везаних за екстрадицију, правну помоћ и међусобно признавање одлука). Евидентан је проблем интеграције оквирних одлука у национално право[30], због чега нека правила која на папиру мењају стандарде, у пракси не производе никакве последице.

Приметно је да на ниво ЕУ у оквиру мера јачања полицијске и судске сарадње и у оквирима хармонизације кривичног законодавства нема одредби којима се регулише положај окривљених лица и постављају стандарди у погледу остваривања права на одбрану. Обзиром да материја регулисана Европском конвенцијом о људским правима није у надлежности заједница, а сама конвенција омогућава приступ само државама а не и међународним организацијама (а пракса ECJ не допушта преношење овлашћења и обавеза са држава потписница на међународне организације), не постоји корпус основних права која би по том основу била заједничка за све државе чланице ЕУ. У том смислу и Европски суд правде у споровима поводом заштите основних права није пружао заштиту у случају повреде ових права изрицањем одређених санкција, односно мера због непоштовања, него је само констатовао пропуштање појединих држава чланица уније да испуне неку од својих обавеза да на одговарајући начин уреде ову материју. Међутим, усвајањем Повеље основних права Европске Уније (The Charter of Fundamental Rights of the European Union) крајем 2000. године ситуација се у погледу заштите основних права битно мења.[31] Повеља нормира шест посебних група права и слобода: људско достојанство, слободе, једнакост, солидарност, грађанска права и правду. За област кривичног и кривичног процесног права посебно је значајно поглавље о правди које предвиђа и гарантује следећа права: право на ефикасну заштиту и фер поступак, претпоставку невиности и право на одбрану, право на легалитет и пропорционалност између кривичног дела и казне, забрану двоструког поступка или двоструког кажњавања за исто кривично дело. Мада је у тренутку доношења Повеља имала јачу политичку него правну конотацију[32], Европски суд правде сада у Повељи, која представља акт ЕУ, има јасан правни основ за заштиту појединачних основних права. Обзиром на праксу коју креира својим одлукама, овај суд има могућност да обезбеди јединствену примену ових прописа на територији читаве ЕУ, због чега су и очекивања у погледу значајније хармонизације кривичног и кривичног процесног права по овом основу сасвим реална. Садржај Повеље упућује на то да ће се, у случају да Повеља и Европска конвенција предвиђају заштиту истог права, за одређење значења и циља заштите тог права применити Европска

[30] H. van der Wilt: Some critical reflection on the process of harmonisation of criminal law within the Eropean Union, Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 82. 83.
[31] Види: З. Стефановић: Право европске уније, Београд, 2003. стр. 41.
[32] J. R. Spencer: op. cit. стр. 65.

конвенција о људским правима, осим у случају да Повеља пружа већи степен заштите.

V. "*Миленијумска стратегија" ЕУ у борби против криминалитета*

Одговор ЕУ на изазове транснационалног криминалитета забрињавајућег обима, и динамике и флексибилности која превазилази ограниченост више или мање усклађених националних система превенције и контроле криминалитета, представља "*Стратегија Европске уније у превенцији и контроли организованог криминалитета на почетку новог миленијума"* усвојен од стране Савета марта 2000. године.[33]

"Миленијумска стратегија" представља јасан, прегледан и кохерентан документ који садржи 39 детаљних препорука[34] везаних за различита питања спречавања и сузбијања организованог криминалитета. Уз сваку препоруку су назначена тела која се сматрају одговорним за њено спровођење, одређен степен приоритета препоруке и временски рок за предузимање наведених активности. Препоруке за предузимање конкретних активности односе се на следећих десет области: прикупљање и анализу података о организованом криминалитету, спречавање укључивања организованог криминалитета у легалне активности јавног и приватног сектора, јачање превенције организованог криминалитета и интензивирање сарадње између система кривичног правосуђа и цивилног друштва, ревизију и унапређење правних основа контроле криминалитета, унапређивање истраге у случајевима организованог криминалитета, јачање Европола, праћење, замрзавање, одузимање и конфискацију средстава стечених кривичним делима организованог криминалитета, јачање сарадње полицијских и судских органа у националним оквирима и на нивоу Уније, јачање сарадње са државама кандидатима за чланство ЕУ, праћење имплементације мера превенције и контроле организованог криминалитета унутар ЕУ.

Обзиром да је за закључивање свих активности дефинисаних препорукама Миленијумске стратегије било предвиђено до краја 2003. године, док је у току 2004. године Комисија сумирала резултате са обавезом подношења коначног генералног извештаја о имплементацији ЕУ стратегије у борби против организованог криминалитета до 30. јуна 2005. године, Миленијумска стратегија је већ генерисала стварање читавог низа појединачних докумената

[33] Council of the European Union, The Prevention and Control of Organized Crime: A European Union Strategy for the beginning of the new Millennium, O.J. 3. March 2000, No. C 124/1.

[34] Треба имати у виду да препоруке (recomendatios) представљају пре свега инструменте усмеравања националних законодавстава који нису правно обавезујући, по чему се суштински разликују од оквирних одлука, али да их национални субјекти морају узети у обзир у поступку тумачења и примене националног права у вези са прописима који су донети у циљу њиховог спровођења.

значајних за усаглашено деловање на плану сузбијања различитих облика организованог криминалитета.

Иако формално није део тзв. Миленијумске стратегије, у најбитнија стратешка питања контроле криминалитета у оквирима ЕУ свакако спада и проблем тероризма. Неке државе чланице ЕУ се деценијама боре са "домаћим тероризмом" (ETA, ИРА), а после терористичких напада у Њујорку, Мадриду, Лондону страх од тероризма је постао део европске свакодневице. Активности спречавања и борбе против тероризма дефинисане ЕУ актима усмерене су на јединствено дефинисање радњи елемената кривичног дела тероризма, уједначавање висине санкција, јачање улоге Европола и Еуроџаста, максимално олакшавање екстрадиције. Процедура издавања између држава чланица битно је поједностављена посебном оквирном одлуком (framework decision из 2001, "European arrest warrant"), која предвиђа могућност лишавања слободе и трансфер између држава чланица без формалне екстрадиције за посебно наведена 32 кривична дела која се односе на тероризам, убиства, преваре, трафикинг и расизам. Мада неке државе чланице задржавају одређене резерве у погледу примене, овај акт се сматра кључним за даље развијање принципа међусобног признања у кривичним стварима и осликава висок ниво поверење међу државама чланицама у погледу стандарда и процедуре њихових судских система.[35]

Непосредно након терористичког напада у Мадриду лидери ЕУ су усвојили "декларацију солидарности", акт који је превасходно политичког карактера, којом се залажу да се терористички напад против једне државе чланице сматра нападом на све друге и да нападнута држава у том случају може рачунати на све врсте војне и сваке друге помоћ (исту садржину има и чл. 42. Европског устава). Имплементација норми о прикупљању биометријских података, њиховом чувању у оквиру друге генерације Шенгенског информативног система (SIS II), као и укључивање биометријских података у идентификационе документе (пасоши и визе) који ће се компјутерски очитавати завршена је почетком 2005. године. Електронска база података о свим физичким и правним лицима чија су средства била блокирана услед сумње да се ради о средствима прибављеним криминалним радњама оперативна је од краја 2004. године. У циљу успешније превенције тероризма предложен је и читав низ мера, које су са становишта гарантованих људских права и слобода оцењене као врло контроверзне. Са посебним оспоравањем је дочекано правило о задржавању до три године података о комуникацији од стране оператера мобилне телефоније (послати и примљени позиви, географска локација) и интернет провајдера (електронска пошта и посећени вебсајтови) и њихово чињење доступним полицијским и обавештајним службама, које би требало да буде имплементирано до краја 2005. године.

[35] J. Monar: Justice and Home Affairs, JCMS 2002, Volume 40. Annual Review, стр. 133.

VI. *Corpus juris заштите финансијских интереса Европске Уније* - Официјелни подаци указују да се око 1,4% годишњег буџета ЕУ изгуби путем најразличитијих облика превара и проневера, док је стварна процена да овај износ треба увећати најмање за три пута и највише за десет пута, што значи да реални губитак износи близу 10% годишњег буџета ЕУ. Поред класичних обележја тешког криминалитета, транснационалних карактеристика са елементима организоване криминалне активности, криминалитет на штету буџета ЕУ има и "наднационалну димензију" која додатно отежава његово спречавање. Наиме, по принципу да оно што припада свакоме, не припада никоме, велика превара на штету буџета ЕУ представља малу превару на штету националног буџета, због чега национални органи контроле криминалитета не приступају озбиљно сузбијању превара на штету финансијских интереса Уније. Са друге стране и сама природа ЕУ као апарата са јачим бирократским него демократским обележјима не обезбеђује ефикасну контролу и готово да поседује посебан унутрашњи потенцијал за развијање превара у оквирима сопственог функционисања. Очигледно је да услед наведених специфичности, постојећи механизми контроле криминалитета у оквирима ЕУ (национални кривично-правни системи плус сарадња полицијских судских органа и хармонизација прописа на нивоу ЕУ) не представљају адекватан одговор на изазов криминалитета на штету финансијских интереса Уније

*Corpus juris кривично-правне заштите финансијских интереса ЕУ* представља пројекат групе стручњака[36] иницирана од стране Европске комисије 1995. године са циљем утврђивања и формулације базичних принципа кривичноправне заштите финансијских интереса Европске уније унутар јединственог европског судског простора (European Singl Judical Space). Мада циљ радне групе није био усмерен на профилисање модела европског кривичног закона и закона о кривичном поступку, Corpus Juris пројекат европска правничка јавност види, са више или мање критике, као темељ европског кривичног права[37]. Први нацрт овог документа објављен је 1997. године и суштински представља комбиновање елемената националног и комунитарног права на такав начина да државе чланице, а не Европска унија, могу да примењују предвиђене мере кривичног права.

Corpus Juris предлог из 1995. године изазвао је велико интересовање широм Европе и наишао на веома контроверзан пријем.[38] 1997. године Европски парламент и Европска комисија покренули су стварање извештаја о

[36] Групу су чинили професори: E. Bacigalupo (Шпанија), G. Grasso (Италија), K. Tiedemann (Немачка), N. Jareborg (Шведска), D. Spinellis (Грчка), C. Van de Wyngaert (Белгија), M. Delmas-Marty (Француска) и J. R: Spencer (Велика Британија).

[37] Види: G. Ruegenberg: "Das Corpus Juris als Grundlage eines Eurpaeischen Strafrechts", 4-6. Maerz 1999. Trier, ZStW, 2000/1, стр. 37; C. Prittwitz: Nachgeholte Prolegomena zu einem kuenftigen Corpus Juris Criminalis fuer Europa, ZStW, 2001/4 стр. 774.

[38] M. Delmas-Marty, J.R. Spencer: op. cit. стр. 63

проблемима имплементације CJ, који је публикован 2000. године са оценом да је CJ пројекат потребан и остварив. У истом извештају је објављена и ревидирана верзија текста CJ, *Corpus II*, са извесним новинама, од којих је најзначајнија она која у суђењима за дела предвиђена у CJ искључује поротно суђење и предвиђа да за ова дела суди веће састављено искључиво од судија професионалаца.

Corpus Juris садржи 35 чланова и састоји се из два дела. Први део регулише материјално правна питања, а други део поступак и организацију. У циљу заштите финансијских интереса Уније, CJ предвиђа осам кривичних дела са одговарајућим санкцијама: превару на штету буџета ЕУ, превару у пословању вредносним папирима, прање (и примање) новца, злочиначко удруживање, корупцију (активну и пасивну), злоупотребу средстава, злоупотребу дужности, откривање службене тајне. Извршилац прва четири дела може да буде било ко, док су остала дела предвиђена као дела чији је извршилац "европско или национално службено лице". У вези ових кривичних дела CJ регулише питања виности, заблуде, саизвршилаштва, покушаја, кривичне одговорности одговорних лица за дела учињена од стране подређених службеника, нормира кривичну одговорност правних лица, и околности битне за одмеравање казне. Као главне казне предвиђене су за физичка лица CJ предвиђа казну лишења слободе до пет година (у случају постојања отежавајућих околности до седам година) и новчану казну, а за правна лица новчану казну до десет милиона еура, односно максимално до петнаест милиона еура. Физичким лицима новчана казна се одређује по принципу "дани - новчана казна" тако што износ по дану не може прећи 3 000 еура, а укупан износ новчане казне не може да буде већи од 365 максималних дневних износа, односно услед отежавајућих околности до 540 максималних дневних износа. Као споредне казне CJ предвиђа зависно од дела, јавно објављивање пресуде, забрану вршења одређених јавних послова у трајању до пет година, одузимање средстава и предмета кривичног дела и користи стечене кривичним делом. У случају кривичних дела извршених у стицају предвиђа се изрицање јединствене казна системом асперације, на бази максималне казне увећане за половину код идеалног стицаја, односно увећане два пута код реалног стицаја, с тим што тако одређена казна не може да пређе збир казни које би се утврђивале за свако појединачно дело.

Corpus juris (чл. 18) на територији држава чланица успоставља јединствен правни простор, што значи да се за кривична дела предвиђена CJ у оквирима Уније се не поставља проблем територијалности. Примера ради, грађанин УК који неко од ових кривичних дела учини у Грчкој, за то дело може да одговара пред судом у Паризу.

Најконтроверзнији елемената CJ јесте увођење Европског јавног тужиоца (European Public Prosecutor) надлежног за кривично гоњење у вези предвиђених кривичних дела на територији било које државе чланице Уније. Заправо, EPP подразумева постојање Директора европског јавног тужилаштва (EDPP) са

седиштем у Бриселу и делегиране европске јавне тужиоце (European Delegated Public Prosecutors, EDelPPs) у свакој држави чланици. Надлежност генералног европског тужиоца и делегираних тужиоца се заснива на начелу недељивости и солидарности. Сваки тужилац може да поступа у било којој држави чланици и да користи помоћ делегираног домицилног тужиоца. За покретање кривичног поступка важи принцип легалитета са одређеним изузецима. Припремни, претходни поступак почиње првом радњом тужиоца и завршава се предајом предмета суду. По правилу је тајан, а мере ограничавања права и слобода предузимају се по начелу нужности и сразмерности у складу са Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода. У току претходног поступка тужилац има право да испитује окривљеног, прикупља релевантне информације, захтева вештачење, захтева одређивање притвора, саслушава сведоке, по одобрењу судије наређује претрес и снимање телефонских разговора, обавештава окривљеног о оптужби. За лишавање слободе и издавање важе правила European arrest warrant. Судску контролу претходног кривичног поступка врши независни "судија слободе" (judge of freedoms), кога према својим прописима именује национална држава обзиром на седиште делегираног тужиоца.

CJ такође предвиђа процесна и доказна правила која омогућују да се докази релевантни за ова кривична дела прикупљају на територији свих држава чланица и да се судско-процесна валидност тако прикупљених доказа цени применом истих правила. За кривична дела предвиђена у CJ суди национални суд у месту делегираног тужиоца одређен по принципу *ratione materiae* у чијем су саставу професионалне судије за које се препоручује познавање економске и финансијске материје. Права оптуженог су дефинисана у складу са чл. 6. Европске конвенције о људским правима, односно са чл. 10 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Важи пресумпција невиности, а терет доказивања лежи на тужиоцу. Предвиђена је могућност жалбе на првостепену одлуку у складу са националним прописима уз важење принципа забране *reformatio in peius*. Предвиђена је и посебна инстанциона надлежност Европског суда правде, ECJ, у вези тумачења одредби Corpus Juris и решавања сукоба надлежности.

Обзиром да је за сада, пре свега идеја о Европском јавном тужиоцу превише радикална за највећи број држава чланица Уније, сарадња путем Eurojust-a и документи који регулишу узајамну правну помоћ представљају најинтензивнији облик међусобне кривично-судске сарадње. Овај пројекат и даље изазива велико интересовање пре свега стручне јавности и наилази на врло контрадикторне оцене.

Екстремна енглеска јавна критика читав пројекат је окарактерисала као "наметање Наполеонског система континентално-европског права", а искључивање поротног суђења у предлогу из 2000. године као "чин опозивања

Магна карте".[39] Са друге стране, истиче се да усвајање СЈ изазива мање проблема него хармонизација и усаглашавање појединих делова истог националног система, да представља систем који нуди далеко усаглашенији приступ контроли одређених тешких облика криминалитета него што су то конвенционални путеви хармонизације. Лакше и једноставније је применити једну групу правила као СЈ у двадесетпет држава чланица него, и само грубо усагласити исто толико различитих система. Коначно, иако подразумева одређени губитак националног суверенитета, СЈ се односи на само један јасно издвојен, посебан скуп правила примењив само на одређене јасно дефинисане ситуације, и не подразумева генерално мењање националног права, него се примењује упоредо са њим.[40]

У намери да стимулише даљу јавну дискусију о начинима заштите комунитарних финансијских интереса и о евентуалном успостављању Европског јавног тужиоца, Комисија је крајем 2001. године публиковала *"Green Paper"о кривичноправној заштити финансијских интереса уније и о оснивању Европског тужиоца* (Green Paper on criminal law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European prosecutor) [41].

VII. Најзад, треба истаћи да обзиром на статус СЦГ у токовима европске интеграције, право ЕУ нема непосредни и директни утицај на домаћа позитивноправна решења. Међутим, привредна, културолошка, општа географска упућеност у смеру европских токова, неумитност процеса глобализације, као и транснационални карактер криминалитета, чине праћење и анализу развоја европског права у свим областима, па и у сфери контроле криминалитета, неопходним.[42]

---

[39] M. Delmas-Marty, J.R. Spencer: op. cit. стр. 64.

[40] J.R. Spencer: Why is the harmonisation of peal law necessary? Harmonisation und Harmonising Measures in Criminal Law, ed. A. Klip, H. van der Wilt, Amsterdam, 2002, стр. 51. Види: D. Spinellis: harmonsation und harmonising measures in criminal law: Objections to harmonisation and future perspectives; стр. 87.

[41] "Green Paper" је уобичајени израз у енглеском језику и у јавном животу Велике Британије за документ који, пре доношења било какве одлуке, влада публикује ради претходне дискусије. Collins Cobuild English Language Dictionary, London & Glasgow, 1991. стр. 637. О томе и: Follow-up Report on the Green Paper on the criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor, Brussels, 2003, COM(2003) 128 fin.

[42] У оквиру активности усмерених на контролу тешких облика криминалитета ЕУ посебну пажњу посвећује земљама кандидатима за пријем у Унију. Све новопримљене државе учествовале су у студији "Penal and administrative sancions, settlement, whistleblowing and Corpus Juris in the candidate countries" која треба да укаже на ниво припремљености националних кривично-правних система за сарадњу на плану борбе против финансијског криминалитета, посебно обзиром на СЈ пројекат. Са друге стране неки документи, као на пример EU Action against Organised Crime in the Western Balkan из 2003. године директно се односе и на питања сузбијања организованог криминалитета на територији СЦГ и околних земаља.

*Snezana Sokovic, a full-time professor*

## EXPERIENCES IN CONTROLLING SEVERE FORMS OF CRIMINALITY

From the perspective of the Serbia and Montenegro's status in the course of European integration, EU law does not possess direct influence over domestic positive law solutions. However, economic, culturological, general geographic orientation towards the European courses, inevitability of globalization process as well as transnational character of criminality, make the observation and analysis of European law development in all its areas, including those in the area of criminality, virtually necessary.

Essay treats the legal framework and basic strategic goal of severe criminality control system, in the bounds of EU legal system. As basic activities police cooperation, judicial cooperation in criminal matters and harmonization of criminal legislation are analyzed. Europol, European Judicial Network, Eurojust and OLAF represent basic institutional framework for police and judicial cooperation in criminal matters. Author also analyzes previous experiences and achievements of regulations harmonization in criminal matters, and points out common problems noticed in the area. Common positions, framework decisions, decisions, conventions and Joint Action Decisions are being evaluated as basic measures intended at realization of police and judicial cooperation in the area of criminality control in EU legal system. EU Millennium strategy for battling the criminality was also analyzed, with special attention payed to the project analysis of Corpus Juris financial interest protection plan, regarded by European legal public, with more or less criticism, as the foundation of European criminal law.

*Др Бранислав Симоновић,*
*редовни професор*

***UDK**: 351.74/.75*
*342.7*

# КОНЦЕПТУАЛНЕ ДИЛЕМЕ, ЛИМИТИ, НЕДОСЛЕДНОСТИ, КРИТИКЕ И СЛАБОСТИ НОВОГ КОНЦЕПТА РАДА ПОЛИЦИЈЕ У ЗАЈЕДНИЦИ (COMMUNITY POLICING) С ОСВРТОМ НА ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ

## 1. Увод

У последњих пар деценија у свету се усталио концепт рада полиције у заједници (community policing), као основни облик организације и деловања полиције у оквиру локалне заједнице. Нови приступ у раду полиције заснива се на повећаној осетљивости државних институција наспрам уважавања слобода и права човека и грађанина. У класичном концепту полиције, посебно оном који се развијао у бившим социјалистичким земљама, деценијама је развијан концепт бирократизо-ване, милитаристичке и ка режиму оријентисане полиције (Regime oriented policing) која је била дистанцирана од грађана. Насупрот томе, у државама класичне демократије, почео се пре двадесетак година развијати концепт полиције који је имао наглашену демократску оријентацију и усмерење ка грађанима и њиховим потребама (Community oriented policing, Citizens oriented policing), који се темељио на партиципацији грађана при доношењу полицијских одлука које се тичу њихове безбедности, демилитаризацији, децентрализацији и демократизацији полиције. Тај савремени концепт полако постаје једна од озбиљних алтернатива у процесима реформи полиција и на нашим просторима. Имајући то у виду потребно је указати и на неке концептуалне слабости и ограничења community policing с обзиром да могу да угрозе остварење позитивних ефеката и доведу у питање стварну, практичну реализацију заштите људских права и слобода.

У тексту ће бити изложене концептуалне, тј., системске слабости, критике и дилеме везане за community policing. Без обзира на предности које нови концепт поседује, уочљиве су и слабости, концептуалне недореченост и противуречности. Њих треба имати у виду како би се концепт објективно и свестрано посматрао и вредновао. Једино на тај начин могу се сагледати, предвидети и предупредити тешкоће и слабости које некритично прихватање концепта може да донесе. Целовито сагледавање, предности, слабости и (скривених) опасности које концепт са собом носи, може олакшати формирање

целовитог увида и лакше опредељивање за правце реформи, и што је још важније, за њихову динамику и обим спровођења у почетним фазама промена ка community policing.

Поједини западни теоретичари упозоравају да је потребно имати реалистичан увид у концепт community policing. Треба имати у виду потенцијалне позитивне и негативне консеквенце и испитати их пре него што се донесе одлука за имплементацију нових облика рада. С тог аспекта промене ка community policing могу бити пуста жеља у великом броју полицијских агенција, више реторичко питање него реалност.[1]

Несумњиво да многобројност и разноликост програма и приступа који улазе под «кишобран» community policing представљају концептуални проблем, зато што отежавају усвајање општеприхваћене дефиниције и појма, представљају тешкоћу при изграђивању целовитог јединственог концепта, праве проблеме при оцени успешности програма, компарацији програма у различитим локалним заједницама и дефинисању перформанси успешности.[2] Поред ове општетеоретске концептуалне дилеме, постоји и низ других које могу имати веома реалне последице и којима треба посветити посебну пажњу.

Потребно је посебно нагласити да се у овом тексту неће обрађивати проблеми, слабости и тешкоће при имплементацији community policing у пракси. Та питања представљају посебно поглавље и захтевају посебна разматрања.

## 2. Спољњи лимити community policing

Community policing концепт тежи да открије корене проблема који доводе до криминала и има амбицију да инсистира на њиховом решавању. Концепт се не задовољава, и не остаје на површини, као што је то случај са класичним облицима полицијског рада. Поред свих амбиција које има community policing, посебно у примени концепта проблемски оријентисаног рада, у праксе ће се наићи на корене проблема чије решавање не зависи од полицијске организације. У друштву постоје проблеми који далеко превазилазе надлежности и реалне могућности полиције. Рецимо, корени многих проблема који су у вези са криминалом налазе се у глобалним друштвеним факторима (нпр., период транзиције), сиромаштву, незапослености, недостатку културе или образовања, итд. Обим и озбиљност тих проблема често превазилази могућност локалне заједнице и локалне полиције. На другој страни, дешава се у пракси да решавање одређеног проблема захтева мултиагенцијски приступ, укључење других институција или агенција, а оне могу у конкретном случају да закажу, тј., да не одреагују. Све су то спољњи лимити community policing концепта. Полицијске

[1] Lisa Riechers, Roy Roberg, Community Policing: A Critical Review of Underlying Assumtions, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 352.

[2] На пример: John Eck, Dennis Rosenbaum, The New Police Order, U: Policing Communities, Understanding Crime and Solving problems, стр. 30-31.

агенције, посебно у великим градовима, суочавају се са бројним проблемима којима се не поклања потребна пажња, или поједине службе и државне институције не третирају те проблеме или их не третирају на адекватан начин. Прихватање одговорности полиције за све те проблеме, и очекивање да она може да их реши је нереално.[3]

Јасно је да поједини проблеми у друштву имају дубоке корене (сиромаштво, незапосленост, традиционализам) и да су многи проблему у заједници практично нерешиви. Улажењем у пројекте полицијског рада усмереног на проблеме, полиција и заједница ће се неретко суочити са недостатком новца, незаинтересованошћу, неспремношћу да се другима помогне, неспремношћу оних којима се треба помоћи да ту помоћ прихвате или објективним препрекама. Међутим, и покушај решавања проблема, њихово делимично решавање, показивање добре жеље, боље је од нечињења. Поред много нерешивих проблема, у заједници постоје и многи проблеми који се могу делимично или потпуно решавати. Интегрисање напора и потенцијала заједнице може бити значајан корак и у приступању проблемима који на почетку изгледају нерешиви.

## 3. Концептуална једностраност community policing - превасходна усмереност на класични, улични криминал (критика - концептуална недоследност, лимити)

Community policing темељи се скоро на ексклузивном схватању да су криминал и недисциплинована понашања повезани најчешће са нижим класама, некултуром и уличним криминалом. Социјални нереди и проблеми у заједници најчешће се схватају у смислу физичког насиља појединаца, видљивог уништавања имовине и криминала у вези са дрогама. Community policing посвећује мало пажње еколошком криминалитету, кршењу права радника, утаји пореза, финансијском криминалу, преварама у пословању, неквалитетним индустријским производима (нпр., прехрамбеним), тј., криминалу белог оковратника, односно корпорацијском криминалу. Економски (корпорацијски) криминалитет више продукује пропадање заједнице него класични облици криминалитета, зато што доводи до настанка огромних штета, неправде, кршења права грађана, продукује незапосленост. Нека истраживања у САД (из 1974. године, мада непотпуна због недостатка података), показују да економски криминалитет кошта друштво 40 билиона долара годишње, а финансијски губици од криминала на улици су око три до четири билиона долара годишње. Због криминалитета корпорација такође се губе животи. На пример, у индустријским незгодама годишње настрада око 14 200 радника, а два милиона радника остају инвалиди због повреда на раду; 30 000 живота годишње изгуби се

[3] На пример: Herman Goldstein, Toward Community- oriented Policing, Potencial, Basis Requirement, and Threshold Questions, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 12-14.

због конзумирања штетних (покварених прехрамбених производа), а 14 000 живота због избацивања у ваздух штетних (отровних) гасова. За компарацију се истиче да је у 1981. години у САД било 22 500 уличних убистава и убистава из нехата. На основу приказаних података види се да економски и корпорацијски криминал доприносе више неправди и пропадању заједнице него улични криминалитет ка коме је превасходно оријентисан концепт community policing.[4]

Концептуална једностраност и лимити community policing у вези са економским и другим облицима криминалитета белог оковратника не могу да буду аргументи за одбацивање модела, већ пре свега повод за његово реално сагледавање. Јасно је да не постоји један лек за све болести, па у том контексту треба посматрати и community policing. С обзиром да овај концепт доприноси демократизацији друштва и изграђивању ширих облика сарадње између полиције и грађана, подиже свест код грађана о питањима безбедности, сигурно је да у том контексту може допринети већој размени информација и инсистирању на мерама превенције, па самим тим може допринети спречавању и откривању оних облика криминалитета који нису у његовом најужем фокусу пажње.

## 4. Community policing, политичка неутралност и професионална непристрасност полиције (концептуална дилема - проблем)

Научници упозоравају да креирање чврстих веза са локалном заједницом може повећати ризик да полиција потпадне под утицај нелегитимних политичких захтева. Полиција може бити преузета од стране моћних локалних фактора и тиме се могу поткопати интереси и права грађана и мањинских група.[5] Поједини аутори упозоравају да концепти community policing и стратегије решавања проблема могу довести до претеране интимизације полиције са заједницом, што може да услови некоректно и неједнако поступање према свим грађанима у сваком случају. У индивидуалним инцидентима може доћи до дискриминације у случајевима када полицајац лично познаје поједине грађане или може бити под утицајем моћних фактора локалне заједнице. Полиција може настојати да једним грађанима пружи квалитетније услуге него другима, или да појединцима прогледа кроз прсте, у зависности од личног познанства, политичког или других утицаја. Посебно је важно да полицијске агенције које су укључене у проблемски оријентисани рад и решавање проблема у локалној заједници буду свесне да на њих могу утицати поједине групе у локалној заједници које крше право и имају локалну моћ. Ова опасност посебно постаје

[4] Aditi Gowori, Community policing is an epicycle, Policing: An International Journal of Police Strategies & Management, 4/2003, стр. 591-611.
[5] Mark Moore/Robert Trojanowicz, Corporate Stretegies for Policing, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 249.

изражена у полицијским агенцијама које никад нису у довољној мери усвојиле правне вредности као основни критеријум свога рада. У тим случајевима треба бити веома опрезан. У многим полицијским институцијама постоји свест о тим проблемима, тако да се приликом имплементације програма и едукације, посебна пажња посвећује правним нормама и принципима непристрасности. Систем усвојених легалних вредности може бити најбоља брана овим проблемима. Полиција мора да усвоји као основне вредности принцип да никад не сме да се понаша противправно и пристрасно према појединим грађанима оштећујући друге. Морају се развијати способност за толеранцију и уважавање права свих актера могућих сукоба. Полиција мора да буде едукована да развија технике преговарања са грађанима и налажење разних солуција. Наведени аутор закључује разматрање о овом проблему истичући да се у америчком полицијском систему, у оквиру полицијског концепта професионализма, у довољној мери изградила неопходност једнаког и непристрасног понашања и уважавању закона као врховног принципа, што може да представља довољну брану од проблема повезаних са овим питањем.[6]

Наведени проблем може бити још израженији у балканским условима с обзиром на још увек постојећи утицај политичког фактора (негде мање, негде више), као и утицај разних неформалних група, с обзиром на недостатак професионализма, евидентни непотизам, рођачке, пријатељске, земљачке везе. Проблем интимизације полиције са појединцима у локалној заједници и могуће подлегање утицају појединих моћника, може бити озбиљна брана непристрасности у спровођењу концепта полицијског рада у локалној заједници и решавању проблема. Не треба занемарити опасност приватизације полиције од стране политичких моћника и организованих криминалаца који имају моћ у локалној заједници. Због тога је потребно осмислити механизме који ће умањити ове опасности, задржати механизме контроле и увести неке нове. Неке од брана су информативна централизација, задржавање механизама централне контроле, обавеза извештавања виших полицијских инстанци, обавеза подношење извештаја и инспекције од стране МУП-а. Реализовање могућности за подношење анонимних притужби грађана на рад полицајаца и других институција и појединаца, као и увођење обавезе завођења анонимних пријава и озбиљног разматрања у сваком случају, могу бити додатна гаранције и брана злоупотребама и приватизацији. Стандардизација, евалуација, усвајање принципа при селекцији, регрутовању кадрова и контроли могу бити заштите од злоупотреба. Периодична анонимна анкетирања грађана (бар једанпут годишње) која спроводе независне агенције, у којима ће се оцењивати рад локалне полиције и полицајца који је везан за појединo суседство и у којима се траже

[6] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 457-458.

одговори на разна питања (непристрасност, објективност, поверење, итд.) треба да постану стална пракса и механизам процене и оцене рада.

Једна од кључних одредница community policing и проблемски оријентисаног полицијског рада је увођење екстерне контроле полиције и екстерне одговорности према заједници и институцијама локалне заједнице, што повећава, а не умањује одговорност. Поред поменутих, значајан сегмент контроле програма су и евалуација и компарације пре и после предузимања појединих програма и активности.[7]

## 5. Community policing и могућност угрожавања људских права и слобода (злоупотреба концепта и концептуалне дилеме)

Поједини аутори упозоравају да интензивирање полицијског и владиног укључивања у послове заједнице и приватне животе грађана може да угрози слободу и приватност; повећава ризик да ће се полиција понашати дискриминаторно на неједнак начин од једног до другог суседства; доприноси ерозији уставних права и потенцира законе који су на нивоу улице услед чега се подстиче узимање закона у своје руке од стране грађана; повећава неједнакост (некоректност) у дистрибуцији полицијске службе у различитим суседствима у зависности од њиховог богатства.[8] Упозорава се да community policing и полицијски рад усмерен на проблеме може да доведе до кршења неких законских и уставних норми зато што представља померање од строгих принципа професионализма који се темеље на стриктном поштовању права у сваком конкретном случају. До кршења правних норми може доћи ако оне нису у фокусу пажње полиције, већ су то стратегије за решавање проблема и уважавање интереса у заједници који неки пут могу бити у супротности са правом. Ово даље може да услови корупцију, дискриминацију, полицијску бруталност у појединим случајевима или претерано наглашавање полиције.[9]

Потребно је нагласити да је концепт community policing формиран да би у већој мери заштитио људска права и слободе, и то посебно слабих, угрожених чланова заједнице (деце, старих, жена, мањинских група). Полицијски рад усмерен на проблеме у локалној заједници не подразумева кршење правних прописа, већ само тежи уочавању и отклањању узрока који се налазе у позадини криминалног понашања. Опасности и повреде права могу реално да постоје у случајевима погрешне и пристрасне имплементације. Наведени проблеми могу

[7] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 463-464.
[8] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 457-458.
[9] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 461-462.

више да буду последица неправилне примене, тј., злоупотребе модела, него што су концептуално условљени.

Постоји схватање по коме је опасно да полиција и извршна власт дефинишу појам „лошег понашања“ и да онда на њега делују различитим корективним мерама, на пример у оквиру концепта проблемски оријентисаног полицијског рада. На пример, „лоше понашање“ са аспекта власти може да буде и критика те власти. Проглашавање неког понашања за „лоше“, изван судских инстанци и уставних одредби о слободама и правима људи и грађана може да носи клице тоталитаризма и опасност кршења тих права. Ово је посебно актуелно уколико је полиција та која мериторно одлучује да ли је неко понашање добро или лоше.[10]

Имајући у виду да горња критика није без основа, требало би формирати правне оквире који би подразумевали механизме да свака особа која сматра да се програмима полицијског рада у заједници нека њена уставом и законима загарантована права и слободе ограничавају, може да тражи заштиту суда.

## 6. Community policing и опасност предимензионирања улоге полиције у друштву (концептуална дилема)

Поједини аутори истичу да стратешко сужавање функција полиције само на сузбијање криминала произилази из покушаја да се полицији не дозволи да постане утицајнија организација него што је сада. Проширењем функција полиције, пре свега у домену социјалног ангажовања, у битној мери проширује се и њен утицај у друштву. Ако полиција постане одговорнија за проблеме заједнице и вештија у коришћењу техника превенције криминала и решавању проблема, постоји ризик да ће постати политички и бирократски моћнија и да ће се тада дубље укључити у послове грађана и других владиних агенција. Повећање утицаја полиције у заједници може да има негативне последице по људска права и слободе. Ово схватање претежно заступају присталице либералног приступа друштву.[11]

---

[10] Charlotte Iserbyt, Community/Communist Oriented Policing (the other side of the coin) http://www.newswithviews.com/iserbyt/iserbyt5.htm, (13. 02. 2003.) рад преузет 21.12. 2004.

[11] Најегзотичније тумачење и критика концепта који се истражује у овом раду, могао би се назвати: «Community Policing Communism«. По овом схватању корени идеје о community policing рођени су у главама филозофа-марксиста реформиста који су између два светска рата стварали у Западној Европи: Антонио Грамси (убијен у Стаљиновим чисткама у СССР-у), Курт Левин, Ерих Фром, и други. Они су били противници револуције као начина доласка комунизма на власт и сматрали су да је једино исправан пут у «мирном маршу кроз институције система, ширењу колективистичког духа и система вредности у коме заједница треба да ради за опште добро». Бежећи од Хитлера, знатан број марксистички оријентисаних филозофа, и пре свега социјалних психолога, дошао је у САД и тамо добио места на факултетима. Они су о оквиру својих научних теорија ширили идеје које воде порекло из комунизма и из јеврејско-хришћанског наслеђа и које

Насупрот томе, аутори који критикују либерално схватање истичу да многи проблеми у заједницама потичу услед рушења система неформалне контроле укључујући недостатак контроле и одговорност у породици и у заједници. Колапс институција повећава настанак криминала, прекршаја и страх код грађана. Уколико се у таквој ситуацији ништа не би предузело на подизању система формалне контроле (посебно у вези са проблемом дрога и уличног насиља), квалитет живота ће се даље спуштати угрожавајући опстанак заједнице. То ће условити даље пропадање система неформалне контроле и урушивање заједнице. Због тога је стратешки исправно схватање да се јачањем система формалне социјалне контроле покушава подстаћи јачање неформалних облика контроле (породице, суседства), тако што ће се полиција укључити у програме и стратегије решавања проблема. Ово је додатни разлог због кога треба јачати, а не умањивати значај полиције у заједници. Разлози због којих су се последњих година умножиле приватне полиције и приватни напори за повећање сигурности управо су у томе што се грађани осећају несигурно и што су изгубили поверење у полицију. Повећање обима приватних полиција може да услови повећање неједнаког понашања и непоштовања права грађана. Приватне полиције повећавају раслојавања у друштву зато што нису свима доступне. Због тога јавна полиција треба да буде заштитник демократских вредности у друштву пре него претња. Њено стратешко усмерење треба да буде у поштовању и неговању тих вредности, пре него као могући напад или њихово ограничење.[12]

---

су представљале основу за изграђивање научне основе community policing. Неки од тих појмова су: јединство супротности, процеси групне динамике и инжењеринг у заједници (на пример концепт: Total Quality Management), изграђивање осећаја припадности заједници; стварање консензуса у заједници; спољња контрола заједнице (грађана) је најснажнија када се инфилтрира у механизме унутрашње социјалне контроле, односно постојање потребе за снажном контролом у заједници; усвајање система вредности; изградња колективистичког духа; опште добро за заједницу, партнерство; решавање проблема. Рад полицајца у заједници који се темељи на јачању контроле у суседству, креирању духа заједнице од стране полиције, уласку полиције у домове грађана (програм «од врата до врата»), утицају полиције на ставове грађана, асоцира на тзв., совјете из времена отворене комунистичке идеологије. Још један од аргумената за наведени став, је да концепт полицијског рада усмереног ка заједници не тежи ка повећању улоге породице као основе традиционалних вредности америчког друштва, већ ка изграђивању колективистичког духа заједнице при чему је улога полиције кључна, тј., предимензионирана. Према томе, community policing представља оживотворење комунистичких идеја које је америчко друштво некритички усвојило од стране марксистички оријентисаних социјалних психолога и сада их шири по свету. Аутор овог става наводи да није истина да је комунизам мртав. Он и даље наступа кроз институције система америчког друштва, тако да би Грамси данас био задовољан. Извор: Phil Worts, »Communist Oriented Policing«, (1. јуни 2001.)
http://www.newswithviews.com/community_policing/community_policing.htm преузет: 18.12.2004. Исти мишљење и: Charlotte Iserbyt, Community/Communist Oriented Policing (the other side of the coin) http://www.newswithviews.com/iserbyt/iserbyt5.htm, (13. 02. 2003.) рад преузет 21.12. 2004.

[12] На пример: Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 457-458.

## 7. Дилеме у вези са утицајем полиције на механизме неформалне социјалне контроле (концептуална дилема)

У науци постоји дилема у вези са оправданошћу утицаја полиције на механизме неформалне социјалне контроле у заједници. У литератури посвећеној community policing сматра се да је то једна од основних функција полицијског рада у локалној заједници. Аутори истичу да полиција треба да буде одговорна за активно помагање у дефинисању и обликовању норми заједнице (па и неформалних). Претпоставка је генерализована и има везе са полицијским послом одржавања јавног реда и мира. Заступници овог схватања потенцирају улогу полиције у помагању при дефинисању и обликовању норми заједнице. Ову функцију су чврсто дефинисали као циљ поједини полицијски истраживачи (Wilson и Kelling) који пишу о полицији као агенту неформалне социјалне контроле.[13] И Goldstein указује на дилему да ли полиција у заједници треба да утиче на постојеће облике неформалне социјалне контроле. У прилог утицању наводи следеће аргументе: 1) неформална, недржавна контрола може бити најефективније средство деловања на проблеме; 2) оживљавање (оснаживање) концепта полиције као органа који потпомаже класичне облике контроле који сами по себи постоје у заједници, боље је него успостављање контроле у заједници искључиво на формалној полицијској контроли и контроли кривичног правосуђа са својим писаним правним нормама; 3) када постоје неформални облици контроле потребно је користити мање рестриктивне и мање наметљиве методе деловања на проблеме; 4) повећавање постојећих система неформалних облика контроле у друштву значајно је јер су њени потенцијали огромни; 5) примена неформалних облика контроле ствара добру атмосферу која је у духу заједнице, самим тим је ефективна и зато треба користити њене потенцијале.[14]

Насупрот наведеном схватању, друга група аутора сматра да таква функција није прихватљива зато што представља повреду политичке неутралности полиције као основног критеријума њеног положаја у друштвима западне демократије. Поједини аутори упозоравају да су у прошлости (мисли се на амерички систем), поступања која нису била у складу са правом и корупција били резултат полицијског инсистирања на неправним нормама. Поврх тога, мора се признати да у друштву има много различитих заједница са различитим очекивањима и нормама, и практично говорећи, било би тешко, ако не и немогуће, идентификовати и подстицати многобројна дифузна очекивања и норме. Проблем је и у томе што неформални контролни механизам у појединим заједницама може бити отворено илегалан и у конфликту са обавезом полиције

[13] Lisa Riechers, Roy Roberg, Community Policing: A Critical Review of Underlying Assumtions, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 341-343.
[14] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 122.

на обезбеди деловање легалних норми. Дакле, неформални контролни механизам може бити и веома суптилно илегалан и дискриминаторски. Рецимо, дешавају се повремено сукоби између разних група у заједници, отворено стављање полиције на једну страну може имати трагичне последице.[15]

Други аутори из ове групе упозоравају да полицијска иницијатива у подстицању разних облика социјалне контроле јесте изванредно деликатна и постоји опасност злоупотреба које могу да продукују негативне консеквенце и за грађане и за полицију. Увек када полиција подстиче некога да чини нешто, тај захтев има своју посебну тежину зато што иза њега стоји полиција. Када полиција апелује на трећу страну да успостави контролу над ситуацијом, неколико ствари може поћи у погрешном смеру. Полиција не може увек да контролише колико ће се разумно (паметно, разборито, суздржано), понашати трећа страна у деловању. У најгорем сценарију, полиција може намерно утицати на доношење одлука и правце решавања проблема користећи (злоупотребљавајући) треће особе са циљем спровођења контроле у конфликтима који се тичу базичних питања у вези са слободом говора, уставним гаранцијама. И у америчкој пракси било је великих примера таквих злоупотреба и на федералном и на локалним нивоима (посебно у вези са политичким дисидентима). Због тога има схватања да полиција користећи постојеће социјалне механизме у помагању при обављању полицијских послова изазива страх који асоцира на "полицијску државу".[16]

Вероватно да је најприхватљивије средње решење које на једној страни указује на опрез при реализацији ове полицијске функције и на другој истиче да је она неминовност у оквиру савременог и друштвено ангажованог концепта полиције у заједници. Имајући у виду да полиција најчешће нема формалне ресурсе и формалне методе деловања на велики број проблема у пронашању, она мора да користи и ове облике. Goldstein указује да је легална контрола често неадекватна (неефикасна) зато што казне не доводе увек до поправљања, стандарди доказивања могу бити сувише високи, а могућност кажњавања може бити сувише далека. Опрезно деловање полиције на механизме неформалне социјалне контроле реализује максималне користи у мобилизацији других социјалних механизама, максимално редукује опасности злоупотреба путем отвореног предузимања одговора, унапред одређујући околности у којима ће она бити применљива и користећи чврсте механизме контроле.[17]

[15] Lisa Riechers, Roy Roberg, Community Policing: A Critical Review of Underlying Assumtions, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 341-343.
[16] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 122.
[17] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 122.

## 8. Децентрализација полиције и дискрециона овлашћења полицајаца као отежавајући фактор у процесима контроле (проблем)

Полицијски лидери и високи полицијски менаџери свесни су да неке карактеристике community policing прете да умање контролу понашања (одговорност) полицијских официра. То су организациона децентрализација, повећана дискрециона овлашћења патролних полицајаца, повећање интимности између полицијских официра, грађана и суседства, интерпретација захтева грађана за пружање сервиса патролних полицајаца, развој појединих патролних и полицијских тактика (решавања проблема на пример). Нови концепт полицијског рада у локалној заједници захтева повећање дискреционог права полицајаца и веће опуномоћивање (овлашћивање) патролних полицајаца. Присталице community policing који инсистирају на давању већих овлашћења полицајцима треба да буду веома свесни потребе да ти полицајци морају бити одговорни за своје акције. У оквиру повећања нивоа одговорности полицајаца у концепту community policing, потребно је радити на изграђивању културе полицајаца, лидерства (руковођења) кроз вредности, појачаване одговорности наспрам заједнице, усавршавању административних механизама контроле (супервизија, тренинг, ревизија резултата поступања, развој – контрола радне дисциплине и неговање система награда).[18] Схватања која полазе од тога да децентрализација полиције доводи до мање контроле у полицији полази од тога да је једини начин контроле полиције строга централистичка контрола, што није тачно.[19] По нашем мишљењу, путеви повећања контроле у оквиру концепта децентрализоване полиције и повећаних дискреционих овлашћења полицајаца на терену, су и истицање принципа личне одговорности полицајаца извршилаца за остварене резултате рада и централизовање информационог система. Онај ко има већу слободу у раду треба да има и већу личну одговорност, и под два, централизовани информациони систем даје могућност ефикасне контроле и у оквиру децентрализованог система полицијског менаџмента.

## 9. Community policing и опасност од корупције (проблем)

Перманентно везивање полицајца за одређено суседство унутар заједнице има и неке потенцијално негативне стране којих треба бити свестан. Полицајци могу бити одвојени од централне контроле и услед тога могуће су и злоупотребе. То је посебно тачно ако полицијски официри у локалној заједници нису информисани о инцидентима начињеним од стране других полицајаца у тој

[18] George Kelling, Robert Wasserman, Hubert Williams, Police Accountability and Community Policing, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 269-179.
[19] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 457-458.

области. Постоји опасност и од злоупотребе функције, власти и ауторитета у локалној заједници као и од корупције.[20]

Поставља се питање како ускладити већу слободу полицајаца у локалној заједници (суседству, сектору) на чему инсистира community policing са проблемом корупције? Goldstein наводи дилему у вези са неким основним принципима community policing и проблемом корупције. Основни принцип community policing је давање веће слободе и независности полицајцима у суседству (на безбедносном сектору) у одлучивању и избору превентивних стратегија. Поставља се питање како тај принцип ускладити са проблемом корупције и злоупотребама овлашћења. У традиционалном моделу полиције, полицијска администрација троши огромну енергију у контроли акција подређених како би уочила и спречила корупцију. Услед тога се извршиоцима не оставља безгранична слобода у обављању послова што негативно утиче на креативност. Поставља се питање како та два супротна процеса контролисати. На пример у неким деловима света и градовима у САД у којима је корупција била веома изражени феномен, сматрало са да ће остављањем веће слободе полицајцима у одлучивању и деловању при изграђивању чвршћих релација с грађанима доћи до раста корупције и приватизације полицијске функције (тј., обављања полицијске функције у личном интересу).[21] У полицијским станицама у New York City искуство са корупцијом било је веома велико, али су ипак увели програм community policing, а при том су имплементирали бројне специјалне кораке контроле како би осигурали интегритет community policing операција. Наводи се да су предузете мере биле ефикасне. По мишљењу Goldsteina, у оним градовима у којима је корупција ухватила дубоке корене не би требало експериментисати са community policing. Полицијски администратори требало би да имплементирају community policing само у оним срединама у којима постоји изграђен систем вредности и самодисциплине и у којима корупција није изражен проблем.[22]

Имплементатори концепта community policing у балканским условима морали би озбиљно да имају у виду опасност од корупције, непотизма и других облика протекције које се могу дешавати у децентрализованом систему

[20] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 161.

[21] Истраживања спроведена у срединама у којима се развија community policing показала су да се у њима не повећавају проблеми са корупцијом полиције или другим неправилностима. Због чега се високи креатори полиције боје да community policing има потенцијале за таква понашања? Community policing представља радикалну децентрализацију полиције. Полицајци морају креирати себе да боље одговоре на проблеме. Полиција постаје интимнија са грађанима. Генерацијама је полиција веровала да ће елиминисати корупцију ако централизује своју власт и контролу, лимитира полицијску дискрецију и редукује блискост између полиције и грађана. Kelling, George, Police and Communities: The Quiet Revolution, U: Oliver Willard, Community Policing, Clasical Readings, стр. 69–70.

[22] Herman Goldstein, Toward Community-oriented Policing, Potencial, Basis Requirement, and Threshold Questions, U: Alpert - Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 14–15.

полицијске организације у коме се полицајац устаљује у једном суседству (сектору) и поседује већу аутономију у раду. Ови облици понашања евидентни су и у систему централизоване полицијске организације (нпр., при контроли саобраћаја). Имајући у виду менталитет и традицију народа са ових простора, не могу се искључити ситни облици корупције и повлашћивање појединих грађана при пружању услуга засновани на познанствима, рођачким и комшијским везама. Није немогуће замислити и успостављање трајне интересне везе између полицајца задуженог за одређено суседство, и на пример, наркодилера који дотично суседство снабдева дрогом. Због тога би требало посветити велику пажњу откривању, спречавању и превенцији корупције у оквиру полицијског рада у локалној заједници и суседству (централизоване и линијске контроле, подстицање подношења анонимних пријава од стране грађана и њихова детаљна провера, навлачења и криминалистичке клопке, итд.). Полицајац у суседству не би смео да има апсолутни монопол полицијског посла на "својој територији".

## 10. Проблем приоритета и ограниченост полицијских ресурса за пројекте community policing (проблем-дилема)

У САД постоје критичари community policing и стратегија решавања проблема (Bayley 1988.) који указују на различите опасности које ови модели у себи носе.[23] На пример, условљавају редукцију ефикасности контроле криминалитета, јер се полиција не фокусира само на најтежи криминалитет. По овом схватању примарни, ексклузивни циљ полиције је контрола криминалитета. Проширивање полицијске одговорности на шира питања као што су страх од криминала, неуредности у заједници, ослабиће фокусирање полиције на најтежи и насилнички криминалитет што ће умањити ефикасност полицијског рада у односу на најтежа кривична дела. Због тога не треба проширивати фокусе полицијске пажње и треба се задржати на реактивној улози полиције заснованој на патролирању и криминалистичким истрагама.[24]

Нема сумње да су полицијски ресурси веома вредни и ограничени. Поставља се питање да ли community policing расипа полицијске ресурсе концентришући их на погрешне приоритете. Још на почетку стварања модела постављало се питање да ли полиција треба да се укључује у пружање сервиса које примарно треба да обављају друге службе (агенције). Показало се у пракси да ако полиција покушава да буде исувише уска (једнострана) у своме раду, на пример

[23] Више информација у вези са критиком концепта, као и анализу те критике и указивање на неке неоснованости видети у раду који се наводи на крају овог пасуса.
[24] Mark Moore, Problem Solving and Community Policing, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 457-458.

запостављајући проблемски оријентисан рад, она неће бити у стању да квалитетно заштити друштво од тешког криминала.[25]

У пракси се показује (у иностраној и у домаћој), да се многи људи обраћају полицији као јединој агенцији која је на располагању свих двадесет четири часа свих дана у години због помоћи у разним кризним ситуацијама. Практично говорећи било би немогуће померити неправне проблеме, улогу сервиса и одржавања реда из реалног оквира полиције. Многи од њих могу ескалирати у веома тешка кривична дела. Улажењем у решавање многих питања која могу довести до извршења кривичних дела остварује се проактивна улога полиције. Излажењем у сусрет грађанима по питањима која су од ширег значаја за безбедност, или давањем савета којим институцијама треба да се обрате у вези са проблемима за које није надлежна полиција, негује се контакт са грађанима који представља један од стратешких циљева. Данас преовладава мишљење, да полиција не би смела да одбије од себе грађане који јој се обраћају за помоћ и ту прилику треба да искористи за изграђивање позитивних релација. Међутим, многи проблеми и аспекти у којима се очекује ангажовање полиције превазилазе њене могућности решавања и садашње потенцијале. Генерално посматрано, уочава се да полиција није опремљена (оспособљена) да у потпуности испуни све циљеве community policing,[26] како у другим крајевима света, тако и код нас. То сигурно захтева, на једној страни, мултиагенцијски приступ у раду полиције и формирање безбедносне и сервисне мреже између полиције, других институција, правних лица и појединаца у оквиру локалне заједнице како би се подигао квалитет услуга и живота. На другој страни, полиција ће морати да формира нове специјализације (нпр., за поједина питања која се тичу безбедности и превенције - рецимо за насиље у породици), изврши промене у систему едукације, запошљава стручњаке разних профила (или боље искористи постојеће за нове задатке у складу са њиховим специјализацијама), како би могли да буду покривени нови послови који произилазе из community policing (психологе, социологе, стручњаке за односе с јавношћу, педагоге, кибернетичаре).

Анализе показују да су постојећи полицијски ресурси неадекватно искоришћени. Сменски полицијски рад, патролна и позорничка делатност није прилагођена полицијском раду оријентисаном на проблеме и жаришне тачке криминала. Услед тога су поједине полицијске смене недовољно искоришћене, а друге су преоптерећене. Формализовано одређивање полицијских смена не уважава реалне животне потребе[27] (вечерњи часови викендом када излазе млади,

[25] Kelling, George, Police and Communities: The Quiet Revolution, U: Oliver Willard, Community Policing, Clasical Readings, стр. 68-69.

[26] Lisa Riechers, Roy Roberg, Community Policing: A Critical Review of Underlying Assumtions, U: Willard M. Oliver, Community Policing, Clasical Readings, стр. 351.

[27] На пример: „Врло често се полицијски службеници у подједнаком броју распоређују у сменски састав и раде по месту и времену када се ништа не догађа, те у 8 радних сати имају у просеку од

периоди гужви, нефокусирање патролне делатности на простор и време жаришних тачака криминала, непостојање усмерених патрола, итд.). Потребно је имати у виду да је данас полиција оптерећена многим пословима (обезбеђењем конвоја с новцем; одржавањем реда на концертима и спортским приредбама, разношењем судских позива, асистенцијама, чувањем појединих верских објеката), који је одвлаче од неопходних свакодневних активности (по питањима репресије, а пре свега превенције криминалитета), тако да се рад на пројектима community policing појављује као чист вишак и неиздрживо оптерећење. Као додатна оптерећења полицијских ресурса у локалној заједници појављују се ванредне обавезе, боловања и други велики расходи, услед чега постоји константни мањак полицајаца на терену. Неопходна ће бити прерасподела полицијских послова. Многи послови који су сада у надлежности полиције мораће да се поставе на комерцијалне основе тако да ће корисници морати да плате економску цену или полицији или специјализованим комерцијалним агенцијама (нпр., за транспорт новца, редарским службама, судској полицији или пошти за разношење позива итд.). У свету се недостатак полицијских ресурса за пројекте community policing решава и ангажовањем грађана волонтера, стручњака из цивилног сектора или додатним специјализацијама појединих полицајаца и њиховим устаљивањем на појединим пословима.

## 11. Проблем усаглашавања и вредновања традиционалног и community policing стила у оквиру полицијске службе

Поставља се дилема: Да ли је community policing неспојив са класичним стилом полицијског рада усмереним на инциденте? Поједини полицијски истраживачи указују на тешкоће у сарадњи између community policing полицајаца и полицајаца и официра полиције који су научили на класичне методе рада (тзв., усмерење на инциденте и репресивна оријентација искључиво на криминал). Криминалистичка полиција и интервентне полицијске јединице имају другачији стил рада него полицајци који раде на пројектима community policing. Инцидентно усмерени полицајци често називају своје колеге који раде на пословима проблемски оријентисаног полицијског рада као "социјалне раднике". Критеријуми вредновања рада код ове две врсте полицајаца се

једне до две интервенције, односно 70-80% неискоришћеног радног времена. При том се непотребно исцрпљују са по 8 ноћних смена месечно, што изискује и додатне материјалне трошкове. Насупрот томе, у одређеним терминима, на пример, радним данима у јутарњим и поподневним миграцијама становништва, петком и суботом послеподне и увече, недељом увече и слично, редовне смене не могу удовољити свим захтевима и потребама за присутношћу полиције, а превелики број и опсег службених задатака у релативно малој јединици времена повећава ризик од могућих погрешака и нетактичног поступања, те изазивају незадовољство на обе стране: код грађана и полицијских службеника.“ Vladimir Faber, Irena Cajner Mraović, Strategija delovanja - Policija u zajednici, Reforma operativno-preventivnog rada policije u odori, Zagreb, 2003, стр. 6.

разликују. Код полицајаца усмерених на инциденте успешност се мери бројем ухапшених, бројем откривених кривичних дела итд. Полицајци који су школовани раније имају осећај да стратегије решавања проблема нису ни хитне ни важне, као задатак хапшења извршиоца кривичног дела. Они могу инсистирати да криминалци узрокују криминал и да су они пре свега обавезни да их приведу правосуђу. Овакве идеје могу изгледати неспојиве с идејом да је суседство мање или више криминогено и да утиче на квалитет живота. Разлике у образовању и погледима могу довести и до проблема у међусобној комуникацији и разилажењу тако да у појединим случајевима оптерећују полицијску службу. Међутим, истиче се да ове две врсте активности и ове две врсте полицајаца не морају по својој природи да улазе у конфликт поводом стратегија деловања, јер се оне међусобно не искључују, већ могу да се допуњују. На пример, циљ хапшење криминалаца и неговање мира у суседству међусобно се не искључују. Неки полицијски менаџери мисле да подела ове две структуре полицајаца на две јединице (целине) у једну која је оријентисана на инциденте и у другу која је оријентисана на проблеме није мудра. Они покушавају да нађу путеве да сви полицајци у патролама буду укључени у проблемски оријентисане активности. Сматра се да би исти полицајци могли да примењују оба приступа у зависности од ситуације и на тај начин, треба их разумети као комплементарне аспекте једне шире стратегије.[28]

## 12. Да ли community policing имплементирати у оквиру целе полицијске организације или започети са формирањем посебних јединица? (организациона дилема)

У науци постоји дилема у вези са организационим променама у локалној полицији при имплементирању community policing: да ли најпре отпочети са постепеним увођењем промена или велике промене спровести одједном што подразумева у старту суштинско мењање организације. У односу на једно и друго решење постоје разлози за и против. Дилема је да ли започети са имплементацијом унутар читаве локалне полицијске организације или почетно увести у пројекат мале јединице са циљем да се након извесног искуства прошири пракса на читаву агенцију. У вези са овим питањем је и дилема којом брзином реализовати промене као и како мењати ставове код полицајаца? Промене ове врсте су у начелу веома споре и тешке. Тешко се мењају ставови, устаљени и научени методи поступања.

Енорман број промена ка community policing често усмерава агенције да праве мале кораке надајући се да ће тако да направе прилику да остваре велике

[28] Aditi Gowori, Community policing is an epicycle, Policing: An International Journal of Police Strategies & Management, 4/2003, стр. 591-611; James Wilson-Georg Kelling, Making Neighborhoods Safe, U: Alpert-Piquero, Community Policing Conterporary Readings, стр. 44.

промене. Ови први мали кораци, као на пример одредити неколико официра за community policing или оформити јединицу за community policing виђени су као начин за постизање постепеног прогреса и учење од тих иницијалних корака. Приступ, увођења постепених промена заснива се на тези да се нешто ново може установити не утичући много на друге системе у полицијској организацији. Ова концепција може да доведе до могућих проблема. Посматрано са системске перспективе могуће су и слабости и тешкоће. Приступ у коме се тежи увођењу постепених промена игнорише мултипликованост и сложеност фактора који граде проблеме и може условити цинизам код запослених у деловима система који немају везе са community policing (нпр., community policing је неколико полицајаца који јашу на бициклима и разговарају са грађанима као начином решавања свих наших проблема). Према томе, формирање посебних јединица које ће третирати проблемски оријентисани рад, а да при том остатак полицијске службе настави са класичним радом, може условити проблем конфронтације између ове две групе полицајаца. Има искустава која показују да полицајци врло често и не сматрају проблемски оријентисан рад полицијским радом у ужем смислу, већ пре социјалним радом. Проблеми ове врсте запажени су у пројектима у New Yorк City-ју и у пројекту спровођеном у држави Baltimor. Тешко је определити се између два концепта да ли ће се COP (community oriented policing) прво имплементирати у оквиру посебних јединица или у читавој полицијској агенцији. То зависи од стања у локалним полицијским снагама. Ако је полицијска организација ригидна, ако се средњи менаџмент противи променама и ако је тешко идентификовати полицајце који би могли да понесу почетак имплементације, тада би била грешка уколико би се пројекат покушао имплементирати у целој полицијској агенцији.[29]

На другој страни, уколико постоји критична маса у тежњи за променама и уколико менаџери на средњем нивоу и полицајци који раде линијски рад јесу спремни за промене, пројекат би тада могао да почне са имплементацијом у оквиру читаве организације. Промене које у старту мењају стари систем и уводе нови систем организације представљају приступ који подразумева рад на целокупној визији промена. У овом приступу све што се тиче структурирања организације: структура, како управљати, како уводити нове приступе у раду и како ће организација комуницирати (бити у интеракцији) са спољњим светом, на почетку се ставља на сто и разматра. Са овог широко постављеног садржаја на поправљању полицијске ефективности поставља се реалистична визија која олакшава усмеравање промена и праваца у којима измене у агенцији треба да буду начињене. Ова визија може се артикулисати као порука за трансформационе промене која омогућава ефективно комуницирање са корисницима услуга, групама које су носиоци трансформације и запослених. Без сензибилне, реалистичне и јасне визије, трансформациони напори могу се

[29] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 172-176.

усмерити ка конфузији и у мале инкомпатибилне пројекте услед чега се не остварује циљ. Истраживања показују (наводи аутор цитираног рада) да они типови промена у којима се приступа са целовитог увида могу водити ка снажнијем (моћнијем, поткрепљенијем извеснијем) настојању ка променама него што је увођење постепених промена у поједине делове система.[30]

Постоји мишљење да је могућ и компромис између ова два екстремна приступа, односно могућа су и средња решења. Сматра се да негативне консеквенце које се дешавају формирањем посебне јединице која ће радити проблемски оријентисан рад и њеним "изоловањем као у инкубатору", може бити умањено тако што би се у рад тих јединица укључили и полицајци из осталих полицијских служби који би у оквиру ње усвојили нове технике рада (проблемски оријентисан приступ), а после тога би се вратили у своје јединице са задатком да га почну примењивати и у њима. Постоји могућност да се на географским подручјима у којима се уводи проблемски оријентисан рад, шаљу извештаји о раду, методама и ефектима у остале полицијске јединице које су на том подручју (патролне јединице, линијске службе), а посебно о питањима која су важна за рад тих служби. Полази се од могућег трансфера знања. Поред позитивних искустава у погледу ових модела, било је и негативних искустава. Официри који су неколико година успешно радили на проблемски оријентисаном раду, када су се вратили у своје јединице, суочени са ригидним системом вредности у њима, почињали су да примењују традиционалне методе, а не оне које су научили и непосредно примењивати. Једна од метода је и да се на малим територијама у деловима полицијске организације, али на одређеној територији у целини почне примењивати нов концепт, тако да се у њега укључе све службе које покривају то подручје.[31],[32]

---

[30] Kevin Ford, Organizational Change and Development, U: Merry Morash-Kevin Ford (editors): The Move to Community Policing, 2002, стр. 126-149.

[31] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 172-176; Kevin Ford, Organizational Change and Development, U: Merry Morash-Kevin Ford (editors): The Move to Community Policing, 2002, стр. 126-149.

[32] Оба приступа имају и своје предности и своје мане. Уколико се community policing спроводи као специјални програм у оквиру дела организације тада се селектује и специјализује једна група официра у оквиру организације са задатком да имплементирају поједине аспекте community policing. Ово је једноставнији пут и једноставније је мерити учинке укључених у програм зато што се дефинише њихова одговорност за једно подручје (територијално) или подручје рада. Идеја је да се промене у једном сектору полако проширују на остале делове организације. Као последица појављује се да специјализација на групе полицајаца које спроводе нове методе рада доводи до редуковања комуникације између ове и других јединица. То сужава приступ и пут ка променама на нивоу целе полицијске агенције зато што се задржава концепт размишљања "ми-против или за њих". Други концепт је увођење community policing на нивоу читаве организације у складу са концептом и филозофијом community policing. Шири приступ је више сагласан са концептом community policing као филозофије која важи за све аспекте полицијског рада и не третира се само као програм. Овде је важно успоставити баланс између традиционалних захтева (репресивних настојања) и нових захтева (проблемски оријентисан рад). Проблем може биту у томе што је

**Примери из праксе.**

Пројекат у Балтимору започео је са интензивном обуком полицајаца који су укључени у пројекат до детаља и кроз давање задатака које су полицајци требало да решавају (case studies). Процес је напредовао кроз супервизију. У току имплементације установљаване су процедуре и стандарди и пројекат се постепено ширио и на остале полицијске јединице.[33]

За разлику од Балтимора, у Newport News-у отпочело се са пројектом 1983. године имплементирањем на нивоу читавог секретаријата примењујући програм CAPA (скенирање, анализа, итд.). Пројекат је имао стручну помоћ Полицијског извршног истраживачког форума (Police Executive Research Forum). Успешно је оцењен и сматра се једним од примера како се може отпочети са имплементирањем пројекта на нивоу читаве полицијске службе града. Пројекат је био из врсте пројеката проблемски оријентисаног полицијског рада. Целокупан персонал и на менаџерском и на оперативном нивоу укључен је у реформу. Процес идентификације проблема и анализе примењен је са једнаком успешношћу на великој палети суштинских проблема са импресивним резултатима, како у редуковању обима проблема, као и у креирању позитивније и продуктивније атмосфере у полицијској институцији. Уочено је да успех пројекта зависи од много локалних фактора. На основу првог периода имплементације испитивањем је установљено да најмање око 40% полицајаца у извесној мери примењује проблемски оријентисан приступ, а да је 20% официра у потпуности савладало технику и примењује је у складу са теоретским концептом. Пројекат се на почетку фокусирао (у складу са скенираним проблемима) на провале у сиромашнијем делу града, крађе аутомобила са паркинга у центру града и проблем проституције који се манифестовао у центру. Додатно је у пројекат укључена проблематика диловања дрога у појединим деловима града, разбојништва у централном делу града.[34]

Искуство полиције у Дентону такође је веома значајно. У њему је примењена стратегија да се пројекат интегрише на нивоу читаве организације. Од сваког се линијског официра очекује да буде укључен у community policing. Појединци су део тима пре него специјалисти за уска питања. Подела на полицајаце који обављају посао на традиционалне начине и community policing официре не постоји. Сви полицајци део су тима. Кључни (играч) је полицајац који је на терену (front-line officer). Његово је право и обавеза да идентификује проблеме у суседству, да предложи стратегије којима ће се деловати на проблеме, мобилише ресурсе заједнице и полицијске службе града како би

тешко мењати читаву организацију одједном с обзиром да има доста запослених, пре свега међу старим полицајцима, који неће бити у стању да се прилагоде и оријентишу на нове методе рада. Joseph Schafer, The Challenge of Effective Organizational Change, U: Merry Morash-Kevin Ford (editors): The Move to Community Policing, 2002, стр. 247-248.

[33] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 65.

[34] Herman Goldstein, Problem Oriented Policing, New York, 1990, стр. 65.

решио проблем. У ову групу улазе полицајци свих чинова и позиција који су у дневном контакту са заједницом.[35]

## Закључак

Нови концепт полицијског рада у заједници (community policing) има читав низ предности у односу на класичне стратегија обављања полицијских послова и сигурно је да представља стратегију избора, стратегију будућности и за полицијске организације на балканским просторима. У питању је сложен, глобални концепт који садржи бројне варијације с обзиром на локалне специфичности и тешко је доносити коначне вредносне закључке. Међутим, неке опасности су евидентне и могу произаћи из неразумевања концепта, несхватања ограничења и лимита које он у себи садржи. Непознавање или потцењивање ових потенцијалних проблема, лимита, ограничења, може да поткопа ефикасност пројекта што се директно може одразити на уважавање и заштиту људских права и слобода. У том случају би концепт полиције у заједници постао своја сопствена супротност, негација самог себе и идеје која је у основи прогресивна и обећавајућа. Због тога је важно концепт посматрати целовито, системски. Потребно је бити свестан добрих страна и њих при имплементацији оснаживати, и на другој страни бити свестан ограничења, лимита, опасности и њих избегавати и предупређивати.

[35] Willard Oliver, Community-Oriented Policing, A Systematic Approach to Policing, стр. 36.

*Branislav Simonovic, a full-time professor*

## CONCEPTUAL DILEMMAE, LIMITATIONS, INCONSISTENCE, CRITICISM AND WEAKNESSES OF THE NEW CONCEPT OF COMMUNITY POLICING FROM THE POINT OF VIEW OF HUMAN RIGHTS AND LIBERTIES

This work points out to conceptual dilemmae, limitations, inconsistence, criticism and weaknesses of the new concept of community policing. A special attention in this work is paid to analyzing the limitations and weaknesses that might have negative influence on the protection of human rights and liberties Failing to mention this disadvantages and limitations of this concept would not do justice since the human and civil rights may be threatened in the police procedure. In this case, the implementation of the police reform in practice would fail to give expected results and the positive idea lying in the core of this concept would be compromised.

*Др Драгана Петровић,*
*ванредни професор*

***UDK**: 323.28*

# ТЕРОРИЗАМ - МОДЕРНИ ПРИСТУП У ФОРМУЛИСАЊУ ЊЕГОВОГ СМИСЛА И СУШТИНЕ

## Увод

Последњих година се пред нашим очима одвија жесток сукоб старих и нових актера историје, и то, све жешће, разорније, све смртоносније. Тај сукоб и њиме изазване промене протежу се у целом луку - од нових облика дехуманизације, од свог орвелијанског лика до другачијих, хуманијих форми живота, до нових принципа на којима се модерно друштво утемељује. У том и таквом контрасту, потпуно различите тенденције огромне снаге боре се за превагу.

Резултат (с обзиром на улог) је живот у опасном и несигурном свету, свету раздирућих противуречја и претеће неизвесности.

Свака држава треба да тражи властиту комбинацију за ослонац на истински позитивну традицију и стваралачки потенцијал. То треба да диктира темпо и правац развоја једног друштва.

У супротном, све остало би се сматрало пуком имитацијом једне цивилизације...све остало би довело до поништавања свих других.

До властитог самоуништења.

Од "сналажења" у тим великим изазовима зависи да ли ће се овај свет наћи у слепој улици, изложен опасностима назадовања и разарања или, пак, напредовати у правцу прогресивне, срећније будућности.

Нажалост, као да се део човечанства одлучио за овај први пут. А на том путу стална, потенцијална опасност у којој државе поседују силу и средства (технологију) разарања, на том путу упадљиве ирационалности, агресивности, масовне деструкције, уживање у спектаклима насиља.

Спектаклима насиља?!

Локално? Национално? Регионално? Међународно?

Агресивни потенцијал који добија свој највиши израз у ратовима и терористичким актима може овај свет да доведе "до краја". Неугасива жеђ за моћи која својим утицајем формира изразити индивидуализам, крајњу равнодушност, индиферентност за друга бића. То је критична тачка кроз коју

се секу сложене и веома разуђене структуре овог друштва, место где се укрштају верске, националне, етничке, социјалне,... разлике и интересе.

Ту се већ назире питање које ћемо ми истражити и овде коментарисати.

Дакле, ако из оптике искључимо све друге облике насиља, остаје нам размишљање о тероризму, захватањем, на овом месту само једног аспекта проблема који се појављује у много ликова, али из перспективе промењених ситуација, нових захтева и конфликата интереса.

## Приступ проблему

Тероризам је проблем који међународну заједницу потреса већ годинама. Свима је јасна потреба за међународном сарадњом у борби против њега; свима је јасна потреба за усвајањем међународне конвенције која би се скрупулозно поштовала од стране свих држава Света. Па ипак, није тајна да тај, неопходно потребни ниво сарадње често изостаје. Зашто?

Чини се да ово питање, одмах, на почетку, има смисла како због неких историјско-политичких процеса и промена који се везују за даљу и нешто ближу прошлост (нарочито, који припадају периоду од последњих тридесетак година), тако и због историјско-политичких и економских промена и процеса регионалне интеграције и светске глобализације који се "доста несрећно" одигравају и на нашим просторима.

Овим смо већ дотакли основне претпоставке за разумевање тога питања, најпре, прецизирањем најважнијих, одлучујућих разлога који се у битном рефлектују на крајње негативне резултате у међународној кривичноправној сарадњи у борби са тероризмом. Из такве опште позиције произилази и одговарајућа, појединачна интерпретација сваке од њих. Да подсетимо:

Основне препреке међународној сарадњи у борби против тероризма су следеће: 1. Проблем дефиниције тероризма, 2. Питање "политичког криминалитета", 3. Могуће везе између организованог криминалитета и тероризма, 4. Питање верског тероризма.

Ограничени темом, односно углом интересовања, ми ћемо посебну пажњу посветити, управо разматрању првог питања.

Дефинисање нечега, у ствари, представља увод у нешто или, у идеалном случају, давање прецизног објашњења шта нешто значи - процес који омогућава да се сагледа разлог и смисао одређене појаве, проникне у њену суштину. Међутим, уколико се не може постићи прецизност овакве врсте, онда се мора оцртати пут ка њеном ширем утемељењу и примени. Другим речима, на плану конкретне анализе, основна и полазна аналитичка категорија обухвата, тј. подразумева разумно значење термина - тероризам, при чему се посебно разматрају његови бројни и разноврсни аспекти (мотивација, географски контексти, аспекти удруживања терориста или њихово индивидуално деловање; будуће форме терористичког ангажовања; наравно, фигурира ту и гомила етичких питања и проблема, а посебну пажњу привлачи

и осветљавање имиџа који о тероризму креирају медији, и сл.) - **проблему дефиниције тероризма**.

Концепти терора и тероризма су још увек магловити и превише злоупотребљавани; истовремено њихова повезаност са другим облицима насиља и криминалитета је често и веома упадљиво двосмислена. Баш тај сплет субјективних фактора и реаговања на тему терора и тероризма чини ове концепте значајно компликованим за дефинисање

Управо, они који су се дали у постизање консензуса у погледу значења термина тероризам и како се са њим ухватити у коштац, дошли су до закључка да је готово немогуће пронаћи оквир за јединствену, општеприхватљиву дефиницију. С друге стране, реч тероризам је свакодневно на страницама свих новина и у свим телевизијским емисијама. Сви користимо овај термин, а нико не може да га на адекватан начин објасни, упркос многобројним покушајима. Они су махом усмерени и ограничени на истицање намерних узрока и ужасних последица.

Међутим, иако не постоји консензус у дефинисању тероризма, постоји опште прихваћено схватање да терористи данас делују глобално и да ескалирају своје активности. Управо, ова тенденција последњих година показује своје право лице производећи екстремни хаос и насиље.[1]

Својеврсност односног проблема огледа се, поред осталог и у томе што се забринутост за обим терористичких акција више него икада фокусира на могућност да се терористи домогну хемијског или биолошког оружја, чак, можда и нуклеарног наоружања мањег обима. Свет се суочава са великим ризиком "у свом дворишту", а тероризам нам је већ "на прагу".

## Дефиниције

Проблем дефинисања тероризма мучи међународну заједницу годинама. Генерална Скупштина УН је у неколико наврата заказивала међународне конференције, управо са циљем разрешења овог проблема, тј. баш да би се дефинисао тероризам и да би се издиференцирао од легитимних аката националне борбе за ослобођење. Нажалост, општу дефиницију тероризма је било тешко достићи... Данас се поново јављају одређени напори како би се

[1] У нападу на Њујорк забележен је највећи број жртава једног терористичког напада. Бали, туристички рај је, такође, претрпео ужасне жртве терористичког напада. Крајње тајанствена Ал-каидина мрежа представља снажну демонску организацију која регрутује терористе за 50 до 60 терористичких организација у преко 50 земаља. Њихова милитантна идеологија, искована у совјетској агресији на Авганистан 1979., а повезана са фундаментализмом Талибана, делује у исламском свету већ читаву деценију и успела је да регрутује многе следбенике спремне да покоре Сатану са Запада. Међутим, било би трагично уколико би се талас осуде који је покренут догађајем од 11. септембра претворио у опасно непријатељство између Запада и исламског света. David J. Whittaker: TERRORIST AND TERRORISM, IN THE CONTEMPORARY WORLD, London and New York, 2004, стр. 2-3.

достигао међународни консензус у дефинисању тероризма, а која би потекла од постојећих дефиниција ратних злочина (као заобилазни пут, преко мочвара и бара).[2]

Тероризам се манифестује низом веома разноврсних криминалних активности срачунатих да доведу до људских жртава, или до оштећења имовине и других добара и интереса. Али дефиниције могу да постану стандарди само ако се свака околност појединачно анализира. Дефиниције које следе обележавају његову карактеристичну суштину само у погледу крајњих циљева, а не дефинишу га са аспекта идеологије, или начина на који се терористичке акције изводе. Може се, слободно рећи, пре, шта тероризам није, него тачно навести шта тероризам јесте.

Дефиниције које следе само делом илуструју са колико се проблема одређена лица, групације и организације суочавају у покушајима да дешифрују унутрашњу природу тероризма у савременом свету.

Управо, у стручној литератури, на питање "шта је тероризам?" налазимо низ различитих одговора, гледишта и оријентација. Покушаћемо у неколико да их прикажемо, омогућавајући тако бољи преглед и увид у проблем и карактер тероризма.

Под тероризмом се подразумева стратегија насиља смишљена да изазове страх у одређеном сегменту неког друштва.[3]

Међународни тероризам је политички и друштвено мотивисано насиље.[4]

Тероризам представља коришћење насиља против мањег броја људи у циљу застрашивања већег броја људи, или што би рекли древни Кинези: уби једног да би застрашио 10 000.[5]

---

[2] Michael P. Scharf: Difining Terrorism by Reference to the Laws of War: Problems and Prospects, Proceedings of the International Conference on "Countering Terrorism Through Enhanced International Cooperation", Courmayer Mont Blanc, Italy, 22-24 September, 2000, стр. 135.
Уједињеним нацијама је тешко да достигну минимум консензуса у дефинисању тероризма. Одређени (мањи) број држава чланица Уједињених нација унеколико сужава уобичајено значење тероризма, тако што искључује разне варијанте оружане борбе, сматрајући да национално ослобађање и покрете отпора против стране окупације не треба етикетирати термином "тероризам". Други, пак, у дефинисању тероризма инсистирају на таквом концепту подразумевајући под тим "средство којим се борба води, а не циљ". У одсуству консензуса, Уједињене нације су се одлучиле за такву теоријску позицију у којој се одражава средњи приступ у тумачењу тог особеног феномена. Pino Arlacchi u Opening Remarks: Proceedings of the International Conference on "Countering Terrorism Through Enhcanced International Cooperation" Courmayer Mont Blanc, Italy, 22-24 Septembar 2000.

[3] Bassiouni, M. Ch, "Terrorism, Law Enforcement and the Mass Media: Perspectives, Problems, proposals", The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 72, no. 1, pp 1/51, New York, 1981.

[4] Bite, V., "International Terrorism", Foreign Affairs Division, Library of Congress. Appendix of US Congress, Senate Committee on the Judiciary. Subcommittee to Investigate the Administration of the International Security Act and Other Internal Security Laws, Part IV, May 14, Washington, DC:GPO, 1975.

[5] Clutterbuck, R., The Future of Political Violence, London: Macmillan, RUSI, 1986.

За једног терористу, за другог свети ратник. За једног јеретик и неверник, за другог борац за истинску веру.[6]

Компоненте дефиниције револуционарног тероризма су: систематски и сврсисходан метод који користи нека револуционарна организација, а који се манифестује серијом индивидуалних активности изузетног и неопростивог насиља. Он представља константан шаблон симболичног или репрезентативног одабира понашања срачунат да се постигне психолошки ефекат на одређене групације људи.[7]

Тероризам представља језик којим се користимо када желимо да будемо примећени.[8]

Претеће коришћење политички мотивисаног и тајно организованог насиља од стране групе људи циј је циљ постизање психолошког утицаја на мету како би она почела да прихвата циљеве и убеђења те групе.[9]

Специфичан ужас који са собом носи тероризам је оно сто људи памте.[10]

Међународни тероризам представља чин који је у суштини политички мотивисан и који превазилази националне границе.[11]

Тероризам представља насиље које се користи да би се постигао страх, али такође има за циљ да страх који се креира подстакне друге да делују у истом правцу.[12]

Тероризам представља подврсту принудне дипломатије у којој се користи насиље или претња насиљем да би се противник натерао да промени своје гледиште и сагласи са узајамно прихватљивим начином за окончање конфликта.[13]

Тероризам представља метод којим се инспирише страх узастопним понављањем насилних активности које спроводе (полу) тајне групе, појединци или државни актери из идеолошких, криминалних или политичких циљева.[14]

Терористичке акције су демонстративне, спектакуларне и театралне, а жртве су обични пиони у овој терористичкој игри.[15]

---

[6] Cooley J. K., Unholy Wars: Afghanistan, America and International Terrorism, London and Sterling, VA: Pluto Press, 2000.
[7] Crenshaw Hutchinson, M., "The Concept of Revolutionary Terrorism", Journal of Conflict Resolution, vol. 16, no. 3, pp. 383-396, 1972.
[8] DeLillo, Don, Mao II, New York: Penguin, 1992.
[9] Drake C. J. M., Terrorists' Target Selection, New York: St Martin's Press, 1998.
[10] Fairburn, G., Revolutionary Guerrilla Warfare: The Countryside Version, London: Penguin, 1974.
[11] Fearey, R. A., Remarks made 19 February 1976 as US Co-ordinator for Combating Terrorism, quoted in Wolf 1981.
[12] Fromkin, D., "The Strategy of Terrorism", Foreign Affairs, vol. 53, no. 4, Washington, DC, 1975.
[13] George, A., Western State Terrorism, New York: Routledge, Chapman and Hall, 1991.
[14] Guelke, A., The Age of Terrorism and the International Political system, London and New York: I. B. Taurus Publishers, 1998.
[15] Hacker, F. J., "Contagion and attraction of Terror and Terrorism" in Alexander, Y. and Gleason, J. M. (eds) Behavioural and Quantitative Perspectives on Terrorism, New York: Pergamon Press, pp. 73-85, 1981.

Тероризам је коришћење насиља против цивила од стране опозиционих снага на домаћем, или на међународном нивоу.[16]

Тероризам чине планирани чинови насиља који се употребљавају искључиво у политичке сврхе, који су усмерени против установљених државних или организационих тела и које укључују релативно мали број конспиратора.[17]

Тероризам, у сваком случају, може да буде стратегија, а не само тактика или случајан догађај. Тероризам је одабран у одређене сврхе и представља главно средство за постизање политичких циљева.[18]

Невладин тероризам представља смишљену и систематску употребу широко распрострањеног офанзивног насиља, смрти и деструкције усмерене на владине службенике, опште становништво, јавно и приватно власништво у циљу приморавања појединаца, група, заједница, економских субјеката и влада да промене своје постојеће понашање и политику и повинују се политичким захтевима терориста.[19]

Под тероризмом се подразумева серија смишљених активности директног психолошког насиља која имају за циљ да систематски произведу ефекат панике и хаоса, а које се спроводе у оквиру неке политичке стратегије. [20]

Тероризам представља политичко насиље против истинских демократија.[21]

Тероризам је увек и неминовно у вези са силом.[22]

Терористa за једнога је терориста и за другога. Сви терористички акти су злочини и представљају кршење правила ратовања, уколико је рат уопште и присутан.[23]

Тероризам се може искористити да креира атмосферу очаја или страха и да пољуља веру обичних грађана у њихову владу и њихове представнике.[24]

---

[16] Halliday, F., The World at 2000: Perils and Promises, Basingstoke: Palgrave, 2001.
[17] Hamilton, L. C., Ecology of Terrorism: A Historical and Statistical Study, Boulder, CO: University of Colorado, 1978.
[18] Harmon, C. C., Terrorism Today, London and Portland, OR: Frank Cass, 2000.
[19] Herman, V. and van der Laan Bouma, R., "Nationalistist without a Nation: South Moluccan Terrorism in the Netherlands" in Lodge (ed.)Terrorism: A Challenge to the State, Oxford: Martin Robertson 1981, pp. 119-146, 1981.
[20] Hess, H., "Terrorism und Terrorismus - Diskurs", Tijdschrift voor Criminologie, no. 4, Amsterdam, 1981.
[21] Heyman, P. B., "Terrorism and America: A Commonsense Strategy for a Democratic Society", Cambridge, MA and London: The MIT Press, 1998.
[22] Hofman, B., Inside Terrorism, London: Victor Gollancz, 1998.
[23] Jenkins, B. M., "The Study of Terrorism: Definitional Problem" in Alexander and Gleason (eds) (1981) Behavioural and Quantitative Perspectives on Terrorism, New York: Pergamon Press, pp. 3-10, 1978.
[24] Leiser, B. M., "Terrorism, Guerrilla Warfare and International Morality", Journal of International Studies, vol. 12, Stanford, 1977.

На тероризам се гледа као на прибегавање насиљу у политичке циљеве од стране неовлашћених и невладиних актера који крше прихваћене кодове понашања.[25]

Коришћење или претња коришћењем страха који би био изазван изразитим насиљем у политичке сврхе од стране било које групе или појединца.[26]

То је чин политичког насиља, али тероризам успева да избегне ову дефиницију када се улепша када му се дода политичко значење препуно прича о вредностима.[27]

Догађаји који укључују релативно добро организоване и планиране активности од стране мале, али кохезивне групе, су основна карактеристика тероризма.[28]

Тероризам представља систематско коришћење застрашивања у политичке циљеве.[29]

Политика која се постиже насиљем и пропагандним деловањем који су основни печати терора.[30]

Тероризам је смишљено и систематско нападање цивила да би се изазвао страх у политичке циљеве.[31]

Тероризам обухвата намерну употребу силе, или претњу силом, од стране инспиратора усмерену на инструментални циљ, а у жељи да се примарном циљу остави порука о будућим насилним акцијама.[32]

Тероризам је сваки метод политичке борбе који испуњава три услова – укључивање употребе екстремног насиља против недужних цивила и као такав представља нелегитиман облик борбе.[33]

Планирано, политички-мотивисано насиље усмерено ка невојним циљевима које спроводе под-националне групације или тајни државни агенти са циљем да изврше неки утицај на своје циљне групе.[34]

Социолошки гледано, терор представља нека особа, или ствар или нека пракса која узрокује интензиван страх или патњу са циљем да застраши и покори, а посебно се употребљава као политичко оруђе. Политички гледано,

[25] Lodge, J. (ed.), Terrorism: A Challenge to the State, Oxford: Martin Robertson, 1982.
[26] Mickolus, E., Transitional Terrorism: A Criminology of Events 1968-1979, London: Aldwych, 1980.
[27] Miller, A. H., Terrorism and Hostage Negotiations, Boulder, CO: Westview Press, 1980.
[28] Morrison, D. G. et al., Black Africa: A Comparative Handbook, New York: The Free Press, 1972.
[29] Moss, R., Urban Guerrillas: The New Face of Political Violence, London: Temple Smith, 1971.
[30] Neale, W. D., "Terror - Oldest Weapon in the Arsenal", Army (August), Washington, DC, 1973.
[31] Netanyahu, B. (ed.), Terrorism: How the West Can Win, London: Weidenfeld and Nicholson, 1995.
[32] Paust, J. J., "A Definitional Focus" in Alexander, Y. and Finger, S. M. (eds) Terrorism: Interdisciplinary Perspectives, New York: John Jay Press and McGraw Hill Book Co., pp. 18-29, 1977.
[33] Pontara, G., "Violenza e Terrorismo: Il problema delle Definizione e della Giustificayione" in Bonanate, L. (ed.) Dimensioni del terrorismo Politico, Milan: Franccco Angeli Editore, 1979.
[34] Reich, W. (ed), Origins of Terrorism: Psychologies, Ideologies, Theologies and States of Mind, New York: Cambridge University Press, 1990.

његова главна функција је да застраши и дезорганизује владу сејањем страха не би ли се постигле политичке промене.[35]

Политички мотивисано понашање неке недржавне групе која нема шансе да путем легитимних избора дође на власт у демократским друштвима, па стога насилним чиновима усмереним на цивиле и добра врши присилу не би ли реализовала своју политичку вољу.[36]

Терористички чинови су екстремни изливи насиља усмерени на невојне циљеве које врше опозиционе стране у некој политичкој борби.[37]

Питање моралности замагљује свако разматрање и размишљање о тероризму.[38]

Тероризам, као елемент у процесу насилне промене се може дефинисати као употреба физичке силе. То је допунска тактика и за герилско и за конвенционално ратовање. Тероризам се разликује од герилског начина ратовања у томе што је сврха овог другог да изврши утицај на противника или на неку трећу особу, а не да га уништи. Сврха терористичког чина, а не његова природа, је основна карактеристика која разликује тероризам од герилског ратовања.[39]

Тероризам није ни бесмислен, ни случајан. Он је крајње срачунат чин којим руководе смртно озбиљни људи који у својим главама имају велике циљеве.[40]

Тероризам је један од најемотивнијих и субјективнијих концепата у енглеском језику. Ова реч сама по себи садржи осуду вредности.[41]

Реч је пежоративног, тј. погрдног карактера. Чак ни сами терористи више не признају да су терористи.[42]

Политички тероризам представља систематску употребу насиља у политичке сврхе од стране аутсајдера у политичком конфликту. Његова ескалација се може посматрати у четири правца: наоружања, мобилности, публицитета и новца.[43]

---

[35] Roucek, J. S., "Terrorism in its Sociological Aspects", Sociologia Internationalis, vol. 18, pp. 1-2, 97-110, 1980.
[36] Schwind, H. D., "Zur Entwicklung des Terrorismus" in Schwind (ed.) Ursachen des Terrorismus der Bundesrepublik, Berlin: Walter de Gryter, 1978.
[37] Sedernerg, P. C., "Defining Terrorism" (unpublished paper), 1981.
[38] Silke, A., "Terrorism and the Blind Man's Elephant", Terrorism and Political Violence, vol. 8, no. 3 (autumn) 1996.
[39] Silverman, J. M. and Jackson, P. M.,"Terror in Insurgency Warfare", Military Review, vol. 50, Fort Leavenworth, KS: October, pp. 61-67, 1970.
[40] Simon, J. D., The Terrorist Trap: America's Experience with Terrorism, 2nd edition, Bloomington, IN: Indiana University Press, 2001.
[41] Taylor, P., States of Terror, London: BBC Books, 1993.
[42] Цит. према: J. Richard Thackran, op. cit., стр. 158.
[43] Tromp, H. W., "Terrorism and Political Violence", Brussels: AFK/VVK (unpublished Paper), 1979.

Сваки покушај да се дефинише тероризам се аргументује претпоставком да су неки облици политичког насиља оправдани, а неки нису.[44]

Општи циљ тероризма је да се влади вежу руке.[45]

Тероризам је алат који треба искористи, средство за постизање циљева за многе врсте политичких активности.[46]

Тероризам представља систематску употребу застрашивања употребом силе, обично да би се постигли неки политички циљеви. Користи се да се створи клима пуна страха.[47]

Религиозни тероризам поприма трансценденталну димензију, а његови починиоци нису оптерећени политичким, моралним или практичним ограничењима која могу да имају утицаја на друге терористе.[48]

Како нам је у првом реду стало да створимо аналитичну и корисну дефиницију, да истражимо смисао и суштину тероризма "до краја", овде је било неопходно осветлити тај феномен и из следећих перспектива:

Реч терор (страх, ужас) је латинског порекла и значи "задавање страха, изазивање страха, трепета, ужаса, страве, језе; примена насиља све до физичког уништења противника... Тероризам је вршење терора, владање застрашивањем, тиранија, уништење противника најокрутнијим средствима (прогони, угњетавање, убијање)." (Р. Клајн: Велики речник страних речи, стр. 1245; М. Вујаклија: Лексикон страних речи и израза, стр. 947).

У *Oxford English Dictionary* смисао и суштина тероризма је одређена на следећи начин: "Тероризам; системи терора. 1. Владавина застрашивањем, какву је спроводила партија на власти у Француској за време револуције 1789-1794. 2. Политика која има за циљ са терором уништи оне против којих се примењује; употреба метода застрашивања; чињеница примене терора или стање подвргнутости терору. Терориста је политички термин; примењује се за јакобинце и њихове представнике и партијске припаднике у Француској револуцији, посебно за оне који су повезани са судовима у току владавине терора; свако ко покушава да наметне своје ставове системом застрашивања."[49]

---

[44] Wardlaw, G., Political Terrorism: Theory, Tactics and Counter Measures, Cambridge University Press, 1989.

[45] Whittaker, D. J. (ed.), The Terrorism Reader (2nd edn), London: Routledge, 2001.

[46] Wieviorka, M., The Making of Terrorism, Chicago, IL: University ogf Chicago Press, 1993.

[47] Wilkinson, P., Terrorism versus Democracy: the Liberal State Response, London and Portland, OR: Frank Cass, 2000.

[48] Williams, P. L., Al Qaeda: Brotherhood of Terror, London and Harlow: Pearson, 2002.

[49] У свом ужем и специфичном значењу, тероризам је "сматран пежоративним изразом, тако да се у називима акције и реакције потцртавају одреднице као што су слобода, одбрана, ослобођење, армија и праведна освета." Уз напомену да се о терору и тероризму стално износе нове дефиниције, аргументи и контрааргументи, створен је утисак да сви (без обзира на различитости одређене друштвено-политичким и религијско-културолошким приступима дотичном проблему) и мале скупине, читави народни покрети и државни режими користе тероризам у већем или мањем обиму као инструмент "праведне борбе". Вид. о томе опширније: Е. Пињо: Исламски тероризам, http.www.mm,cp.ba/printart123.html

Тероризам подразумева противзакониту употребу силе и насиља против особа или имовине у циљу застрашивања или вршења притиска на владе, цивилно становништво или неки други сегмент друштва ради постизања политичких или социјалних циљева (FBI)

Тероризам је срачунато коришћење насиља, или претње насиљем, да би се произвео страх у циљу вршења притиска или застрашивања влада или друштава ради постизања циљева који су махом политичке, религиозне или идеолошке природе (Министарство одбране САД-а)

То је планирано, политички мотивисано насиље усмерено ка невојним циљевима, изведено од стране пара-националних група или тајних агената са циљем да се изврши утицај на јавност (амерички State Department)

Тероризам представља коришћење силе у циљу постизања политичког, религиозног или идеолошког циља у акцијама које укључују озбиљно насиље над појединцима или имовином (Влада Велике Британије). Или прецизније: једна од правних верзија дефиниције тероризма (чл. 20(1) Закона о спречавању тероризма из 1989) гласи:

"Тероризам подразумева коришћење силе у политичке циљеве и укључује употребу исте у циљу застрашивања јавности (или дела јавности).

Нова дефиниција из чл. 1. Закона о тероризму из 2000. даје ширу и детаљнију дефиницију:

1. У овом Закону тероризам означава употребу или претњу терористичком акцијом када:
   - та акција спада у оне описане у подпараграфу 2;
   - је коришћење силе срачунато да утиче на владу да пружи неке уступке или да заплаши јавност;
   - је коришћење силе предузето у сврху постизања неког политичког, религиозног или идеолошког циља;
2. Акције које спадају у овај подпараграф су:
   - акције које укључују озбиљну употребу насиља против појединаца;
   - акције које укључују озбиљно уништавање имовине и добара;
   - акције који угрожавају живот других људи;
   - акције које стварају ризик за здравље или сигурност људи;
   - акције које могу озбиљно да угрозе рад телекомуникационих и електронских система.
3. Коришћење насиља или претња насиљем која подразумева употребу ватреног оружја или експлозива
4. Овај подпараграф обухвата све претходно наведене акције које се врше ван територија Велике Британије

5. Овај подпараграф укључује осврт на акције које су извршене ради стицања користи неке одређене организације.[50]

Све наведене формулације опредељене различитим критеријумима, ипак имају много тога заједничког (имају основно језгро). Такође, постоји и доста различитих становишта.[51] Осврнимо се посебно само на пар ових последњих.

На овој листи дефиниција очигледно постоје разлике у стављању акцената на различите ствари. Неке дефиниције (мисли се на оне званичне) рефлектују институционалне позиције. FBI, на пример, ставља нагласак на силу и незаконитост, као и на прекршаје против имовине у циљу постизања социјалних и политичких циљева. State Department ставља акценат на то да су акције претходно планиране. Помиње се и потенцијална политичка мотивација пара-националних група. Не помиње се спонтано насиље, нити се разматрају психолошки моменти претњи. Министарство одбране САД-а у том смислу поступа свеобухватније и придаје једнаку важност и стварном и претећем насиљу, даје шири обим мета тако што у могуће мете не сврстава само владе, већ и цела друштва. Дефиниција владе Велике Британије је дата у Закону који се нашао пред Парламентом 1999. Постоји контраверза да је ова дефиниција преширока и да може довести до тога да влада ограничи, или чак да одбаци легитимна права великог броја група да протестују. Одређени број аутора, ставља акценат на стратегију застрашивања којом се усађује и распирује страх и осећање личне рањивости међу цивилном популацијом (психијатар Reich), док се неки аутори фокусирају на употребу намерног застрашивања наводећи као примере утицаја ставове и понашања (Sederberg). Најзад, неке дефиниције су пуне емотивног набоја и осуђујућег негодовања.[52]

На овом месту важно је приметити да постоји читав низ различитих проблема који блокирају напоре да се тероризам "коначно дефинише". Прво, ту је разумљива, али збуњујућа тенденција да се помешају објашњења, оправдавања и прекори са многим дефиницијама. Друго, конфузија између акције (тероризам), актера (терористе) и ефекта (терора) негативно утиче на нашу способност да направимо разлику између тероризма и веће класе насилног понашања чији је он део. Коначно, опција да се фокусирамо на различите подврсте тероризма (на пример, пиратерија у ваздуху, самоубилачка бомбардовања), не објашњава шта је то у тим подврстама што појединце

[50] Clive Walker: Blackstone's Guide to the Antiterrorism Legislation, Oxford University Press, 2002, стр. 20-21.

[51] Институционалне дефиниције стављају нагласак на незакониту употребу силе и на кривична дела против имовине, добара и инфраструктуре. Влада САД-а се 2001. из све снаге трудила да изрази своје гнушање према онима који се усудили да им, пред кућним вратима, нападну вековно неговане симболе демократије и државног уређења. Академици, психолози, криминолози и новинари су посебно обазриви када у својим дефиницијама наглашавају узроке због којих је политички активизам постао насилан, као и то да су претње терориста учиниле јавност веома рањивом. David J. Whittaker, op. cit. стр. 4-5.

[52] D. J. Whittaker: op. cit. стр. 3-4.

мотивише да постану терористи. Мада бисмо могли да формулишемо одређену политику реаговања на одређене терористичке активности, били бисмо приморани да обуставимо трагање за већим општим разумевањем и стратегијом.[53]

## Проблеми у дефинисању тероризма

Полазећи само од спољашњег одређења, дакле, занемарујући овде нијансиране разлике у прецизном омеђавању значења термина "тероризам", показао се висок степен сагласности у следећем:

- Тероризам је стратегија насиља смишљена да би се постигли жељени резултати ширењем страха и несигурности;
- ту се ради о незаконитом коришћењу силе или претње силом или кроз континуирану кампању или путем спорадичних инцидената;
- ту се ради о смишљеној употреби насиља над цивилима и не-војним циљевима;
- ту су моћ и сила нераскидиво укорењени у политичко насиље – од њиховог стицања, преко манипулисања до саме употребе да би се постигао ефекат промена;
- револуционарни тероризам има за циљ да доведе до комплетне промене у држави
- под-револуционарне стратегије имају за циљ да доведу до политичких промена, а да се при томе не доведе до колапса политичког система;
- овде се, једном речи, ради о притајеним активностима које су пажљиво планиране у погледу циљева, средстава за њихово постизање, мета напада и приступа акцијама;
- циљеви могу бити политички, друштвени, идеолошки или религиозни – без њих би се терористи сматрали обичним делинквентима и криминалцима;
- терористичке акције обично изводе под-националне групације, а понекад и усамљени појединци посвећени неком циљу;
- важан циљ ових акција је да се постигне максималан публицитет;
- зоне активности обухватају специфичну државу, специфичну локацију или неки посебан сегмент друштва; оне брзо добијају транснационални карактер јер одјеци акције превазилазе границе неке земље.

Како год се различито дефинисао, само површан поглед на горе наведену листу нам указује на опште неодобравање и спремност на осуду ове неконтролисане и необуздане, пре свега, безобзирно разарајуће појаве

[53] Ibid, стр. 4.

савременог света. Уствари, тиме се опет долази до почетка, те као да се разумевање тероризма врти у зачараном кругу, због чега морамо, још једном, резигнирано констатовати да се под разноврсним дефиницијама тероризма једино упозорава на његов нужан општи оквир. Отуда ћемо, само назначити теоријску проблематику "садржине и динамике" којом ћемо се бавити у наредном делу текста који је посвећен, управо, овим сегментима у објашњавању означене тематике.

Дефиниција тероризма је због политичких неслагања крајње неодређена. С друге стране, закон је по самој својој природи дужан да обезбеди ауторитативно одређење криминалних активности. Међутим, увек постоји опасност да политички мотивисан лингвистички опортунизам произведе просто етикетирање овог термина.

Изгледа да је *тероризам* као деривација од речи *терор* којој је додат суфикс-*изам* добио значење какво и заслужује. Међутим, много тога зависи и од аспекта у ком се користи. Разлике у гледиштима се могу очекивати између **власти** које су одговорне за ред и мир, **посматрача** који су били сведоци ових активности (непосредно, "из прве руке", или преко медија), као и самих **жртава** и **терориста**. Сви се они посебно одређују према тероризму:[54]

**Власти** морају да се ухвате у коштац с облицима понашања за која сматрају да превазилазе границе обичних протеста и демонстрација. Стога држава реагује брзо да би уклонила претњу реду, миру и безбедности. Овакав приступ у ком се не дозвољавају «неразумне активности» оставља мало простора за разматрање истинских, унутрашњих узрока.

Природно је да **посматрачи** не одобравају смртоносне, злонамерне и анти-друштвене облике понашања. Међутим, често се међу конзервативним медијима сваки жустрији облик понашања карактерише као злонамеран, па се термин тероризам често употребљава да се опише читав низ изражавања, протеста као што су хулиганство међу навијачима, улични немири, или изгреди особа у пијаном стању.

**Жртве**, без обзира да ли су биле мета, или су невино настрадале, гледају на насиље у ком су и саме биле актери, као на драматичан крај јер им је тим чином било угрожено "здравље, мобилност, чак и живот". Када се политичким насиљем ограничава слобода кретања људи (као, на пример, случај са Палестинцима и Израелцима), тада терористичке операције представљају искључујући фактор којим се крше основна људска права, а велики број људи се унесрећује у правом смислу те речи.

**Терористи** се називају деструктивним манијацима, особама искривљеног ума и неодговорним прекршиоцима свих кодова цивилизованог понашања. Док је јавност склонија да се бави последицама, а не узроцима терористичких активности, посебно када су у стању шока, они који су прибегли политичком

[54] David J. Whittaker, op. cit., стр. 2-4.

насиљу не прихватају да буду етикетирани као терористи и труде се да докажу да нису имали другог избора осим да овако реагују да би скренули пажњу на своје идеалистичке, понекад чак и алтруистичке циљеве.

Према томе, јасно је да значења термина тероризам и терориста у многоме опредељено, односно детерминисано приступом и углом гледања оних који их дефинишу.[55] Такође се не могу искључити ни многобројне предрасуде. Уосталом, можда о томе најбоље говори гледиште професора Richard-a Falk-a, који га је у једном интервјуу (1997) изразио речима «да се терористи често поједностављено посматрају кроз призму само-поштења и морално-правних принципа где се наглашавају позитивне вредности Западног система које угрожава необуздано политичко насиље».[56]

Дакле, проблеми у одређивању смисла и суштине тероризма остају. Суочена са недостатком једне опште прихватљиве, универзалне дефиниције, свака држава може да потпише декларацију против тероризма, а да не мора у потпуности да извршава и своје преузете обавезе у пракси. Државе које су потписале Конвенцију о борби против тероризма, често дефинишу тероризам на различите начине (принцип "двоструких стандарда"). На пример, терористичка активност у оквиру својих државних граница се ригорозно кажњава, док се насилне политичке активности које се дешавају на територијама неких других држава не сматрају фанатичним, или се чак игноришу. С друге стране, неопходно је обезбедити минимум основне сагласности (макар дати координате), бар око оквирне дефиниције која терористичке активности одређује као намерну употребу насиља ван бојног поља, усмереног на цивилно становништво ради постизања одређеног политичког циља. Брутални напади ове врсте би се сматрали варварским и неприхватљивим обликом понашања. Они не би имали ништа заједничко са конвенцијалним вођењем рата између сукобљених војних сила чије карактеристике, принципе и ограничења стриктно дефинишу Женевске и Хашке конвенције. Они би, такође, требало да се разликују од герилског начина ратовања, које се, како смо раније нагласили, знатно разликује од тероризма, јер су овде мете војни, а не цивилни циљеви.[57]

Наравно, у теорији и пракси превладава мишљење да је у циљу бољег разумевања овог феномена неопходно проширити контекст у ком се он

[55] Дефиниције терористичких аката дајемо ми, сведоци који су искусили терор, а не они који их спроводе. (Kaplan) цит. према: J. Richard Thakran, op. cit., стр. 158.
[56] David J. Whittaker, op. cit., стр. 2-5.
[57] Различите речи и ставови се уплићу у значење речи тероризам, посебно када се јаве тешкоће у покушају разликовања терориста и гериле и борца за слободу. Између ова три термина постоје разлике у погледу њихове примене насиља:
- мете терориста су цивили;
- герилци нападају војнике и војне званичнике и објекте;
- борац за слободу води кампању у циљу ослобађања свог народа од диктаторског режима или окупаторске силе. Ibid, стр. 4-5.

посматра, истражује, тј. тумачи и објашњава. Ово можемо илустровати са два примера. Први: Крхки споразум у Северној Ирској: оваква трагична слика и претпоставка зашто терористи још увек лутају улицама Даблина, једино имају смисла ако се узме у обзир сећање на дугогодишњу дискриминацију, конфронтацију и борбу које су потпомогнуте квази-религијским митовима о мучењима и жртвовању. Овакав ирски контекст се временски протеже годинама уназад и садржи елементе енглеске колонијалне доминације, војно-политичке борбе међу екстремистима из ривалских фракција и континуиране борбе за људска и грађанска права. Они који су у оваквом контексту прибегли тероризму су сматрани патриотима. Која би алтернатива овде била могућа?

Нетолеранција, сумњичавост и насилни испади још увек играју главну улогу у подели католичке и протестантске цркве и успоравању мировних процеса. Овде се поставља питање да ли је тероризам на овом простору постао уобичајено стање које је толико трајног карактера да укида могућност коначног решења.[58]

Други пример потребе за разумевањем ширег контекста је ситуација у данашњој Шпанији. Истрајност Баскијаца у терористичким акцијама на Северу Шпаније представља, за сада, праву енигму. Баскијци представљају поносну националну заједницу чију је жељу за аутономијом брутално угасио Франко тридесетих година прошлог века. У условима многих Баскијаца, прибегавање герилским облицима ратовања је морално оправдано, због чега су се у протеклих 40 година они груписали у различите организације као што су ETA и Револуционарни покрет Баскијаца за национално ослобођење. Како су полетни ослободиоци били бескрупулозно сасечени од стране безбедносних снага, герилци су престали да се фокусирају само на војне циљеве и постали терористи који бомбардују и убијају цивиле. У овим акцијама су страдали и многи баскијски цивили. Многи Баскијци данас схватају да је недискриминисано насиље контрапродуктивно. Многи се изјашњавају да је тероризам нешто што не желе. Коначно, додељена им је и одређена уставна аутономија.

Пружајући шири оквир за разумевање, у објашњавању ове теме отворио се још један проблем. Наиме, тероризам традиционално подразумева "двосмерну борбу" између групе терориста, с једне стране, и неке суверене државе, с друге стране. Међутим, у савременом свету пажњу привлаче државе које користе

[58] Прошло је већ три године од када је сенатор George Mitchell долетео из Washington-a у нади да би његове дипломатске способности преговарања могле уродити плодом. Никаква политика смањивања наоружања није умањила значење термина тероризма у Северној Ирској. По његовом мишљењу, оно сто је тамо стварно потребно је «разоружавање менталитета и тврдоглавих умова» - Belfast Telegraph од 26. априла 1996. Цит према David J. Whittaker op. cit., стр. 8-11.

терористичке организације како би на међународном плану промовисале своје интересе.[59]

Овде треба, још једном нагласити, да недостатак консензуса око дефинисања тероризма на интернационалном нивоу значајно омета ефикасну борбу против тероризма. Прецизније, међународна сарадња усмерена на онемогућавање држава да "спонзоришу тероризам" је слаба. У многим случајевима, владе које финансирају терористичке акције су ауторитативне, а њихови народи нису заинтересовани да им супротставе, или им чак пружају и подршку (какав је случај у већини муслиманских земаља).[60]

Да ли земље које финансирају ову ужасну појаву могу да учине нешто више, значајно другачије како би одвратиле своје «клијенте» од истрајавања у акцијама које остатак света сматра гнусним и неопростивим? Постоје одређени показатељи како се овај процес, већ дешава.[61]

## Мете терористичких акција

Квалификација терористичких организација, и државних и недржавних, левичарских и десничарских, етничких и добровољачких, показује њихове међусобне сличности, али и разлике.

---

[59] Председник George Bush их је назвао «нитковским државама које оркестрирају тероризам као «осовине зла» и навео да су те државе: Авганистан, Сирија, Либија, Судан и Северна Кореја. Обавештајни извори у САД-у користе двоструку класификацију:
- државе које врше терористичке акције изван своје територије у циљу постизања политичких циљева при чему се цивили и цивилни објекти рутински нападају
- државе које пружају терористичким организацијама политичку и идеолошку подршку, или их чак и финансијски и материјално помажу.
Ове државе, патрони тероризма, користе своје штићенике као марионете у циљу ширења своје идеологије. На овај начин се стратешким циљевима приступа на јефтинији и ефикаснији начин него уколико би се у ту сврху користиле класичне оружане снаге. Ibid, стр. 5-7.

[60] У многим случајевима, критеријуми које користе Американци и Израелци за осуду Хизбулаха или Хамаса нису подржани од већине арапског света, посебно у Либану и Сирији. Палестинци сматрају да их казнене експедиције Израелаца на њихове градове и фарме неправедно сврставају међу терористичке државе. Многе државе које спонзоришу тероризам на Средњем Истоку гледају на терористичке акције као на џихад, свету мисију и рат против безбожничког Запада. Тероризам се овде може дефинисати као избавитељска, пан-исламска борба.

[61] Либија, која је била позната по својим озлоглашеним камповима где су се Арапи обучавали за субверзивна деловања, је прекинула са оваквом праксом. Гадафи је схватио да, уколико извози нафту уместо терориста, Либија може бити и безбеднија и богатија. Санкције Уједињених Нација и америчко бомбардовање Либије 1986. су убедили терористе и њихове спонзоре да трговина треба да замени букере, као и омчу која им се све више стезала око врата.
Након катастрофалних догађаја у Њујорку, примећено је да су неке од држава, за које се сматрало да су наклоњене терористима, спремне да јавно приступе антитерористичкој коалицији под окриљем Вашингтона. То су Судан, Иран, Сирија, Египат, Индонезија и Либија. Ibid. стр. 10-11.

Код добровољачких терористичких организација, њихови чланови обично припадају истој класи као и жртве. Упозорење мети, је у ствари, порука која је имплицитна: "мораш да знаш где је твоје потчињено место". Понекад је мета влада која се сматра исувише ефикасном и због тога присиљава терористе да узму ствар у своје руке. Тероризам је јефтина метода да се замрзну прогресивне акције. Свако ко жели да промени *status quo* може да постане потенцијална мета терористичког насиља.[62]

Мете терориста ауторитативне државе су представници демократских и социјалистичких партија, интелектуалци, либерали, синдикати и други дисиденти. Мете ове врсте терора су и сви други који не припадају владајућој елити, а посебно актуелни и потенцијални противници.

Међутим, мете насиља (на пример, у десничарском тероризму) нису увек специфичне, односно бомбашки напади су усмерени насумично - ка јавним местима. Неке специфичније мете би могле да укључе левичарске лидере, интелектуалце и државне издајнике. Мете терора су и противници режима, али генерално и друштво у целини. Захтеви у десничарском тероризму су углавном усмерени ка војсци од које се очекује да изведе државни удар. Такође, посебно се рачуна и на симпатизере међу медијима и у народу. [63]

Мете насиља националистички и етнички базираног тероризма су припадници владајуће или стране политичке силе, посебно припадници обезбеђења и други стубови владајућег режима. Специфичније мете би обухватале припаднике већинске етничке заједнице, особље мултинационалних компанија, странце, туристе и сл. Понекад су мете и припадници те терористичке организације, посебно вође уколико се сматра да сарађују са владајућим режимом. Понекад се у избору мета иде и знатно шире тако да ове могу да укључе све оне који се не слажу са националистичким и етничким циљевима те терористичке организације. Током Хладног рата, честе мете напада су били државни службеници и ривалске групације које су угрожавале легитимитет режима на идеолошким основама. Мете су биле и емигрантске заједнице у иностранству.

Код левичарски настројених терориста, мете терора су представници државног апарата, полиција, владини службеници, војно особље, дипломате, судије и бизнисмени из великих мултинационалних корпорација. Мете терористичких напада су и сви они који се идентификују са жртвама терора. Често су мете напада и медији, посебно они који на незадовољавајући начин извештавају о терористима или емитују изјаве потенцијалних мета. Терористи се обично декларишу да се боре у име међународног пролетеријата, сиромашних, угњетених и затворених. У зависности од тога кога изаберу за мету напада, ко је мета захтева, а ко мета за привлачење пажње, терористи

[62] J. R. Thackran, op. cit. стр. 258-259.
[63] Ibid.

могу да постигну различите циљеве, а понекад они могу да имају и секундарне ефекте који служе различитим оврхама. С обзиром да међународни терориста може да буде и нека влада, левичарска или десничарска организација, или неки недржавни актер, или чак комбинација ових актера, процес бирања њихових мета је сличан као и код домаћих терориста. У последње време, главне мете напада су влада САД-а и њени грађани у иностранству, дипломате, амбасаде, авиокомпаније, НАТО званичници, војници и базе. Мете захтева и мете за привлачење пажње су стране владе, новинари и медији који се сматрају одговорним за креирање јавног мњења о терористима.[64]

Већина недржавних, левичарских терористичких организација су усмерене на тактичке циљеве, као нпр. ослобађање заробљених сабораца преговарачким процесом који је уследио након киднаповања талаца. Блаже варијанте укључују рекламирање саме организације и њених циљева, регрутовање симпатизера који се још нису прикључили покрету, као и подизање мотивације већ регрутованих терориста. Киднаповања се користе и у сврхе обезбеђивања средстава за функционисање ових организација.

## Значење израза који се пробија из појма тероризма

Изјаве терориста рефлектују њихову филозофију и идеологију која у бити представља напад на либералне вредности и принципе. Тероризам представља инструмент или политичко оружје "у рукама револуционара" који сматрају да ако је државама дозвољено да врше акте насиља и терора, да је то дозвољено и терористима.

Оружана борба (немачка терористичка група) – правно оправдана кампања усмерена против државне власти.

Оружана борба (Marighella) – укључује цивилне елементе и може да прерасте у сељачку побуну.

Герила (Marighella) – војска у Латинској Америци.

*Guerriheirosi* (Marighella) – револуционари.

Герилско ратовање (Marighella) – техника масовног отпора – врста допунске борбе која сама по себи не може да обезбеди коначну победу. У револуционарној борби и конвенцијалном ратовању, герилско ратовање се сматра допунском техником.

*Latifundio* (Marighella) – велико имање на коме раде сељаци који су експлоатисани од власника имања.

Масовни фронт (Marighella) – фронтовска борба, оружана акција.

Војна борба (Marighella) – конфликт у оквиру оружаних снага који мора да буде комбинован са радничком и сељачком борбом, а да је у линији тактике и стратегије пролетеријата.

[64] Ibid. стр. 156.

Отпор (Мао) – карактерише квалитет звани спонтаност. Започиње сам од себе, а тек тада почиње самоорганизовање.

Револуционарна армија (Guevara) – армија која је чврсто повезана са својим народом, сељацима и радницима из чијих редова је и настала. Оваква армија је непобедива.

Тероризам (Marighella) – облик масовне акције без фракционаштва која оплемењује дух.

Урбана герила (Marighella) – наоружани човек који користи неконвенционалне облике борбе против војних диктатора, капиталиста и империјалиста.

*Yin-yang* (Мао) – јединство супротности по маоистичкој теорији. У снази се крије слабост, а у слабости снага. Слабост гериле је та што она оперише у малим групама које се у минути могу елиминисати. Али зато што оперишу у малим групама, герилци се могу лакше и скривеније кретати и увући међу непријатељску војску.

Свака терористичка група покушава да искористи слободу говора и медија у демократским друштвима не би ли придобила широке симпатије за свој покрет и постала ефикаснија политичка сила.[65]

## Типологија тероризма: корисна средства

Хајде да размотримо неке од типологија терора које могу да послуже као добра основа да би лакше направили разлику између разноврсних врста тероризма, посебно када се они крију иза плашта револуционарних или герилских покрета. Feliks Gross, водећи стручњак у области проучавања револуционарног тероризма, је идентификовао пет типова насиља које изазивају терор:

1. Масовни терор је терор који спроводи држава где власти користе силу да угуше опозицију која је махом, израсла из редова народа. Ово насиље је некад организовано, а некад неорганизовано. Некад је чак подигнуто на институционални ниво.

2. Асасинације династија - напад на поглаваре или краљеве држава или владајуће елите, прецизније она врста тероризма коју је међународна заједница покушала да криминализује средином 19. века.

3. Насумичан терор - обухвата стављање експлозива на места где се сакупља већи број људи (поште, станице и ресторани) да би се изазвале што веће жртве.

4. Фокусиран насумични терор - ограничава стављање експлозива, на пример на места где се очекује појављивање значајних људи из опозиције.

[65] J. R. Thackran, op. cit. стр. 156.

5. Коначно, тактички терор - строго је усмерен на владајући режим као део ширег револуционарног стратешког плана.

Оваква типологија оставља неке од терористичких активности изван оквира ових пет (горе наведених) врста. Мада се и друге појаве сусрећу са сличним тешкоћама када су у питању типологије, ипак се овде могу подвући неколико важних ставки везаних за феномен тероризма.

Поред психотичног и криминалног тероризма који се везује за киднаповање авиона, помињу се још четири друге категорије: ендемски, овлашћени, добровољачки и револуционаран.

Ендемски терор лежи у крилу друштвене анархије и пружа интересантан увид у унутрашњи хаос какав је на пример, владао у Уганди под режимом Иди Амина. Овлашћени терор користи држава да заплаши унутрашње непријатеље или непријатељске владе. Добровољачки терор спроводе недржавни актери уз прикривено одобравање државе. Револуционарни терор је крајње политичке природе и сличан је Gross-овом типу тактичког терора.[66]

## Још нека спорна питања и проблеми

1. Када разматрамо питање тероризма, постоје многи фактори који доприносе његовој комплексности, између осталог и емотивна природа овог питања, политичко неслагање око њега, чак и понижавајућа конотација односног термина. Мада се тешко може наћи нека дефиниција тероризма која у себи не садржи реч насиље, овај концепт употребе насиља, који могу да користе готово сви и у готово свим конфликтним ситуацијама, се везује за одређене актере и одређене врсте конфликата. Често се помиње фраза: "За једног терористу, за другог патриота", као доказ да је овај концепт подвргнут дуплим стандардима.

2. На овај начин, сасвим разумљиво, тероризам се појављује и као проблем морала - рецимо покушаји да се он дефинише се, управо, и базирају на претпоставци да су неке врсте политичког насиља морално оправдане, док друге нису. Насиље се дефинише у смислу: присиле, ауторитета и легитимитета, па је стога владама, политичарима и правницима тешко да остану непристрасни. Један од проблема кривичног гоњења се јавља у случају терористичких аката који су произвели терор претњом насиљем, а да није дошло до физичког уништења, односно рањавања људи и оштећења добара. Опште прихваћена дефиниција тероризма захтева да се у њој нађу елементи: терор и присила. Сви терористички чинови укључују насиље или претњу насиљем, уз које иду и одговарајући специфични захтеви.

[66] Cindy C. Combs: Terrorism in the Twenty-First Century (Third edition), Upper Saddle river, New Jersey, 2003, стр. 14-15.

Као што смо већ нагласили, Генерална Скупштина Уједињених Нација, до сада, није могла да се сложи око стандардне дефиниције тероризма, а ако до тога временом и дође, она мора да садржи универзални, а не прозападни смисао. Међународни тероризам се може разликовати од тероризма на националном нивоу и по присуству елемента међународне јурисдикције. Транснационални тероризам, термин који се често погрешно користи као синоним за међународни тероризам, се може сматрати подгрупом у квалификацији тероризма са специфичним освртом на недржавне и неполитичке актере.[67]

3. Реч тероризам се често користи са терминима: често, углавном, уопштено и обично. Ови квалификатори дозвољавају испољавање личног става у одлучивању - да ли је неки чин терористички или не. Дефинисање тероризма фокусирањем на природу чина, а не на идентитет учинилаца или на природу њиховог циља, може унети знатан ниво објективности. Тако ЦИА прави разлику између транснационалног тероризма или тероризма који спроводе аутономни недржавни актери без обзира да ли они уживају неки облик подршке од стране држава – симпатизера или не, и међународног тероризма који спроводе појединци или групације које контролишу суверене државе.[68]

4. Тероризам је, по дефиницији, чин којим се "преко непосредне мете напада" жели извршити утицај на ширу популацију. Један од основних циљева терориста је да се на дневном реду нађу њихови захтеви, а то је могуће учинити само насиљем које ће привући ширу публику. Ова стратегија је једна од четири типа стратегија које користе групе лишене власти да би постигле жељене промене. Остале три су: државни удар, устанак и герилско ратовање.[69]

Многи проблеми у дефинисању тероризма се јављају због неслагања око термина насиље. Тероризам се обично дефинише у контексту насиља - насиља над корпоративним интегритетом државе, насиља над територијалним интегритетом, насиље над моралом и законом, дигнитетом и аутономијом. Тероризам се дефинише и у смислу силе, присилне моћи, ауторитета,

[67] У одсуству општеприхваћене међународне дефиниције одређене државе су одлучиле да се "као заједница" појаве у борби против тероризма. Представници власти (и на истоку и на западу) су склони да своје опоненте називају терористима, чак када они нису ни употребили насиље. Герилци одбијају да их режимске владе називају терористима. Многе владине акције које укључују насиље се сматрају легитимним јер су владе демократски изабране. David J. Whittaker op. cit. стр. 11.

[68] Транснационални тероризам спроводе аутономни недржавни актери који могу, али не морају, да уживају подршку од држава-симпатизера. Међународни тероризам спроводе појединци или групе које контролишу суверене државе. Milbank, D. L., Research Studdy: International and Transnational Terrorism, Whasington, DC: CIA Political Research Dept, 1976.

[69] На западу се термин тероризам разликује од термина герилско ратовање у томе што се овај други термин односи на пара-милитарну борбу која се води против регуларних војних снага. Међутим, готово сви герилски покрети у току свог развоја користе неки облик терористичких акција, а неки се и сасвим ослањају на њих. – Francis, 1981. цит. према: Ibid. стр. 157.

легитимитета, мотива, намера, узрока и последица. Због свега овога, свака дефиниција тероризма може да поприми субјективни облик обојен друштвеним и политичким околностима.

5. Тероризам се врши из различитих разлога. Индивидуални терористички чинови се могу односити на постизање специфичних уступака, као на пример, ослобађање неке важне особе из затвора. Тероризам може да се врши и у циљу намерне провокације репресије којом би се нека влада довела у позицију самодеструкције. У ирском случају, терористичке акције су вршене у циљу кажњавања противника.

6. Термини као што су борац за слободу или ослободилац су покушаји да се умањи озбиљност једне, у суштини, врло "ружне и прљаве" професије. Међутим, између термина **терор** и **тероризам** је танка линија. **Терор** који практикује нека легитимна влада је сервиран тако да изгледа као да се ради о спровођењу закона и усмерен је на опозицију, док **тероризам** подразумева пркошење закону и представља средство опозиције за деструкцију власти.[70]

7. Међународно удружење министара полиције гледа на тероризам као на срачунату активност која је првенствено усмерена на креирање опште атмосфере страха с циљем да се утиче на политички ток догађаја. Резултат терористичких акција мора да буде терор, иначе оне не би могле да се окарактеришу као терористичке. Тероризам може да настане само једним чином насиља. Међутим, приступи дефинисању који се ослањају само на чин насиља, претњу насиљем, репресивним актима и сличним категоризацијама су некомплетни и не воде коначном дефинисању овог феномена. Успех једне терористичке акције се мери тиме колико се успело у слабљењу капацитета изабраних представника власти и изазивању осећања личне несигурности, тј. "сејању сумње у дужности и обавезе државе".[71]

8. Дефинисање тероризма се још компликује ако узмемо у обзир типологију, тј, локацију где настају терористичке групе и где се извршавају

[70] Ibid, стр. 11-19.

[71] International Criminal Police Organization – *Интерпол* је основан 1923. у циљу обезбеђивања међународне сарадње у спречавању злочина. Тек је у јануару 1987. године основана њена антитерористичка јединица.

Превентивни напори су, најпре, усмерени ка аспекту да тероризам бележи драстичан раст и да је све софистицираније. Ова организација, пре свега, ради на развијању својих способности детекције и скенирања терориста, стављајући нагласак на предузимање одговарајућих превентивних мера. Касних осамдесетих година Интерпол се оријентисао на осујећење рада "сурогат-терориста" које спонзоришу државе штићенице, а терористи су обично припадници неке етничке или националне мањине.

Највећа брига и изазов Интерполу представља чињеница да терористи имају широку мрежу подршке на коју могу да рачунају у сваком тренутку. Због тога је за антитерористичку борбу Интерпола од виталног значаја да врши размену информација са што већим бројем антитерористичких организација у разним земљама. Његова постојећа комуникациона мрежа и универзална структура представљају, за сада, посебно моћно оруђе у борби против међународног тероризма.

терористичке активности. Овде разликујемо три гледишта: 1. тероризам који се врши ван територије државе чији је грађанин учинилац терористичког акта; 2. тероризам срачунат на угрожавање интереса неке државе од стране њених грађана и 3. тероризам који је срачунат да оштети, значајно наруши односе међу различитим државама.

Код дефинисања тероризма се често појављује један концепт који иде у прилог терористима, а то је да су сви акти насиља - од отмице авиона, преко бомбашких напада, атентата и уништавања инфраструктуре, у ствари последица људске природе која је у својој суштини агресивна и деструктивна.

Дешавало се да терористичке кампање постигну своје циљеве. У неким случајевима се показало да је тероризам био ефикаснији и јефтинији од конвенцијалног и герилског начина ратовања јер му циљ није био да уништи противника, већ да сломи његову вољу, тако да он сам капитулира.

9. Дакле, дефиниције тероризма морају да се анализирају у контексту следећих наука: историје, филозофије, психологије, социологије, политике, статистике, лингвистике и права.[72] У разматрању дефиниција тероризма, основна претпоставка је објективност која подразумева да се буде отворен према свакој могућности и сугестији. И само у том смислу, неопходно је стати на позиције оних теорија које су свесне ограничености језика и могућности интерпретације, али које покушавају да створе нужан општи оквир, макар рељефни образац за формулисање циљева и програма у борби са њим.

10. И док се на глобалном нивоу не може постићи званична сагласност око дефиниције тероризма, дотле готово свако од нас има основу идеју шта је то тероризам. Он се испољава у веома различитим варијантама: репресија, превара, расизам, експолатација, контролисање информација, нарушавање приватности, угрожавање људских слобода, корупција, итд. Вечито питање моралности тероризма се не фокусира толико на остварење политичких циљева колико на ослобађање потлачених људи, крај колонијалне владавине, колапс ауторитативног режима, ослобађање политичких затвореника и сл. Услови који прате терористичке акције утичу на обликовање јавног мишљења. Смртоносно насиље против неке тзв. демократске земље се сматра мање прихватљивим него насилни устанак потлачених људи у некој колонијалној држави.

[72] Мада је тероризам универзална појава, многи теже да је окарактеришу као историјску категорију која се јавља само у појединим периодима историјског развоја. Други је сврставају у искључиво политичку категорију, јер су већина захтева које терористи постављају политичке природе и јављају се само у одређеном политичком контексту. Свеобухватна дефиниција тероризма би стога, пре свега, захтевала и детаљну компаративну анализу свих ових гледишта.

## Међународни тероризам - деликт кривичног права

### I. Међународна правна регулатива

Глобални друштвени систем представља целину у вишеструком (позитивном) смислу. Међутим, он се истовремено јавља и као раслојена, диференцирана, изразитим конфликтима обојена средина. Сваки, чак и веома површан приказ показаће, као на длану, да међународна заједница (нарочито последњих година) живи у напетим сукобима између све већих рушилачких тенденција. Нажалост, она се претвара у живи политички мозаик у коме се лако посеже за бруталном репресијом, у коме се лако врши насиље над политичким противницима, где се прогањају или забрањују ривалске политичке групе, насилно обликује и гуши јавно мњење...

Па, да ли неко уопште може да нам пружи јасне смернице шта у оваквим околностима, може бити адекватан избор у реаговању на односну врсту криминалитета?

Напуштајући општа разматрања ове врсте, прецизније - усмеравајући се на конкретно утврђивање, објашњавања овог тематског подручја, неопходно је указати на посебан значај међународног права које треба да да основни печат свим модерним законодавствима (или, барем онима који претендују да то буду) у борби са овим, све актуелнијим обликом насиља.

И само у том смислу, за разумевање идеје "ефикасна борба против тероризма" из нашег видокруга, потребно је да се целовитије изложи пут којим се међународна заједница, тј. међународно право кретало у циљу сузбијања тероризма, односно међународног тероризма. Зато, вратимо се мало уназад и погледајмо ту кривудаву путању која, ипак, може да нам помогне у конкретном истраживању, не представљајући никако унапред познат, дефинитиван одговор или коначан образац који би подједнако важио за све државе у свим временима у свим просторима.

Стварно и енергично ангажовање међународне заједнице је "кључ за успех" у борби са тероризмом, а национална и међудржавна сарадња треба да представља "темељ" за постизање тог успеха. У тежњи за постизањем тога циља, већи број држава је, под окриљем одређених међународних организација предузео низ мера, односно преузео низ обавеза за ефикасније спречавање, гоњење и кажњавање међународног тероризма, а пресудан значај у том веома деликатном послу треба да одиграју усвојене конвенције за које се, слободно може рећи, да сасвим одговарају садашњем актуелном тренутку.

У овој перспективи, најпре треба подсетити да почеци бављења овим феноменом датирају из 30-тих година прошлог века, када је у Бриселу одржана III Међународна конференција за унификацију кривичног права. Од тог момента, питање борбе против тероризма непрекидно се налази на дневном реду Генералне скупштине УН, њених многобројних комитета и комисија.

Наравно, овде не можемо, а да не поменемо и значајне напоре на плану борбе против тероризма који су чињени у оквиру Друштва народа од кога је потекла иницијатива да се донесе и усвоји јединствена међународна конвенција која би обезбедила универзалну репресију терористичких аката.[73] Управо, у оквиру активности Друштва народа, 1937. године, у Женеви је одржана Међународна конференција, на којој је усвојена Конвенција о стварању Међународног суда за суђење учиниоцима терористичких аката. Ниједна од ове две конвенције није ступила на снагу због избијања Другог светског рата.[74]

Интензивнија и организованија активност држава у борби против међународног тероризма обележава ране 70-те године прошлог века. Уствари, тек са оснивањем УН одлучније се приступа решавању овог проблема - усвајањем енергичнијих и ефикаснијих међународноправних мера у циљу превенције, спречавања и кажњавања међународних терористичких аката.

Указујући на неопходност борбе против међународног тероризма, Генерална скупштина је у том периоду усвојила више резолуција. [75] Потребно је овде приметити да су усвојене резолуције, у својој основној идеји, одражавале њихову вољу и тежњу да се та свест и жеља конкретизује и на плану усвајања неопходних правних мера у циљу спречавања и јачања тероризма, као и санкционисања терористичких аката у оквиру међународног права.[76]

Историјски је занимљиво да подсетимо и на читав низ докумената који су у том периоду, у значајној мери требали да допринесу ефикаснијој борби против међународног тероризма и појединих облика тероризма у оквиру међународне заједнице.

1. Конвенција о сузбијању кривичних дела и неких других аката уперених против безбедности ваздушне пловидбе - Токијска Конвенција (Convention on offences and certain other acts committed on board aircraft, Tokyo, 14. 09. 1963);

---

[73] Занимљиво је поменути да је на овој Конференцији тероризам дефинисан као злочин против међународног права, односно као "умишљена употреба средстава која могу произвести општу опасност". Цит. према: Ж. Кешетовић, М. Бајагић: Борба против међународног тероризма - правни аспект, Терор у савременим условима, Зборник радова, Бања Лука, 2002, стр. 27, 28.

[74] У Конвенцији о спречавању и кажњавању тероризма акти тероризма су дефинисани као "криминалне радње уперене против неке државе чији је циљ, или природа, да изазову страх код одређених личности, групе или јавности".

[75] Имају се у виду следеће резолуције: Резолуција 3034 (XVIII) од 18. 12. 1972. год; Резолуција 31/102 од 15. 12. 1976. год; Резолуција 32/147 од 16. 12. 1977. год; Резолуција 34/145 од 17. 12. 1979. год; Резолуција 36/109 од 10. 12. 1981. год; Резолуција 38/130 од 19. 12. 1983. год; Резолуција 40/61 од 9. 12. 1985. год; Резолуција 40/73 од 11. 12. 1986. год; Резолуција 46/51 од 9. 12. 1994. год; Резолуција 48/411 од 9. 12. 1993. год; Резолуција 50/53 од 11. 12. 1995. год; Резолуција 49/60 од 9. 12. 1994. год; Резолуција 51/210 од 16. 12. 1997. године и др.

[76] Цит. према: Ж. Кешетовић, М. Бајагић, op. cit., стр. 28-29.

2. Конвенција о сузбијању незаконите отмице ваздухоплова (Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, Hijacking Convention, The Hague, 16. 12. 1973);

3. Конвенција о сузбијању незаконитих аката уперених против безбедности цивилног ваздухопловства (Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Aircraft, Montreal, 23. 09. 1971);

4. Конвенција о спречавању кривичних дела против лица под међународном заштитом, укључујући и дипломатске агенте (Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, New York, 14. 12. 1973);

5. 1977. године у Стразбуру Европски савет усвојио је Конвенцију о сузбијању тероризма.[77]

6. Међународна Конвенција против узимања талаца (Convention against the taking of Hostages, New York, 17. 12. 1979);

7. Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала (Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials, Vienna, 03. 03. 1980);

8. Конвенција о сузбијању противзаконитих аката уперених против безбедности поморске пловидбе (Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, Rome, 10. 03. 1988) и, у вези са њом, Протокол о сузбијању противзаконитих аката уперених против безбедности фиксних нафтних платформи лоцираних на морском дну (Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Shelf, Rome, 10. 03. 1988).

1994. године, на 84 пленарном заседању Генерална скупштина је усвојила "Декларацију о мерама за сузбијање међународног тероризма".[78]

---

[77] Политичка свест и воља да се на међународном плану предузму одлучније мере у правцу сузбијања тероризма посебно су дошли до изражаја у овој конвенцији. Међутим, иако су овде, по први пут афирмисани неки нови принципи међународног права, мора се приметити да они, пре свега, имају општи значај и да су се у њима препознала питања из претходно усвојених конвенција (на пр. Конвенција о сузбијању незаконитих отмица ваздухоплова потписана у Хагу 16. децембра 1970. године, односно Конвенција о сузбијању незаконитих радњи уперених против безбедности цивилне авијације, потписане у Монтреалу 23. септембра 1971. године). Конвенција је објављена у Сл. листу СРЈ. "Међународни уговори", бр. 10/2001. Ступила је на снагу осмог дана од дана објављивања.

[78] Суочене са нараслим тероризмом у периоду који је претходио, а следећи препоруке УН, државе чланице су се усвајањем ове декларације обавезале на осуду свих аката, метода и праксе тероризма као криминалне и незаконите радње у свим његовим облицима и манифестацијама без обзира где су ти акти учињени и ко су њихови учиниоци, обухватајући тиме и све оне који нарушавају пријатељске односе између држава и народа и прете територијалном интегритету и безбедности држава. Такав ниво реаговања прецизиран је и њиховим појединачним обавезама - да све оне државе које нису испуниле потребне захтеве, морају хитно постати стране уговорнице међународних конвенција и протокола који се односе на све аспекте међународног тероризма који су наведени у преамбули ове декларације.

1997. године, Генерална скупштина је усвојила Резолуцију 51/210 (на основу извештаја Шестог комитета A/51/631) која предвиђа "Мере за сузбијање међународног тероризма".[79]

12. 01. 1998. године, у Њујорку је донета Међународне конвенција о спречавању терористичких бомбашких напада (UN Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, New York).[80]

Посебно потцртвамо значај Конвенције о спречавању финансирања тероризма (UN Convention for the Suppression of Financing Terrorism, New York, 09. 12. 1999), чиме смо се, практично нашли пред последњом у низу конвенција о глобалном плану супротстављања међународном тероризму.

Најзад, како смо у ранијем тексту већ наговестили, постизање чвршћег јединства међу земљама чланицама, побољшање система заштите људских права и ефикаснија борба против међународног тероризма - главни су циљеви истакнути на 114. заседању Комитета министара Савета Европе у Стразбуру. Управо, истакнуто је да борба против тероризма мора бити спроведена у складу са међународним правом, укључујући поштовање људских права. Истовремено је наглашена снажна потреба да се сагледају корени који узрокују тероризам, и потврђена потреба за јачањем дијалога међу културама и религијама, као и важност улоге Савета Европе у изградњи узајамног поверења и разумевања унутар и ван европског континента. Због свега тога изражена је решеност да се користе сва расположива средства у оквиру сарадње у Савету Европе за што ефикаснију борбу против тероризма (при чему су посебно поздрављени резултати рада Комитета експерата за борбу против тероризма - CODEXTER).

Признање да је тероризам постао глобални проблем, довело је до неопходности признања - да и борба против њега мора да се одвија на том нивоу. Таква концепција је једино у стању да одговори на проблеме изазова са којим се суочавамо последњих година.

---

[79] Ова Резолуција, као и Резолуција 49/60, представља израз опште политичке, али и правне свести држава о потреби и обавези предузимања одговарајућих мера на плану сузбијања кривичних дела која спадају у акте међународног тероризма. Вид. о томе: М. Бајагић, "Тероризам и међународно јавно право", Безбедност, Год. 42, бр. 5-6 (2000), стр. 617-642.

[80] Дубоко забринуте због ескалације терористичких аката у свету у свим њиховим манифестним облицима, констатујући такође да су терористички напади експлозивним средствима и другим смртоносним направама све више проширили, државе потписнице ове конвенције су се обавезале на појачану међународну сарадњу у доношењу и примењивању ефикасних и практичних мера за спречавање таквих аката тероризма и за гоњење и кажњавање учинилаца. Вид. о томе: В. Тодоровић, Међународни уговори, књига 3. том II - Ратно право и Безбедност 69 мултилатералних међународних конвенција и других аката, Београд, 1999, стр. 687.

## II Национална регулатива

Инсистирање на чињеници да се о овој теми, у последње време, толико расправља (можемо лако запазити да су, већ, више пута вршене детаљне анализе кривичног дела тероризма и међународног тероризма), довело нас је до тога да се ми, у том делу, не понављамо, већ ћемо се само из једне нове оптике упустити у коментарисање кривичног дела међународног тероризма. Реч је, наравно, о објашњавању ове законске конструкције у светлу Нацрта кривичног законика Републике Србије из јуна 2004. године, и само у том смислу објашњавамо: да ли реч "нов" прецизира одговор на питање - да ли је овакав законски концепт односног кривичног дела суштински нов, или само претендује да буде нов, тј. другачији?

У том смислу, за разумевање идеје "нов", чини се нужним упоредити законске конструкције овог дела по постојећем законодавству и оног предвиђеног у Предлогу новог законодавства (чиме ћемо, заправо, целовитије изложити ово кривично дело из угла већ поменутог Нацрта). Тако, према члану 155а. (Глава XVI - Кривична дела против човечности и међународног права) важећег Основног кривичног закона, кривично дело међународног тероризма је прописано на следећи начин:

(1) Ко у намери да нашкоди страној држави, ослободилачком покрету или међународној организацији изврши отмицу неког лица или неко друго насиље, проузрокује експлозију или пожар или каквом општеопасном радњом или општеопасним средствима изазове опасност за живот људи и имовину велике вредности, казниће се затвором најмање једну годину.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт једног или више лица, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година.

(3) Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана учинилац неко лице са умишљајем лишио живота, казниће се затвором најмање десет година или затвором. од четрдесет година.

(4) Гоњење за кривично дело из овог члана предузима се по одобрењу савезног државног тужиоца.

У Кривичном законику Црне Горе постоји, можемо слободно рећи идентична одредба, уз ограду која се тиче висине казне - став 3. члан 447:

Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана, учинилац неко лице са умишљајем лишило живота, казниће се затвором најмање десет година или казном затвора од тридесет година.

За кривично дело међународног тероризма (чл. 391. - Глава XXXIV - Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом) по Нацрту кривичног законика Републике Србије је карактеристично следеће:

(1) Ко, у намери да нашкоди страној држави или међународној организацији, изврши отмицу неког лица или неко друго насиље, и изазове

експлозију или пожар или предузме друге општеопасне радње или прети употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства, казниће се затвором од три до петнаест година.

(2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт једног или више лица, учинилац ће се казнити затвором од три до петнаест година.

(3) Ако је при извршењу дела из става 1. овог члана учинилац неко лице са умишљајем лишио живота, казниће се затвором најмање десет година или затвор од четрдесет година.[81]

У компаративној анализи, међусобни однос наведених одредби је изнијансирано праћен њиховим разликовањем само у једној тачки, будући да је радњом извршења кривичног дела међународног тероризма (Нацрт кривичног законика Републике Србије) обухваћена и терористичка претња, прецизније, претња употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства. У том смислу, кривично дело међународног тероризма се у садржајном смислу, тј. по свим својим конститутивним обележјима, разликује од кривичног дела међународног тероризма предвиђеног у члану 155а. Основног закона, само у делу у коме оваква одредба, од сада, експлицитно инкриминише тероризам у облику терористичке претње. Рецимо да је такво поступање нашег законодавца сасвим разумљиво, јер се овде ради о таквом и толиком степену друштвене опасности самог чина израженог у претњи терористичким актом, да се и он сам, као такав, мора санкционисати. Да нагласимо, без обзира што се овде ради о "вербалном акту", који још увек не ствара реалне последице у виду нечије смрти, повреде, штете и сл. претња употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства, у битном интензивира друштвену опасност при одређеним условима, у одређеним околностима и због тога мора бити предвиђено кажњавање и за саму терористичку претњу ове врсте. Наравно, са оваквим законским решењем, не само да је решена централна дилема - да ли употребом претње (психичке принуде) према појединцима или већем броју лица, тј. групама људи, може бити третирана као начин извршења кривичног дела,[82] већ је то учињено на један посебан начин - као најефикаснији одговор на растућу потребу превенције и репресије тероризма у актуелном тренутку - изричитим набрајањем неких нових начина извршења овог кривичног дела (и тако, уствари проширена листа могућих начина извршења тероризма). Таксативним навођењем, тј. набрајањем могућих начина извршења као најчешћих и најуобичајенијих, законодавац је истовремено поступио у складу са

[81] Нацрт кривичног законика Републике Србије, Београд, 26. јуни 2004. године.

[82] У тумачењу оваквог поступања, подсетићемо се да кажњавање за било какав вербални акт може бити веома спорно, јер може узроковати многе злонамерности, манипулације, злоупотребе... На овом нивоу законодавног поступања, ситуација је знатно комплекснија, јер се овде ("политички обојен"), проблем вишеструко усложњава. И компликује. Међутим, ми се на овом месту нећемо упуштати у детаљније анализирање овог питања.

тенденцијама које прожимају сва модерна законодавства (или која доношењем новог законодавства раде на томе да то постану).[83]

Најзад, сматрамо важним да поменемо следеће (чиме ћемо привести крају разматрање ове комплексне теме, чини нам се у оптимистичком духу) и тиме практично закључити објашњавање овог веома компликованог питања.

У борби против тероризма, највиши ниво сагласности је постигнут на националном нивоу, тј. у унутрашњем праву где се, управо и прибегло значајнијим изменама и допунама у материјалном и процесном кривичном законодавству.[84]

Значи и поред различитости између појединих националних законодавстава, оно што је битно, суштинско јесте свима њима заједничко, а то је, у ствари, како смо на почетку напоменули, изражено кроз постигнуту сагласност о законској дефиницији кривичног дела тероризма - у најопштијем смислу, терористички акти су изразито опасна кривична дела која се предузимају из непријатељских побуда, која узрокују висок степен друштвене опасности и угрожености за одређену државу и њену безбедност у целини.

## Уместо закључка

Упркос експлозији тероризма на глобалном нивоу, да поновимо - тероризам до данас нема прецизну дефиницију, чак ни оквирно прихватљиву. Неке представници власти су склони да тероризмом назову све насилне активности које спроводе њихови опоненти, док антивладини екстремисти тврде, управо супротно, да су жртве владиног терора. Непрецизна природа овог термина омогућава да се он може применити, односно да се њиме могу етикетирати све акције које "изазивају страх у циљу постизања различитих циљева". У најопштијем смислу се може применити и на неке друге сличне акте насиља, као што су киднаповање и отимице авиона, за које учиниоци, иначе нису планирали да прерасту у терор. Политички социолози, нажалост, сматрају да јединствена, универзална дефиниција, у принципу не може да се постигне, јер је сам процес дефинисања део шире констелације идеолошких или политичких циљева. Напори у дефинисању подржавају аргумент да се

[83] Занимљиво је поменути да је овакво решење прихваћено и у законодавству државе Њујорк које прописује за кривично дело тероризма смртну казну, а за терористичку претњу предвиђа казну од седам година. У КЗ Руске федерације, чл. 205. терористичка претња се кажњава лишењем слободе од пет до десет година. И наши "најближи суседи", републике из састава бивше СФРЈ се налазе на трагу истих размишљања. На пр. Казнени законик Републике Словеније и Кривични законик Републике Српске.

[84] Као производ учињених промена (новине), у законским текстовима одређеног броја земаља уведено је ново кривично дело - тероризам, у општем виду, а има примера да су неке државе (на пр. Шпанија) унеле ово кривично дело како у опште, тако и у посебне законске прописе. В. Василијевић: "Покушај одређивања тероризма као међународног злочина", Југословенска ревија за међународно право. Вол. XX, 1-3, 1972, стр. 197-198.

перспективе мењају у зависности где и када су терористи извршили терористички акт. Питање дефинисања тероризма је централно за разумевање овог феномена, као и за успех мера које се предузимају против њега. За већину посматрача, сваки насилни чин се може уписати у рубрику: тероризам. Други, пак, нису склони или нису вољни да тероризмом назову насилне активности које се спроводе у револуционарном контексту. Конфузија може настати и око наизглед сличних чинова насиља које врши политички мотивисан појединац, криминалац или ментално неуравнотежена особа.

Дакле, да закључимо, у литератури се о тероризму могу наћи неке кључне генерализације ове теме као нпр. замена за конвенцијалан начин ратовања, оружје слабих, патолошки чинови насиља, реаговање државе на насиље и сл. Ове генерализације су још више отежале дефинисање тероризма. До погрешних концепција долази и због тога што су оне искључиво производ запада, или искључиво производ земаља трећег света. Са појавом нових врста поларизација, нових технолошких достигнућа, нових политичких односа, јавиће се и нове мотивације, хтења и нове врсте насиља. То ће још више искомпликовати дефинисање тероризма, као и борбу против њега на међународном плану. Као што је George Bush приметио након 11. септембра: »Борба против тероризма нема краја и наредне генерације треба да буду спремне на то да се он никада не може искоренити. Доба тероризма може да траје вековима.»

*Dragana Petrovic, an associate professor*

## TERRORISM – A MODERN APPROACH TO DEFINING ITS MEANING AND ESSENCE

Despite an explosive increase of terrorist acts on the global level, terrorism has not been comprehensively defined to the present date. Moreover, there is not even a generally accepted and approved definition. Some government officials tend to call all violent acts, committed by their opponents, the acts of terrorism. On the other side, antigovernment extremists state that they are the victims of government terror. Imprecise and ambiguous nature of this term accounts for the fact that it is applied to all acts that generate fear and terror for the purpose of attaining various aims. In a more general sense, it can be applied to some similar acts of violence, such as, a plane hijacking, which originally was not planned to become a terrorist act. Political sociologists believe that, unfortunately, it is not possible to reach a more universal definition of terrorism since the mere defining process is the part of a wider constellation of ideological and political goals. All efforts made in this direction support the argument that prospects change depending on the fact where and when a terrorist act is committed. However, the question of defining this phenomenon is crucial for its understanding and for determining the measures against it. Most observers are ready to label every act of violence with a terrorist etiquette Others are not willing to classify violent acts of revolutionary nature into terrorist acts. Confusion is even increased if we want to define the same act of violence which is committed by a politically motivated individual, a criminal or a mentally defective person.

To conclude, literature on terrorism abounds with generalization of this matter describing it as a substitute for conventional way of waging a war, the weapon of the weak, pathological acts of violence, reaction of the state to violence, etc. Such generalizations additionally hinder the attempts to find an acceptable definition. Wrong conceptions are frequently found because they are exclusively made by western countries or third world countries. With the appearance of new polarizations, new technological advancement and new political relations, we shall encounter new forms of motivation, new aspirations and new forms of violence. This will even further complicate defining of terrorism, as well as the struggle against it at the international level - as George Bush put it after 9/11 events: " The struggle against terrorism is endless and future generation should be ready for the fact that it will never be eradicated. The age of terrorism can last centuries."

*Одељак II*

# ПРАВО СВОЈИНЕ КАО УНИВЕРЗАЛНО ЉУДСКО ПРАВО КАО ОСНОВ ЉУДСКИХ СЛОБОДА

*Др Нина Планојевић,*
*доцент*

***UDK**: 347.2*

# СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД ТРГОВЦА КОЈИ НИЈЕ ОВЛАШЋЕН НА ПРОДАЈУ

## I Увод

Са тачке гледишта лица, које жели да стекне својину на једној ствари, неважно је којим се занимањем отуђилац бави. Оно је једино заинтересовано да његово стицање буде пуноважно и коначно, тј. да је отуђилац власник ствари или овлашћен на располагање.

Када се својина на ствари прибавља по правилима о стицању својине од невласника *занимање* отуђиоца, међутим, није сасвим небитна чињеница. Свакако да је најважније својство невласника, о коме се данас води рачуна у контексту о коме говоримо (у свим правним системима, изузев италијанског) то - да ли му је власник поверио ствар или није. Али, анализом решења различитих држава, запазили смо да је у *некима од њих,* поред наведеног својства, за могућност стицања својине од невласника од *прēсудноī* значаја и којим се *занимањем* отуђилац - невласник бави. Пошто смо увидели да и сама чињеница бављења или небављења одређеном професијом од стране отуђиоца може искључити, омогућити или олакшати савесно стицање својине од њега као невласника у одређеним ситуацијама и одређеним државама (укључујући и нашу) - одлучили смо да овај рад посветимо том питању.

У вези питања која су занимања релевантна у овом контексту, можемо констатовати да постоји само једно занимање отуђиоца, чије обављање или необављање може утицати на могућност прибављања својине од невласника. То је занимање *трīовца*. Тако се у неким државама дешава да се својина од отуђиоца - невласника може прибавити ако је он трговац, а не може ако није; или се бар својина од трговца као невласника може прибавити под лакшим условима, него када је у питању нетрговац.

Пре него што наведемо ситуације, начине и услове по којима је у одређеним правним системима стицање својине од трговца као невласника *привилеīовано*, истакли бисмо да проширење или бар олакшање могућности стицања својине од невласника од трговца као невласника сматрамо *оправданим и пожељним*. Своје мишљење заснивамо на чињеници да је разлог

прихватања стицања својине од невласника у савременим условима потреба заштите сигурности промета права својине на покретностима, који је најобимнији и најучесталији управо у трговачкој сфери промета. Поједностављено речено, под трговачким прометом подразумевамо онај, код кога су оба или бар један учесник у њему трговци. У нашем случају то треба да буде бар отуђилац - невласник.

Пошто се у већини држава трговцем сматра само лице које се трговином бави у виду професије,[1] тј. мора бити регистровано и овлашћено за обављање трговачке делатности - неки правни писци као разлог за привилеговану могућност стицања својине од трговца као невласника наводе то, што треба заштитити стицаочево поверење у ауторитет државног органа, који је одобрио отуђиоцу да се бави трговином.[2]

Ми ипак сматрамо да је прави разлог привилеговања стицања својине од трговца као невласника баш заштита сигурности правног промета,[3] а не заштита поверења стицаоца у ауторитет државног органа који одобрава бављење трговином, јер је државни орган одобрењем и уписом трговца у одговарајући регистар само констатовао испуњеност услова које законодавац тражи за бављење овом делатношћу. Он не контролише нити гарантује да дотични трговаца неће неовлашћено продавати туђе ствари. Ако је разлог допуштања стицања својине од невласника на јавној продаји и у заштити поверења стицаоца у ауторитет државног органа као њеног организатора, сматрамо да нема места аналогији између тог случаја и стицања од лица, које се професионално бави трговином. Посебна, додатна заштита стицаоца својине од трговца као невласника је како колективни интерес сваке друштвене заједнице, која без промета права посредством професионалних трговаца практично не може да опстане; тако истовремено и економски интерес трговачке бранше[4] и интерес савесног стицаоца, који се са наведеним интересом поклапају. Стицања од трговца као невласника треба да буду посебно заштићена, јер она нису ″чиста случајност″,[5] као стицања од нетрговца, већ редовна појава.

[1] Државе које прихватају субјективни или субјективно-објективни концепт појма трговца.
[2] H. Bohm, Burgerliches Recht - Sachenrecht, Wien, 1996. г., стр. 53.
[3] Исто мишљење: J. Mazeaud - F. Chabas, Lecons de droit civil, t. II, Biens (droit de propriete et ses demembrements), Paris, 1984. г., стр. 255; G. Marty - P. Raynaud, Droit civil - Les biens, Paris, 1956. г., стр. 500; О. Станковић - М. Орлић, Стварно право, Београд, 1989. г., стр. 125; Л. Марковић, нав. дело, стр. 368; Т. Делибашић, Посебни услови и основи стицања својине од невласника, Судска пракса, бр. 3, Београд, 1996. г., стр. 64.
[4] K. Binding, Die ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer, Leipzig, 1908.г.,стр. 6.
[5] L. Barassi, Diritti reali e possesso, t. II - Il possesso, Milano, 1952. г., стр. 466.

## II Регулатива стицања својине од трговца као (неовлашћеног) невласника у упоредном и домаћем праву

Специфичност регулативе стицања својине од трговца као невласника је у томе што је оно у различитим државама регулисано у оквиру различитих законских текстова.

У неким државама стицање својине од трговца као невласника регулисано је *само у оквиру одговарајућих одредби грађанских законика*. То су најчешће државе које немају посебне трговачке законике (СЦГ, Швајцарска...), али има и оних које тако поступају и ако имају посебне трговачке законике (Француска).

У другим државама стицање својине од трговца као невласника регулисано је *само у оквиру трговачког законика* (Немачка - пар. 366 и 367 HGB-а; САД - чл. 2-403 Једнообразног трговачког законика САД), док је стицање својине од нетрговца као невласника регулисано у грађанском законику. У немачком праву је чак регулатива стицања својине од невласника у трговачком праву претходила регулативи овог начина прибављања својине у грађанском праву: он је практично преузет из трговачког права.[6]

Постоје, међутим, и државе у којима је стицање својине од трговца као невласника регулисано паралелно *и у грађанском и у трговачком законику* (Велика Британија, Аустрија)

Док је у *Великој Британији* у трговачком законику (Factor's Act) регулисана једна група случајева (стицање од factor-а - трговачког посредника); а у грађанском законику друга група случајева стицања својине од трговца као невласника (на јавном тржишту) - и то *на исти начин*; у *аустријском праву* је ситуација у вези овог питања специфична.

Наиме, услови за стицање својине од трговца као (неовлашћеног) невласника се регулишу на *различите начине* у грађанском (ABGB) и трговачком законику (HGB), при чему се појам трговца схвата на готово исти начин у оба законика. Суштинска *разлика* ове регулативе је у томе што се својина од трговца као невласника по ABGB-у (пар. 367) може стећи и на повереним и на несталим стварима; а по HGB-у (пар. 366) само на повереним стварима (изузев новца, хартија од вредности и јавне продаје - видети пар. 364, ст. 4. HGB-а). Ову необичну и противуречну регулативу стицања својине од трговца као невласника у аустријском праву ипак је разрешио сам пар. 366. HGB-а: за савесног стицаоца остаје нетакнута могућност примене *повољнијег* од ова два прописа аустријског права. Наравно, одредбе ABGB-а и HGB-а се не могу комбиновати да би се стицање омогућило, наглашава F. Gschnitzer,[7] јер одређене разлике у опредељивању појма трговца у HGB-у (Kaufmann) и

[6] Један од најоштријих критичара оваквог развоја догађаја у немачком грађанском праву био је K. Binding (нав. дело, стр. 6. и даље).

[7] Österreichisches Sachenrecht, Wien - New York, 1985. г., стр. 114.

ABGB-у (Gewerbsmann) ипак постоје, при чему је израз који користи ABGB, изгледа, нешто шири (о чему ће још бити речи).

## III Правне последице стицања својине од трговца као (неовлашћеног) невласника

Последице, које за свесног стицаоца произилазе из чињенице да ствар прибавља од отуђиоца - невласника који има својство трговца нису у свим правним системима исте. Према овом критеријуму правне системе различитих држава можемо поделити у две групе: на оне у којима су оваква стицања привилегована, и оне у којима то није случај, па се услови и последице стицања својине од трговца као невласника не разликују од оних, које важе за стицања од нетрговца - невласника.

Под *привилеговањем* стицања својине од трговца као невласника подразумевамо *олакшање или проширење* ове могућности, тако што се од трговца као неовлашћеног невласника могу стећи како оне ствари које му је власник добровољно поверио, тако и оне које су му *нестале* против воље - под једнаким условима.

Из ове поделе бисмо изузели само италијанско право, у коме се по правилима о стицању својине од невласника ствар увек може стећи под истим условима, независно од тога каква својства има невласник: да ли је он повереник власника или не; као и да ли је професионални трговац или није.[8]

### 1) Правни системи у којима стицање својине од трговца као (неовлашћеног) невласника није привилеговано

У ову групу улазе правни системи оних држава у којима су услови и последице стицања својине од трговца као невласника исти као и кад се у улози невласника појављује нетрговац. Другим речима, ова стицања нису привилегована ни олакшањем ни проширењем могућности стицања својине од невласника и на власнику несталим стварима.

Одређене разлике у погледу *услова* стицања од трговца и у овим, као и у свим другим државама ипак постоје, али оне нису таквог карактера да представљају привилегију за стицаоца, већ произилазе из *саме природе* трговачке делатности којом се бави невласник.

[8] Некадашњу регулативу стицања својине од трговца као невласника у италијанском грађанском законику из 1865. године неки аутори пореде са данашњом регулативом ABGB-а (видети: L. Barassi, нав. дело, стр. 466).

Тако је, на пример, правни посао стицања од трговца као невласника по правилу *терет*ан,[9] а чињеница на коју се мора односити савесност стицаоца може бити као својина, тако и овлашћење на располагање отуђиоца. Наиме, општепознато је да трговац често није власник ствари које продаје, већ је од стране власника овлашћен на њихово отуђење; па је стицалац савестан уколико се налази у (нескривљеној) заблуди по том питању (не зна нити је могао знати да трговац нема овлашћење за продају, да је оно истекло, опозвано је и слично). У неким правним системима је и *степен кривице* који може искључити савесност стицаоца од трговца као невласника, пооштрен, другачије одређен него у грађанскоправној сфери промета, па је за то довољан и обичан нехат.[10]

У ову групу држава спадају правни системи Немачке, Пољске, Русије, Хрватске итд. и у њима је стицање својине од трговца као невласника могуће само на повереним стварима, независно од тога да ли је он трговац или нетрговац; док су (евентуални) изузеци од овог правила предвиђени за неке друге околности или објекте стицања (новац, хартије од вредности или јавну продају).

### 2) Правни системи у којима је стицање својине од трговца као (неовлашћеног) невласника привилеговано

У ову групу држава спадају правни системи оних држава у којима су услови стицања својине од трговца као невласника либералнији, а положај савесног стицаоца привилегован у односу на положај оног, који стиче о нетрговца као невласника. Према *квалитету* привилегија, односно према последицама које стицање својине од трговца као невласника за савесног стицаоца има, те државе можемо поделити у две нове групе.

#### а) Привилегије у виду могућности стицања својине од трговца као (неовлашћеног) невласника и на стварима, које су власнику нестале

Ова група правних система повлашћује положај савесног стицаоца *проширењем* могућности стицања својине од трговца као невласника и *на власнику нестале ствари*. Од трговца као отуђиоца - невласника савесни стицалац може прибавити како ствари које му је власник добровољно поверио, тако, под једнаким условима, и оне које су се код трговца нашле против или без власникове воље (нестале ствари).

---

[9] Општи је став у правној теорији да се испуњеност услова теретности правног посла код стицања својине од трговца као невласника подразумева и кад га законодавац из једне државе не захтева изричито. О томе се посебно расправљало у аустријском праву, чији законодавац својом формулацијом пар. 367 ствара дилеме у вези овог питања.

[10] За аустријско право видети: H. Koziol - R. Welser, нав. дело, стр. 78.

* * *

У ову групу држава спадају правни системи: Аустрије (пар. 367 ABGB-а); СЦГ (чл. 31. ЗОСПО-а); Грчке (чл. 1039. законика), па и САД (чл. 2-403, ст. 3. Једнообразног трговачког законика САД).

Када је трговац власников *повереник*, битно је да он поверену ствар отуђује као повереник који *није овлашћен* на отуђење. Док је то код нетрговца - повереника лако утврдити, код трговца - повереника је теже. Наиме, трговац је повереник власника (ствар му је добровољно дата) и у случају када му је овај повери по неком правном основу којим се *не прибавља својина*, али *са овлашћењем на отуђење*, на пример уговором о комисионој продаји. Коначно, препродаја туђих ствари уз провизију је најчешћи вид пословања трговца, док то код нетрговца није случај. Он продаје само понекад, ad hoc.

Зато се трговац - невласник сматра власниковим повереником у контексту стицања својине од невласника само када му је власник ствар поверио неким правним послом којим се не стиче својина (послуга, закуп, поправка или и на други начин - у државама које усвајају шири концепт поверавања), *али не ради даље препродаје* (уговором о комисиону или заступништву). Ако је ствар трговцу поверена ради продаје - он је *овлашћени* невласник, па стицалац својину не прибавља по правилима о стицању својине од невласника, већ деривативно. Ако је трговац *неовлашћено* отуђио ствар која му није поверена ради отуђења - ради се о стицању својине од трговца као невласника - повереника.

* * *

Од трговца се, међутим, у овој групи држава својина може стећи и на ствари, коју му власник (или лице чија се воља изједначава са власниковом) није добровољно поверио, већ је власнику *нестала* (против или без његове воље). Свеједно је да ли је *сам тржовац* ствар нашао или украо од власника (што је ређи случај); или ју је ради препродаје *купио* од лопова (налазача); или му је она *поверена било ради препродаје било по неком основу којим се не стиче својина (закуп, послуга), али не од власника, већ од стране лопова или налазача или лица* које је до државине ствари дошло на неки други начин мимо воље власника. Такође је свеједно да ли је трговац савестан, па не зна да му је ствар коју продаје поверио лопов или налазач (већ верује да ју је преузео од власника); или пак зна да отуђује украдену или нађену ствар, па је уз то још и саучесник у извршењу одговарајућег кривичног дела. Важно је само да је стицалац савестан, тј. да није знао нити је могао знати да трговац није ни власник ствари, нити овлашћен од стране власника на њено отуђење.

**б) Други видови привилегија стицаоца својине од трговца као (неовлашћеног) невласника**

У ову групу улазе правни системи оних држава које стицање својине од трговца као невласника не чине привилегованим на тај начин што би се од њега поред поверених могле у својину стећи и власнику нестале ствари. Повлашћен положај стицаоца својине од трговца као невласника у њима има другачији квалитет. Ради се о привилегијама мањег степена, ако је тако могуће рећи, него у претходној групи правних система.

*аа) Француски модел*

У *једном броју ових држава* привилегија савесног стицаоца се састоји у томе што се власнику *отежава могућност виндикације нестале ствари,* ако је она прибављена од трговца као невласника или у ситуацијама које се са стицањем од трговца могу изједначити (сајам или пијаца). Ради се о државама које могућност стицања својине од невласника на несталим стварима (без обзира да ли је он трговац или нетрговац) искључују, али не коначно, већ до истека законом одређеног рока, који почиње тећи од тренутка нестанка ствари власнику (француски модел регулативе).

Ако су нестале ствари стечене од *трговца* (или сличних лица) као неовлашћених невласника, у току тог рока власник их *и даље може виндицирати*, али само уколико савесном стицаоцу *надокнади износ цене који је овај за ствар платио трговцу*. За остваривање права на откуп савесни стицалац ствар још увек мора поседовати ин натура.[11]

Ову варијанту повлашћивања положаја савесног стицаоца својине од трговца као невласника предвиђају правни системи Француске (чл. 2280, ст. 2. CC-a); Швајцарске (чл. 934, ст. 2. ZGB-a) итд.

Пракса показује да се власници врло ретко користе својим правом на виндикацију ствари под оваквим условима,[12] што аутоматски има за последицу *поправљање положаја савесног стицаоца*, који протеком одређеног рока постаје коначни власник ствари о којој се ради. Одустајање власника од виндикације је разумљиво, јер када се ради о несталој ствари сасвим је неизвесно да ли ће власник успети да пронађе лопова или налазача, ради остваривања свог права на регрес исплаћеног износа; као и да ли ће ова лица, ако их и пронађе, бити солвентна или не (што је чешћи случај). Власник ће ствар виндицирати уз обавезу откупа само ако му је до ње посебно стало.

[11] G. Marty - P. Raynaud, нав. дело, стр. 500.
[12] Подаци преузети од: G. Ripert - J. Boulanger, Traite elementaire de droit civil de Planiol, Paris, 1950. г. стр. 1147.

Од трговца, који је отуђио ствари о којима се ради, власник се не може регресирати. Разлог је у томе што он више није њихов држалац, нити је неосновано обогаћен како наводи француска правна теорија.[13] Изузетак је ситуација у којој је сам трговац лопов или налазач или њихов помагач; или уколико је отуђење последица грешке (кривице) трговца у пословању (када се регресирање остварује по посебним прописима из чл. 1382-1383 СС-а).

*бб) Англосаксонски модел*

Неке државе англосаксонске правне традиције, попут *Велике Британије*, положај савесног стицаоца својине од трговца као невласника повлашћују у односу на оног који ствар прибавља од нетрговца тако, што ова стицања *"ослобађају" примене estoppel правила*. Дакле, за разлику од претходне групе држава, "олакшање" стицања својине од трговца као невласника за савесног стицаоца се ни на који начин не везује за нестале ствари. И од трговца и од нетрговца као невласника се могу стећи само поверене ствари, али је то стицање знатно *једноставније* када је невласник трговац.

Наиме, за стицање својине *од нетрговца* као невласника нужно је да му је од стране власника поверена не само државина ствари о којој се ради, већ и додатне индиције о својини на њој (estoppel-теорија). За стицање својине од *трговца* као невласника довољно је само то да му је власник поверио државину ствари (чл. 2. Factor's Act-a). Додатне индиције о својини се не траже.

У британском праву[14] исто важи и за стицања на market owert-у, која се могу сматрати стицањима од трговца; али и од купца ствари за коју важи pactum reservati dominii; од тзв. двоструког продавца, као и од продавца чији је својински основ ништав, независно од тога да ли наведена лица имају својство трговца или не.

Примена estoppel правила искључена је и Америчким једнообразним законом о продаји добара,[15] али за мањи број ситуација стицања својине од невласника него у британском праву (само за стицања од двоструког продавца ствари или од оног чији је основ неваљан). Ова стицања су законом изједначена са стицањима од трговачког посредника (factor-а).

[13] G. Marty - P. Raynaud, нав. дело, стр. 500; A. Weill - F. Terre - Ph. Simler, Droit civil, t.IV - Les biens, Paris, 1970. г., стр. 373. и др.
[14] Видети: чл. 22, 23 и 25 Sale of goods Act-a
[15] Видети: чл. 22 и 25 овог закона.

## IV Када се сматра да је у питању стицање од трговца као (неовлашћеног) невласника

### А) Основна правила

Из чињенице да у многим државама стицање од трговца као невласника значи олакшање или проширење ове могућности и на нестале ствари, произилази и колику важност има питање: која се лица могу сматрати трговцем у контексту стицања својине од невласника?

У готово свим правним системима о којима је реч појам ″трговац″ се не дефинише посебно одредбама о стицању својине од невласника, већ се користи као већ познат. Он се, рекли бисмо, преузима у оном значењу које му дају одредбе одговарајућих законских текстова, што сматрамо адекватним.

Оно што, међутим, морамо констатовати јесте да се појам трговца у различитим правним системима не схвата сасвим идентично, као уосталом ни појам трговачког правног посла или трговачке делатности. Неки правни системи усвајају субјективан, други објективан, а неки (попут нашег) субјективно-објективан концепт ових појмова, али природа нашег рада не дозвољава да улазимо у ове ″нијансе″. Оне нису безначајне, али без обзира на њих сматрамо да нећемо направити превелику грешку ако *за потребе нашег рада* трговца схватимо као лице, које има најмање два својства: - да је регистровано код надлежног државног органа (овлашћено) да у виду занимања (професионално) обавља промет робе одређене врсте (то му је једина или бар једна од делатности); и - да покретна ствар, коју је као неовлашћени невласник ово лице отуђило савесном стицаоцу, спада баш у ону врсту ствари, које оно у оквиру своје делатности и иначе ставља у промет.

Овакво одређење се у основи подудара са схватањем појма трговца у контексту стицања својине од невласника (и уопште) у готово свим правним системима. Рекли бисмо да оно није у супротности ни са појмом трговачког правног посла, како га одређује наш Закон о облигационим односима (чл. 25, ст. 2),[16] као ни са формулацијом чл. 31. ЗОСПО-а, по коме је лице о коме говоримо ″... невласник који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари.″ Морамо приметити да ЗОСПО (као и ABGB), за разлику од готово свих законодаваца других држава (као и бившег СГЗ-а), не користи термин трговац, али је на основу наведене формулације ипак јасно да се ту првенствено ради о таквим лицима (мада ова формулација допушта и шире тумачење).

Ма колико горе наведено одређење појма трговца изгледало јасно, морамо приметити да се у нашој, и правној теорији и судској пракси других држава,

[16] Сл. лист СФРЈ 29/78, 39/85, 57/89 и Сл. лист СРЈ 31/93.

ипак понекад јављају дилеме у погледу тога која све лица испуњавају наведене критеријуме и колико их строго треба тумачити.

*Несп̄орно* је да се трговцем сматра лице које одређене ствари купује ради препродаје, у циљу прибављања зараде; као и оно које купљене ствари дорађује или прерађује, па продаје. То је свакако и лице које је нека врста посредника у продаји, тј. које за надокнаду у своје име, а за туђ рачун продаје ствари које му не припадају.

У многим државама се прави разлика између трговца, који мора испуњавати специјалне услове да би се бавио прометом (одређених) ствари и оног, који то може чинити без неких додатних услова (осим оних, који се сматрају општим за бављење трговином). У контексту стицања својине од невласника сва се ова лица сматрају трговцима, па је наведено разликовање ирелевантно.[17]

По *већинском* мишљењу, трговцем се има сматрати и (индустријски) произвођач одређених ствари, ако у његову делатност спада и стављање у промет истих;[18] па и занатлија, који је овлашћен за израду и продају својих производа.[19] Српски грађански законик је изричито наводио и ″занатлију који такве ствари прави″ (пар. 221), као отуђиоца - невласника који има исти третман као и трговац, али се сматра да се и у правним системима чији закони не садрже овакву формулацију то подразумева.[20]

За домаће право је то сасвим прихватљиво тумачење, захваљујући већ наведеној формулацији чл. 31. ЗОСПО-а.

Слична ситуација је и у аустријском праву, где се у контексту о коме говоримо користи термин, чије је значење шире од значења речи трговац, па дозвољава да се под њега подведу и занатлије, као и нека друга лица. Наиме, у пар. 367 ABGB-a се уместо речи Kaufmann, која значи само трговац (и која се користи у аустријском Трговачком законику у контексту стицања својине од невласника); користи реч Gewerbsmann, која има шире значење: то је привредник, односно и трговац и индустријалац и фабрикант и занатлија...

---

[17] О томе више: П. М. Јовановић, Прибављање покретних ствари у својину, Архив за правне и друштвене науке, књ. 12, Београд, 1912. г., стр. 475.

[18] F. Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht, стр. 11; А. Рушнов - С. Посиловић, Тумач к опћему Аустријскому грађанскому законику, књ. I, Загреб, 1983. г., стр. 525; М. Деренчин, Тумач к Опћем Аустријском законику, Загреб, 1880-1883. г., књ. II, стр. 164; H. Böhm, нав. дело, стр. 55; J. C. Vaines, Personal property, London, 1995. г., стр. 143.

[19] F. Gschnitzer, нав. дело, стр. 111.

[20] В. Спаић, Грађанско право (општи дио и стварно право), Сарајево, 1971. г., стр. 633; J. Славнић, Основи грађанског права (уводни део, стварно право и облигационо право), Београд, 1992. г., стр. 95.

Ипак, аустријска правна теорија сматра да се под термин Gewerbsmann не може подвести и трговачки помоћник.[21]

Неки аутори[22] су мишљења да се ствар може сматрати стеченом од трговца као невласника само уколико је куповина извршена радним даном, у оквиру радног времена трговца и ако је место трговине продавница, односно пословни простор у коме су изложене за продају такве ствари (робна кућа, бутик, златара, складиште грађевинског материјала, апотека и сл.). Француска судска пракса место куповине одређује као ″простор, где се врше преговори и *регуларна* трговина таквим стварима.″[23] Да ли се место стицања може или не може сматрати радњом - продавницом у којој се одвија регуларна трговина је ипак фактичко питање. По нашем мишљењу, да ли ће доћи до стицања својине од неовлашћеног трговца као невласника на ствари прибављеној ван његовог пословног простора или радног времена - треба процењивати по истим правилима, која у вези овог питања у једној држави важе за стицање својине од трговца, који је власник ствари коју отуђује или је овлашћен на њено отуђење од стране власника. Подсећамо, привидна деривација од невласника треба да има све особине праве, јер је савесни стицалац таквом и сматра.

Оно што се, међутим, посебно наглашава у правној теорији свих држава је да се једно лице може сматрати трговцем првенствено уколико је за обављање дотичне трговачке делатности *овлашћено*, што неки законодавци и изричито предвиђају, као нпр. аустријски.[24] Други законодавци (као и наш) то, међутим, не чине директно, што не значи да се у тим државама под трговцем подразумева лице које се трговином бави неовлашћено. ″Случајни продавац″ није трговац.[25]

Али, оно што законодавци свих држава изричито захтевају јесте да је савесни стицалац конкретну ствар прибавио од таквог трговца, који се и *иначе бави прометом ствари исте врсте*.[26] *Редовност* промета сличних ствари је такође нужна.[27]

То би значило да ће савесни стицалац несталог златног прстена својину на њему од трговца као невласника (у државама о којима говоримо, укључујући и домаћу) *прибавити* уколико је његова редовна делатност (за коју је

[21] L. Geller, Wien, 1924. г., стр. 137; С. Посиловић, Општи аустријски грађански законик, Загреб, стр. 154.
[22] J. C. Vaines, нав. дело, стр. 144.
[23] Наведено по: G. Marty - P. Raynaud, нав. дело, стр. 500.
[24] У параграфу 367 ABGB-а стоји: ″... zu diesem Verkehre *befugten* Gewerbsmanne...″
[25] В. Спаић, нав. дело, стр. 633; А. Гамс - М. Петровић, Основи стварног права, Београд, 1980. г., стр. 203.
[26] Видети: пар. 367 ABGB-а; чл. 2280, стр. 1 СС-а; пар. 221 СГЗ-а; чл. 934, ст. 2 ZGB-а; чл. 2-403, ст. 1 Једнообразног трговачког законика САД; чл. 31. ЗОСПО-а.
[27] Т. Делибашић, Посебни услови и основи стицања својине од невласника, Судска пракса, бр. 3, Београд, 1996. г., стр. 64.

регистрован и овлашћен) управо промет златног накита. Уколико исти прстен купи од трговца, који је регистрован за продају сатова - својину на њему неће стећи.

У аустријској правној теорији се посебно наглашава да се под овлашћеним трговцем (привредником) не може подразумевати и тзв. Urproduzent (првобитни, примарни произвођач).[28] То би значило да савесни стицалац не може стећи својину несталог одела у кројачком салону, који иначе производи такву одећу, ако он није регистрован и за њен промет (што је редак случај); већ продају врши преко робних кућа, којима је управо то делатност.

Савесни стицалац применом горе изложених правила такође неће прибавити својину на пару ципела, које су власнику нестале, од обућара (занатлије) у чију делатност спада само поправка, а не израда и продаја или бар комисиона продаја (туђе) обуће.

## Б) Посебан случај - стицање од комисионара

У вези стицања својине од комисионара, у (словеначкој) правној теорији од раније смо наишли на дилему да ли оваквог невласника треба сматрати *повереником власника или трговцем*[29] у контексту стицања својине од невласника. Уколико се определимо за став да је комисионар власников повереник - савесни стицалац од њега не би могао прибавити својину на ствари, која је власнику нестала. Уколико комисионара сматрамо трговцем - то ће (у нашем и сродним правима) бити могуће. Као што се види, правне последице оваквог или онаквог опредељења су врло различите.

У прилог првог става, по коме комисионара треба сматрати власниковим повереником, наводи се како чл. 31. ЗОСПО-а повереником сматра невласника, коме је власник ствар предао на основу правног посла којим се не прибавља својина. Пошто уговор о комисиону спада управо у категорију послова којима се не стиче својина - комисионар је власников повереник. Он је непосредни, а власник посредни држалац ствари, који остаје њен сопственик све док комисионар ствар не прода трећем лицу.[30] Пошто је комисионар (индиректни) заступник власника - својина са власника непосредно ″прелази″ на стицаоца.

Наше је мишљење да је наведено резоновање неисправно. Комисионар у анализираном случају јесте истовремено и невласник и повереник власника, али није невласник који је *неовлашћен* на отуђење. Напротив, он је *овлашћен* на

[28] F. Gschinitzer, нав. дело, стр. 111; И. Мауровић, Нацрт предавања о опћем приватном праву, књ. II, Стварно право, Загреб, 1936. г., стр. 62.
[29] О овоме извештава: R. Vrenčur, Pridobitev lastninske pravice od razpolagalno nesposobne osebe, Podjetje in delo, бр. 6-7, Порторож, 1998. г., стр. 1241. и даље.
[30] М. Трајковић, наведено по: R. Vrenčur, нав. дело, стр. 1242.

отуђење власникове ствари, ради чега му је она и предата правним послом који није основ за прибављање својине. Комисионар ипак није власников повереник на начин како се то тражи у контексту стицања својине од невласника.

У контексту стицања својине од невласника комисионар је *трговац,*[31] јер се ради о лицу које је регистровано да у виду занимања обавља делатност стављања у промет ствари одређене врсте у циљу прибављања зараде (возила, бицикле, ауто делове, одећу и сл.). Уколико ствар, коју он као *неовлашћени невласник* отуђује, спада у врсту ствари које он и иначе ставља у промет, савесни стицалац их од њега, као трговца, може прибавити независно од тога како су оне изашле из власникове државине (добровољно или не).

С друге стране, комисионар је трговац који *истовремено* може бити и власников повереник у контексту стицања својине од невласника, тј. ова два својства комисионара се *не морају искључивати*, како су то (алтернативно) поставили правни писци чији смо став претходно изложили. Комисионар је трговац и власников повереник у контексту стицања својине од невласника уколико у оквиру своје делатности неовлашћено отуђи ствар коју му је власник поверио, али не ради продаје, већ по основу уговора о послузи, залози, закупу и слично. Исти комисионар може бити и трговац који отуђује власнику несталу ствар, коју је сам нашао или власнику украо или на чију га је продају овластило неко друго лице, које је ствар нашло или власнику украло (не сам власник). У оба случаја савесни стицалац ће прибавити својину од комисионара као трговца и (неовлашћеног) невласника, ако су испуњени сви тражени услови за овај начин прибављања својине.

У нашој правној теорији и судској пракси[32] је ово неспоран став, али се указује и на појаву *злоупотреба* код стицања својине од комисионара као неовлашћеног невласника, пре свега када су објекат стицања возила, и то по правилу украдена. У жељи да применом правила о стицању својине од невласника ″обезбеде″ својину на украденом возилу, купац и продавац (лопов, налазач или неовлашћени невласник - нетрговац), који су већ закључили уговор о продаји и извршили примопредају возила и износа цене, одлазе комисионару. Са њим продавац, *по већ завршеној продаји,* закључују уговор о комисиону, а одмах потом комисионар са купцем закључује нови (фиктивни) уговор о продаји, издаје му рачун и наплаћује провизију.

Када прави власник покуша да возило виндицира, купац суду подноси рачун и уговор о продаји закључен са комисионаром, па тако испада да је

[31] Исто мишљење: Д. Попов - Р. Цветић - Ц. Николић, Практикум за грађанско право, књ. II - Стварно право, Београд, 1992. г., стр. 34-35; Р. Леградић, Теорија стварног права и стварно право у ФНРЈ, Скопље, 1957. г., стр. 157; Р. Здравковић, Утврђивање права својине на моторним возилима, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2-3, Београд, 1997. г., стр. 333. и даље; П. Трифуновић, Нека спорна питања стицања својине од невласника на моторном возилу, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2-3, Београд, 1997. г., стр. 142.

[32] Р. Здравковић, нав. дело, стр. 333. и даље; П. Трифуновић, нав. дело, стр. 142.

возило прибавио од трговца као невласника (који је био овлашћен на продају возила, али од стране лопова) и да је постао његов власник по правилима о стицању својине од невласника. Ипак, ако суд исправно утврди и процени чињенично стање - овде не може доћи до стицања својине од невласника, чак и под претпоставком да је стицалац савестан, јер се ради о фиктивном, дакле непуноважном правном послу стицања између њега и комисионара, што је такође један од услова за стицање својине од невласника. Није довољно то, што је комисионар регистровани трговац, већ је важно да је он као комисионар *заиста и обавио* свој посао. У наведеној ситуацији то није био случај, јер комисионар није обавио комисиони посао, већ неку врсту посредничког или сличног посла за купца и продавца, који су уговор о продаји већ сами закључили и извршили.

Као илустрацију за ситуацију о којој смо говорили навешћемо део образложења једне судске одлуке,[33] чија је идеја у основи препознатљива, мада је суд о коме је реч ″меша″ и комбинује са још неким елементима.

″Према чињеничном утврђењу на коме се заснивају побијане пресуде тужилац је купио путничко возило марке ″Мерцедес″ тип 200 Д на пијаци аутомобила од М.П. из Љига, након чега је по рачуну бр. 39. од 2. марта 1992. године преко комисионара легализовао овај правни посао. Предметно возило је уредно регистровао пред надлежним органом. Међутим, након годину дана од дана куповине возила органи СУП-а су поништили регистрацију предметног возила и тужиоцу одузели регистарске таблице под сумњом да је возило регистровано на основу лажних података. Наведено возило није евидентирано у систему несталих возила МУП-а Србије.

На основу тог утврђења судови су побијани пресудама стали на становиште да је тужилац на основу одредбе члана 31 Закона о основним својинско-правним односима власник предметног возила.

Наведено правно становиште судова се не може прихватити. У конкретном случају судови у току поступка нису утврдили све чињенице које су од значаја за оцену савесности тужиоца као стицаоца спорног возила. Прво, с обзиром на утврђену чињеницу да је тужилац спорно возило купио од М.П. из Љига, на пијаци, где је на лицу места промет обављен (исплаћена купопродајна цена у целини и возило предато купцу у државину) није испитано да ли је продавац (комисионар) овлашћен да у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари. Ако ово лице није овлашћено да, у оквиру своје делатности ставља у промет аутомобиле, а тужилац је са њим закључио уговор о продаји возила пре комисионе продаје, у том случају је уговор тужиоца са комисионаром фиктиван, те у смислу члана 66. Закона о облигационим односима не производи правно дејство, а тужилац је несавестан стицалац.″

[33] Решење Савезног суда, Гзс. 5/97 од 10. IV 1997. г., објављено у Билтену судске праксе Савезног суда, бр. 43, Београд, 1998. г.

*Nina Planojevic, a docent*

## ACQUIRING THE OWNERSHIP OVER ASSESTS FROM THE SALESMAN WHO IS NOT AUTHORIZED FOR SALE

Based on the analysis of the legal regulations existing in various countries, the author concludes that the fact that a seller, who is not an owner of selling goods, is in a certain profession can influence the possibility and conditions for acquiring the ownership from the non-owner, such is the case with professional salesmen as unauthorized non-owners. Namely, acquiring the ownership over assets from a salesman as a non-owner is in certain countries a privilege given either through certain benefits or by widening the range of possibilities for attaining the ownership in this way. According to the type of these privilegies, the author divides these countries into two groups. The first group comprises the countries which widened the range of the possibilities for acquiring the ownership over goods from a salesman who is not an owner of these goods to include under same conditions both the property which was entrusted and the property which was stolen (ex. Austria, Serbia and Montenegro, Greece, USA). The second group includes the countries whose regulations allow the benefits for acquiring the ownership over goods from a salesman – non-owner, and they can be further divided into two subgroups: the countries in which acquiring of the ownership over stolen property from a salesman who is non-owner is facilitated by the obligation imposed on the owner to buy out such property from the conscientious attainer (ex. France and Switzerland) and the countries in which *estoppel* rules for this type of property acquiring are not strictly applied (Anglo-Saxon law). For the purpose of discribing the conditions for acquiring the ownership over goods from a non-owner, the author clarifies the term *salesman*: he/she is a person registered (authorized) to perform sales of the goods which include the type of goods which are attained from him by a conscientious attainer. Using this criterium, at the end of her work the author analyzes one of disputable cases of attaining the ownership over a certain object from a salesman who was an unauthorized non-owner, that is from a commissionaire.

*Одељак III*

# ФУНКЦИОНИСАЊЕ УПРАВЕ И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

*Др Невенка Бачанин,*
*редовни професор*

***UDK**: 342.25(497.11)"1835/1946"*

# ПРАВНА ЗАШТИТА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У СРБИЈИ ОД 1835. ДО 1946.

Систем локалне самоуправе, и то не само у нас, прати низ значајних питања чији се одговори морају заснивати на озбиљној анализи бројних околности. Правна заштита локалне самоуправе само је једно од њих.

Анализи правне заштите локалне самоуправе у Србији данас, као и сваког другог питања, претходи ужи или шири осврт на облике које је она имала раније, посебно ако се има у виду да је локална самоуправа у Србији од 1990. до данас била значајан и чест предмет законодавне регулативе.

У том смислу посебно је интересантан период од 1835. до 1946. године, и то не само зато што је локална самоуправа у Србији овог раздобља углавном обрађивана у оквиру историје српског народа и државе, понекад чак веома сериозно и дубоко, већ и стога што искуства из овог периода, како у погледу нормативног тако и фактичког, морају имати одређени већи или мањи значај за нормативно уређивање и фактичко функционисање савременог система локалне самоуправе у нас. При том, анализа правне заштите локалне самоуправе у Србији у историјском континуитету биће у овом раду искључиво правна, лишена свих других аспеката - политичких, социолошких, економских и других.[1] Обзиром да ће њену основу чинити уставне и законске норме, облици правне заштите локалне самоуправе у Србији биће изложени по периодима важења ових правних аката.[2]

---

[1] У нас постоје бројни и значајни радови о локалној самоуправи у којима се више или мање обрађује и питање њене правне заштите. Примера ради, Продановић, Ј.: Уставни развитак и уставне борбе у Србији, Едиција Српске народ у XIX веку, Београд, 1936.; Никић, Ф.: Локална управа Србије у XIX веку, Београд, 1927.; Гузина, Р.: Општина у Србији XIX и XX века, део Локална управа и локална самоуправа у Југославији од 1918.-1941, Београд, 1962.; Гузина, Р.: Општина у Србији 1839-1918, Београд, 1976.; Ђуровски, Л.: Еволуција концепција о општини у Југославији, Београд, 1976.; Маринковић Р. - Марковић, С.: Локална самоуправа у Србији и Црној Гори до 1918. године, Београд, 1995.; Маринковић, Р.: Локална самоуправа, Београд, 1998.

[2] Речено само значи да се аутор овог рада определио за овакву периодизацију, не и да се анализа не може извршити ослонцем на друге критеријуме (на пример према облицима правне

./.

Мада је у периоду од 1835. до 1918. локална самоуправа у Србији била уређена већим бројем устава - 1835, 1838, 1869, 1888. и 1901, укључујући и законске прописе она је више имала облик локалне управе него локалне самоуправе јер се налазила под строгом контролом и надзором државних органа, који су, додуше, у периоду од 1888. - 1894. и 1903.- 1918. били нешто блажи.[3] Ранија народна самоуправа, посебно облици решавања спорова у оквиру ње (мировни судови, судови добрих људи, на пример), замрла је, устукнувши пред процесом централизације државне власти који је силовито започео одмах након ослобођења српског народа од Турака.

"Правна заштита у овом периоду сводила се на могућност жалбе општинских власти вишим државним органима: окружним и среским начелницима, министрима унутрашњих дела и сл., а од њихове воље зависила је, у крајем, да ли ће, евентуално, те и такве жалбе доспети до Државног савета односно Управног суда или другог органа судске власти конституисаног одређеним уставом. Фактички ефективне и гарантоване заштите локалне самоуправе од пресизања државних органа и централизованог система организација државе није, у ствари било."[4]

Не упуштајући се у анализу питања да ли Устав Србије од 1835. - Сретењски устав,[5] уопште био први српски устав или не, око чега и данас српски правни писци ломе копља, са сигурношћу се може рећи да у периоду од 1830-1838. у Србији није постојала било каква фактичка могућност за функционисање локалне самоуправе, а још мање неких облика њене правне заштите. Иако је Сретењским уставом власт кнеза била ограничена увођењем народне скупштине у систем органа власти, гарантовањем основних грађанских права и поделом Србије на округа, а ова на срезове и општине, пратећи законски прописи нису били донети.

Уставом из 1838. Србија[6] је била подељена на округа, срезове и општине, а ослонцем на њега 1839. донет је Закон о општинама за Кнежевину Србију. На челу округа налазио се начелник, а најважнији орган власти у општинама био је "примирителни суд". Општине и њихови органи били су

заштите локалне самоуправе у Србији) при чему основа анализе (уставне и законске норме) може остати иста.

[3] По мишљењу неких аутора локална самоуправа у Србији је у овом периоду била захваћена процесима централизације и децентрализације који су се смењивали. Више: Никић, Ф.: Локална управа Србије у XIX и XX веку, стр. 351-355.

[4] Влатковић, М.: Правна заштита локалне самоуправе, магистарски рад, Београд, 2001, стр. 90.

[5] Устав Књажевства Србије; Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941), Београд, 1988.

[6] Устав Књажевства Србије, наведено дело, ЧЛ. 30-33. и 61.

под непосредним и строгим надзором среског начелника. Од органа традиционалне - народне самоуправе остала је само форма - зборови сељака и грађана изгубили су сваки значај. Тиме је правна заштита локалне самоуправе од централне власти престала да постоји[7].

У периоду до доношења Устава 1869. године, у Србији је 1866. био донет и Закон о устројству општина и општинских власти који је предвиђао две врсте општина у Србији - градске и сеоске. По Закону, општински органи - општински збор, општински суд и општински одбор, били су под надзором државне управе преко одговарајућих надлештва. Државни органи су могли поништити одлуке општинских органа уколико су оне биле незаконите или би њима био повређен државни или општи интерес или задржати њихово извршење. Постојала је и могућност жалбе на одлуку надзорне власти, али тек након њеног извршења. Посебан облик заштите била је могућност улагања жалбе на висину плате, о којој је одлучивао министар финансија.[8]

По Уставу из 1869.[9] територијалне јединице у Србији биле су општина, срез и округ.

Општине су, у складу са законским нормама, биле самосталне у вршењу општинских послова, али су могле вршити и државне послове уколико би им они били законом поверени.

Закон о изменама и допунама Закона из 1866, донетим 1875, општинским органима - збору, одбору и суду, били само проширени надлежности и састав.

Надзор над радом општинских органа вршила је влада преко одговарајућих надлештава. Задржавање извршења одлука општинских органа било је могуће само уколико је одлука била незаконита (општински послови) или противна законитим уредбама (државни послови). По жалби против решења надзорне власти одлучивао је надлежни министар који је, након "извиђања ствари", одлуку општинских органа могао одобрити или поништити. Уколико министар не би одлучио у року од 20 дана одлука општинског органа постајала је извршна.

Општински збор је сада искључиво одлучивао не само о висини плате, већ и о њеном повећању, уместо министра финансија, као о смањивању општинских органа, уместо надзорне власти. Такође, општински органи су се државним органима могли обраћати непосредно, а не искључиво преко надлежних начелства, што је раније био случај. Могло би се рећи да је Законом о изменама и допунама Закона из 1866, надзор државних органа над локалним био сведен искључиво на заштиту државних интереса што је, у односу на претходни период, представљало велики корак напред.

---

[7] Више о овоме: Гузина, Р.: Општина у Кнежевини и Краљевини Србије, I, 1804-1839, Београд, 1966, стр. 211-213.

[8] Закон о устројству општина и општинских власти из 1866, ЧЛ. 1, 69. и 76.

[9] Устав Књажевства Србије из 1869, наведено дело, ЧЛ. 44, 126, 127. и 130.

Према Уставу Краљевине Србије из 1888, Србија је била подељена на округе, срезове и општине. Окрузи су били одређени као јединице двојаке природе - државне и самоуправне. Општински органи - суд, одбор и збор, имали су двојаку надлежност - општинске и државне послове.[10]

Законом о општинама из 1889, општине су самосталне у вршењу својих општинских послова, а могу бити и извршиоци закона (државни послови). Обзиром на то да оне подлежу надзору виших самоуправних и државних власти - окружних одбора и надлежних државних органа. Све незаконите одлуке општинских органа, као и оне које су супротне подзаконским прописима државних органа, надлежни државни надзорни орган могао је задржати од извршења, а против одлуке надлежног државног надзорног органа, општински органи су се могли жалити Државном савету, који је, након што би проучио ствар, општинску одлуку могао одобрити или поништити.[11]

Устав из 1901, у односу на раније уставе, садржи мањи број одредби о општинама. У вршењу унутрашњих послова, по уставним нормама, општине задржавају самосталност, с тим што се њихова самоуправа имала уредити законом.[12]

У овом периоду, пак, донета су два закона о општинама - 1902. и 1903.

По Закону о општинама из 1902, општине, градске и сеоске, су основне, управне и судске јединице, самоуправне (самосталне) у унутрашњим пословима, рад чијих органа - зборови, одбори и судови, је био подвргнут надзору државне власти.[13]

Непосредан надзор вршило је окружно, односно среско начелство, а врховна надзорна власт припадала је министру унутрашњих дела уколико је надлежно би начелство задржало од извршења одлуку општинског органа коју је сматрало незаконитом морало ју је - по службеној дужности послати министру унутрашњих послова, у року од 5 дана. Он је, пак, имао две могућности - да поништи одлуку општинске власти или да је пошаље Државном савету на даље решавање. Уколико надзорни орган не би одлучио, и то у року од 15 дана од пријема одлуке општинског органа, одлука би постала извршна.[14]

Закон о општинама из 1903, мењан и допуњаван четири пута - 1903, 1904, 1905. и 1909, са незнатним изменама, задржао је решења о облицима правне заштите локалне самоуправе из претходног закона.

[10] Устав Краљевине Србије из 1888, ЧЛ. 5, 162. и 165.
[11] Закон о општинама из 1889, ЧЛ. 1, 11. и 83.
[12] Устав Краљевине Србије из 1901. године, ЧЛ. 97.
[13] Закон о општинама из 1902, ЧЛ. 90. и 110.
[14] Закон о општинама из 1902, ЧЛ. 19. и 141.

Остаје да се напомене да је велики број српских правних писаца XIX, па и XX века, упорно инсистирао на тврђењу да је Србија као аутономна кнежевина и, доцније, самостална држава до Устава из 1921, била "земља локалне самоуправе". Уколико се искључе облици народне самоуправе, и има у виду чињеница да је фактичко остаривање локалне самоуправе увек испод онога што закон допушта, са сигурношћу се може рећи да је систем локалне самоуправе у Србији овога времена, онако како је прокламован и остваривaн, био све само не задовољавајући. Уколико се овоме дода и питање - зашто у Србији у 19. и на почетку 20. века није била прокламована, нити је формално постојала самоуправа и у срезу и округу, без околишања се може рећи - Србија 19. и почетка 20. века није била "земља локалне самоуправе".[15]

Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1921. - Видовдански устав, прокламовао је самоуправу на начелу избора не само у општини већ и срезу и области, при чему је за општину била предвиђена само самоуправна власт, а у срезу и области самоуправна и државна власт.[16]

Општинска самоуправа није била уређивана новим законима. Напротив, у погледу ње важиле су одредбе дотадашњих закона из ове области. Среска и обласна самоуправа биле су уређене Законом о обласној и среској самоуправи из 1922. Поред послова из сопствене надлежности органи локалне самоуправе могли су обављати и орећене државне послове у виду послова пренете надлежности.

Обласна и среска самоуправа биле су подведене под строги надзор државних органа. Обласни велики жупан могао је да задржи проглашење уредбе самоуправне власти, уколико ју је сматрао неуставном или противзаконитом. Након тога био је дужан да уредбу, са својим мишљењем, достави Државном савету и о томе обавести надлежног министра. Државни савет је био дужан да о уредби одлучи у року од два месеца. У супротном, она је постајала извршна. Такође, обласни велики жупан је могао да задржи извршење сваке појединачне одлуке самоуправних власти, уколико би је оценио неуставном, незаконитом или незаснованом на обласној уредби. Жалбу на овакво решење великог жупана самоуправне власти су могле уложити Државном савету, који је морао да одлучи по жалби у року од месец дана од дана пријема одлуке. У супротном, она је постајала извршна. Права која је срески поглавар имао према среској самоуправи идентична су правима великог жупана према обласној самоуправи. Разлика је само у томе што се жалба на одлуке среског поглавара улагала надлежном управном суду.[17]

[15] О овоме више: Маринковић, Р. и Марковић, С.: Локална самоуправа у Србији и Црној Гори до 1918, стр. 9-95.
[16] Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1921. године, ЧЛ. 96.
[17] Исто, ЧЛ. 99, 101. и 102.

Устав Краљевине Југославије из 1931. - Септембарски устав, дефинисао је општине као самоуправна тела, која, поред послова из сопственог делокруга, могу обављати и послове државне управе, као послове пренете законом, али под надзором одређених управних органа.[18] На основу његових норми донета су два закона у овој области - Закон о општинама 1933. и Закон о градским општинама 1934.

Према Закону о општинама, општине су самоуправна тела и правна лица јавног и приватног права, а њени органи - општински одбор, општинска управа и председник општине.[19]

Надзор над општинском самоуправом био је поверен среском начелнику. Општински одбор је могао уложити жалбу бану на решење надлежног надзорног органа, у року од 15 дана од дана добијања решења. Бан је био дужан да у року од осам дана од дана приспећа жалбе поништи жалбено решење или га, уколико то не учини, упути надлежном управном суду на решавање, обавештавајући општину о свом поступку. Одлука општинског одбора постајала је правноснажна уколико би управни суд у року од месец дана од дана пријема акта ћутао. Поред овога, управном суду се могла изјавити жалба и на одлуке бана о разрешењу председника општине, чланова општинске управе и одборника. Такође, уколико је надлежни надзорни орган задржао извршење акта општинског органа, сматрајући га штетним "по важне опште државне интересе", општински орган је могао изјавити жалбу министру унутрашњих послова.[20]

Градске општине су, Законом о градским општинама, такође биле одређене као самоуправна тела и правна лица јавног и приватног права, а органи су им били - градско веће и председник градске општине.[21]

Надзор над градском самоуправом вршила је државна управа, и то преко бана, а у Београду и Панчеву, преко министра унутрашњих послова. Уколико је неку одлуку градског већа сматрала незаконитом или донетом прекорачивањем делокруга, надзорна власт је могла задржати њено извршење, а против овакве одлуке надзорне власти градско веће је могло уложити жалбу Државном савету. Жалбу је, у оваквим случајевима, могао уложити и председник градске општине, и то без одлуке градског већа. Одлука градског већа, постајала је извршна уколико би надзорна власт пропустила да акт пошаље Државном савету у року од осам дана или уколико би Државни савет ћутао по протеку рока од месец дана.[22]

[18] Устав Краљевине Југославије из 1931, ЧЛ. 96.
[19] Закон о општинама из 1933, ЧЛ. 1.
[20] Исто, ЧЛ. 125, 129. и 130.
[21] Закон о градским општинама из 1934, ЧЛ. 1. и 21.
[22] Исто, ЧЛ. 130. и 136.

Поред наведеног, самоуправне власти су могле уложити жалбу Државном савету на одлуку министра унутрашњих послова о разрешењу председника општине и/или појединих већника, и то у року од осам дана, као и жалбу министру унутрашњих послова на одлуку бана да је акт самоуправне власти штетан по важне државне интересе, а у року од 15 дана. [23]

Могло би се закључити да су, слично претходном периоду, и у раздобљу од 1918 до 1946. органи општинске, среске и обласне самоуправе били под непосредним и строгим надзором органа државне власти - бана, великих жупана, среских начелника и министра унутрашњих послова. Однос органа локалне самоуправе и органа државне власти није се битно изменио у односу на претходни период. Додуше, јачањем обавезе надзорних државних органа да одлуке и решења органа локалне самоуправе достављају на коначно одлучивање Државном савету, односно управном суду, што је зависило од природе спора, учињен је и мали корак напред. Но, без обзира на све, и у периоду од 1918. до 1946, прокламовани систем локалне самоуправе у Србији, а још више његова фактичка реализација, није се могао сматрати, чак ни за оно време, напредним.

./.

Правна заштита локалне самоуправе у Србији је један од проблема и питања која систем локалне самоуправе, и то не само у нас, поставља и који, као и сви остали, мора бити разрешен односно на које се адекватан одговор може дати само након свеобухватне анализе.

У том смислу, чини се целисходним осврнути се на облике правне заштите локалне самоуправе у Србији некада, посебно у периоду од 1835. до 1946. - периоду њеног конституисања прво као аутономне кнежевине, а затим и самосталне државе. Ово, не само зато што су облици правне заштите локалне самоуправе у Србији овога раздобља били најчешће фрагментарно обрађивани у оквиру радова из историје државе и права српског народа, као узгред додирнуто питање неког другог проблема система локалне самоуправе Србије, већ превасходно зато што нормативно уређивање и фактичко функционисање правне заштите локалне самоуправе у Србији данас у знатној мери зависи од тога колико смо сагледали прошлост и шта смо из ње научили, ад не би смо поновили грешке.

Јер, задовољавајући систем правне заштите локалне самоуправе у Србији може се изградити само онда када се локална самоуправа у целости, па сходно томе, и њена правна заштита, као њен нераскидиви део, дефинише и реализује као облик суверености грађана, који им омогућава да, као своје

[23] Исто, ЧЛ. 135. и 139.

изворно право, остварују своје интересе и задовољавају своје потребе на одређеном простору.

Временски период од 1835. до 1946, у условном смислу речи, може се поделити на два ужа раздобља - прво, од 1853. до 1918. и друго, од 1918. до 1946.

У првом периоду, од 1835. до 1918. године, пре би се могло говорити о локалној управи него о локалној самоуправи у Србији, и то из више разлога. Пре свега, након ослобођења од турске власти, Србију је захватио снажан процес централизације власти. Облици народне самоуправе - мировни судови, судови добрих људи и др., нестали су у потпуности, а органи локалне самоуправе стриктно су били подређени државним органима, пре свих среским и окружним начелницима. Надзор централних органа над органима локалне самоуправе био је непосредан и строг.

Правна заштита локалне самоуправе овога периода се у Србији сводила на могућност улагања жалбе општинских власти надлежним државним органима (окружни и срески начелници, министар унутрашњих послова и др.), од чије је воље зависило и да ли ће једна такав жалба стићи до Државног савета, управног суда или другог судског органа, конституисаног уставним нормама.

У другом периоду, од 1918. до 1946. године, систем правне заштите локалне самоуправе у Србији није се битније изменио. Органи локалне самоуправе - општински, срески и обласни, и даље су били под строгим надзором органа државне власти - бана, великих жупана, среских начелника и министра унутрашњих послова. Једино је прописима било предвиђена, у неким случајевима и само ојачана, обавеза државних надзорних органа да акте органа локалне самоуправе достављају на коначно одлучивање Државном савету или управном суду, што је углавном зависило од природе спора.

*Nevenka Bacanin, a full-time professor*

## LEGAL PROTECTION OF LOCAL GOVERNMENT IN SERBIA 1835 -1946.

One of the issues raised by the system of local goverment, not only in our society, is the one regarding legal protection of local goverment, and which can be resolved only after intensive analysis.

Therefore, it seems plausible to mention previous forms of legal protection in Serbia, especially in period of 1835-1946., period of Serbia's constitution first as autonomous principality, followed by a status of a sovereign country. This is necessary not only because of the insufficient and fragmentary treatment of these issues in works concerning the history of people and law in Serbia (often as a parenthetical issue, part of some other problem in Serbian local goverment system), but above all because normative regulation and factual functioning of the Serbian local government legal protection today largely depends on our understanding of the past and history lessons we have been taught, in order to not repeat past mistakes.

The local government legal protection system can only be considered satisfactory when local government in its fullness, and therefore its legal protection too, is defined and realized as a form of soverignity of citizens, enabling them, as their original right, to exercise their interests and satisfy their needs in certain geographical area.

The period of 1835-1946 could be, conditionally, divided in two narrower periods - the first, from 1835-1918., and the second, from 1918-1946. During the first period, one could speak of local governance rather than local government and have more than one reason for such an opinion. Firstly, after having been freed from Turks, Serbia was a victim of the very strong centralization process. The forms of people's local government - peace courts, "good men courts", etc. - had completely disappeared, while formal local government bodies remained strictly subordinated to the state government bodies, above all to county and district governors. The supervision by state was exercised with utmost directness and stringency.

Local government legal protection during this period was reduced to the possibility of filing a complaint by local government officials to the higher authorities (county and district governors, Minister of Interior, etc.), upon whose

good will depended further destiny of the complaint in its constitutionally designated journey to State councel or appropraite courts.

The second period was not charasterised by significant improvements in the area. Local goverment bodies - of municipality, county and district - remained under stringent control by state officials - the governors and the Minister of Interior. The only issue regulated by provisions of law, and in some cases only reinforced, was the obligation to further transfer the acts of local government to State Councel and appropriate courts, which depended on the nature of the case.

*Др Радоје Брковић,*
*редовни професор*

***UDK**: 349.22(094.5)*

# ЗАШТИТА ПОЈЕДИНАЧНИХ ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ И РЕШАВАЊЕ ВИШКОВА ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ЗАКОНУ О РАДУ

## I Заштита појединачних права запослених

Уставом Републике Србије предвиђено је да свако лице има право на једнаку заштиту својих права у законом утврђеном поступку. Свакоме је зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на законом заснованом интересу.

Заштита права запослених наступа онда када дође до сукоба, тј. спора у поступку остваривања права, између запосленог као субјекта права и послодавца као носиоца обавезе да обезбеди одређена права. Пошто права запосленог могу бити појединачна и колективна, то долази и до појединачних и колективних сукоба, односно радних спорова у њиховој реализацији, те су следствено томе утврђени и одговарајући начини за њихово решавање. У правној теорији не постоји јединствени појам радног спора и стога није лако дати прецизну дефиницију радног спора у најширем смислу те речи. Врло је тешко једном општом формулацијом и на свеобухватан и довољно јасан начин обухватити све оно што би требало да се подразумева под индивидуалним и колективним радним спором. У том смислу ни законски прописи који су тренутно важећи на територији Државне заједнице Србије и Црне Горе из области радног права, нису од велике помоћи, јер ни они не садрже дефиницију појма радног спора. Тако на пример, Закон о раду као позитивни правни пропис не даје дефиницију појма радног спора, већ у чл. 195. став 1. прописује да против решења којим је повређено право запосленог или када је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Из одредаба закона произлази да радни спор представља спор пред надлежним судом у коме заштиту права из радног односа тражи запослени. Овим чланом у целини се не уређује спор по тужби послодавца против запосленог који се у правној теорији сматра радним спором, што се може сматрати пропустом Закона о раду.

Ради заштите својих права из радног односа, запослени има право да се обрати надлежном органу у установи (директор), синдикату, инспекцијском органу, надлежном суду и арбитражи за радне спорове.

### 1. Заштита права пред надлежним органима (интерна заштита)

Против сваког решења или другог акта којим се одлучује о правима и обавезама запослених, према члану 71. Закона о радним односима у државним органима, запослени има право да поднесе приговор. Приговор се подноси директору установе у року од 8 дана од дана уручења решења или другог акта. Рок за подношење приговора, односно захтева за преиспитивање донете одлуке је преклузиван, што значи да пропуштањем овог рока запослени губи право на остваривање судске заштите, а тиме и могућност остваривања права на заштиту пред инспекцијским органима. Осим тога, пропуштање рока за приговор има за последицу и коначност донете одлуке.
Директор је дужан да у року од 15 дана, од дана подношења приговора, о њему одлучи, односно да преиспита своју одлуку. У случају када је приговор недозвољен или неблаговремен – приговор се одбацује. Ако директор установе у утврђеном року не одлучи о поднетом приговору, односно ако запослени није задовољан одлуком донетом у поступку преиспитивања, запослени има право да се обрати надлежном суду у року од 15 дана.

### 2. Заштита права запосленог преко синдиката

Полазећи од места и улоге синдиката, као професионалне и струковне организације радника и у зависности од повређеног права и начина његове заштите, улога синдиката може се различито испољавати. Прво, позитивни прописи предвиђају учешће синдиката у поступку доношења програма о увођењу технолошких, економских и организационих промена, као и програма остваривања права запослених за чијим радом је престала потреба. Друго, синдикат има одређену улогу и у поступку доношења одлуке о исплати минималне зараде. Треће, синдикат учествује у раду арбитраже за индивидуалне радне спорове.

### 3. Заштита права у поступку инспекцијског надзора

Ради заштите права из радног односа, запослени се могу обратити инспекцији рада, у складу са надлежностима и овлашћењима ове инспекције утврђене Законом о раду.

Према члану 271. став 1. Закона о раду, ако инспектор рада нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог, а запослени је повео радни спор, на захтев запосленог одложиће својим решењем извршење тог решења – до доношења правоснажне одлуке суда. Решење о одлагању извршења коначне одлуке директора о праву, обавези или одговорности запосленог доноси се под условом:

- да је том одлуком очигледно повређено право запосленог;
- да је запослени против те одлуке повео радни спор;
- да је поднет захтев за одлагање извршења.

Жалба против решења инспектора рада о одлагању извршења одлуке послодавца нема суспензивно дејство, што значи да је директор установе дужан да изврши првостепено решење инспектора рада.

### 4. Судска заштита права запосленог

Спорови из радног односа спадају у надлежност општинских (основних) судова. Према Закону о уређењу судова[1], општински суд у првом степену поред осталог суди у споровима поводом: заснивања, постојања и престанка радног односа; права, обавеза и одговорности из радног односа; накнаде штете коју радник претрпи на раду или у вези са радом. Стварна надлежност општинских судова проистиче из чињенице да горе наведени спорови нису стављени у надлежност окружних или привредних судова.[2]

На спорове који настају у парницама из радног односа примењује се посебни парнични поступак. За ову врсту парничног поступка карактеристична су два обележја. Прво, суд је дужан да посебну пажњу посвети хитном решавању радних спорова, а нарочито при одређивању рокова и рочишта. Судски рок у овим парницама мора да буде краћи од рока који би у истој процесној ситуацији био одређен у парници за коју није прописана хитност. Такође, приликом заказивања рочишта суд треба да настоји да размак до следећег рочишта буде краћи него у парници која тече по правилима општег парничног поступка. Рок за подношење жалбе против пресуде, односно решења, износи осам дана, а рок за подношење одговора на жалбу је три дана.

Друго, специфичност ове врсте парничног поступка односи се на предмет спора. Тужилац тражи да одлука послодавца буде отклоњена и у већини спорова у којима се то тражење усваја суд изриче поништај или укидање одлуке (касаторна функција). Као незаконита, одлука се поништава ако је суд нашао да она има недостатке који се не могу отклонити, тако да нема места

[1] „Службени гласник РС”, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003.
[2] Б. Познић, В. Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 1999, стр. 382.

поновном одлучивању послодавца. Супротно томе, до укидања одлуке долази у спору у коме се недостаци могу отклонити, што значи да је ствар таква да послодавац треба да поново донесе решење. Одлучивање о законитости решења послодавца представља битно обележје парничног поступка у споровима из радних односа.[3] Уређење овог посебног поступка блиско је уређењу поступка у управним споровима.

Од наведених правила одступа се у споровима у којима запослени ставља захтев за осуду на чинидбу коју је послодавац у претходном поступку одбио да испуни. У таквим случајевима суд одлучује као и у парници која тече по правилима општег поступка (тзв. спорови пуне јурисдикције). Пресудом којом се такав захтев усваја, решење послодавца се не поништава нити укида.

Наступањем правоснажности пресуде оно губи важност по сили закона. Радни спор се покреће тужбом, као и свака друга парница. Судска заштита, по правилу није условљена претходном интерном заштитом.[4] Тужба се подноси првостепеном суду који је месно надлежан да решава радне спорове. Према члану 59 Закона о парничном поступку[5], ако је у спору из радног односа тужилац запослени, за суђење је надлежан, поред суда који је опште месно надлежан за туженог, и суд на чијем се подручју рад обавља или се обављао.

Као подносилац тужбе може се појавити запослени, или синдикат ако га запослени овласти. Овде треба приметити да се не ради о пуномоћју у смислу члана 85. став. 1. Закона о парничном поступку, јер пуномоћник може бити само физичко лице, а синдикат то није. Отуда запослени може овластити синдикат, као правно лице, налогом из члана 749. Закона о облигационом односима, да би потом у смислу члана 753. став 2. истог закона, синдикат парничним пуномоћјем овластио одређено физичко лице да покрене и води радни спор за рачун запосленог. [6]

Садржина тужбе у радном спору одређена је, као и у свакој другој парници, чланом 187. Закона о парничном поступку. Према одредбама овог члана тужба треба да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, као и друге податке које мора имати сваки поднесак. У ситуацији да надлежност, састав суда или право на изјављивање ревизије зависи од вредности предмета спора, а предмет тужбеног захтева није новчани износ, тужилац је дужан да у тужби назначи вредност предмета спора. Суд ће поступити по тужби и када тужилац није навео правни основ

[3] Б. Познић, В. Водинелић, нав. дело, стр. 383.
[4] Б. Чолић, Законска овлашћења директора и заштита права запослених од стране органа управе, судова и други облици заштите, Часопис за радно и социјално право, Београд, бр. 1-3-/2002, стр. 104.
[5] „Службени гласник РС", бр. 125/04.
[6] З. Ивошевић, М. Ивошевић, Коментат закона о раду, Београд, 2003, стр. 124.

тужбеног захтева, а уколико је тужилац навео правни основ, суд није везан за њега.

Тужба треба да има: захтев, чињенице на којима се тај захтев заснива и доказе на основу којих се те чињенице доказују.

Захтев може да се односи на утврђивање неког права или правног односа и тада се подноси декларативна тужба којом се тражи утврђивање постојећег стања, на пример права на годишњи одмор, заштиту на раду и сл. Поред овога, захтев може да се односи и на осуду на новчану или неновчану чинидбу, и тада се ради о кондемнаторној тужби, или захтев може да се односи на промену постојећег стања, када се подноси конститутивна тужба, познатија као тужба за поништај. У свим овим случајевима могућно је и комбиновање захтева.

Тужба и прилози се морају доставити у довољном броју примерака за суд и супротну страну.[7]

Такође, уколико је тужба неразумљива или не садржи све што је потребно да би се по њој поступало, суд ће подносиоца тужбе поучити и помоћи му да поднесак исправи, односно допуни, и у ту сврху може га позвати у суд или му вратити поднесак ради исправке. У том случају суд ће одредити рок за поновно подношење тужбе. Сматраће се да је тужба повучена ако не буде враћена суду у одређеном року, а ако буде враћена без исправке, односно допуне, одбациће се.[8]

Према одредбама чл. 195. став 2. Закона о раду Републике Србије[9], запослени има право да покрене спор пред надлежним судом у року од 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. Почетак рока за судску заштиту одређује се алтернативно и везује се за два различита догађаја: сазнање за повреду права, односно достављање решења послодавца. У првом случају, сазнање за повреду права представља моменат када је запослени сазнао да му је неко право ускраћено, ограничено, сужено или на други начин нарушено. У овом случају, рок почиње да тече првог наредног дана од сазнања, а истиче протеком деведесетог дана. Проблем често настаје због неодређености овог рока, јер врло често дан сазнања за повреду права није лако одредити, па га стога треба везати за пуну извесност, када је запослени сигуран да му је неко право повређено. У другом случају, дан достављања решења поистовећује се са правилима о достављању.

Рок за покретање радног спора је преклузиван рок материјалног права. То значи да овај рок истиче последњег дана без обзира да ли он пада у недељу или неки други нерадни дан и да се не може продужавати. Његово пропуштање води губитку права на судску заштиту. У том случају суд

[7] Видети члан 101. Закона о парничном поступку.
[8] Видети члан 103. Закона о парничном поступку.
[9] „Службени гласник РС”, бр. 25/2005.

одбацује тужбу као неблаговремену у складу са чланом 279. ст. 1. тач 2. Закона о парничном поступку.

Ако тужба у законском року, омашком или у незнању буде поднета ненадлежном суду, сматраће се благовременом и када надлежном суду стигне после истека тог рока.

У члану 195. ст. 3. Закона о раду, прописано је да се радни спор мора правоснажно окончати у року од шест месеци од дана његовог покретања. Као што је познато пресуда постаје правоснажна када се више не може побијати жалбом. То је у случају да је рок за подношење жалбе истекао, или да је жалба поднета, па је донета другостепена пресуда којом се одлука донета у првом степену потврђује или преиначава. Није сасвим јасно зашто је ова одредба и даље задржана у тексту Закона о раду када је и ранија пракса показала да се њена садржина не може испоштовати нити остварити у постојећем тренутку.

Пресудом се мериторно окончава радни спор. Карактер пресуде зависи од карактера тужбеног захтева. Тако, уколико је била поднета конститутивна тужба, суд може донети само конститутивну пресуду којом поништава појединачни акт послодавца, који је и био предмет тужбеног захтева.

Поред ове пресуде, постоје још и кондемнаторна и декларативна пресуда. Кондемнаторном пресудом се послодавцу налаже извршење неке новчане или неновчане обавезе. Ово је и најчешћа врста пресуде која је једино подобна за принудно извршење. У том смислу ће се применити и рокови предвиђени Законом о парничном поступку о којима је раније било речи. Декларативном пресудом се само утврђује постојање неког права или правног односа.

### 5. Арбитража за решавање индивидуалних радних спорова

Арбитража за индивидуалне радне спорове предвиђа се у циљу бржег решавања радних спорова између радника и послодавца поводом индивидуалних права радника.[10] Ова арбитража се нарочито примењује у земљама где радне спорове решавају судови опште надлежности (Сједињене Америчке Државе, Холандија, Државна заједница Србије и Црне Горе). У Сједињеним Америчким Државама 1786. године, Привредна Комора државе Ну Јорк оформила је арбитражни трибунал који је био задужен за решавање спорова насталих поводом плата помораца[11]. У том периоду и многа законодавства појединих америчких држава су признавала арбитражу за индивидуалне радне спорове. Историја је показала да је ова арбитража

[10] Б. Лубарда, Лексикон индустријских односа, Београд, 1997, стр. 16.
[11] D. Nolan, "Labour and Employment Arbitration", West group, 1998. стр. 4.

најтешње повезана са судбином синдиката. Чланство у синдикатима у Сједињеним Америчким државама опада полако од 1975. године. Данас је у САД донет Кодекс професионалне одговорности од стране Америчког удружења арбитара (ААА), Националне академије арбитара и Федералне службе за мирење и посредовање (FMCS).[12] Америчко арбитражно удружење (ААА) је непрофитна организација, која има своје регионалне службе и своју листу арбитара. Арбитри се бирају на основу пријава које подносе удружењу, са подацима о професионалним квалификацијама, искуству и другим чињеницама које их чине прихватљивим за неутрална лица[13].

Статистика је показала да се у 95% случајева у Сједињеним Америчким Државама предвиђа решавање индивидуалних радних спорова од стране арбитраже, јер се на тај начин избегавају последице дуготрајности судског поступка.

У Државној заједници Србије и Црне Горе, арбитража се користи као метод за решавање како индивидуалних, тако и колективних радних спорова. У новом Закону о раду Републике Србије, у члану 194, предвиђа се да је рок за покретање поступка пред арбитражом три дана од дана достављања решења запосленом. Арбитар је дужан да донесе одлуку у року од 10 дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорних питања. За време трајања поступка пред арбитром због отказа уговора о раду, запосленом мирује радни однос. Одлука арбитра је коначна и обавезује послодавца и запосленог.

Закон о мирном решавању радних спорова, са друге стране, у члану 3 прописује да се индивидуалним радним спором сматра спор поводом отказа уговора о раду и исплате минималне зараде. Из овог произилази да се индивидуални радни спорови, настали поводом других разлога решавају по одредбама грађанског процесног права, чиме су знатно сужене могућности за примену овог закона у тим случајевима.

На овом месту указали бисмо и на проблем са евентуалним тумачењем и применом члана 38 истог Закона који се односи на избор миритеља и арбитара. Наиме, члан 38 став 4 предвиђа да је један од услова да би неко лице могло да буде изабрано за арбитра – да је достојно те дужности. Упозоравамо да би овакве одредбе које укључују правне стандарде требало приликом нормирања заобилазити, а нарочито у овом случају када се услов "достојности" може врло лако свести на политичку подобност.

Предлажемо да се приликом избора миритеља и арбитара води рачуна о равномерној заступљености свих делова Републике Србије.

---

[12] Р. Брковић, Б. Урдаревић, Радна арбитража, Часопис за радно и социјално право, Београд, бр. 4-6/2002, стр. 57.
[13] Б. Лубарда, нав. дело, стр. 96.

## II Решавање вишкова запослених према закону о раду

Радни однос може престати на иницијативу послодавца (отказ од стране послодавца) из две групе разлога, једни су на страни запосленог, други на страни послодавца.

Разлози за престанак радног односа на страни запосленог везани су за радну способност и понашање запосленог, а разлог за престанак радног односа на страни послодавца су његове потребе (технолошке, економске или организационе промене због којих престаје потреба за обављање одређеног посла). У овом другом случају ради се о вишку запослених.

Разлози за отказ уговора о раду запосленом од стране послодавца утврђени су у члану 179. ст. 1 тач. 1 до 9, где се последња тачка овог члана односи на вишак запослених. Иначе, одредбе о вишку запослених (члан 153 до 160 Закона о раду) са разлогом су систематизоване у глави XI Закона о раду.

На овом месту треба напоменути да конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године, утврђује међународне норме о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Ова конвенција не дефинише врсте разлога за престанак радног односа на страни запосленог, какво решење налазимо у Закону о раду, већ се ограничава на захтев ваљаног разлога везаног за способности или понашање радника. Одредбама конвенције успостављају се и одговарајући заштитни механизми против неоправданог престанка радног односа из разлога на страни запосленог и из разлога на страни послодавца, а постоје и додатне одредбе у вези са престанком радног односа због економских, технолошких, структуралних и сличних разлога.

За разлику од претходног Закона о раду, који је предвиђао да се програм решавања вишкова запослених доноси само у случају ако предузеће има више од 50 запослених, нови Закон о раду је више у складу са одредбама конвенције бр. 158.

Закон прописује у члану 153. ст. 1. да је послодавац дужан да донесе програм решавања вишка запослених, ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потреба за радом запослених на неодређено време, и то за најмање:

1. 10 запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време;
2. 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време;
3. 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време.

Послодавац, наиме, може дати отказ уговора о раду запосленом због престанка потребе за обављањем одређеног посла услед технолошких, економских или организационих промена, само ако не може да му обезбеди обављање других послова, односно да га оспособи за рад на другим пословима, али га сада ти услови обавезују само ако има више од 20 запослених у радном односу на неодређено време или ако утврди да ће доћи до престанка потреба за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана.

Закон о раду, у члану 154. пружа више заштите за запосленог од Конвенције бр. 158, јер прописује обавезу послодавца да пре доношења програма, а у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених.

Закон о изменама и допунама Закона о раду (Сл гласник РС бр. 61/2005) у члану 7. врши измену члана 158. на тај начин што прописује да је послодавац дужан да пре отказа уговора о раду у смислу члана 179. тачка 9. овог закона, запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду. Отпремнина из става 1. не може бити нижа од збира једне трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих 10 година проведених у радном односу и једне четвртине зараде запосленог за сваку наредну навршену годину рада у радном односу за преко 10 година проведених у радном односу.

Послодавац је дужан да предлог програма достави синдикату најкасније у року од 8 дана од дана утврђивања предлога, а синдикат има обавезу да достави своје мишљење у року од 15 дана од дана достављања предлога програма. Као што се види, одредбама Закона о раду рокови су краћи у циљу ефикасније реализације вишкова запослених.

Послодавац је дужан да уколико услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла, или се смањи обим посла, запосленом пре отказа уговора о раду исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду. Отпремнина не може бити нижа од трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу. Предложеним изменама и допунама Закона о раду, послодавац би био дужан да исплати отпремнину запосленом која не може бити нижа од трећине зараде запосленог за првих 10 година рада проведених у радном односу и четвртине зараде за преко 10 година проведених у радном односу. Овим би дошло да значајног смањења износа отпремнине у односу на важеће решење.

*
* *

Говорећи о заштити запосленог у случају престанка радног односа због престанка потребе за обављање одређеног посла услед технолошких, економских или организационих промена, треба имати у виду два питања: прво, питање утврђивања да ли је до престанка радног односа стварно дошло из разлога престанка потребе за обављање одређеног посла и друго, у којој мери је надлежни орган овлашћен да одлучује да ли су разлози на којима послодавац заснива отказ уговора о раду довољни да "оправдају" тај престанак радног односа. У оба случаја текст Конвенције бр. 158. упућује на национално законодавство, наводећи да ако примена одредаба ове конвенције није обезбеђена путем колективних уговора, арбитражних одлука или судских пресуда, она ће се обезбедити путем закона или прописа. Ово значи да би национални судови требало да имају овлашћење да у сваком конкретном случају испитају разлоге који су довели до престанка радног односа, а не да само утврђују законитост појединих одлука као што је случај у нашој правној регулативи.

Дакле, можемо констатовати да су решења која прописује Закон о раду о престанку радног односа запосленог због престанка потребе за његовим радом, сагласна са одредбама Конвенције МОР-а бр. 158. о престанку радног односа на иницијативу послодавца, као и да обим заштите запосленог у Закону о раду превазилази ниво заштите који ова Конвенција обезбеђује запосленом.

*Radoje Brkovic, a full-time professor*

## THE PROTECTION OF THE EMPLOYEES' INDIVIDUAL RIGHTS AND SOLVING THE PROBLEM OF MANPOWER SURPLUS ACCORDING TO THE LABOR LAW

When discussing the protection of an employee's rights in the case of termination of his job position due to technological, economic or organizational changes, we have to bear in mind two questions: first, the question of determining whether the employment was really terminated as a result of the fact that there was no longer need for that particular job position and second, to what extent is the relevant body authorized to decide whether the reasons stated as the ground for the employer's dismissal are enough to "justify" the termination of the employment. In both cases, the text of Convention no. 158 leads us to apply the national legislation stating that if the application of the regulations given in this Convention is not secured through collective agreements, arbitrary decisions or court orders, it will be obtain through laws and regulations. This means that national courts should be authorized to question the reasons that led to the termination of employment and not only to question the validity and legitimacy of certain decisions.

Therefore, we can state that the solutions found in our Labor Law which relate to the termination of the employment due to the fact that there is no long need for that job position are compliance with the Convention no. 152 and that our Labor Law even exceeds this Convention in the field of the protection of the employee's individual rights.

*Др Драган Батавељић,*
*ванредни професор*

***UDK**: 342.854(497.11+497.16)*

# БИРАЧКО ПРАВО У УСТАВИМА БИВШИХ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ ЗЕМАЉА И У УСТАВНОЈ ПОВЕЉИ ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

Право грађанина да бира и буде биран у органе који доносе политичке одлуке је најочигледније демократско право. Од политичких права у ужем смислу, Европска конвенција (члан 3. Првог протокола) помиње само изборно право.

Међутим, поред основног права сваког грађанина да бира и да буде биран, тј. да гласа и да се кандидује, сами избори, при чему се мисли на изборе свих нивоа (од локалних до општих), морају да буду такви да омогуће стварно изражавање воље грађана и њено поштовање на основу изборних резултата. Наиме, притом се мисли на то да избори морају бити, пре свега, поштени, што не значи да само морају имати исправну форму, него, првенствено, да пружају бирачима стварне алтернативе. Поред тога, избори морају да буду периодични, што значи да треба да се понављају у унапред одређеним размацима. Сама држава слободно одређује ове размаке, с тим што они не смеју да буду превише дуги. Такође, избори морају да буду засновани на општем и равноправном праву гласа. И, коначно, избори морају да буду тајни, што значи да морају постојати гарантије да нико не може сазнати како је бирач гласао. Многе елементе изборног система државе могу да самостално одређују, као што су, на пример, питања хоће ли се примењивати пропорционални или већински систем, да ли ће се избор вршити на посредан или непосредан начин и слично.

Избори су прворазредни политички, друштвени и медијски догађаји у свакој држави. Њихов значај се, такође, утврђује и по томе, што се према одређеним изборним принципима и оствареним резултатима и њиховој примени, мери демократија и остваривање грађанских и политичких права и слобода.

Непосредно, слободно и једнако право гласа представљају тековине вековних политичких и класних борби. У периоду комунистичке владавине и реалсоцијализма, тј. у периоду владавине једне партије, имали смо, као једну од тековина борбе комунистичке партије за освајање власти, непосредно једнако право гласа. Међутим, нисмо имали и слободно право гласа, јер је

постојао политички монизам. Управо је одсуство политичког плурализма свело изборно право на плебисцитарно гласање. Тиме је био одузет смисао изборном праву, а избори су били само чин ритуалног гласања (ту се само гласало, али се није и бирало). Због тога, установљавањем вишепартијског политичког система, изборно право добија другачију уставну и законску димензију.

## 1. Државна заједница Србија и Црна Гора

Грађани државне заједнице Србија и Црна Гора имају право да учествују у одлучивању о јавним пословима, било непосредно или преко представника, слободно изабраних тајним гласањем, на општим и периодичним изборима.

Грађанин државне заједнице Србија и Црна Гора који је навршио 18 година живота има право да бира и да буде биран у органе локалне самоуправе, државне органе државе чланице и институције државне заједнице, у складу са Уставном повељом и законима држава чланица. Изборно право је опште и једнако, а гласање је тајно.

Када је реч о основним изворима Уставног права у државној заједници Србија и Црна Гора, материји људских слобода и права посвећен је и посебан уставни документ – Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама и тај документ има исту правну снагу као и Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора. Ипак, и у Уставној повељи, мада нема шире разраде, материја људских слобода и права није потпуно изостала. Управо зато, поново подсећамо да се међу циљевима државне заједнице Србија и Црна Гора, налази и: "... поштовање људских права свих лица у њеној надлежности; унапређење људског достојанства, равноправности и владавине права..." [1].

Поред овога, читава, додуше врло кратка, гл. II Уставне повеље је непосредно посвећена слободама и правима човека. Зато је неопходно поновити још једанпут њену садржину. Ту је, пре свега, већ поменути карактер Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, као и начин њеног доношења. Велики значај за положај човека и грађанина има чл. 9. Уставне повеље. У њему се утврђује да државе чланице "уређују, обезбеђују и штите људска и мањинска права и грађанске слободе на својој територији". – Имајући у виду употребљену терминологију ("уређује, обезбеђује и штити"), то би морало да значи да се све функције власти, тј. и легислативна [2] и егзекутивна [3] и јудикатура учествују у том процесу.

[1] Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, чл. 3.

[2] У нашој, сада већ традиционалној, номолексици израз "уређује" је означавао читаву нормативну власт.

[3] Израз "обезбеђује" је означавао читаву извршну функцију, тј. како непосредно извршење, тако и старање о извршењу и обезбеђење финансијских и других средстава за извршење.

Но, поред овакво изричитог става према коме државна заједница Србија и Црна Гора, заправо, читаву материју утврђивања и остваривања људских слобода и права лоцира у компетенцију држава чланица, ствари ипак не стоје тако. Зато треба посебно подвући оно што је и даље компетенција државне заједнице Србија и Црна Гора.

Основно уређивање материје слобода и права човека је, ипак, већ извршено усвајањем Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, као интегралном делу Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора. При томе, овде не заборављамо одлучујућу улогу држава чланица у доношењу Уставне повеље, али, ипак, стојимо на становишту да нема сумње да је део, и то основни и одређујући, уређивања ове материје, компетенција државне заједнице Србија и Црна Гора. – Како ће коначно и комплетно уређивање ове материје изгледати, треба сачекати предвиђене промене правног система у целини, а ради остварења усклађивања са Уставном повељом. Али, и без тога, извесно је да компетенције државне заједнице Србија и Црна Гора нису нестале ни из уређивања материје људских слобода и права.

Није малог значаја овде подвући још једну гаранцију коју садржи Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора. Према ст. 2. чл. 9. "достигнути ниво људских и мањинских права, индивидуалних и колективних, и грађанских слобода не може се смањивати". Нема сумње да је цитирани текст врло значајан, али је извесно да он отвара и већи број питања од којих су само нека разрешена већ самом Уставном повељом. Тако је чл. 46. Уставне повеље, поред осталога, утврђено да Суд Србије и Црне Горе има у својој надлежности одлучивање о сагласности устава држава чланица, као и њихових закона са Уставном повељом. Нема сумње да ће, при томе, један од одлучујућих критеријума морати да буде и поштовање изричите цитиране одредбе Уставне повеље о забрани умањивања слобода и права човека. Само, то се не односи искључиво на легислативу, него још више на егзекутиву и јудикатуру.

Да је предвиђена одређена ингеренција државне заједнице у егзекутиви у овој области, сведочи ст. 3. чл. 9. Уставне повеље, у коме се, најпре, истиче право и дужност државне заједнице Србија и Црна Гора да прати остваривање људских и мањинских права и грађанских слобода. Та чињеница је на организациони начин изражена и у постојању Министарства за људска и мањинска права у саставу Савета министара државне заједнице Србија и Црна Гора.

Најзад, у овом прегледу треба споменути и проблем заштите људских и мањинских права и грађанских слобода. И то је предвиђено као посебно право и дужност државне заједнице Србија и Црна Гора, у већ, више пута, поменутом ст. 3. чл. 9. Уставне повеље. Према тој одредби, државна заједница Србија и Црна Гора обезбеђује заштиту тих права и слобода у случајевима када та заштита није обезбеђена у државама чланицама.

Од све већег значаја за установљавање, примену и заштиту људских слобода и права је и чл. 10. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна

Гора. Ова одредба установљава директну примену важећих међународних уговора. По томе како је ова одредба формулисана, јасно је да се то не односи само на област људских слобода и права, већ и на све остале области правног система. – Мада тиме није непосредно признат примат међународног права у односу на унутрашње право, у целини и уопште, извесно је да је тиме направљен значајан корак у том смеру. Тиме је само настављено кретање које је било назначено још у Уставу СРЈ, а нашта је указано раније.

Уосталом, сваку недоумицу у том погледу отклања чл. 7. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Ту је изричито прописано да се поред људских и мањинских права зајемчених међународним уговорима, у државној заједници Србија и Црна Гора непосредно примењују и људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права.

Већ сам текст Уставне повеље отклања још једну од тачака расправе, истичући да се обезбеђују и штите људска и мањинска права и грађанске слободе. Према, до сада, владајућем схватању, категорија људских права обухвата, тј. односи се на права сваког човека који се налази на територији државне заједнице Србија и Црна Гора, а не само грађана те државне заједнице, односно држава чланица.

Мада је преовлађујућа тенденција да се што већи број права сматра општељудским, ипак није нестала потпуно ни разлика у погледу третирања грађана. При томе, према традиционалној терминолошкој разлици, појам грађанин је ограничен на домаће држављане. Већ у наслову Повеље употребљена су оба појма, при чему, по нашем мишљењу, стилски лоше, па је отуда и недовољно прецизно појам права везан за све људе, а појам слободе само за грађане. Међутим, анализа појединих чланова Повеље показаће да је број грађанских права и слобода у ужем традиционалном смислу врло мали у односу на општељудска права.

Наслов Повеље, што је у нашој уставној историји, истиче посебно права мањина. Додуше, из разраде у тексту Повеље види се да је реч само о националним мањинама. Међутим, познато је да у савременом друштву појам мањине није ограничен само на национални план, па ће, вероватно, будући развој и код нас довести до постављања мањинског питања и на другој основи.

Најзад, мада то свакако није и по значају последње, треба забележити инсистирање, како Уставне повеље, тако и Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, на томе да се морају зајемчити и заштитити, како индивидуална, тако и колективна права и слободе. Нема сумње да је у том погледу овим документима остварен, бар нормативни, напредак у односу на претходну уставност.

При разматрању ове материје морају се имати на уму још неке, по нашем уверењу, значајне чињенице. – Време у коме се доносе и ступају на снагу ови уставни акти је, по својим битним својствима, специфично. Општеприхваћени термин транзиција за означавање овог периода изражава уверење да се ради о

прелазном стању. Али, како смо већ нагласили, много је мање сагласности о томе шта се све у том прелазном стању мења, а и циљ промена се означава категоријама високог степена апстракције. Ова, и друга општа филозофска, питања нису у ужем смислу предмет Уставног права, али нема сумње да представљају детерминанту његовог значења.

У нашој државној заједници је стање друштва оптерећено тешким оштећењима која су изазвали вишегодишњи ратови, па је посебно погођена економија земље. Захвати који се у том погледу предузимају, још не дају очекиване и обећане резултате. Такви услови актуелизирају увек постојећу разлику између нормативног и стварног и, нарочито у области људских слобода и права, често је претварају у сукоб. Управо због тога пада у очи да је у Повељи о људским и мањинским правима и грађанским слободама нешто мањи број социјално – економских права, него класичних личних и политичких.

У овом тренутку је тешко, са сигурношћу, предвиђати како и колико ће уставност држава чланица обухватити материју људских слобода и права. Ранија пракса је била различита. Тако је у доста случајева било "преношења", тачније преписивања одговарајућих одредаба савезног, односно централног устава у уставе држава чланица. То се, најчешће, оправдавало захтевом да устави држава чланица без тога не би деловали као комплетни уставни документи. То је, наизглед, деловало као логично оправдање. Међутим, то правно, по нашем уверењу, никада није било оправдано и посебне проблеме је стварало у реализацији уставно-судске контроле права.

Тзв. "преношењем" норми из докумената уставности државне заједнице у уставност држава чланица мења се њихова правна снага. У овом случају се не могу избећи одређени проблеми у уставно-судској контроли права. Позивање на политичке разлоге – према коме то "преношење" означава добровољан пристанак државе чланице на норму више правне снаге, је правно неодрживо. Зато би једино рационално и правно беспрекорно решење било обухватање специфичних слобода и права, карактеристичних за ту државу чланицу, и евентуална разрада оних слобода и права која су већ прихваћена у уставности државне заједнице.

## 2. СР Југославија

Основним одредбама Устава СРЈ било је утврђено да "грађани врше власт непосредно и преко слободно изабраних представника",[4] тј. грађани на тај начин остварују суверенитет. По Уставу СРЈ, управо је изборни систем главни институционализовани пут и облик кроз који грађани утичу на конституисање и вршење власти.

[4] Устав СРЈ, члан 8.

Када је реч о изборном систему, онда се мора напоменути да је Уставом СРЈ уређен само изборни систем за савезне органе, тј. за Савезну скупштину. Избор и престанак мандата савезних посланика у Већу грађана и Већу република Савезне скупштине уређује се савезним законом.

Устав СРЈ у свом чл. 34. утврђује да сваки југословенски држављанин има право да бира и да буде биран у све *државне орīане*. Исто тако, по члану 77. Устава СРЈ само "Савезна Република Југославија, преко својих органа, утврђује политику, доноси и извршава савезне законе, друге прописе и опште акте, обезбеђује уставно-судску и судску заштиту. Из те формулације логично проистиче закључак да је уређивање, као и остваривање, бирачког права за све државне органе искључива надлежност федерације. У постављању уставних оквира за изборни систем дошло је до значајних празнина и превида.

Бирачко право [5] може имати своју пуну политичку садржину у савременим условима само уз постојање партијског плурализма. Инсистирање на томе да се на изборима бирају личности, нарочито када је реч о општим изборима, има само врло ограничену вредност. На изборима се, пре свега, бирају политичке опције, а стварни избор личности се премешта у фазу кандидовања и данас се свугде налази у рукама организованих политичких група, најчешће политичких партија.

Према самој уставној формулацији, бирачко право је опште, тј. имају га сви грађани који су навршили 18 година, уз забрану сваке дискриминације по националној припадности, раси, полу, језику, вери, политичком или другом уверењу, образовању, социјалном пореклу, имовинском стању или другом личном својству.[6] Та општост је у складу с највишим светским стандардима у погледу конституисања и остваривања тог права, а дозвољени изузеци од ње Уставом се изричито не помињу (што је, иначе, пракса у неким другим уставима).[7]

Бирачко право је, иако самом уставном формулацијом није посебно наглашено, једнако за све грађане, тј. сваки грађанин има, под истим условима, подједнако вредан глас. Једнакост бирачког права, такође, проистиче из једнакости свих пред законом,[8] а остварује се кроз целину изборног система.

Бирачко право је непосредно, а то значи да се оно мора остварити лично и да се не може на другога преносити. По Уставу СРЈ и Амандману III (донетом и проглашеном на текст овог Устава 06. јула 2000. године), избори за Савезну скупштину су непосредни. Серијом уставних амандмана, имајући у виду

[5] О овоме видети, Пајванчић, М.: Изборно право, GRAPHICA ACADEMICA, Нови Сад, 1999.
[6] Устав СРЈ, члан 20.
[7] Међутим, по ономе што се шире примењује, могу се ограничити или на случајеве у којима се судском пресудом, због учињених тешких кривичних дела, изриче и казна лишавања слободе и казна лишавања бирачког права, или, опет, на основу одлуке државног органа, у случајевима неспособности због посебних психичких обољења.
[8] Устав СРЈ, члан 20. став 2.

њихову садржину. Из основа је промењен начин избора готово свих савезних органа (не само председника Републике, него и Савезне скупштине и Савезне владе), чиме је, практично, установљен нови уставни систем СР Југославије.

Милошевићев "удар" је извршен по невероватно скраћеној уставној процедури, а Амандмани II-IX донети су готово у тајности, због чега државни органи Црне Горе нису признали ни легалност, ни легитимност наведеним уставним амандманима, тј. извршеној промени Устава СР Југославије, јер у томе нису били ни консултовани.

Да би изразило (и потврдило) своју демократску суштину, бирачко право се мора остваривати тајним гласањем (универзално својство бирачког права). Тајност гласања се, технички, остварује на различите начине.

Бирачко право је, дакле право грађана, држављана Савезне Републике Југославије, што аутоматски значи да странци, као и они који су стално настањени у Југославији, не уживају то право. С обзиром да је бирачко право, уствари, овлашћење за субјекта, који га може, али не мора користити, треба посебно нагласити да не постоји дужност коришћења тим правом, тј. учествовања у изборима. Израз који се среће кад је реч о бирачком праву: да је то "грађанска дужност", може бити политички оправдан, али је уставноправно незаснован, тј. изричито је супротан Уставу СРЈ.

По Уставу СРЈ, савезни посланици су се бирали на четири године, и није постојао никакав облик ограничења реизборности.[9] Сам избор и престанак мандата савезних посланика у Већу грађана Савезне скупштине био је уређен савезним законом. По Закону о избору савезних посланика у Веће грађана Савезне скупштине, од 27. априла 1992. године, и Закону о изменама и допунама овог закона од 24. јула 2000. године, принцип је да: "Грађани бирају посланике на вишестраначким изборима тајним гласањем на основу слободног, општег, једнаког и непосредног изборног права."[10]

У основним одредбама, Закон је, поред општег старосног цензуса од 18 година живота, као услов за пасивно бирачко право за избор савезних посланика прописао још и пословну способност, као и обавезу да кандидат има пребивалиште на територији СРЈ. Даље је предвиђено да за активно бирачко право пребивалиште мора бити на територији изборне јединице у којој се гласа, најмање три месеца пре избора. Занимљиво је да се евиденција о бирачима, односно вођење бирачких спискова, у целини уређује републичким прописима, док се избор и престанак мандата савезних посланика у Већу грађана и Већу република Савезне скупштине уређује савезним законом.

Избор савезних посланика у Веће грађана врши се, паралелно, по већинском систему и систему сразмерног представништва. То се врши тако да

[9] Устав СРЈ, члан 81.

[10] Закон о избору савезних посланика у Веће грађана Савезне скупштине, члан 2., "Службени лист СРЈ", број 14/92.

бирачи једну половину посланика бирају по једном, а другу по другом систему. Сразмерно представништво везано је за листе политичких странака. Изборне јединице за већински систем су такве да се у свакој бира по један посланик, док се листе за сразмерно представништво постављају јединствено за читаву републику. Сваки бирач гласа, уствари, посебно и за кандидата истакнутог појединачно у изборној јединици, и за листу истакнуту у републици као целини.

За избор посланика у Веће република према Амандману III гласање се врши под условима и на исти начин као и гласање за посланике Већа грађана. Посланички мандати се расподељују сразмерно броју добијених гласова, а изборна комисија то чини применом технике Д'Онтовог система или система највећег количника. У расподели мандата учествују само изборне листе које су добиле најмање 5% гласова од укупног броја гласова бирача који су гласали у изборној јединици.

Председник СР Југославије је овлашћен да распише изборе за савезне посланике, а ови избори се редовно, морају одржати најкасније 30 дана пре истека мандата посланика из претходног сазива Савезне скупштине. Од расписивања избора до дана њиховог одржавања не може протећи више од 90 ни мање од 30 дана, што све мора да буде прецизно одређено актом о расписивању избора, који се објављује у "Службеном листу СРЈ".

Органи за спровођење избора су изборне комисије и бирачки одбори. Изборне комисије се именују на четири године, а бирачки одбори посебно, за сваке изборе. Њихов рад је јаван. Изборне комисије формирају се на савезном и републичком нивоу и на нивоу изборне јединице. Састав Савезне изборне комисије је прецизно утврђен законом, а председник и његов заменик се именују из реда судија Савезног суда, од стране Савезне скупштине.[11] Законом је, такође, одређена и надлежност Савезне изборне комисије која обухвата све претежно организационо-техничке и административне радње потребне за законито спровођење избора и за утврђивање изборних резултата. Због тога је улога ове Комисије веома значајна приликом спровођења избора и евентуалних изборних крађа.

По Закону о избору савезних посланика у Веће грађана и Веће република Савезне скупштине, кандидате могу предложити једна или више политичких странака заједно, које за то прикупе потписе најмање 100 бирача. Право предлагања кандидата има и група бирача, којих такође мора бити најмање 100. Један бирач може потписати кандидатуру само једног кандидата. Кандидат се може кандидовати само у једној изборној јединици и мора писмено прихватити кандидатуру.

[11] Тако је поступљено 27. априла 1992. године. Чланови Савезне изборне комисије су и представници политичких странака које су предложиле кандидате у више од 2/3 изборних јединица у републици. Занимљиво је да се ту позива на члан 18. Закона, у којем такве изричите надлежности за Савезну скупштину нема.

Своју листу кандидата за избор савезних посланика могле су предложити политичке странке које су регистроване у Савезној Републици Југославији. Те странке су морале имати своје кандидате у најмање пет изборних јединица, а предлог мора потписати најмање 500 бирача. Две или више политичких странака, такође, могу да предложе заједничку листу, а сви остали захтеви у погледу потписника и кандидата су исти као и код кандидовања савезних посланика који се бирају на основу већинског система.

По закону, на једним изборима сваки бирач гласа само једанпут за појединачног кандидата, и на једном месту. Гласање се врши на бирачким местима. То су обично просторије јавних установа или предузећа, на којима морају бити обезбеђени услови за тајно гласање. На бирачким местима и у кругу од најмање 50 метара, забрањено је истицање пропагандног материјала, укључујући ту и страначке симболе.

Амандманом III на Устав СРЈ од 06. јула 2000. године значајно је промењен положај Већа република у коме су представљене чланице СР Југославије са по 20 савезних посланика. Њихов избор и престанак мандата раније су уређивале републике чланице својим законима, предвиђајући и могућност њиховог опозива, док је новим решењима предвиђено да се ови посланици сада бирају на непосредним изборима и да се њихов избор и престанак мандата уређују савезним законом. Сада се сви савезни посланици значи, и у Већу република и у Већу грађана, опредељују и гласају по сопственом уверењу и не могу бити опозвани.[12]

О предлогу се коначно одлучивало тајним гласањем посланика, а сматра се да је предлог усвојен ако је за њега гласало 2/3 од укупног броја посланика. Такав поступак не само да опозив чини изузетно тешким, него га, у великој мери, приближава специфичном *impeachment*-у, дакле, институцији сасвим различитој од опозива.

У изборни систем за Савезну скупштину спадали су још и институт заштите бирачког права, трошкови избора, престанак мандата, допунски и поновни избори, и казнене одредбе.

У погледу заштите бирачког права, значајно је да је у Закону о избору савезних посланика у Веће грађана Савезне скупштине постојало доста широко постављено право на подношење приговора због неправилности у изборима. То право имао је сваки бирач, кандидат и предлагач кандидата. Приговор се подносио надлежној изборној комисији у року од 24 часа. Решење о приговору

[12] До доношења наведеног Амандмана III посланици Већа република су могли бити опозвани. Међутим, док је опозив по Закону Републике Црне Горе био постављен тако да сам Закон није улазио у разлоге за опозив, тј. он се увек могао десити ако то одлучи Скупштина, у Закону Републике Србије је био наведен и основ, односно случај у којем се то може десити. По једној одредби: "Посланик у Већу република може бити опозван када својим радом у Савезној скупштини повреди Уставом утврђен положај Републике Србије", чл. 24. Закона о избору савезних посланика у Веће република Савезне скупштине.

морало се донети у року од 48 часова. Против решења надлежне изборне комисије жалба се подносила Савезном уставном суду. Уставни суд, уопште, јесте негативни законодавац, али без њега нема ни уставности. Савезни уставни суд одлучивао је "о повреди права у току избора савезних органа."[13] Ту је круг субјеката овлашћених да покрену изборни спор најшири. То су бирачи, кандидати за посланике и подносиоци предлога кандидатуре, као и подносиоци изборних листа. Међутим, ако је повреда права дошла у току избора председника Републике, круг лица којима припада ово право је ужи и обухвата, поред кандидата за председника Републике, још и предлагача кандидата.[14]

## 3. Србија

Бирачко право имају сви грађани Републике Србије који су навршили 18 година живота. То бирачко право је опште, што значи да нико, по било којем основу дискриминације[15] не може бити лишен тога права. Међутим, у Србији се већ неколико година јавља проблем избеглица и расељених лица, од којих многи немају потребну документацију, нису уписани у бирачки списак и др. Оно се остварује непосредним изборима, тј. бирачи непосредно, по правилу, бирају своје представнике у сва представничка тела, а само бирачко право је непреносиво на друго лице. По изричитој одредби Устава, гарантује се тајно гласање. Иначе, Устав не прави разлику између услова за стицање активног[16] и пасивног бирачког права,[17] што значи да се оба стичу под истим условима.

Од осталих елемената изборног система Уставом Републике Србије утврђено је још само то да кандидате за народне посланике могу истицати политичке странке, друге политичке организације и групе грађана.[18] Таквом уставном регулативом сва друга, политички изузетно важна питања остала су да буду подручје законодавне разраде.

Закон о избору народних посланика по којем је изабран први састав Народне скупштине донесен је истог дана[19] кад и Устав Републике Србије. По овом закону, у кандидатуру је уведен принцип униноминалности, тј.

[13] Чл. 124. ст. 1. т. 9. Устава СР Југославије.

[14] Такву ситуацију смо већ, нажалост, имали у вези скандала са изборном крађом 2000–те године. Наиме, Демократска опозиција Србије је поднела приговор Савезној изборној комисији у вези утврђивања и објављивања резултата избора одржаних 24. септембра 2000. године за место председника СР Југославије. Овај приговор је одбијен, што је изазвало масовне протесте грађана широм Србије, а Савезни уставни суд је, решавајући у међувремену по жалби Демократске опозиције, 4. октобра 2000. године поништио део изборног поступка, што је схваћено као покушај поништавања председничких избора и понављања истих од почетка.

[15] Пол, националност, раса, вероисповест, политичко уверење, имовно стање итд.

[16] Право бирача да бира своје представнике.

[17] Право да буде биран.

[18] Устав Републике Србије, чл. 42.

[19] 28. септембра 1990. године.

формирано је онолико изборних јединица колико се посланика бира у састав Народне скупштине.[20]

Принципу униноминалне кандидатуре одговарао је и систем расподеле мандата, који је постављен на принципу већинског система. Тако је изабраним сматран онај кандидат који је добио већину гласова оних бирача који су изашли на изборе. Да би се избори већ у "првом кругу" сматрали пуноважним, односно кандидат који је добио већину од броја бирача који су гласали сматрао изабраним, потребно је да је на гласању учествовала већина свих бирача који су имали бирачко право у тој изборној јединици. Ако се таква већина не добије, тј. било да ниједан од кандидата не добије већину од свих бирача који су изашли на изборе, било да на изборе није изашла већина од броја уписаних бирача, избори се у тој изборној јединици понављају у року од 15 дана.

На поновљеним изборима не тражи се да на гласање изађе већина од броја уписаних бирача, већ се само утврђује који је од кандидата добио већи број гласова. По правилу, у "другом кругу" се јављају она два кандидата који су у "првом кругу" добили највећи број гласова, па се избор врши међу њима.

На првим изборима по Уставу Републике Србије, који су одржани крајем 1990. године, појавио се велики број политичких партија са својим кандидатима.[21] Примена чистог већинског система довела је до тога да партија која је у укупном броју гласова добила релативну већину добије неупоредиво највећи број мандата у Народној скупштини. По основном од тих приговора, већински изборни систем не одговара основним начелима парламентарне демократије, јер не уважава права мањине и не изражава прави однос свих политичких снага и расположења у целини бирачког тела.

После две године Народна скупштина донела је нов закон о избору народних посланика.[22] По том закону, који је и даље на снази, напуштен је већински изборни систем и прихваћена је једна варијанта пропорционалног изборног система чије праве ефекте, међутим, умањује чињеница да се спроводи у 9 изборних јединица, што је било изложено великој критици тадашње опозиције. Наиме, по Закону о изборним јединицама за избор народних посланика у Народну скупштину Републике Србије,[23] територија Републике подељена је на девет изборних јединица.[24] То је учињено због тога

[20] Будући да је Устав утврдио да Народну скупштину чини 250 посланика, то је читава територија Републике подељена на 250 изборних јединица.

[21] Већ до краја 1990. године у Србији је било регистровано око 165 политичких партија, а данас их има преко 200. Њихова основна особина је нестабилност и екстремна атомизираност. О овоме видети шире: Стојиљковић, З.: Мултипартијски систем у Југославији данас, Симпозијум "Дилеме и перспективе у развоју организације власти СР Југославије", 26–28. мај 1994. године, стр. 10.

[22] Службени гласник Републике Србије, број 79, од 3. новембра 1992. године.

[23] Службени гласник Републике Србије, број 79/92.

[24] Изборне јединице су: Београд, Зрењанин, Крагујевац, Лесковац, Ниш, Нови Сад, Приштина, Смедерево и Ужице.

што је тадашњем владајућем режиму одговарала таква подела због добијања већег броја посланичких мандата. У тим изборним јединицама бира се, начелно, сразмерно броју бирача мада то није изричито наведено различит број посланика. Тако се у изборној јединици Смедерево бира 22 посланика, а у изборној јединици Београд - 46 посланика.

Замена већинског система пропорционалним неизбежно је променила и начин кандидовања, па се сад кандидовање врши само по листама. Листе могу истицати политичке странке, друге политичке организације[25] и групе грађана. Листе се истичу по изборним јединицама, а једно лице може бити кандидат само на једној листи и у једној изборној јединици.[26]

Изабранима се сматрају, већ по самом Закону, они кандидати са листа који се налазе у првој трећини листе по редоследу. Ако је листа добила више мандата од трећине, онда подносилац листе утврђује, по свом избору, који ће се још од кандидата са листе наћи међу изабранима. Међутим, такав систем расподеле мандата доводи до партикратије, која трпи озбиљне критике. Наиме, у овом систему губи се веза између кандидата и бирача којима се он ни пре избора на мора представљати (јер, то све за њега чини странка), бирачи гласају за странку, а не за кандидата, јер га, најчешће, и не познају. То све јача зависност посланика од странке, пре свега од страначког руководства и лидера странке, па отуда, имамо, уствари, посредне изборе, јер бирачи бирају непосредно политичку странку, а ова затим бира посланике.

Народни посланици се, по самом Уставу,[27] бирају на четири године и нема никаквих уставних или законских ограничења њихове реизборности.

## 4. Црна Гора

Опште одредбе о бирачком праву такође су задржане у Уставу. Уставом је утврђено да активно и пасивно бирачко право стиче сваки грађанин Црне Горе са навршених 18 година живота. То бирачко право остварује се на изборима, а оно је опште, што значи да обухвата све грађане и да нема никакве дискриминације међу њима. Бирачко право је једнако, што, начелно, значи да сваки глас бирача једнако вреди, а остварује се тајним гласањем. За изборе је још утврђено да су слободни, што значи и да морају постојати одређени заштитни механизми који то треба да обезбеде. Избори су, начелно, непосредни, што само по себи, у принципу, искључује било коју варијанту делегатског система или посредне изборе. Сви остали елементи изборног система у Републици Црној Гори предмет су непосредне законодавне разраде.

[25] Остаје нејасно које би то организације биле, чл. 46. ст. 1. Закона о избору народних посланика.
[26] Закон о избору народних посланика, чл. 47. ст. 1.
[27] Устав Републике Србије, чл. 75.

Закон о избору одборника и посланика, који покрива највећи део материје изборног система, донесен је 13. октобра 1992. године. Тим законом је уређен избор и престанак мандата одборника у скупштини општине и главног града и посланика у Скупштини Републике.

Закон, за разлику од Устава, употребљава, уместо уобичајеног термина "бирачко право", термин "изборно право". Садржина изборног права одређена је на следећи начин: "Изборно право у смислу овог закона обухвата права грађана: да бирају и буду бирани; да кандидују и буду кандидовани; да буду правовремено, истинито, потпуно и објективно информисани о програмима и активностима подносилаца изборних листа и о кандидатима са тих листа, као и да располажу другим правима која су предвиђена овим законом."[28] Тако одређена садржина "изборног права" покрива, уствари, добар, и то политички скоро најважнији, део изборног система који, међутим, поред наведеног обухвата још и органе и сл.

За стицање бирачког права у ужем, тј. у правом, смислу речи Закон захтева да то лице буде држављанин Црне Горе, да је пословно способно и да има пребивалиште на територији Републике Црне Горе најмање шест месеци пре дана одржавања избора. Што се тиче самог активног бирачког права и права на истицање кандидата, од бирача се тражи да има пребивалиште на територији изборне јединице за коју се избор врши.

Изборне јединице формиране су, по Закону, на крајње једноставан начин. За избор посланика за Скупштину Републике Црне Горе читаво подручје Републике једна је изборна јединица, док је за избор одборника то свака општина и територија главног града. Таква једноставност је могућна и због релативно мале територије и због чистог опредељења за пропорционални изборни систем у тзв. Д'Онтовој варијанти.

Нема посебних новина у односу на решења у СРЈ и у Републици Србији у другим битним елементима изборног система. Тако се и овде као органи за спровођење избора јављају изборне комисије у Републици и у општинама, и бирачки одбори. И у њиховом саставу имају право да учествују представници кандидатских листа. Кандидовање могу вршити политичке странке које су регистроване у Републици Црној Гори или групе грађана. За подношење правоваљаних кандидатура захтевају се и овде потписи одређеног броја бирача, и то: за општине од 10 до 500 бирача, а за Републику 1.000.

Расподела мандата уређења је по Д'Онтовом систему. Број мандата за сваку листу утврђује се тако што се укупан број гласова који је листа добила дели са 1, 2, 3 итд, закључно са бројем посланика или одборника који се бирају, Количници који се тако добију разврставају се по величини и мандати додељују листама које имају највеће количнике. При томе се мора поштовати редослед који је постојао на листи у погледу имена кандидата. У таквој

[28] Закон о избору одборника и посланика, чл. 10.

расподели мандата учествују само листе које су добиле најмање 4% гласова у тој изборној јединици.

## 5. Словенија

### Државно веће (Државни збор)

Уставом Републике Словеније утврђено је да је бирачко право опште и једнако и да сваки држављанин Републике Словеније има право да бира и да буде биран. Закон може утврдити под којим условима и у којим случајевима бирачко право могу имати и странци.[29] Начелно, дакле, активно[30] и пасивно бирачко право[31] држављани Словеније стичу под једнаким условима. То је у складу са традицијом која се развила у оквиру "друге" Југославије.

По многима, најважније политичко право јесте бирачко право које Устав Републике Словеније зајемчује сваком свој држављанину који је навршио 18 година живота. Начелно су изједначени услови за стицање активног[32] и пасивног бирачког права.[33] Сам Устав предвиђа и могућност да закон утврди у којим случајевима и под којим условима бирачко право имају и странци.[34]

Из тих, као и из других, уставних одредаба, посебно оне о праву на равноправност и једнакост, проистиче да је и у Републици Словенији бирачко право опште, једнако, непосредно и да се у свим најважнијим случајевима остварује тајним гласањем. Све је то у оквиру стандарда класичне представничке демократије, која је претежна и у словеначком политичком систему.

Избори за Државно веће уређени су законом[35] који је донет 10. септембра 1992. По општим одредбама тог закона избори се врше по изборним јединицама и то тако да се "један посланик бира на приближно једнак број становника, и по начелу да су у Државном већу сразмерно заступљени политички интереси."[36] Закон прецизира да и активно и пасивно бирачко право имају држављани Словеније који су навршили 18 година и имају пословну способност. Изричито је забрањено гласање преко опуномоћеника, а мора бити обезбеђено слободно и тајно гласање. Нико не може бити позван на одговорност ради гласања нити се сме тражити његово изјашњавање о томе како и за кога је гласао, или је апстинирао.

---

[29] Устав Републике Словеније, чл. 43. ст. 3.
[30] Право да бира.
[31] Право да буде биран.
[32] Право да бира.
[33] Право да буде биран.
[34] Устав Републике Словеније, чл. 43.
[35] Закон о изборима за Државно веће, Уредни лист Републике Словеније, бр. 44/92.
[36] Закон о избору за Државно веће, чл. 2.

Редовни избори за Државно веће одржавају се сваке 4 године, а могући су и ванредни избори. Изборе увек расписује председник Републике. Закон прописује да читава земља има 8 изборних јединица, а да се у свакој од њих бира по 11 посланика. Свака изборна јединица дели се на једанаест изборних срезова, у којима се по принципу униноминалности бира по један посланик.

Изборима руководе изборне комисије и бирачки одбори. Изборне комисије именују се на четири године, а бирачки одбори за сваке изборе. Иначе, изборне комисије постоје на нивоу изборних срезова, изборних јединица и читаве земље.

Право на истицање кандидата имају политичке странке и бирачи непосредно. Политичка странка може истаћи кандидате у свим изборним јединицама ако то подупре најмање три посланика Државног збора, а у појединачним изборним јединицама ако то подупре 50 или 100 бирача. Бирачи непосредно, али за своју изборну јединицу, могу истаћи листу кандидата ако прикупе најмање 100 потписа.

Мандатни период на који се Државно веће бира износи четири године. За време рата или ванредног стања мандат Државног већа аутоматски се продужује док такво стање траје.

Изборе за Државно веће расписује председник Републике. У редовним околностима избори се расписују најмање два месеца, а најкасније 15 дана пре истека мандата претходног Државног већа. Ако се Државно веће распусти,[37] нов састав Државног већа бира се најкасније два месеца од распуштања.

**Државни савет**

Закон о Државном савету, донет 10. IX 1992. године, у првом делу уређује изборе за Државни савет.[38] Чланове Државног савета као и заступнике социјалних, привредних, професионалних и локалних интереса бирају интересне организације и локалне заједнице преко изборних тела која сачињавају њихови представници. Активно и пасивно бирачко право, поред истих општих услова које морају имати сви бирачи, имају послодавци, послопримци, земљорадници, самосталне занатлије и обртници и запослени у непривредним делатностима који су у радном односу у Словенији. Поред тога, у оквиру своје локалне заједнице то право имају и сви бирачи који у тој изборној јединици имају стално пребивалиште. Док се чланови Државног збора бирају на 4 године, чланови Државног савета се бирају на 5 година. И ова, односно слична разлика у дужини трајања мандата између парламентарних домова није ретка у компаративној уставности.

[37] До распуштања може доћи у случајевима тачно одређеним Уставом; нпр. чл. 111 и 117.
[38] Уредни лист Републике Словеније, бр. 44/92.

## 6. Хрватска

По Уставу заступници у оба дома Хрватског сабора бирају се на време од 4 године. Елементи изборног система, као што су: број заступника, услови за избор и поступак избора уређују законом.[39] Устав у погледу изборног система још само одређује да се избори морају одржати најкасније 60 дана после истека мандата или распуштања домова Сабора.[40]

Уставом је, у основи, уређено и бирачко право.[41] То је учињено у оквиру општеприхваћених стандарда. Тако је бирачко право постављено као опште и имају га сви држављани са навршених 18 година живота. Оно је по уставу једнако, што значи да свачији глас подједнако вреди, тј. да нема "плуралног вотума". Бирачко право је непосредно, што значи и да је непреносиво, али и да се, по самом Уставу, остварује "на непосредним изборима тајним гласовањем."[42]

Овим, иначе за класичне уставе уобичајеним одредбама о бирачком праву, додаје се још једна која се ређе среће, а и онда када је има препуштена је чешће изборном закону. Према њој, како у изборима за Хрватски сабор, тако и у изборима за Председника Републике, могу учествовати и држављани Хрватске који се у тренутку избора налазе у иностранству. Они могу гласати тамо "или на који други начин одређен законом".[43]

Активно и пасивно бирачко право стичу се под истим условима,[44] а уређено је и гласање оних бирача који се на дан избора не налазе на територији Хрватске, тј. гласање у дипломатско-конзуларним представништвима и уопште у страним уредима Републике Хрватске у иностранству.

Регистроване политичке странке и бирачи имају право на кандидовање заступника и њихових заменика. За предлагање кандидата од стране бирача потребно је најмање 400 потписа бирача из те изборне јединице, 100 ако се ради о изборној јединици у којој постоји једна од мањих етничких или националних заједница које су поменуте, а 5.000 ако се ради о предлагању државне листе. Кандидати, као и политичке странке, имају начелно једнако право да износе своје изборне програме и врше предизборну пропаганду, све до 24 часа пре избора.

Мандати заступника се деле по Д'Онтовом систему. Она листа која добије мање од 5% гласова не учествује у расподели мандата. Са листе се мандати

[39] Устав Републике Хрватске, чл. 72.
[40] Устав није конзеквентан у називу својих саставних делова, већ паралелно употребљава и термин дом и термин вијеће.
[41] Устав Републике Хрватске, чл. 45.
[42] Устав Републике Хрватске, чл. 45. ст. 1.
[43] Устав Републике Хрватске, чл. 45. ст. 2.
[44] То су хрватско држављанство и навршених 18 година живота.

деле по редном броју кандидата, а заједно са заступником бира се и његов заменик.

## 7. Република Македонија

Уставом Републике Македоније је утврђено да грађанин Републике Македоније са навршених 18 година стиче бирачко право. Бирачко право је једнако за све, што значи да свачији глас подједнако вреди. Бирачко право је опште, па нико не може бити дискриминисан по основу пола, расе, боје коже, националног или социјалног порекла, политичког или верског убеђења, имовинског или друштвеног стања.

Устав сваком грађанину који је навршио 18 година аутоматски обезбеђује активно и пасивно бирачко право и још прописује да је бирачко право опште, једнако, непосредно и да се остварује тајним гласањем. Општост бирачког права искључује сваку дискриминацију, сем што је сам Устав утврдио да бирачко право немају лица која су изгубила пословну способност.[45]

У уставном систему Републике Македоније, непосредност бирачког права има два значења и оба су прихваћена и спроведена. Ова непосредност најпре значи, заправо, непреносивост бирачког права. По томе, бирачко право се не може преносити на другога већ га бирач сам мора остварити лично. То је и изричито наглашено у чл. 74. Закона о избору посланика за Собрање Републике Македоније. Посебно се у чл. 78. и 79. истог Закона утврђује на који начин телесно хендикепирана лица остварују ту непосредност. Бирачки одбор може таквом лицу да дозволи да гласа у својој кући, односно у стану или у болници у којој се налази. То се мора учинити један дан пре гласања осталих бирача, али на такав начин да се обезбеди принцип тајности гласања. Бирач који због физичког недостатка или неписмености не може да гласа на начин који је утврђен Законом[46] има право да доведе лице које ће му пружити одговарајућу помоћ приликом гласања. Ако то бирач не учини сам, тада ће бирачки одбор одредити лице из редова бирача које ће хендикепираном лицу пружити потребну помоћ.

Оно својство бирачког права без кога се не могу замислити иоле слободни избори јесте тајно гласање. Пасивно бирачко право немају лица која се налазе на издржавању казне затвора за учињено кривично дело.

По самом Уставу, посланик изабран у Собрање Републике Македоније представља све грађане Републике, тј. има тзв. слободан мандат. У самом Собрању он се опредељује по свом уверењу, а Устав му гарантује да посланик

[45] Устав Републике Македоније, чл. 22.

[46] Закон је утврдио да се гласа заокруживањем редног броја кандидата на листићима које бирач добија на бирачком месту од бирачког одбора, а сагласно чл. 77. Закона о избору народних посланика за Собрање Републике Македоније.

не може бити опозван. Ближи услови и начин избора посланика уређују се законом, који Собрање доноси апсолутном већином гласова посланика.[47]

По Закону о изборима посланика у Собрање Републике Македоније, у Собрање Републике Македоније се бира 120 посланика. Од тога 85 бира се применом већинског изборног система и то у 85 изборних јединица, које су утврђене посебним законом.

Овде је примењена комбинација већинског и пропорционалног изборног система. Тако је за скоро 2/3 посланика предвиђен већински систем. У вишепартијском систему, нарочито на општим изборима, али у нешто мањем степену и у локалним, у савременом масовном друштву тешко се може говорити о стварном и непосредном избору људи од стране бирача. Избор људи заправо врше политичке партије, а бирачи се опредељују за партијски програм и политику. Нема сумње да одређену улогу, нарочито у већинском систему, игра и личност кандидата. Али је познато, а у низу система чак и институционално гарантовано, везивање кандидата за партијску дисциплину. Оно може ићи и до губитка мандата недисциплинованих посланика. То је предвиђено и чл. 98. Закона о избору посланика у Собрање Републике Македоније. Додуше, има и могућности кандидовања, па и избора, ванпратијских личности, али то је изузетак и то прилично редак.

Као у уставним системима других бивших југословенских земаља, кандидовање је постављено тако да се као носиоци права на предлагање кандидата појављују политичке партије и њихове коалиције, удружења грађана или групе грађана.

И изборној кампањи[48] у Закону о изборима посланика Собрања посвећено доста пажње. Тако, сви предлагачи, као и предложени кандидати, имају право да под једнаким условима и равноправно користе све видове политичке пропаганде. Страним правним и физичким лицима забрањено је учешће у предизборној кампањи.

Када је реч о одредбама о органима за спровођење избора, треба рећи да су оне, у основи, исте као и у изборним системима других бивших југословенских земаља, односно у већини савремених изборних система у Европи.[49] Као најважнији орган јавља се Државна изборна комисија. Затим, постоје изборне комисије по изборним јединицама и бирачки одбори на сваком гласачком месту. Државна изборна комисија има 9 чланова и исто толико заменика. Државну изборну комисију именује Собрање на време од 4 године. Изборне комисије по изборним јединицама именују се од стране Државне изборне комисије, а *mutatis mutandi* оне имају исти састав као и Државна изборна комисија, али у оквиру укупно 5 чланова и заменика. Бирачке одборе именује

[47] Устав Републике Македоније, чл. 62.
[48] Исто, чл. 42–60.
[49] Исто, чл. 11–30.

надлежна изборна комисија, а они такође имају по 5 чланова и заменика, тако да им састав одговара принципу који је примењен и код изборних комисија.

Гласање се врши гласачким листићима, чији је изглед детаљно утврђен Законом, а будући да се истовремено гласа и за посланике који се бирају по већинском и за оне који се бирају по пропорционалном систему, сваки гласач добија по два гласачка листића.

У Собрању Републике Македоније посланици се бирају на 4 године. У Уставу нема никаквих одредаба о ограничењу реизборности. Мандат посланика верификује само Собрање, а он почиње тећи од конститутивне седнице самог Собрања.

Избори за посланике новог састава одржавају се у року од 90 дана пре истека мандата претходног састава или, ако се парламент распусти пре истека мандата, у року од 60 дана. Продужење мандата изабраних посланика могуће је само у случају ратног или ванредног стања.

## 8. Босна и Херцеговина

Будући да су већ изложене карактеристике бирачког права, овде је сасвим довољно подсетити да у Босни и Херцеговини постоји опште и једнако бирачко право, које се, по правилу, остварује, кад је реч о Представничком дому Парламентарне скупштине, непосредно и тајним гласањем. Као извесна специфичност може се узети посебна могућност предвиђена за грађане који су напустили своје раније пребивалиште, да могу гласати и на другом месту, што је требало да омогући коришћење бирачког права и већем броју избеглица и прогнаних.

Као и у већини изборних система, у представничким демократијама кандидовање је у рукама политичких партија. При томе је карактеристично, а у складу је са општом доминацијом међународног фактора, да међународна заједница има могућност да са листе скида "неподобне" кандидате и да је она то чинила. Кандидовање по листама предодредио је и пропорционални изборни систем у целини, који је примењен за изборе Представничког дома. Упадљиво је инсистирање на националној припадности кандидата, односно изабраних делегата.

За изборни систем у Босни и Херцеговини, па и целокупни систем државне власти, значајно је упозорити на још неке, у упоредној уставности неуобичајене, уставне одредбе. По њима, ни једно лице које издржава казну изречену од стране Међународног суда за бившу Југославију, као ни лице против кога је подигнута оптужница тог Суда, а оно се није одазвало налогу да се пред Судом појави, не може бити нити кандидат, нити вршити било коју именовану изборну или другу јавну функцију на територији Босне и

Херцеговине.[50] Овакво ограничење пасивног бирачког права је директан резултат нарочитог положаја међународног фактора у читавом уставном систему Босне и Херцеговине и извесно је да може бити и предмет политичке манипулације.

Мада је било предвиђено да се директне ингеренције међународне заједнице превазиђу већ после првих избора, Организација за европску безбедност и сарадњу је кроз деловање мисије за Босну и Херцеговину предложила постојање и активност Привремене изборне комисије. Ова је током 2000. године прописала опширна Правила и прописе о изборном систему којима је допунила и изменила ранија и то, како за избор Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, тако и за изборе у ентитетима.[51] Обзиром да та Правила и прописи представљају и неку врсту кодификације готово читавог изборног система, на њих се треба и посебно осврнути. На овом месту ћемо то учинити за онај део овог акта који се односи на читав изборни систем и на изборе за Представнички дом Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине. О ономе што се односи на изборе у ентитетима биће речи на одговарајућим местима.

У општим одредбама је прецизирано да се, поред већ изнетих ограничења за лица осуђена од стране Међународног суда за ратне злочине у бившој Југославији, ограничава и пасивно бирачко право лицима која су осуђена за повреду хуманитарног права. Према тој одредби, нико ко је на издржавању казне изречене од судова Босне и Херцеговине, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине или се није повиновао наредби да се пред тим судовима појави због озбиљних повреда хуманитарног права, а Међународни суд је разматрао његов предмет пре хапшења и "утврдио да задовољава међународне правне стандарде", не може бити, нити кандидован, нити имати било коју именовану, изборну или другу јавну функцију на читавој територији Босне и Херцеговине.

Даље се доста широко разрађују основи инкомпатибилности у целини изборног система. Уколико претходно не поднесу оставке, кандидати на изборима не могу бити: судије редовних и уставних судова, тужиоци и њихови заменици, правобраниоци и њихови заменици, чланови судова за људска права, припадници полиције, укључив финансијску и судску полицију и граничну службу, припадници оружаних снага, као и дипломатски и конзуларни представници Босне и Херцеговине у иностранству. Такође је забрањено вршити више од две јавне непосредно или посредно изабране функције и више од једне функције у извршним органима. Лице које обавља јавну изборну функцију у Босни и Херцеговини не може вршити јавну изборну

[50] Устав Босне и Херцеговине, чл. IX, ст. 1.
[51] "Службени гласник Босне и Херцеговине", бр. 18/2000.

или политичку именовану функцију у некој другој држави. Једног од тих мандата оно се мора одрећи у року од 48 сати.

Најзад, оно што је несумњиво значајно навести у систему, а у време транзиције врло осетљиво, јесте забрана да лице изабрано на јавну функцију, нити члан његове уже породице (брачни друг, деца и други чланови домаћинства према којима јавни функционер има обавезу законског издржавања) буде ангажован у привредним и сличним делатностима. Тако они не могу бити директори, нити чланови управног, извршног или надзорног одбора предузећа у коме је више од 25% имовине у државној својини или се финансира из буџета било ког органа власти у читавој структури Босне и Херцеговине и њених ентитета. Истим лицима је забрањено да буду чланови управног одбора или директори дирекција и агенција за приватизацију.

Принципијелно се даље наглашава да мандат припада кандидату, а не политичкој странци, нити онима који су га на листу предложили, и да му мандат може бити одузет само по прописима и у случајевима које предвиђа овај кат. Као основи престанка мандата утврђени су: оставка, смрт, осуда правоснажном судском пресудом на казну затвора дужу од 6 месеци, лишавање пословне способности, кршење било ког основа инкомпатибилности и пропуштање да се за последње две године региструје као бирач у изборној јединици у којој је изабран.

## 9. Република Српска

Закон о избору народних посланика и одборника Републике Српске је донет 31.05.1994. године, а објављен у "Службеном гласнику" Републике Српске бр. 392/94. У основним одредбама тог закона се понавља уставни текст који утврђује да је бирачко право слободно, опште, једнако и да се остварује на непосредним изборима, тајним гласањем. Томе се додаје норма према којој нико нема права да по било ком основу спречава или приморава грађанина да бирачко право користи, да га позива на одговорност због гласања, нити да тражи од њега да се изјасни за кога је гласао или зашто није користио своје бирачко право.

У истој глави Закона је као основни принцип кандидовања, као фазе изборног система, утврђено да кандидате имају право да истичу политичке странке, друге политичке организације и групе грађана. Такође је прописано да се кандидовање врши по листама а да се посланички мандати расподељују сразмерно броју добијених гласова за листу. Са поменутим одредбама Закон је дефинитивно опредељен за пропорционални изборни систем, за који се, са разлогом, сматра да јача улогу политичких странака у изборном процесу, а који се, иначе у различитим варијантама, примењује у већини земаља савремене демократије.

Основне одредбе Закона још садрже гаранцију права грађана да буду обавештени о изборним програмима и активностима предлагача, као и о

личностима кандидата. Начелно су средства јавног информисања обавезна да при томе обезбеде равноправни третман свих предлагача и да тзв. "изборна ћутња"[52] траје 48 сати пре одржавања избора све до затварања бирачких места на дан избора. Иначе се изборне јединице и број посланика који се у њима бира утврђују законом. Органи за спровођење избора су изборне комисије и бирачки одбори, с тим да заштиту бирачког права, односно изборног система, врше и надлежни судови, укључив Врховни суд. Средства за изборе се обезбеђују у буџету Републике Српске.

Доста детаљно су разрађене одредбе Закона о бирачким списковима, које су, имајући у виду околности које постоје у Републици Српској и Босни и Херцеговини као целини, од битног значаја за остваривање прокламованих демократских начела бирачког права и изборног система у целини.

Изборе расписује председник Народне скупштине. Доста су опширне и детаљне законске одредбе о раду органа за спровођење избора,[53] али у њима су, углавном, решења позната у упоредном праву, са доста јасно израженом тенденцијом законодавца да се кроз њих обезбеди регуларност и демократичност избора. Слично важи и за прописе о изборним листама уз напомену да један кандидат може бити кандидован само на једној изборној листи.

Утврђивање изборних резултата се врши применом система највећег количника. То је једна варијанта Д'Онтовог система. Листе које нису добиле ни 5% од укупног броја гласова у изборној јединици, начелно, не учествују у оваквој расподели. Међутим, ако се деси да ни једна листа не прође тај законски цензус, онда ће се, ипак, на све применити изложени аритметички модел.

Мандати се додељују кандидатима сагласно њиховом редоследу на изборној листи. При томе 1/3 додељених мандата мора одговарати првој трећини кандидата на изборној листи, док се остали деле по интерним правилима, односно одлукама доносиоца листе.

Закон о избору народних посланика и одборника у Републици Српској донет је 31. V 1994.[54] По том Закону Народна скупштина има 120 посланика који се бирају на 4 године, чиме су промењене одредбе Амандмана LII, без доказа да је при томе примењен неопходан поступак предвиђен за промену Устава. Додуше, у међувремену је Анексом 3 мировног споразума уређивање изборног система постало искључива надлежност ОЕБС-а, односно Привремене изборне комисије чија се правила и прописи непосредно примењују и у Републици Српској, без обзира на раније донете уставне или законске прописе Републике Српске.[55]

---

[52] То је забрана изборне пропаганде, јавних скупова, па и процене резултата избора.
[53] Изборне комисије и бирачки одбори.
[54] "Службени гласник Републике Српске", бр. 11/94.
[55] Д. Галијенин, Народне скупштине Републике Српске.

Одредбама Правила и прописа Привремене изборне комисије поново се појављује број од 83 посланика, који се бирају на два начина. Већина њих 62, бирају се по пропорционалном систему кога смо већ описали,[56] а у шест изборних јединица. Преостали 21 мандат који се Правилима и прописима назива компензационим мандатима, расподељује се тако да у њима учествују само политичке странке и коалиције. То се постиже тако што се од броја мандата у изборној јединици одузимају мандати независних посланика.

## 10. Федерација БиХ

У одредби ст. 2. чл. 3. гл. IV Устава Федерације БиХ утврђено је да пре сваких избора свака регистрована политичка странка објављује изборну листу својих кандидата. Већ овај текст прејудицира и основни начин кандидовања за изборе Представничког дома. Будући да се помињу само листе политичких странака могло би се и требало применом *argumentum a contrario* доћи до закључка да само политичке странке, тј. оне организације којима је то својство признато чином регистрације код надлежних државних органа, могу бити носиоци кандидатуре. Поред тога, јасно је да се кандидовање мора вршити по листама.

Привремена изборна комисија је утврдила изборне јединице и број посланика који се по описаном поступку бирају у њима. Кантони су груписани у 12 изборних јединица у којима се, зависно од броја бирача, бира од 4 до највише 13 посланика.

У складу је са већ дугогодишњом уставном традицијом у претходној уставности изједначавање услова за стицање активног и пасивног бирачког права за избор у Представнички дом. Тако је учињено и у Уставу Федерације БиХ[57].

У Анексу 3 Општег оквирног споразума, који је изричито прихватила и Федерација БиХ потписом свог овлашћеног представника, је чл. IV прописано да сваки грађанин БиХ који је навршио 18 година, а чије се име налази на попису становника БиХ из 1991. године, има бирачко право. Грађанин који више не живи у општини у којој је живео у време пописа, има право да гласа лично или на други погодан одговарајући начин. То треба да потврди Локална изборна комисија и Привремена изборна комисија, која је по Анексу 3. централно тело надлежно за законитост и правилност избора. Такав грађанин може да се обрати Комисији и да са њеном сагласношћу гласа и на другом месту.

Битна разлика постоји у основним принципима изборног система. Док се представници за Представнички дом бирају непосредно, избор за Дом народа

[56] То је варијанта највећег количника.
[57] Устав Федерације БиХ, гл. IV, чл. 4.

су посредни, уз уставно прописану варијанту националне пропорције. Устав је одредио да се број делегата који се бира у сваком кантону одређује пропорционално националној структури сваког кантона. У оквиру тог броја мора се настојати да проценат делегата Бошњака, Хрвата и "осталих" буде "приближан" њиховом проценту у законодавном телу сваког кантона.

Укупан број делегата у Дому народа Парламента Федерације је 80. Од тога по 30 делегата је резервисано за представнике Бошњака и Хрвата, док је 20 "из реда осталих". Привремена изборна комисија утврђује укупан број делегата који се бира у сваком кантону, узимајући при томе број бирача из марта 2000. године. Код расподеле мандата се опет примењује систем највећег количника, али одвојено по националним групама. Сваком кантону се додељују по 3 места, а остатак опет према величини количника се томе додаје.

Право предлагања кандидата за Дом народа имају политичке странке заступљене у кантоналној скупштини или група од најмање 3 члана кантоналне скупштине. Сви предложени кандидати морају се национално изјаснити. Најзад, чланом 1214. је утврђено да је трајање мандата у Дому Федерације Босне и Херцеговине 2 године. Дакле, упркос одредбама Устава о четворогодишњем мандату, још увек траје прелазни режим прописан Правилима и прописима ОЕБС-а.

*Dragan Bataveljic, an associate professor*

## VOTING RIGHT IN THE CONSTITUTIONS OF FORMER YUGOSLAV STATES AND IN THE CONSTITUTIONAL CHARTER OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO

Since all former Yugoslavia states are democracies with elected, representatives, it is good to, once again, emphasize the significance of the right to free vote. In the countries with elected democracies, the voting rights represent the principal institutionalized channel for the social majority to influence the constituting of state bodies and executing of their power. Similar to the situation in most other countries, the current constitutions of former Yugoslav states reserve the voting right only for their citizens. Only the Constitution of the Republic of Slovenia allows the possibility that foreign citizens may also vote under strict conditions (Art. 43). The Constitution also regulates that all citizens above the age of 18 may vote, that elections are direct, by a secret ballot, and that non-discriminatory and equality clauses are respected.

The option for rather young voting age (above 18) for active and passive voting right is traditional, kept for decades, and even existed in time of "second Yugoslavia". It can be said that this is a progressive and democratic heritage which corresponds to the highest standards of democratic constitutionality. Retaining the concept of principally same conditions for acquiring the active and passive voting right is also inherited from the "second" Yugoslavia and is not so common in other countries.

As for the realization of the principle of equality (each vote has the same value), the situation is more complex. None of former Yugoslav states have kept the concept of *plural votum.*

The principle of direct voting is of a great political significance since it guarantees that voters directly choose their representatives. In other words, it excludes the possibility of indirect voting which existed in former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (called "delegation system") when the voters only elected a representing body, while the representatives were chosen by this body.

*Бојан Урдаревић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 340.142:349.22(497.11)*
*349.22(497.11)*

# СПЕЦИФИЧНОСТ РЕШАВАЊА ТЕХНОЛОШКИХ ВИШКОВА У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА И ЈАВНИМ ПРЕДУЗЕЋИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

## Увод

Радни односи у државним органима у Републици Србији уређени су Законом о државним службеницима [1] чијим ступањем на снагу је престао да важи претходни Закон о радним односима у државним органима[2].

До Устава Републике Србије из 1990. године материја радних односа у државним органима била је уређена низом прописа и тзв. самоуправних општих аката које су доносиле радне заједнице органа. Међутим, нови уставни систем и начело поделе власти, захтевало је целовито и другачије уређивање ових питања. При томе, посебно су била битна и одређујућа начела деполитизације и професионализације рада органа државе. Истовремено, нови Закон о државним службеницима вратио се класичним институтима службеничког права као што су звања, занимања, облици одговорности запослених, плате и др.

Законом о државним службеницима уређују се права и дужности државних службеника и поједина права и дужности намештеника при чему се поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу уредити и посебним законом другачије ако то произлази из природе њихових послова.

Основна начела примене Закона о државним службеницима су следећа:

1. да о правима, обавезама и одговорностима запослених и постављених лица одлучује функционер који руководи државним органом, осим ако законом није другачије одређено;

[1] Службени гласник РС, број 79/05.
[2] Службени гласник РС, број 48/91, 66/91, 39/02.

2. да у току рада запослени напредује од испуњених и оцењених резултата рада и радних способности, стечених квалификација и других услова стечених законом;
3. да су запослени дужни да послове обављају савесно и непристрасно у складу са Уставом и Законом (професионализам);
4. да се у обављању послова запослени не могу руководити својим политичким убеђењима, нити их могу изражавати и заступати, а запослени у државним органима не могу да буду ни чланови органа политичких организација (деполитизација).

## 1. Држава као послодавац

Свако друштво, као скупина људи организује и врши одређени круг послова на јединствен начин. Из тих разлога су модерна друштва организована као државе. Држава представља најорганизованији облик друштва, као и најобухватнију и најчвршћу организацију друштва као целине.[3] Да би обезбедила вршење заједничких послова на нивоу друштва држави је потребна власт која управо и представља и њено најизразитије обележје.

У литератури се скоро редовно указује да је државна власт организована, недељива и јединствена. Међутим, да би се власт вршила она мора бити подељена на одређене функције које се поверавају државним органима као њиховим носиоцима.[4] Оне представљају организационе облике вршења државне власти, а сачињавају их одређена физичка лица која уствари врше државну власт. Ова лица имају право да буду призната као државни органи и у том смислу имају одређена права и обавезе. Тако, на пример законодавна власт не припада парламенту него држави, али он њу врши за државу и има право и дужност да ту функцију врши јер му је она уставом поверена[5]. Разуме се да државни органи не могу функције власти вршити у свом личном интересу јер оне не представљају приватно добро.

Из претходних напомена произлази закључак да државни органи као физичка лица врше функције државе и да имају права и дужности да их врше, али не као своје функције, већ као функције у корист државе. Циљ функције не може се остварити само њеним вршењем од стране функционера, већ је потребно да се у оквиру делатности које чине функције врше и одређени стручни послови. Вршење ових послова захтева формирање једног стручног, професионалног апарата у државном органу. Дакле, да би могла да врши власт држава има потребу за одређеним кадровима, те на тај начин долази до радноправног ангажовања одређеног броја физичких лица за обављање

[3] Р. Лукић, Систем филозофије права, Београд, 1992, стр. 57.
[4] С. Јовановић, О држави, Основи једне правне теорије, Београд, 1992, стр. 182.
[5] С. Јовановић, нав. дело, стр. 201.

стручних и других послова које ће они вршити у име државе. Тако на пример Закон о државним службеницима Републике Србије у члану 3 експлицитно прописује да је послодавац државних службеника и намештеника Република Србија, а да права и дужности послодавцу име Републике Србије врши руководилац државног органа, осим ако овим или посебним законом није другачије одређено.

У овом раду ће бити посебно обрађен аспект односа државе према запосленима у тренутку када јој њихов рад више није потребан услед технолошких, економских или организационих промена.

## 2. Рационализација броја запослених у државним органима

Тренутно су у процесу реформе државне управе значајне активности које су усмерене на рационализацију броја запослених. Наиме, Влада Републике Србије је својим Закључком број 121-8431/2004 од 23. децембра 2004. године, наложила свим министарствима, посебним организацијама и службама Владе да до 1. марта 2005. године анализирају своје правилнике о унутрашњој организацији и систематизацији радних места, као и број запослених на сваком радном месту, ради утврђивања стварне упослености и броја запослених за чијим радом не постоји потреба, са циљем да се најкасније до 1. јуна 2005. године, смањи број запослених у државној управи за најмање 10% од укупног броја.

У циљу спровођења овог Закључка, Влада је донела Уредбу о изменама и допунама Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе[6], којом се уређује начин смањења броја запослених и то у поступку доношења нових правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе, након чијег доношења би један број запослених у државној управи остао нераспоређен услед смањења броја радних места.

Истовремено, Влада је донела и Уредбу о допуни Уредбе о накнадама и другим примањима запослених у државним органима и изабраних, односно постављених лица[7] којом се предвиђа право на посебну отпремнину запосленима који остану нераспоређени, ради привременог обезбеђивања њиховог материјалног положаја до проналажења новог запослења.

Под условима који су наведени у уредбама престаје радни однос и остварују право на отпремнину запослени, али не и изабрана и постављена лица.

[6] "Службени гласник РС", бр. 38/05.
[7] "Службени гласник РС", бр. 38/05.

С обзиром да се одредбе које се тичу радних односа у државним органима сходно примењују и на органе аутономних покрајина, градова и општина, поменуте уредбе се такође примењују и у поступку рационализације у органима локалне власти.

Средства за отпремнине запослених за чијим радом престаје потреба у министарствима, посебним организацијама и службама Владе обезбеђују се у буџету Републике, или уколико се ради о локалној власти, онда у буџету сваке од тих локалних власти.

Оно што ће представљати посебан проблем јесте чињеница да средства за отпремнине запослених за чијим радом не постоји потреба нису планирана ни у једном буџету, па се поставља питање из којих средстава ће се ове отпремнине исплаћивати.

Према наведеној Уредби којом се уређује поступак смањења броја запослених, функционер је дужан да у току израде документационе основе за доношење правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних места, одреди оквирни број запослених за чијим радом је престала потреба. Након тога, функционер упућује позив запосленима и на основу њега прибавља писане изјаве запослених који нису заинтересовани да после доношења правилника буду распоређени ни на једно радно место у било ком државном органу. На крају, функционере у документационој основи има обавезу да утврди коначан број запослених за чијим радом је престала потреба, као и да донесе нов правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места.

Према томе, запослени прво постаје нераспоређен, а тек када прими отпремнину престаје му радни однос. За време док је нераспоређен прима накнаду зараде најмање у висини од 60% просечне зараде у претходна три месеца.[8]

За процес смањења броја запослених посебно је важна одредба члана 182. Закона о раду према којој послодавац који раскине радни однос са запосленим услед технолошких, економских или организационих промена због којих је престала потреба за обављањем одређеног посла, не може на истим пословима да запосли друго лице у року од 6 месеци од дана престанка радног односа. Ако пре истека 6 месеци настане потреба за обављањем истих послова предност за пријем има запослени коме је престао радни однос.

Чињеница да се запослени пријавио по позиву функционера не мора да значи да ће бити прихваћена његова воља да буде нераспоређен. Функционер може да не прихвати одговор по позиву (из разлога што оцењује да је стручност овог запосленог неопходна за функционисање овог органа или у ситуацији када је запослени пред одласком у пензију по сили закона па нема оправдања за исплатом стимулативне отпремнине и др.).

[8] Чл. 116 Закона о раду Републике Србије ("Службени гласник РС" бр. 24/05 и 61/05).

У Уредби о накнадама и другим примањима запослених у државним органима и изабраних, односно постављених лица, предвиђа се посебна отпремнина запосленом који остаје нераспоређен. Она се исплаћује за сваку навршену годину рада у радном односу у висини трећине његове плате. Можемо констатовати да овако утврђена висина отпремнине одговара висини отпремнине из Закона о раду, за случај када послодавац отказује запосленом радни однос ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеном посла или дође до смањења обима посла. Запосленом који је остао нераспоређен и који је у поступку промене организације државног органа писаним путем изјавио да није заинтересован да буде распоређен ни на једно радно место, у било ком државном органу, исплаћује се отпремнина увећана за 20%.

Посебно треба напоменути да се под термином плата који се користи у Уредби сматра бруто плата или нето плата увећана за порез и доприносе које плаћа запослени.

У случају да је запослени у претходна три месеца био на боловању па није примао плату, јер нема ефективне сате рада, као основица за обрачун отпремнине може се узети основна плата коју би примио да је радио.

На стимулативни део отпремнине (који износи 20%) плаћа се порез према Закону о порезу на доходак грађана, што је иначе обавеза послодавца.

Уколико се ради о запосленима који су примљени на одређено време и у том случају се може остварити рационализација али се отпремнина не исплаћује.

По престанку радног односа запослени иде на тржиште рада, где из средстава Националне службе за запошљавање остварује накнаду у периоду који зависи од година живота и дужине радног стажа. Осим накнаде, у том периоду из средстава Националне службе за запошљавање плаћају се и одговарајући доприноси.

Спорно је питање колико дуго запослени за чијим радом је престала потреба може бити на тржишту рада, тј. колико је трајање права на новчану накнаду.

Према члану 115. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености Републике Србије новчана накнада се исплаћује запосленом:

- 3 месеца ако осигураник има стаж осигурања од 1-5 година
- 6 месеци, ако осигураник има стаж осигурања од 5-15 година
- 9 месеци, ако осигураник има стаж осигурања од 15-20 година
- 12 месеци ако осигураник има стаж осигурања дужи од 20 година
- 24 месеца ако осигураник има најмање 20 година стажа осигурања и 61 годину старости (мушкарац), односно 56 година старости (жена) или навршених 38 година стажа осигурања (мушкарац), односно 33 године стажа осигурања (жена) и најмање 51 годину живота

- 24 месеца ако је осигураник старији од 55 година и има стаж осигурања дужи од 25 година.

Годином стажа осигурања сматра се навршених 12 месеци за које је запосленом послодавац платио допринос за осигурање.

Основица за утврђивање висине новчане накнаде је просечна зарад или накнада зараде која је незапосленом исплаћена у последњих 6 месеци који претходе месецу у којем је престало осигурање. Новчана накнада се утврђује у висини од 60% од основице у прва 3 месеца коришћења права на новчану накнаду, а у наредним месецима у висини од 50%. Новчана накнада не може бити виша од просечне месечне зараде по запосленом остварене у Републици према последњем објављеном званичном податку или нижа од минималне зараде утврђене за месец у којем се исплаћује новчана накнада.

## 3. Решавање вишкова запослених у јавним предузећима

Промене у привредном систему које су условљене транзицијом отвориле су низ проблема. Једно од суштинских питања јесте број запослених у предузећима или прецизније оптимизација броја запослених у реформисаним предузећима, односно промењеном привредном систему.

Када је реч о запосленима, у досадашњем процесу транзиције највише су се истакла два проблема: први, да је укупан број запослених у привреди, у свим облицима предузећа превелик и други, да је ситуација јако неповољна у јавном сектору, који обавља делатности од општег интереса и запошљава највећи број радника.

Основни пропис који се користи у решавању вишкова запослених у овој области јесте Закон о раду који у члану 179. тачка 9. наводи да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла. Истовремено се наводи да послодавац може дати отказ запосленом у овом случају само ако не може да му обезбеди обављање других послова, односно да га оспособи за рад на другим пословима.

Послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време и то за најмање:

1. 10 запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време;
2. 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време;
3. 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време.

У члану 153. став 2. прописано је да је програм дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана због технолошких, економских или организационих промена, без обзира на укупан број запослених код послодавца.

Закон о раду прописује и обавезу послодавца да пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом и републичком организацијом надлежном за запошљавање предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених.

Интересантно је да се Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса[9] као lex specialis уопште не бави овим питањима, иако дефинише делатност од општег интереса, услове, имовину јавног предузећа и др. Ово нас наводи на закључак да је законодавац поставио само општи оквир у третирању проблем вишка запослених и да је прецизно нормативно уређивање овог питања препуштено аутономним актима јавних предузећа.

Јавна предузећа најчешће прибегавају "реструктуирању" броја запослених преко посебних програма у којима се једним делом предвиђа и решавање вишка запослених. Ови програми подразумевају и запошљавање радника који су дефицитарних профила и занимања чиме се жели изменити неповољна кадровска структура као реликт прошлости и стихијског запошљавања.

Програм за реструктуирање броја запослених мора да се заснива на консензусу око социјалних питања између представника владе, јавног предузећа и синдиката. Едукација запослених мора бити приоритет на свим нивоима у јавном предузећу што је део и европске стратегије о свеобухватној и перманентној едукацији.

У појединим јавним предузећима формирају се и агенције за реструктуирање радне снаге (или посебне канцеларије) које треба да се баве решавањем проблем броја и структуре запослених у тим привредним субјектима.

На крају, треба нагласити да финансијске претпоставке за решавање вишкова запослених у јавним предузећима по правилу није могуће обезбедити средствима јавног предузећа, те је ангажовање државе незаобилазно, било кроз преузимање радника или кроз обезбеђење средстава за реализацију програма. Постојећа нормативна решења представљају још увек непотпун оквир који је могуће допунити доношењем нових закона о појединим јавним предузећима. Међутим, нови Законо о железници[10] не садржи одредбе радноправног карактера, те самим тим ова област остаје непотпуно и недовољно регулисана.

[9] "Службени гласник РС", број 25/00, 25/02.
[10] "Службени гласник РС", бр. 18/05.

## 4. Престанак радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога у светлу конвенција Међународне организације рада

У погледу нормативне делатности Међународне организације рада у овој области донета је Конвенција бр. 158.[11] о престанку радног односа на иницијативу послодавца и Препорука бр. 166. о престанку радног односа на иницијативу послодавца.

Одредбе конвенције примењују се на све гране привредних делатности и на сва запослена лица.

Према одредбама Конвенције радни однос раднику може престати из разлога који су везани за радне захтеве предузећа, установе или службе, где би се могли сврстати и разлози економске, технолошке, структуралне или сличне природе. Према члану 12 Конвенције послодавац који намерава да раскине радни однос са радницима из горе наведених разлога, мора благовремено да пружи одговарајуће информације заинтересованим радничким представницима о томе и да им пружи што је могуће пре могућност за консултације о мерама које треба применити. Ове консултације треба да буду успостављене што пре и треба да се односе на предузимање одређених врста мера.

Такође, о својој намери да раскине радни однос послодавац обавештава и надлежни орган у што краћем року.

Избор радника чији радни однос из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе треба да престане, врши се по мерилима која се, где год је то могуће, утврђују унапред. При утврђивању мерила треба да се води рачуна и о интересима послодаваца и радника. Препорука прописује да мерила треба да поклањају дужну пажњу и интересима предузећа (службе) и интересима радника. Мерила за избор за отпуштање, њихов приоритетни ред и њихов релативни значај треба да буду одређеним методима примене препоруке.

За раднике чији је радни однос престао из наведених разлога, препорука предлаже да им треба дати приоритет при поновном запошљавању у случају да послодавац поново запошљава раднике сличних квалификација. Приоритет у поновном запошљавању може се ограничити на одређени временски период.

Текст препоруке у параграфу 25. и 26. садржи и неке предлоге у погледу ублажавања последица престанка радног односа из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе.

Предлози се заснивају на принципу да незапосленост треба да представља једно пролазно стање у животу појединца које треба врло кратко да траје. У том смислу, овим актом се и предлаже да се предузму мере којима би се подстицало запошљавање погођених радника на алтернативна радна места.

[11] Југославија је ратификовала ову Конвенцију 1984. године.

Занимљиво је и да послодавац може да помаже радницима у тражењу запослења. Као пример те помоћи наводи се директно контактирање са другим послодавцима. Препоруком се указује да је неопходно водити рачуна и о заштити дохотка за време трајања обуке или преквалификације. Такође, указује се и на потребу делимичног или надокнађивања трошкова повезаних са обуком или са преквалификацијом и са налажењем и преузимањем запослења које захтева промену места боравка.

Може се констатовати да је ново радно законодавство Републике Србије (пре свега Закон о раду и Закон о државним службеницима) усвојило добар део одредби из предметних конвенција и препорука МОР-а, али да ће свакако кључни проблем у будућности бити њихова реализација.

*
* *

Слобода рада је једно од основних права човека које је гарантовано како у међународним актима, тако и у актима појединих држава. Право на слободу рада признато је данас, не само радницима, већ и послодавцима. Слобода рада за запосленог, тј. радника у радном односу не завршава се његовим ступањем на рад, него она постоји и за све време трајања радног односа, а остварује се и у праву да слободно раскине радни однос.

Отказ који даје послодавац, нарочито када је у питању већи број радника, је и од интереса за државу, с обзиром да је незапосленост један од најтежих друштвених ризика. Он отвара проблем социјалног обезбеђења незапослених, с једне стране и проблем отварања нових радних места са друге стране. Држава мора настојати да води такву економску политику која ће стварати претпоставке за запошљавање и која ће самим тим олакшавати вођење социјалне политике. Једноставно речено, интерес државе мора бити, дакле, не у томе да материјално обезбеђује незапослена лица него да, пре свега ствара услове да она својим радом обезбеђују материјалну сигурност.

На крају треба констатовати да нови прописи који су донети у области државних органа и јавних служби представљају закаснели корак напред ка целовитом и потпуном усаглашавању са модерним захтевима ефикасног, професионалног, непристрасног и деполитизованог вршења ових значајних друштвених функција. Закаснели из разлога што су многе земље са подручја бивше Југославије овакво усклађивање прописа већ обавиле. Остаје да се види како ће нови прописи заживети у пракси и у једној нестабилној правној средини.

*Bojan Urdarevic, an assistant beginner*

## SPECIFIC APPROACH TO RESOLVING THE PROBLEM OF TECHNOLOGICAL SURPLUS OF MANPOWER IN THE REPUBLIC OF SERBIA STATE ORGANS AND PUBLIC ENTERPRISES

This work describes some characteristics of the approach to resolving the problem of surplus of manpower in the Republic of Serbia state organs and points out to some international regulations in this field.

The right to work is one of basic human rights guaranteed in numerous national and international acts. This right is not only important for the workers, but for employers too. The right to work for an employee is not finished with the date of his employment, but it lasts through the entire period of employment and is also embodied in his right to terminate the employment.

Dismissal by the employer, especially in the situation when a larger number of workers is dismissed is "beneficial" for the state since unemployment is one of the largest social risks. It creates the problem of providing social security for the unemployed and opening of new job positions. The state has to lead such an economic policy which will create prerequisites for the increase of employment and thus facilitate the realization of social policy. In other words, the state should not be interested in providing social welfare for the unemployed but, before all, in creating conditions in which people can work and take care of their material status themselves.

Finally, it should be mentioned that recently passed new regulations on state bodies and public enterprises came late from the point of view of their compliance with contemporary requirements of efficient, professional, independent and impartial execution of these significant social functions. Most of other former Yugoslav states harmonized their regulative in this field much before Serbia and Montenegro. How these new regulation will work in practice, remains to be seen.

*Зоран Јовановић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 340.131.4(497.11)*
*351.941(497.1)*

# ЗАШТИТНИК ГРАЂАНА (ОМБУДСМАН) У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

## 1. Уводне напомене

Идеја о увођењу омбудсмана у правни систем Републике Србије присутна је доста дуго. Но, како то у нашим условима често бива, од почетне идеје до реализације прође пуно времена. У нашем правном систему ова институција нашла је за сада место само на нивоу територијалне аутономије[1] и локалне самоуправе[2]. Иако су истакнути правни теоретичари још 60-тих година прошлог века заговарали његово увођење[3], одредбе актуелног Устава Републике Србије га не познају, нити је до сада, на основу општих овлашћења из Устава, донет закон којим би се он установио.

У упоредном праву присутне су бројне модификације ове институције које су израз одређених националних специфичности. Међутим, без обзира на све различитости, она је задржала кључне битне елементе свог идентитета према којима се разликује од других институција и према којима је препознатљива.

Омбудсман представља специфичну контролну институцију која врши надзор над радом, пре свега, органа државне управе, јавних служби, органа локалне самоуправе. Дакле, над радом оних субјеката који непосредно одлучују о правима и обавезама грађана и чијим радом, односно нерадом, могу бити

---

[1] Одлуком Скупштине АП Војводине 2002. године установљен је покрајински омбудсман, "Службени гласник АП Војводине", бр. 23/02.

[2] Према Закону о локалној самоуправи ("Службени гласник Републике Србије", бр. 9/2002) у јединици локалне самоуправе у Србији може се установити грађански бранилац (омбудсман) који штити индивидуална и колективна права и интересе грађана тако што врши општу контролу рада управе и јавних служби.

[3] Посебно треба издвојити Миодрага Јовичића и Јована Ђорђевића који су 70-тих година прошлог века заговарали увођење ове институције у наш правни систем. Од савремених аутора, који су се од краја 80-тих и почетка 90-тих година, залагали за увођење институције омбудсмана у наш правни систем и на ову тему објавили већи број радова, треба истаћи Драгана Милкова, професора Правног факултета у Новом Саду. Он је од 1994. године члан Међународног института омбудсмана - Едмонтон - Алберта, Канада. Био је руководилац међународног научног пројекта ОЕЦД-а на тему омбудсман (1989-1992), као и члан радне групе Међународног института за управне науке из Брисела на пројекту "Омбудсман" (1995-1998).

повређена нечија загарантована права или слободе. Међутим, ово је посебан (sui generis) орган. То није ни орган управе, ни судски, ни законодавни орган. Није ни орган инстанционе правне контроле и зато нема овлашћења да доноси мериторне одлуке о правима и обавезама грађана, а његове интервенције немају правно обавезујућу снагу. Његова активност испољава се у облику мера упозорења, указивања, давања мишљења, предлога и иницијатива. Он представља специфични вид спољне, јавне контроле рада, пре свега, управе, у функцији заштите и унапређења остваривања слобода и права човека у једном друштву. Из овакве улоге произашли су и одређени стандарди који се тичу положаја, надлежности и поступања овог органа.

## 2. О законским пројектима о омбудсману после 2000-те године

После промене власти 2000-те године питање увођења омбудсмана постаје поново актуелно и нове власти га стављају међу своје приоритетне задатке. Надлежна министарства Савезне Републике Југославије и Републике Србије припремају нацрт Закона о заштитнику људских права и слобода, односно нацрт Закона о народном адвокату у сарадњи са Саветом Европе, Мисијом ОЕБС-а у Београду и др.

Нацрт Закона о Заштитнику људских права и слобода израђен у Савезном министарству правде 2001. године, у сарадњи са Мисијом ОЕБСА-а и Савета Европе у Београду, био је прихваћен на седници Савезне владе и послат у скупштинску процедуру где ће и дочекати преуређење односа у СРЈ и доношење Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора. Овај Предлог закона израђен је по угледу на већ постојеће законе у земљама у транзицији. Наиме, Предлог закона је предвиђао стручну службу заштитника (реч је о инокосном органу) која би имала посебне организационе јединице у саставу и чији рад би требало да допринесе заштити посебно угрожених група. Тако је Предлог закона предвиђао организационе јединице за заштиту: 1) права детета; 2) права из радног односа, пензијског и инвалидског осигурања и синдикалних права; 3) права националних мањина; 4) личних права и слобода; 5) и других људских права и слобода које су биле у надлежности Заштитника по овом закону.[4] Заштитник би, сходно Предлогу закона, ради обављања послова могао образовати своје трајне или повремене канцеларије на подручју СРЈ.[5] Иако са правом рестриктивно постављена, једно од најважнијих заштитникових овлашћења било је да, у случајевима претераног одуговлачења судског поступка или у случајевима очигледне злоупотребе процесних овлашћења, поступа по представкама грађана и тражи од председника суда потребна објашњења, указује

[4] Члан 59. став 3. Предлога закона о Заштитнику људских права и слобода.
[5] Члан 5. став 2.

на потребу отклањања евентуалних неправилности у поступку.[6] Да је усвојено, овакво решење би, свакако, корисно утицало на рад судске власти.

Преуређење односа између Србије и Црне Горе које је резултирало доношењем Уставне повеље, онемогућило је доношење овог закона. Управо зато с правом се очекивало пуно од предлога Закона о Народном адвокату који је после дугог припремања, 17. маја 2002. године ушао у скупштинску процедуру да у њој остане све до пада Владе Србије 2003. године. Под "извињавајућим" разлозима, какви су "недостатак средстава у буџету", "битнији закони који чекају да буду усвојени", власт је учинила да и републички Предлог закона остане мртво слово на папиру.

Републички предлог Закона о Народном адвокату предвиђао је, такође, установљавање омбудсмана као инокосног органа у виду Народног адвоката. Међутим, у поређењу са верзијом савезног предлога Закона о Заштитнику људских права и слобода, републички предлог закона садржао је бројне недостатке. Пре свега, Народни адвокат није могао да образује специјализоване организационе јединице у циљу боље заштите посебних социјалних група (деца, националне мањине...), нити је могао да образује своје канцеларије, трајне или повремене, на простору Републике Србије.

## 3. О Предлогу закона о заштитнику грађана

На седници одржаној у јуну ове године, Влада Републике Србије усвојила је текст Предлог закона о Заштитнику грађана и доставила га Народној скупштини на усвајање. Предложена законска решења опредељују се за назив Заштитник грађана, као назив институције која се установљава, полазећи од тога да овај назив одговара изворном значењу шведског појма "омбудсман", а да је, са друге стране, примерен као назив институције националног законодавства.

Уставни основ за доношење овог Закона садржан је у одредби члана 72. став 1. тачка 2. и 11. Устава Републике Србије, којом је предвиђено да Република Србија, између осталог, уређује и обезбеђује уставност и законитост, као и да уређује и обезбеђује организацију, надлежност и рад републичких органа.

### 3.1. Основне одредбе[7]

Што се тиче садржине основних одредби, њима се установљава институција Заштитника грађана чија је улога, у складу са међународним стандардима, да штити права грађана и то путем специфичне контроле над радом Законом одређеног круга субјеката, у који спадају, пре свега, органи државне управе, а поред њих и сви други субјекти који директно или индиректно, својим радом,

[6] Члан 9.
[7] Члан 1-3.

могу да доведу до повреде права грађана. Тај круг субјеката обухвата све органе и организације (како државне, тако и органе и организације територијалне аутономије и локалне самоуправе), али и сва предузећа и установе када они, вршећи поверена јавна овлашћења, решавају о правима и обавезама грађана, а што може имати за последицу и повреду тих права, те, такође, обухвата и контролу над радом органа надлежног за заштиту имовинских интереса Републике (јавног правобраниоца), који својим радом, индиректно, штитећи имовинске интересе Републике, може да повреди права грађана. У даљем тексту прецизно се уређује "домет" надлежности Заштитника грађана као и ко се, под појмом грађанин, подразумева у смислу овог Закона.

Из претходног произилази и друга значајна улога Заштитника грађана која се састоји у старању о заштити и унапређењу људских слобода и права.

Предложеним основним одредбама такође је, на општи начин, истакнут положај Заштитника грађана, чија се улога у друштву може остварити само ако је овај орган независан и самосталан у свом раду и ако је заштићен од политичких и сваких других утицаја.

Предложена могућност да се послови Заштитника грађана могу обављати и у канцеларијама ван његовог седишта у Београду има за циљ да створи правни основ да се ова институција приближи грађанима тиме што би им и фактички била доступнија месту у коме живе и раде и у коме, највећим делом, и остварују своја права. Истовремено, имајући у виду да се ради о институцији која тек треба да заживи и нађе своје адекватно место у друштву, предлаже се да одлуку о образовању канцеларија, ван седишта, доноси Заштитник грађана и то кроз општи акт о организацији. Како је наредним одредбама предложено да на овај акт Заштитника грађана сагласност даје Народна скупштина Републике Србије, то значи да ће коришћење ове законске могућности бити резултат заједничког сагледавања и процене развоја ове институције и материјалних и других могућности и потреба за њеним ширењем.

### 3.2. Избор и престанак функције[8]

Једно од основних правила, када је реч о овој институцији је да се поступком избора, правним положајем лица које је носилац функције у институцији и поступком и разлозима за престанак функције обезбеди максимална независност, самосталност, политичка неутралност, а тиме и ауторитативност лица коме је поверено да се стара о заштити права грађана. Ово, пре свега, стога што, као што је већ речено, ова институција нема овлашћења да доноси правно обавезујуће одлуке, већ се њен утицај усмерава на исправљање учињених повреда права или превентивно деловање на органе да повреде не чине, успех у

[8] Члан 4-16.

раду зависи, фактички, искључиво од ауторитета који у друштву ужива личност која обавља функцију.

Мада у упоредном праву има и другачијих примера (Велика Британија, Француска, Аустрија, Нови Зеланд), сматра се да је један од међународних стандарда да одлуку о избору и разрешењу омбудсмана треба да донесе парламент. У том смислу предлаже се да Заштитника грађана бира Народна скупштина и то на предлог Одбора надлежног за уставна питања.

Да би Заштитник грађана био особа од општег поверења, чиме би му се и у друштву дао потребан ауторитет, такође један од стандарда, који је прихватио велики број земаља, је да се избор врши квалификованом већином. У неким земљама то је већина од укупног броја чланова парламента (нпр. Литванија), у некима 2/3 укупног броја чланова парламента (нпр. Мађарска, Словенија, Португал, Молдавија), а у некима, као што је Шпанија, чак 3/5 укупног броја посланика у парламенту. Једна од основних сугестија како домаћих, тако и страних експерата у току припреме законског текста била је да се за доношење одлуке о избору, односно разрешењу Заштитника грађана предвиди квалификована већина народних посланика. Уважавајући суштински смисао и значај наведеног стандарда и у том смислу изнетих сугестија, приликом предлагања законских решења морала се имати у виду одредба члана 80. став 1. важећег Устава Републике Србије која изричито предвиђа да "Народна скупштина одлучује већином гласова на седници којој присуствује већина од укупног броја народних посланика, ако Уставом није предвиђена посебна већина." С обзиром на овакво уставноправно ограничење, предлог било ког другачијег законског решења, када је реч о доношењу одлуке Народне скупштине о избору, односно разрешењу Заштитника грађана, био би неуставан. У дилеми да ли да се установљавање ове институције одложи до доношења новог Устава којим би се обезбедио правни основ за примену међународног стандарда или да се приступи њеном образовању и тиме отвори пут за ефикаснију заштиту слобода и права грађана, предлагач се определио за ово друго решење и то из два разлога: са једне стране, иако се ради о прихваћеном стандарду, примери земаља у којима институција типа омбудсмана успешно функционише и у случајевима када се он, као што је наведено, чак и не бира од стране парламента, указују да начин избора, а посебно не већина којом се одлука о избору доноси, нису једини битан и опредељујући услов за успешно функционисање институције и, друго, предложено законско решење фактички је привременог карактера с обзиром на то да ће доношење новог Устава бити прилика да се и ово питање уреди на адекватан начин.

Међутим, и у условима ограничавајућих уставних решења, предложени начин утврђивања предлога за избор Заштитника грађана, односно доследно томе за његово разрешење, а о коме се Народна скупштина изјашњава, обезбеђује заправо да Заштитник грађана буде изабран вољом већине народних посланика која је далеко изнад формално потребне већине предвиђене Уставом. Наиме, као прво: предлаже се да овлашћени предлагач за избор Заштитника

грађана буде Одбор за уставна питања, као радно тело Народне скупштине у коме су сразмерно заступљени представници свих посланичких група у Народној скупштини, чији је председник – председник Народне скупштине и у чијој надлежности је, између осталог, разматрање начелних питања примене Устава, међу којима свакако посебан значај има примена Устава у делу који се односи на људске слободе и права. Друго: што је од суштинског значаја, предлаже се да Одбор предлог за избор/разрешење Заштитника грађана утврђује већином гласова од укупног броја својих чланова, дакле квалификованом већином. Предлог утврђен квалификованом већином у Одбору неминовно ће имати за последицу да ће и сама одлука у Народној скупштини бити донета уз поверење (односно неповерење, ако је у питању одлука о разрешењу) заиста преовлађујућег дела народних посланика.

Што се тиче самих услова за обављање функције Заштитника грађана, строгих стандарда у погледу њиховог прописивања нема, али је уобичајено, као што се овим Законом предлаже да то лице треба да буде домаћи држављанин, по струци дипломирани правник са одређеним професионалним искуством како би успешно могао контролисати рад органа над којима има законом утврђене надлежности и тиме успешно остваривао функцију заштите права грађана, да поседује високе моралне и стручне квалитете како би, својим личним ауторитетом и интегритетом, обезбедио остваривање законске улоге овог органа и, коначно: да има запажено искуство у области заштите права грађана како би се могао успешно, у складу са Законом, старати о заштити и унапређењу људских слобода и права. Предлагач се, користећи искуства највећег броја земаља у свету, определио да Заштитник грађана треба да буде лице правне струке, с обзиром да је за успешно обављање послова из надлежности овог органа, посебно у зачетку институције и посебно у условима постојећег нивоа и функционисања органа чији рад Заштитник грађана треба да контролише, ова врста стручности и професионалног искуства од не малог значаја.

Посебан значај имају предложене одредбе о политичкој неутралности Заштитника грађана и о неспојивости ове функције са било којом другом јавном функцијом, професионалном делатношћу или обављањем друге дужности или посла који би могао утицати на његову самосталност и независност. Ове одредбе су гаранција непристрасности лица које се налази на месту Заштитника грађана и треба да буду гаранција да ће то лице свим грађанима на једнак начин помоћи у заштити њихових права и тиме допринети афирмацији начела владавине права.

Предложене одредбе о мандату од пет година, дакле нешто дуже но што је мандат Народне скупштине, као и о имунитету део су укупног правног положаја овог органа.

Један од, такође, готово општеприхваћених принципа (са изузетком нпр. Аустрије) је инокосност овог органа. Полазећи од тога, али и од потребе да се обезбеди ефикасно обављање послова, предлаже се да Заштитник грађана има одговарајући број заменика који му помажу у обављању Законом утврђених надлежности. Упоредна пракса показује да се број заменика, по правилу, креће

између три и пет. С обзиром на околности у којима ће Заштитник грађана деловати (круг и број органа подложних контроли, "домен" контроле, односно чињеницу да на територији Републике Србије у оквиру својих надлежности делују и Покрајински омбудсман и грађански браниоци у јединицама локалне самоуправе, неопходност да се за нову институцију обезбеде и материјална средства за рад и др.) предлагач се определио за решење по коме би Заступник грађана имао четири заменика.

Из правне природе Заштитника грађана као инокосног органа произлази и правни положај његових заменика, који послове обављају у оквиру овлашћења која им Заштитник грађана пренесе, при чему предложена решења посебно воде рачуна о томе да се преносом овлашћења обезбеди одређена врста специјализације заменика Заштитника грађана за поједине области, нарочито оне области, односно оне категорије лица у односу на које повреда њихових права може да доведе до посебно тешких последица, а то су пре свега лица лишена слободе, деца, припадници националних мањина и особе са инвалидитетом. У упоредном законодавству позната је и пракса да, поред институције "општег омбудсмана", постоје и, условно речено, "специјални омбудсмани", на пример за заштиту права детета. Искуства других земаља показују да је ова пракса, по правилу, последица развијања и јачања "општег" заштитника права, те се и предлагач определио за истоветан пут обезбеђујући предложеним решењем да се у почетној фази установљавања и рада нове институције на најрационалнији и најекономичнији начин обезбеди ефикасна заштита права и ових специфичних категорија лица о којима свака држава и друштво имају посебну обавезу да се старају.

Осим услова за избор, који су по природи ствари нешто "блажи" за заменике Заштитника грађана и решења по коме је, као инокосни орган, Заштитник грађана овлашћени предлагач својих заменика Народној скупштини, све остале одредбе, које се односе на Заштитника грађана, примењивале би се и на његове заменике.

Што се тиче престанка функције Заштитника грађана (и његових заменика), предложене одредбе су, такође, у складу са очувањем независности и самосталности овог органа. У низу законодавстава других земаља постоје истоветни разлози како за престанак функције у случају наступања одређених објективних околности (губитак држављанства, смрт и друго), тако и у погледу разлога који су основ за разрешење. Сви ови разлози најсличнији су разлозима за престанак судијске функције, што управо произлази из потребе да положај носиоца ове функције, када је реч о његовој независности, буде врло сличан положају судије. У истом циљу је и предложени поступак разрешења који, као и код избора, у фази покретања поступка, односно предлагања разрешења захтева широку подршку у Народној скупштини, односно мора да буде израз воље значајне већине у Народној скупштини.

### 3.3. Надлежност[9]

Основна надлежност Заштитника грађана је да контролише повреде права које су учињене било чињењем (правни акти или радње) органа управе и других субјеката чији је рад Заштитник грађана овлашћен да контролише, било њиховим нечињењем (када су били дужни да донесу акт или предузму радњу) и то све у случају да се ради о повреди републичких закона, других републичких прописа и општих аката. На овај начин прави се јасно разграничење између Заштитника грађана и истоврсних институција на нижим нивоима – Покрајинског омбудсмана и грађанског браниоца (омбудсмана).

Као што је већ указано, Заштитник грађана је институција независне спољне контроле управе (схваћене у најширем смислу). Он није једна од инстанци у редовној контроли. Зато је његова контролна функција специфична и не ограничава се на контролу законитости рада контролисаних субјеката (коју у оквиру редовног система надзора врши надређени орган, односно у оквиру судске контроле законитости управних аката – надлежни суд). Особеност Заштитника грађана је у томе што кроз овлашћење да контролише и правилност рада управе представља и заштитника грађана од тзв. лоше управе (maladministration), а то значи од оних поступака управе који се испољавају као неажурност у раду, лош однос према странкама и сл., а што у пракси неретко има за последицу повреду неког права странке.

Од контроле Заштитника грађана изричито се изузимају рад Народне скупштине, Председника Републике и Владе као колегијалног органа извршне власти (за разлику од министарстава која су као носиоци управне власти најзначајнији субјекат контроле), што је стандард прихваћен без изузетка у свим земљама, као и судови и јавна тужилаштва, што је преовлађујућа пракса у свету, која се препоручује због очувања независности ових органа.

Поред ове основне, контролне функције, Заштитник грађана има још две битне надлежности. Једно је право законодавне иницијативе, а друго право на покретање поступка за оцену уставности и законитости свих општих аката којима се уређују питања која се односе на слободе и права грађана, о чијој заштити и унапређењу се овај орган стара.

Када је реч о праву законодавне иницијативе одредба става 2. члана 80. Устава Републике Србије такође је представљала препреку да се предложеним законом непосредно установи ова надлежност Заштитника грађана. Наиме, наведена одредба таксативно одређује круг субјеката који имају право законодавне иницијативе (Влада, сваки народни посланик, скупштина аутономне покрајине или најмање 15.000 бирача) и не даје могућност да се законом овај круг прошири. Да би се ова уставноправна препрека превазишла, предложено је решење којим се Заштитнику грађана даје овлашћење да може

[9] Члан 17-23.

Влади поднети одговарајуће иницијативе, било за измену или допуну важећих прописа, било за доношење нових, уз обавезу Владе да их разматра. Осим тога, предвиђа се овлашћење Заштитника грађана да у поступку припреме свих прописа којима се уређују питања од значаја за заштиту права грађана даје своје мишљење на решења која се предлажу.

Имајући у виду да је опште правило да овај орган нема права нити да доноси правно обавезујуће одлуке, нити да својим актом мења одлуке органа чак и када је неспорно утврдио повреду права, он тако нема ни права да према било коме ко је одговоран за учињену повреду права предузме мере, односно примени неку санкцију. Једино овлашћење које може имати у односу на лице(а) одговорно за учињену повреду права је да, како је предложено, јавно препоручи разрешење када је у питању одговорни функционер, односно да иницира покретање дисциплинског поступка када се ради о запосленом који је непосредно одговоран за учињену повреду права. Конкретна овлашћења која се Заштитнику грађана могу дати законом, јасно указују да је његово деловање, пре свега, моралне природе, што свакако може да доведе у питање ефикасност заштите коју треба да пружи грађанима. Међутим, ова институција није замишљена као замена за све постојеће процедуре и систем утврђивања и санкционисања одговорности, те је тим пре разумљиво инсистирање на томе да процедуром избора треба обезбедити да ову функцију обавља особа од високог општег поверења и ауторитета, јер ће у том случају и овакве мере, које му стоје на располагању, позитивно утицати на рад управе и заштиту права грађана. Наравно, специфичан положај Заштитника грађана да не може сам да предузима конкретне мере не искључује његово овлашћење да покрене одговарајући поступак пред надлежним органима ако нађе да у радњама функционера или запосленог у контролисаном органу има елемената кривичног или другог кажњивог дела.

Једно од посебних права Заштитника грађана у остваривању његових законом предложених надлежности је да има несметан приступ како установама за извршење санкција, тако и свим другим местима на којима се налазе лица лишена слободе (притворске јединице, установе за лечење ментално оболелих лица, азили идр.), као и да има право да насамо разговара са лицима лишеним слободе.

### 3.4. Поступак[10]

Предложеним одредбама детаљно је уређен поступак који Заштитник грађана спроводи у извршавању својих законом предвиђених надлежности које се односе на контролу рада управе.

[10] Члан 24-32.

Као прво, иако се и за саму институцију предлаже назив Заштитник грађана, те се сходно томе уређује заштита права грађана, под појмом грађанин, у смислу овог закона не подразумева се, нити се може подразумевати само физичко лице које је домаћи држављанин. Правило је, што се предложеним одредбама и експлицитно наводи да право да се обрати Заштитнику грађана и да тражи његову интервенцију има свако ко је под јурисдикцијом органа односно субјеката чији рад Заштитник грађана има право да контролише. Стога је предложено да се Заштитнику грађана може обратити свако физичко или правно лице, било домаће, било страно, ако сматра да му је радом (актом, радњом или нечињењем) органа над којим Заштитник грађана има ингеренције, повређено неко право.

У односу на уређивање питања поступка стандарди упућују да треба обезбедити приступачност ове институције грађанима, што подразумева да поступак за обраћање грађана треба да буде што је могуће једноставнији и да грађани не смеју имати никакве трошкове у вези са својим обраћањем овом органу. У том смислу предлаже се да Заштитник грађана поступак може да покрене на основу притужбе коју је поднело лице које сматра да су му повређена права или по сопственој иницијативи (на основу сопственог сазнања или сазнања добијених из других извора, што, изузетно, може да укључи и анонимне притужбе). Такође, притужба нема строгу форму. Може бити поднета у писаној форми или усмено на записник стручној служби Заштитника грађана. Мора да садржи само неопходне елементе за поступање Заштитника грађана. Подносилац има право да тражи од стручних лица у служби Заштитника грађана да му пруже стручну помоћ у састављању притужбе. И, коначно, подношење притужбе, пружање стручне помоћи и све друге радње, које Заштитник грађана спроводи у поступку, бесплатне су за подносиоца притужбе.

Још једна од специфичности овог органа је да он "ступа на сцену" тек након што је подносилац притужбе покушао да заштити своја права у одговарајућем правном поступку. И ова специфичност је последица његове природе и правног положаја, јер Заштитник грађана нити може, нити сме да замени редовну процедуру контроле законитости рада и аката појединих органа, прописану одговарајућим законима, нити је његова улога да се меша и утиче на рад и одлучивање органа надлежних за поступке редовне контроле (другостепени органи управе, органи који врше контролу по праву надзора, односно судови у управном спору). Предвиђају се само два изузетка од овог правила: први је у случају кад интервенција Заштитника грађана може да спречи ненадокнадиву штету која би била нанета подносиоцу притужбе ако би он пре обраћања Заштитнику грађана морао да исцрпи сва правна средства која му стоје на располагању, а други је ако се притужба не односи на незаконитост поступања органа, већ на правилан и коректан рад органа, што се уобичајено означава као принцип "добре управе", а односи се, посебно, на примену, односно у овом случају кршење правила етичког кодекса понашања запослених у органу.

Поступак, који Заштитник грађана води, не окончава се одлуком у формалноправном смислу. Ако након утврђивања свих релевантних чињеница дође до закључка да у раду органа није било недостатака, Заштитник грађана ће о томе обавестити подносиоца притужбе, а ако утврди да су у раду органа постојали недостаци, упутиће органу препоруку о томе како да уочени недостатак отклони. Како Заштитник грађана не може да доноси правно обавезујуће одлуке, то ни орган коме је препоручено отклањање уоченог недостатка не може бити обавезан да ту препоруку поштује, али има обавезу да у Законом предложеном року обавести Заштитника грађана да ли је по препоруци поступио, а ако није, зашто није. Средства која Заштитнику грађана, осим сопственог ауторитета, стоје на располагању да утиче на органе да поступају у складу са његовим препорукама су обавештавање јавности и Скупштине, као и упућивање препоруке да се утврди одговорност функционера који руководи органом који је игнорисао добијене препоруке за отклањање недостатака у раду, а које су за последицу имале повреду нечијег права. Свакако да је потребно одређено време да ова институција и начин њеног функционисања заживе у пракси тако да реално остварују улогу која им је законом намењена. Међутим, пракса широм света показује да, без обзира што у првом тренутку некоме може деловати да то није реално, општа подршка друштва овој институцији заиста има позитивних ефеката на процес демократизације и поштовање начела законитости у раду управе.

### 3.5. Извештај Скупштини и сарадња Заштитника грађана са другим органима[11]

Следеће опште правило везано за ову институцију је јавност њеног рада. Не само да обраћањем јавности Заштитник грађана врши утицај на органе управе да исправе учињене повреде права, већ извештавањем Народне скупштине и објављивањем тих извештаја на својој Интернет страници, као што се предлаже, чини доступним јавности податке о уоченим недостацима у раду органа које је контролисао и на основу тога даје предлоге у правцу побољшања положаја грађана у односу на управу.

Ради ефикасног деловања Заштитника грађана, али и других органа и служби надлежних за питања заштите права грађана, предложене су одредбе којима се уређује сарадња овог органа са покрајинским и локалним омбудсманима, а такође и са надлежним службама Председника Републике и Народне скупштине које се, у ширем смислу, баве питањима блиским надлежностима Заштитника грађана.

С обзиром на подељену надлежност Заштитника грађана, Покрајинског омбудсмана и грађанског браниоца (омбудсмана) јединице локалне самоуправе,

[11] Члан 33-35.

на сугестију Покрајинског омбудсмана, предложено је уређивање међусобне комуникације ових органа, како би се избегли случајеви позитивног или негативног сукоба надлежности, а исто тако и разрешило поступање у случају подељене надлежности, а све у циљу обезбеђивања ефикасне заштите грађана. Предложени принцип се намеће из саме надлежности и положаја ових органа: Заштитник грађана поступа само по притужбама и у стварима које се односе на повреду републичког закона, другог прописа или општег акта. У свим осталим случајевима (повреда покрајинског или локалног прописа или општег акта) без одлагања притужбу доставља надлежном омбудсману; на исти начин vise versa поступају и ови органи када приме притужбу која се односи на повреду не покрајинског или локалног прописа, већ републичког закона, односно другог републичког прописа или општег акта; и на крају ако се притужбом указује и на повреду републичких и на повреду нижих прописа, орган коме је притужба поднета поступаће по њој у границама своје надлежности, а копију ће, без одлагања, проследити другом органу како би он поступао у оквиру својих надлежности.

### 3.6. Право на плату[12]

Као део самосталности и независности носиоца функције Заштитника грађана, као и у другим сличним случајевима, поставља се и питање његовог ранга, односно висине плате коју прима за обављање функције која је професионална и једина којом се то лице (и његови заменици) могу бавити. Користећи примере из упоредноправне праксе, предлаже се да параметар за одређивање плате Заштитника грађана и његових заменика буде плата председника, односно судије Уставног суда, што је примерено, како са становишта функције и послова које обављају, тако и узимајући у обзир да ће Заштитник грађана као орган, попут Уставног суда, имати врло ограничени број носилаца функције.

### 3.7. Средства за рад Заштитника грађана[13]

Коначно један од стандарда који се неизоставно истиче, односи се на одређену финансијску самосталност овог органа. С обзиром на то да се ради о државном органу, чији се рад неминовно финансира из буџета Републике Србије, и полазећи од општих прописа о буџетском систему, предложено је решење према коме Заштитник грађана самостално сачињава предлог средстава потребних за рад у следећој години и доставља га Влади како би га Влада укључила у Предлог закона о буџету, као његов саставни део. Приликом сачињавања предлога Заштитник грађана има обавезу да примени методологију

[12] Члан 36.
[13] Члан 37.

и критеријуме који важе за све буџетске кориснике. То значи да Влада нема овлашћење да мења предлог који јој је достављен, али га може вратити Заштитнику грађана ако није сачињен на прописани начин. Што се тиче обима годишњих средстава за рад која се предвиђају буџетом, а која су једини извор финансирања рада овог органа, предлаже се да њихов обим буде условљен са два критеријума: један је да је обим средстава довољан да омогући нормално, ефикасно функционисање овог органа, а други да је у складу са макроекономског политиком Републике, с обзиром на то да је он само један од корисника Буџета, за кога, као и за остале, морају важити општа правила.

### 3.8. Стручна служба[14]

Као и сваки функционер који руководи државним органом Заштитник грађана, у складу са општим прописима, доноси акт о организацији и систематизацији послова у стручној служби која се образује за вршење стручних и административних послова. Сходно свом положају старешине органа, Заштитник грађана самостално одлучује о пријему у радни однос запослених у стручној служби, укључујући и генералног секретара, који оперативно руководи радом службе. На све запослене у стручној служби примењују се прописи којима се уређује радноправни статус државних службеника.

## Закључак

С обзиром на усмерење актуелне власти у правцу јачања демократских процеса, а тиме и у правцу развоја институција које ће те процесе поспешити, доношење овог Закона треба да допринесе заштити појединаца од незаконитог и лошег рада органа власти и представљаће додатну гаранцију за остваривање начела једнакости грађана пред законом. Истовремено, доношењем овог Закона Србија испуњава и једну од својих међународних обавеза које произилазе из чланства у Савету Европе.

Предложена решења представљају резултат сарадње како са домаћим, тако и са међународним експертима Савета Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС). Она су и резултат одржане стручне јавне расправе на којој су активно учешће имали и Покрајински омбудсман Војводине и један број невладиних организација које се баве заштитом људских слобода и права. Бројне сугестије и предлози, који нису били у супротности са важећим Уставним нормама, а који су упућени, како од страних експерата, тако и од домаће стручне јавности и невладиних организација, уграђени су у предложени текст, како би будућа законска решења била максимално усклађена са међународно признатим стандардима.

[14] Члан 38.

*Zoran Jovanovic, an assistant beginner*

## THE PROTECTION OF CITIZENS IN THE LEGAL SYSTEMOF THE REPUBLIC OF SERBIA (OMBUDSMAN)

Since the current government is determined to pursue with the strengthening of democratic processes in Serbia and development of institutions that will support these processes, passing of this law will contribute to more successful protection of individuals from illegal and unlawful activities of government bodies and officials. It will also represent an additional garantee for the realization of the principle that all citizens are equal before law. At the same time, the adoption of this law will mean that Serbia is fulfilling its international obligations imposed by its membership in the European Council.

The proposed solutions are the result of the cooperation with national and international experts from the European Council and OSCE and came after professional public discussion curried out by Vojvodina Province Ombudsman and several NGOs dealing with the protection of human liberties and rights. A number of suggestions proposed by domestic and foreign experts and NGOs, which were in conflict with the existing constitutional norms, are also incorporated in this text so that future legislation will be in compliance with intrnationally recognized standards.

*Дејан Матић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 342.22*

# ПРАВНА ДРЖАВА КАО ОКВИР ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

Још од времена борби против свепрожимајуће власти апсолутног монарха, правна држава представља основни принцип и идеју водиљу око које се окупљало слободно грађанство у борби за остваривање слобода и права ускраћених им у полицијској држави апсолутизма. Од тада, па све до данас, ова идеја заузима изузетно важно место, представљајући вредност по себи, како у правној филозофији, тако и у теорији и пракси државе и права. Захтев за правном државом, актуелан пре још четири века, још увек може да се чује у многим срединама и данас. Чини се да су ови захтеви посебно јасно истакнути у постсоцијалистичким друштвима која, након вишедеценијског закашњења, тек треба да у своје државне поретке угради несумњиве цивилизацијске, организационе и правне вредности којима се идеја правне државе одликује. Но, пре него што се упустимо у детаљније разматрање форме и садржине појма правне државе, сматрамо да је нужно, услед њихове нераскидиве испреплетености, да се претходно позабавимо начелима уставности, законитости и владавине права. Тек онда, идеја правне државе може бити разматрана у правом светлу.

Хијерархијска усклађеност свих елемената правног поретка (нижих правних аката и људских понашања по њима са уставом и законом као виших елемената) представља основни чинилац којим се обезбеђује јединство самог поретка и ефикасност у остваривању његових циљева. Под уставношћу се стога подразумева непротивуречност нижих правних аката са уставом, док би се под законитошћу подразумевала непротивуречност нижих правних аката закону. Уколико и устав одредимо као посебну врсту закона највише правне снаге, онда би појам законитости у ширем смислу могао обухватити свеукупну хијерархијску усклађеност правног поретка.[1] Уколико на овај начин одредимо начело законитости, можемо да уочимо његов нормативан, формално-правни карактер. Често се овакво одређивање овог начела назива европско

[1] Видети Кошутић, Б, Лукић, Р, Увод у право, Београд, 2004, стр. 363-364.

континенталним схватањем значења начела законитости.[2] Овакво схватање се заснива на богатој вишевековној традицији римске јуриспруденције и делима најзначајнијих римских правника. Чврст, хијерархијски уређен и логички усклађен правни систем који су изградили римски правници, представљао је идеал и циљ којем се тежи у континенталној Европи, неизбежно обележивши значење начела законитости на том простору. Овакав прагматичан поглед на ово начело може се пратити од радова римских правника, преко егзегетичке правне школе, све до савремених нормативистичких теорија о праву и држави.[3] Оно што одликује овакав приступ јесте сасвим исправно схватање да правне норме постоје да би се људи понашали по њима и на тај начин остварили правни поредак у највећој могућој мери. Како је правни поредак заснован на строгом уважавању начела хијерархије, следи да само сагласност, односно, непротивуречност нижих аката са вишим може да обезбеди њихову исправну примену, строго формално говорећи. Питање које постаје неизбежно оваквим одређењем овог начела, односи се на могућност његовог свођења искључиво на формалну сагласност нижих аката са вишим. Чак и ако не прихватимо Келзеново схватање о логичкој затворености правног система[4] и у појам правног поретка уведемо и вредносни елемент (а он не мора у свим друштвеним поредцима бити исти), смемо ли устврдити да и у ауторитарним, диктаторским државама у којима нема ни поделе власти, ни практичног поштовања људских права и слобода, постоји поштовање начела законитости? Одговор на ово питање свакако није једноставан. Уколико законитост посматрамо строго нормативистички, формално, може се рећи да се и у ауторитарним државама примењује и поштује начело законитости, али искључиво као техничко-правно начело, то јест, као својеврсно организационо средство. Државни су органи у таквим државама везани правом, са изузетком највишег органа недемократске државе, који је правно неограничен, односно суверен.[5] С друге стране, уколико у појам законитости укључимо вредносни елемент који би одређивале друштвене вредности карактеристичне за демократске државе, могли би смо устврдити да начело законитости обухвата, не само формални склад правних аката, већ и везаност врховне државне власти објективним правом, у интересу друштва у целини. Овакво схватање начела законитости има изразитији друштвено-политички карактер и знатно се приближава његовом англосаксонском схватању.

Друго главно схватање значења начела законитости може се открити у англосаксонском систему права. Постоји више термина којима се ово начело означава у англосаксонској теорији права и правној пракси, а најчешћи и најуобичајенији је израз Rule of Law. У свом буквалном, најужем значењу,

[2] Видети Митровић, Д, О правној држави и другим правним темама, Београд, 1998, стр. 69.
[3] Видети Келзен, Х, Општа теорија права и државе, Београд, 1998.
[4] Видети ibidem
[5] Видети Кошутић, Б, Лукић, Р, Op. cit

овим изразом се означава владавина закона, док би у нешто ширем значењу он најбоље одговарао појму владавина права. Поред овог термина често се користе и изрази "government under law, који у ужем смислу означава владу која је ограничена законом (правом), а у ширем смислу администрацију (управу) која је ограничена законом (правом), и due process, који представља поступак за заштиту људских права и слобода који у правном систему одређују или народ или држава".[6] Овако схваћено начело законитости (владавина права) представља један од камена темељаца уређења модерних либерално-демократских држава. Принцип владавине права, који у својој суштини заправо тражи да правни систем створи оквир деловања свих чланова друштва ван кога ни грађани ни државна власт не смеју изаћи, настаје релативно давно, у оквиру теорије права Џона Лока[7] и других либералних теоретичара права. Тако Лок сматра да је слобода људи у друштву заправо слобода од апсолутне арбитрарне власти ограничене законима који имају за циљ да очувају и увећају слободу.[8] Начело владавине права има за циљ да заштити појединце обезбеђујући да владају закони, а не људи.[9] У Уставу САД, начело владавине права посебно се истиче у Петом, Четрнаестом и Петнаестом амандману на Устав САД. Тако се у Петом амандману гарантује да нико не може да буде лишен живота, слободе или својине без одговарајућег поступка прописаног законом (due process of law). Овим се практично изражава један од најважнијих принципа америчког устава (израженог истим речима и у Четрнаестом амандману). Намећући чврста ограничења државној моћи, ови амандмани обезбеђују једнаку заштиту свих грађана и њихових права од неконтролисане државне моћи. Такође, пошто сам израз представља својеврсни правни стандард, њиме се такође обезбеђује и заштита многих индивидуалних слобода и остваривање једнакости пред законом. Једно од најчувенијих позивања на принцип владавине права у америчкој правној литератури је, од тада много цитирани, Устав Масачусетса из 1780. године у делу који се односи на оправдање примене принципа поделе власти, где Џон Адамс, један од писаца овог устава, каже да једино чврста подела власти установљена тим уставом, има за циљ да установи владавину закона, а не људи.[10]

С обзиром да у Великој Британији не постоји кодификовани устав, њихов је приступ начелу владавине права нешто другачије заснован него што је то случај у САД. Посебно значајно место у утемељењу концепта владавине права у Великој Британији припада Алберту В. Дајсију. Према његовом схватању начело законитости, то јест, начело владавине права, представља знатно више од једноставног постојања закона и реда. Тако, Кошутић истиче да Дајси

[6] Митровић, Д, Op. cit, стр. 69.
[7] Видети Лок, Ц, Две расправе о влади, књига I и II, Београд, 1978.
[8] Видети ibidem, стр. 37.
[9] Видети Кошутић, Б. Лукић, Р, Op. cit, стр. 365.
[10] Видети Устав Масачусетса, Део први, члан XXX, 1780.

означава четири основна обележја владавине права и то: "а) нико не треба да буде кажњен осим за прекршај права; б) једнака подложност закону, тј. Једнакост пред законом; в) када је право прекршено, мора постојати извесност казне за прекршиоца; г)права и слободе појединаца су утемељене у редовном праву земље (ordinary law), тј. грађани су овлашћени да траже од common law судова заштиту у случају повреде њихових права, без обзира на то да ли су повреду претрпели од приватног лица или државног службеника".[11] Дајси сматра да остваривање ових обележја обезбеђује потпуну превласт закона у односу на утицај арбитрарне власти и њено потпуно искључивање, као и ограничавање широке дискреционе власти владе. Такође, ова обележја владавине права омогућавају остваривање потпуне једнакости пред законом који примењује редован суд.[12] Уколико начело владавине права посматрамо из угла европско континенталног правног система, могли би смо га одредити као појам начела законитости у материјалном смислу, који је врло близак друштвено-политичком појму законитости европско континенталног система. Но баш као ни нормативистички, формално-правни појам начела законитости, ни начело владавине права, које се како смо већ видели, залаже за деловање власти у складу са писаним законима једнако према свима, по себи не захтева посебну демократску садржину закона, већ просто објашњава како правни систем треба да спроводи право. Ово свакако има за последицу да многа недемократска друштва која имају мало или нимало поштовања за људска права могу тврдити да начело владавине права игра значајну улогу у њиховој средини. Свакако, ово може важити само ако начело владавине права посматрамо са његове формалне стране. Никако се не сме пренебрегнути већ напоменута чињеница да је владавина права либерално-демократски концепт и да уколико посматрамо садржину овог начела, она нужно мора да садржи демократска права и слободе и средства за њихову заштиту, систематизоване општеобавезујуће норме као и независне и сталне судове. Ово начело свакако има за циљ и сагласност самог права са вредностима које ће допринети настанку слободног друштва.

Појам правне државе заузима изузетно важно место у правној теорији и пракси. Па ипак, упркос својој важности, сам појам као да није увек најјаснији. Несумњиве везе државе и права, јединство државноправног поретка као и поједина одређења самог појма државе[13], чине да појам правне државе у најмању руку има више од једног могућег значења. С обзиром на повезаност државе и права и чињеницу да ни држава ни право не могу постојати самостално, независно једно од другог, неизбежно се намеће теза о правном карактеру сваке државе. Можемо ли стога рећи да је свака држава, правна

[11] Кошутић, Б, Лукић, Р, Op. cit
[12] Видети Dicey, A, V, Introduction to the study of the law and constitution, London, 1950, стр. 189-194.
[13] Видети Келзен, Х, Op. cit

држава? Очигледно је да је појам правне државе по себи противуречан те стога морамо покушати да направимо разлику између могућих значења овог појма. Држава је несумњиво правна организација, прожимање права и државе од ње свакако чини правни облик. Задржимо ли се за тренутак на овој, несумњиво тачној тези, можемо без оклевања да закључимо да је свака држава, захваљујући свом правном облику, правна држава. Наравно, то свакако не значи да је сваки правни облик државе исти. Напротив, правни облици државе нису исти, па правном државом, као творевином позитивног права, у овом смислу можемо назвати и демократску, али и аутократску, бирократску, тоталитарну, либералну и деспотску државу. Сходно томе, није тешко разликовати више правних образаца државе којима одговарају конкретни правни облици. Тако, можемо разликовати најшири појам правне државе као обрасца саме државе по себи, затим појам правне државе као нововековног обрасца државе и појам правне државе као обрасца људске правде.[14] Први појам, као најшири, може да обухвати све појавне правне облике државе, од првих држава са законима, преко законске државе, све до правне државе каква настаје у Немачкој у првој половини 19. века.[15] Правна држава као нововековни образац државе обухвата законску државу 18. и 19. века, као и правну државу насталу крајем 19. века. Последњи појам правне државе као обрасца људске правде обухвата само демократску правну државу, односно само ону правну државу у којој постоје чврсте гаранције свих грађанских и људских права и слобода, другим речима обухвата државу као правну вредност. Дакле, када говоримо о правној држави у правом смислу, као посебном правном облику државе, можемо утврдити да она настаје пре отприлике два века у Немачкој и да представља прву државу заиста утемељену на праву у којој постоји начело контроле власти и у којој је извршна власт потчињена начелу законитости. Ова правна држава је обухватала у себи, како општу правну обавезност правних правила, тако и гарантовање људских и грађанских права и слобода. Општеобавезујући карактер правних норми има посебан значај за рад државних органа, нарочито управних и судских, чија потчињеност праву представља један од камена темељаца правне државе. Но, упркос томе што је управна власт потчињена праву, а грађанима гарантована одређена права и слободе, концепт правне државе која је настала у Немачкој није остварио све захтеве правних теоретичара, нити је успео да обезбеди чврсте гаранције да ће остварена права и слободе бити и поштоване. Англосаксонски концепт владавине права је и теоретски (судска контрола законитости у САД) и практично показивао низ предности у односу на модел правне државе створене у Немачкој. На крају крајева, док у земљама англосаксонског правног система у првој половини и средином 20. века

[14] Видети Митровић, Д, Op. cit, стр. 27-54.
[15] Видети Кошутић, Б, Лукић, Р, Op. cit, стр. 366-368.

можемо пронаћи демократске, одговорне владе засноване на начелу владавине права, у Немачкој правна држава постаје монструозна тоталитарна творевина оличена у националсоцијалистичкој држави. Након пропасти овакве државе, у Европи се поново појављују теоријске поставке које се баве правном државом либерално-демократског типа. Идеја правне државе поново бива прожета демократским духом, постаје пожељан правни образац и идеал у коме ће бити остварена људска права, док се начело законитости одређује слично англосаксонском принципу владавине права. Под утицајем оваквих идеја и приступа у теорији права и у Немачкој 23. маја 1949. године у Бону бива донесен нови устав. Он, иако не даје јасно дефинисан појам правне државе, проглашава принцип правне државе једним од својих основних принципа. Овај устав такође одређује потчињеност органа све три државне власти уставу и закону. Бонски устав одређује правну државу, не само у формалном смислу (као државу закона), већ је одређује и у њеном материјалном смислу (као државу правде).[16] Поред гаранција основних права и слобода, овим уставом се гарантује и социјална правда укључивањем социјалних и економских права у корпус људских и грађанских права и слобода. Концепт правне државе изражен, како у немачком уставу, тако и у свеколикој европској теоријско-правној мисли у другој половини 20. века постаје све ближи англосаксонском схватању владавине права. Ови појмови данас готово да немају никакве разлике, но ово ипак не укида извесне разлике међу њима. Правна држава у европско континенталном систему ипак представља појам који има посебно, а не опште значење, док се, изгледа, у англосаксонском систему појам владавине права одликује управо основним, општим значењем. Сходно томе, правну државу и владавину права треба посматрати са становишта овог посебног европског значења уставности и законитости, а не општег.[17]

Већ смо у ранијим разматрањима утврдили да идеја правне државе и владавине права настаје у делима либералних теоретичара права попут Лока, Хобса, Монтескјеа, Русоа и многих других. Сви ови писци правну државу, односно владавину права, заснивају на људским природним правима и слободама које из тих права и произилазе.[18] Управо овај природно правни приступ представља основу њиховог става о правној држави као идеалном будућем правном облику. Идеја политичких и грађанских слобода и данас представља окосницу правне државе. Често се може приметити да се данас правна држава углавном изједначава са демократијом. Мада додирних тачака несумњиво има доста, ипак треба напоменути да се садржина ова два појма не поклапа и да успостављање правне државе не значи истовремено успостављање демократске државе и обратно. Ово свакако не негира чињеницу

[16] Видети ibidem
[17] Видети Митровић, Д, Op. cit
[18] Видети Лок, Ц, Op. cit

да се правна држава, ваљано и у потпуности може развити само у демократији која једино може да обезбеди одговарајуће оквире, садржаје и домашаје неопходне правној држави.[19] Само у демократском поретку могу да се обезбеде инструменти ефикасне контроле рада државне власти и на тај начин омогући да правна држава постане истински и аутентични израз народне воље. Ту свакако спадају поштовање и заштита традиционалних слобода и права, логички повезан систем општих норми обавезујућих за извршну и судску власт, непристрасност поступака пред судовима и постојање правног основа за доношење аката управе и судски надзор над радом управних органа.[20] Сви ови инструменти и мере имају за циљ да правну државу учине бољом и ефикаснијом. Тек онда правна држава може да буде оквир за остваривање људских права и слобода. Суштина правне државе се и огледа у томе што њу увек оличава управо слобода.[21] Управо постојање и поштовање људских права и слобода у савременим државама постаје основно мерило за утврђивање исправности и легитимности постојећег поретка, односно мерило за утврђивање владавине права и правне државе. На тај начин људска права и слободе постају conditio sine qua non сваког друштва, супротстављајући се самовољи и неконтролисаној моћи ауторитарне државе. Данас је практично немогуће замислити модерну правну државу у којој се не би примењивала начела уставности и законитости и у којој не би била загарантована људска права и слободе.[22] Нешто већи проблем представља одређивање прецизнијег обима права и слобода који мора да постоји у свакој правној држави. Нема сумње да ту спадају пре осталих субјективна права која припадају човеку и која своје извориште налазе у правним нормама такозваног објективног права које и гарантује њихово поштовање.[23] Стечена под условима које је прописао јавни поредак, она потичу и зависе од воље државе. Но већ смо раније рекли да се суштина правне државе огледа у томе што њу увек оличава слобода. То значи да правна држава, а посебно модерна правна држава мора да гарантује права која припадају појединцу као недодирљиво подручје његове слободе. То свакако нису субјективна права човека која му подарује држава, напротив, ова субјективна права припадају свим људима потпуно независно од државе и без државе. Управо због тога их и називамо људским правима.[24] Она не извиру из државне воље, немају позитивистички карактер, њихово порекло је етичко, морално. Услед њиховог универзалног карактера, свака држава која жели да заиста оствари начело владавине права мора да гарантује поштовање ових права. Последњих неколико деценија, нарочито у Европи (немачки устав из

[19] Видети Митровић, Д, Op. cit, стр. 92.
[20] Видети ibidem
[21] Бидети Полс, Џ, Теорија правде, Подгорица, 1998, стр. 221.
[22] Видети Митровић, Д, Op. cit, стр. 97.
[23] Видети ibidem
[24] Бидети Хегел, Г, В, Ф, Основне црте филозофије права, Сарајево, 1989, стр. 142-156.

1949 године), може се уочити тежња да корпус људских права и слобода који обухвата либерална политичка и грађанска права буде проширен и економским и социјалним правима, чиме се правна држава повезује са концептом социјалне државе и посебно, социјалне правде. Свакако, набрајање људских права и слобода суштински везаних за правну државу, могло би се наставити унедоглед, из простог разлога јер је списак свих људских права немогуће направити. Он је несумњиво условљен објективним историјским и савременим друштвеним околностима, те услед тог никада не би могао да буде потпун. Упркос вишевековном постојању идеја правне државе и владавине права, као и дуге демократске традиције у релативно великом броју земаља и данас постоје бројни проблеми везани за што потпуније спровођење грађанских и политичких права у пракси, чак и у модерним демократским државама, заснованим на начелима правне државе и владавине права. Не треба посебно доказивати да је стање било знатно горе (а негде је још увек тако лоше), у такозваним постсоцијалистичким земљама, где су великом броју случајева грађанска и политичка права и слободе посматрана као реликт мрачне, ненародне, буржоаске прошлости и била немилице гажена. Већина се тих држава креће путем транзиције у којој су често економске промене знатно мањи проблем у односу на важне политичке и правне промене и имплементацију грађанских и политичких права без којих нема ни савремене правне државе.[25]

Идеја правне државе већ неколико векова изазива неподељену пажњу у правној филозофији, теорији а и пракси. Разлог за то несумњиво лежи у чињеници да се ради о таквом облику друштвеног организовања у коме су сви субјекти, без изузетка, везани правом. Другим речима, начело правне државе подразумева да правне норме важе како за оне који управљају, тако и за оне којима се управља. Овакав концепт чини правну државу модерним друштвено-политичким и правним обликом и обрасцем начела уставности и законитости. Правна држава се заправо заснива на уверењу чији корени сежу у далеку прошлост, да у ваљано уређеној држави треба да владају закони, а не људи. Баш због таквог уверења, правна држава представља не само најбољи већ и нужни оквир за остваривање људских и грађанских права и слобода. Иако несавршен облик, идеја правне државе показује да су у њу ипак уграђене неке непроменљиве цивилизацијске, друштвене и правне тековине које јој обезбеђују трајну вредност.

[25] Видети Митровић, Д, Op. cit, стр. 101.

*Matic Dejan, an assistant beginner*

## THE STATE WITH THE RULE OF LAW AS A FRAMEWORK FOR THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS AND LIBERTIES

Since the time of struggles against the power of an absolute monarch, a state with the rule of law represented the basic guiding principle which united liberal citizens in their struggle for human rights and liberties they were deprived of in the state ruled by police absolutism. Ever since that time, this guiding principle, has been playing a significant role in the philosophy of law and theory and practice of state and law. A demand for the state with the rule of law, which was raised four centuries ago, is still present in many countries. It seems that this demand is most expressly voiced in post-socialist countries which, after decades of lagging behind democratic societies, have finally got a chance to introduce the values of the rule of law in their social orders. The principles of constitutionality and legality are closely connected with the concept of the state with the rule of law. European continental law considers these principles in their general meaning and as the principles with normative and formal character. More specifically considered within the European continental legal system, the principles of constitutionality and legality have a stronger social and political character reflecting the Anglo-Saxon approach. There are several terms in Anglo-Saxon theory of law and legal practice which determine the principles of constitutionality and legality, and the most commonly used is: *the rule of law.* The rule of law is a liberal and democratic concept and if we want to analyze the core of this principle, we will discover that it contains democratic rights and liberties, the means for their protection, systematized and binding laws and independent courts. The goal of this principle is to comply norms with the values contributing to formation of a liberal society. The rule of law means that legal norms equally apply to the rulers and the ruled. The state with the rule of law is actually based on the belief whose roots reach far back in the past, that a well organized state is governed by law and not by people. This leads us ton conclude that the state with the rule of law is not only the best, but also a necessary framework for the realization of human and civil laws and liberties.

*Одељак IV*

# СЛОБОДА ПОСЛОВАЊА ПРЕДУЗЕЋА НА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И УНУТРАШЊЕМ ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

*Др Божин Влашковић,*
*редовни професор*

***UDK**: 347.77/.78*
*343.533*

# ПОНОВНА ПРОИЗВОДЊА ПРОНАЛАСКА И ЗАМЕНА НЕКИХ ЊЕГОВИХ ДЕЛОВА

О производњи проналаска може се говорити само онда када је реч о проналасцима предмета. Зато се и о поновној производњи може говорити само када је реч о овим проаналасцима.

Познат је, такође садржај начела о исцрпљивању патента. Тиме што је предмет ставио у промет, титулар је остварио одређену привредну корист.[1] Интереси заједнице су задовољени када се овај предмет може даље слободно искоришћавати. Таквим искоришћавањем практично се развија и богата техника, што је и циљ патентног права.

Међутим, стављањем предмета у промет, титулар патента није изгубио право да и даље искључиво производи тај предмет. Свака неовлашћена производња је, дакле, повреда патента.[2] Из тога произилази да и даље постоји сукоб интереса између титулара патента, који је предмет ставио у промет, и стицаоца тог предмета. Он се огледа у томе што стицалац може слободно да располаже предметом, али га не може поново производити.[3] Може се само поставити питање у којој мери стицалац предмета има право да у току трајања патента предузима измене на предмету у циљу постизања оног стања у коме се предмет налазио у моменту испоруке.[4] Питање се односи на две ситуације. У првој је реч о поновној производњи или оправци предмета који је током нормалне употребе или случајем потпуно уништен или потрошен.[5] У другој је реч о поновној производњи, оправци или замени дотрајалих делова на патентираном предмету.[6]

---

[1] Lindenmaier, Wiederherstellung, Ausbesserung und Ersatz durch sachpatent geschützter, GRUR 7/1939, стр. 506
[2] Fischer, Peterntfreie und patentverletzende Reparatur an geschützten genenständen, GRUR 3/1960, стр. 98.
[3] Исто, стр. 98.
[4] Lindenmaier, исто, стр. 506.
[5] Исто, стр. 506.
[6] Исто, стр. 506.

## 1. Поновна производња уништеног или потрошеног предмета

Поновна производња уништеног или потрошеног предмета је најједноставнији случај са становишта повреде патента. Наиме, поновна производња је ништа друго до производња предмета који је патентиран. Реч је о поновном коришћењу проналаска, па је очигледна непосредна повреда патента.[7]

Наведено схватање је прихваћено и у судској пракси. У једној одлуци решавано је о повреди патента којим су биле заштићене пумпе за гориво.[8] Тужени је набављао већ употребљаване пумпе, расклапао их на делове, а оне који су били употребљиви склапао у патентирану пумпу.

Суд је сматрао да је у овом случају реч о непосредној повреди патента за пумпе. У образложењу је истакнуто: "Стављањем патентираног предмета у промет, титулар патента исцрпљује своје право само утолико што не може забранити употребу, понуду и даље стављање у промет овог конкретног предмета. Када је реч о производњи, уопште се не може замислити такво исцрпљивање његових права. Право на производњу има само лице које је титулар патента или стицалац лиценце. Чим је пумпа као таква уништена, што је увек случај када искључиви циљ расклапања није отклањање насталих сметњи и поновно склапање у идентичан агрегат него се делови једне или више других пумпи склапају у агрегат који до тада није постојао, гасе се и права настала исцрпљивањем".[9]

## 2. Поновна производња или замена делова патентираног предмета

У правној теорији и судској пракси није на јединствен начин одговорено на питање да ли поновна производња или замена неких делова проналаска јесте непосредна повреда. Има неколико гледишта о којима ћемо говорити у наредним излагањима

### 2.1. Поновна производња или замена делова није непосредна повреда

У америчкој правној теорији и судској пракси заступа се став да замена неких делова патентираног предмета није непосредна повреда тог патента.

На пример, познат је спор који је вођен у вези с патентом за одређену комбинацију, примењивану на аутомобилима. Она се састојала из приљубивог

[7] Fischer, исто, стр. 104, Pietzcker, Patentgesetz und Gebrauchsmustargesetz, Berlin und Leipzig, 1929.
[8] OLG Düsseldorf, одлука од 7. 1. 1956, GRUR 12/1957, стр. 600.
[9] Исто, стр. 600.

кровног покривача, механизма за склапање и дела којим се кровни покривач учвршћивао на горњи део аутомобила. Купац ове комбинације је заменио похабани кровни покривач. Поставило се питање да ли је тиме повредио непосредно патент за комбинацију.

Апелациони суд је заузео став да је замена покривача непосредна повреда патента за комбинацију.[10] Образложење је било да кровни покривач није тако јефтин, нити је његово трајање кратко да би купац разумно могао да претпостави да се у случају замене ради само о безначајној репаратури. Суд је истакао да би купац патентиране комбинације имао право на замену само када су у питању делови који су изложени великом хабању. Замена тих делова не би била непосредна повреда, иако их испоручују трећа лица, а не титулар патента.

Врховни суд је, међутим, заузео супротан став.[11] Он је, наиме, само применио устаљено начело америчког права, по коме је патентом за комбинацију заштићена само укупност појединачних елемената. Другим речима, ни један појединачни елемент, посматран за себе, није обухваћен патентом за комбинацију. Део ће уживати заштиту само онда када је посебно патентиран. Поновна производња предмета који се састоји из непатентираних делова ограничава се на тачно одређене случајеве. То су они у којима је реч о таквој верној репродукцији предмета да се може говорити о његовој стварној производњи, пошто је претходни, посматран као целина, постао неупотребљив.[12]

У овој одлуци Врховни суд није усвојио аргументе које је изнео титулар патента. Он се, наиме, позивао на околност да је кровни покривач суштина проналаска и да је његова форма била одлучујућа за признавање инвентивног нивоа. Сматрао је да су делови који су трајни, тешко заменљиви и представљају битни део комбинације заштићени на исти начин као и делови који су самостално патентирани. Зато је сматрао да је њихова замена непосредна повреда патента за комбинацију.[13]

Одлука Врховног суда није донета једногласно. Иако се у резултату сагласио с одлуком већине, судија Бренан је дао другојачије образложење. Он се није задржао на формалном начелу по којем се патент за комбинацију не односи на појединачне делове, него је навео неке околности које се морају узети у обзир при решавању оваквих случајева.[14] То су, на пример, трајање дела који се замењује у поређењу с трајањем целине, цена овог дела у поређењу с ценом комбинације, његов значај за идеју проналаска, природно схватање купца и продавца у односу на превремено хабање појединих делова итд. Узимајући у обзир да је трајање кровног покривача много краће него

[10] GRUR Int. 2/1963, стр. 103.
[11] Supreme Court of the United States од 27. 2. 1961, стр. 128, USPQ 354.
[12] GRUR Int. 2/1963, стр. 103.
[13] Исто, стр. 103.
[14] Исто, стр. 103.

трајање аутомобила, да је цена знатно нижа од цене целог крова, да се у облику покривача не испољава идеја проналаска и да ветар брзо оштети покривач. дошао је до закључка да је купац овлашћен да замени покривач.[15]

У једном каснијем спору решавало се о повреди патента за уређај који је служио за оправку тубелес гума. Уређај је био напуњен гуменим чеповима који су уметани у рупу на гуми, а био је намењен за једнократну употребу. Тужена фирма је производила и испоручивала гумене чепове који нису били посебно патентирани.[16]

Решавајући овај спор, судови су долазили до сасвим различитих закључака. На пример, један је сматрао да је поновно пуњење уређаја нужно за њихову поновну употребу, али да, као такво, није заштићено патентом. Сама заштита се не односи на уређаје који су већ продани, јер је у односу на њих исцрпљена. Зато је одбијена тужба титулара патента.[17]

Други суд је, међутим, решио у корист титулара патента.[18] Пошао је од околности да се намена уређаја састоји у његовој једнократној употреби. Дакле, накнадно пуњење је недозвољена поновна производња, па тиме и директна повреда патента који је заштићен.

Трећи суд је, пак, опет дошао до супротног закључка.[19] Он, наиме, сматра да пуњење апарата гуменим чеповима није непосредна повреда. Јер, без значаја је чињеница да титулар патента намерава да ограничи употребу уређаја само на ону која се обавља чеповима, садржаним у уређају у моменту његове испоруке. Могући повредилац није у обавези да испитује евентуалне намере титулара патент. Одлучујући је, напротив, објективни момент, јер је у конкретном случају реч о исцрпљивању права из патента.

### 2.2. Поновна производња или замена делова јесте непосредна повреда

По овом схватању поновна производња или замена делова јесте непосредна повреда патента за предмет када је реч о деловима тачно одређене природе и особина.

Сваки предмет се, како је то већ речено, састоји из бројних и разноврсних делова. Они на одређени начин доприносе да предмет оствари своју функцију. Међутим, значај тих делова није исти, па се не може бити исти ни њихов третман у патентном праву.[20] На том становишту је и део правне теорије: "Јасно је да су скоро сви уређаји, у првом реду машине, комбинације. Да би се

[15] Исто, стр. 106.
[16] Districht Court, S.D. california, Central Div. од 24. 10. 1962, 135 USPQ 352.
[17] Исто, стр. 352.
[18] Court of Appeals, Fifth Circuit од 21. 3. 1963, 137 USPQ 84.
[19] Court of Appeals, Ninth Circuit од 26. 2. 1964, 140 USPQ 641.
[20] RG одлука од 19. 3. 1932. MuW 1932, стр. 352, 354.

постигао жељени резултат, увек би требало да заједно делују сви делови. Али у патентном праву сви ови делови се не сматрају као делови комбинације, која је заштићена патентом."[21]

По овом гледишту замена делова је непосредна повреда само када је реч о деловима у којима се остварује идеја проналаска.[22] То су, по касније усвојеној терминологији, делови који су индивидуализовани према функцији проналаска.

Међутим, поставило се питање да ли је, ако је реч о деловима који су индивидуализовани према функцији проналаска, нужно и истовремено довољно да они буду замењени да би се говорило о повреди патента. На њега није дат јединствен одговор. На пример, мисли се да сама замена ових делова јесте повреда патента, при чему се не узимају у обзир никакви други моменти.[23] То је изражено и у неким судским одлукама. У њима је, наиме, истакнуто да замена делова који су најзначајнији у комбинацији има исти значај као и замена комбинације као целине.[24] Зато је реч о непосредној повреди патента за комбинацију.

По мишљењу других аутора и по становишту неких судова делови који су индивидуализовани према функцији проналаска нису у потпуности изједначени с деловима који су посебно патентирани. Наиме, овим првим се постављају додатни захтеви да би се, у случају њихове замене, могло говорити о непосредној повреди патента. О томе ће бити речи у излагањима која следе.

**а) Предвидивост замене**

У неким судским одлукама се сматра да није у питању непосредна повреда заменом делова који су индивидуализовани према функцији проналаска када се замена могла предвидети унапред или, када је, као таква, била предвиђена. Том приликом је речено: "Поставља се питање да ли стицалац сложеног патентираног уређаја, на основу свог права употребе, сме да замени појединачне делове који су од мањег значаја, чија је вишеструка замена за време нормалног трајања уређаја нужна и од почетка предвиђена, а да се то правно не сматра као делимична нова производња патентираног уређаја... На ово питање се мора потврдно одговорити.[25]

[21] Lindenmaier, Das patentgessetz, 6. neubearteitete und erweiterte Auflage, München, 1973, стр. 259.
[22] RG одлука од 16. 1. 1939, GRUR 8/1939, стр. 609; RG одлука од 15. 5. 1926, GRUR 7/1926, стр. 339.
[23] Lindenmaier, Wiederherstellung, Ausbesserung und Ersatz durch sachpatent geschützter, GRUR 7/1939, стр. 512.
[24] BGH, одлука од 21. 11 1958, GRUR 5/1959, стр. 235.
[25] RG одлука од 16. 1. 1939, GRUR 8/1939, стр. 611.

Међутим, у другим судским одлукама је заузето супротно становиште. Сматрало се да замена управо ових делова представља непосредну повреду патента. Образложење је било да титулар патента извлачи највећу привредну корист из испоруке делова који се брзо троше и чија се замена зато унапред могла предвидети.[26]

Предвидљивост замене делова, као критеријум за утврђивање посредне повреде, није опште прихваћена ни у правној теорији.[27] Сматра се, наиме, да он не може да испуни постављени задатак. Могућност да се замена предвиди не даје одговор на питање о обиму и интензитету задирања у постојећи патент. Често се не може ни јасно утврдити које су замене предвидиве, што има за последицу правну несигурност.[28] Поред тога, допринос развоју технике се управо може огледати у деловима чија је замена предвидива. Титулар патента има, пак, право да захтева ограничење промета у мери у којој је обогатио технику.[29]

Међутим, чињеница да се замена једног дела може предвидети није без икаквог значаја. Наиме, ако се овом забраном ненормално скраћује рок трајања уређаја, тада се стицаоцу мора признати право да изврши замену. У том случају се може говорити о прећутној лиценци као основу по којем је стицалац овлашћен да изврши замену.[30]

**б) Становиште промета**

Неки аутори сматрају да је становиште промета одлучујући критеријум за утврђивање непосредне повреде заменом делова који су индивидуалзиовани према функцији проналаска.[31] Истиче се: "За одређивање границе између производње и оправке одлучујуће је схватање промета. Према начелима правичности не смеју се једнострано узети у обзир интереси титулара патента или лица које је стекло уређај. Истовремено ће се пазити на то да и даље буде гарантована заштита проналаска, али, такође, и на то да права публике нису ограничена више од онога што захтева заштита проналазача."[32]

Ово схватање је прихваћено и у неким судским одлукама.[33]

---

[26] RG одлука од 15. 5. 1926, стр. 340. OLG Düsseldorf, одлука од 15.7. 1938. GRUR 10/1938, стр. 775.

[27] Maier, Mittelbare Patentverletzng und nicht selbständing geschützter Teile eines Sach - oder Verfahrenspatents, Heidelberg, 1960. стр. 54-56.

[28] Исто, стр. 54.

[29] Исто, стр. 55.

[30] Исто, стр. 56.

[31] Fischer, исто, стр. 102, Tetzner, Kommentar zum Patentgesetz und zum Gebrauchsmustergesetz, Nürnberg und Düsseldorf, 2. Auflage, 1950, стр. 204.

[32] Friebel - Pulitzer, Das Östrreichische Patentgesetz, Berlin, 1936., стр. 195.

[33] RG, одлука од 25. 5. 1926, GRUR 7/1926, стр. 340.

**в) Нормално трајање уређаја**

Нормално трајање уређаја је, такође, критеријум за утврђивање да ли је реч о дозвољеној или недозвољеној замени делова неког уређаја. Наиме, неки аутори сматрају да је измена делова недозвољена, ако се на тај начин продужава нормално трајање уређаја.[34] Други се, пак, изјашњавају управо за такву могућност.[35]

Немачка судска пракса по овом питању није заузела став. У једној одлуци је само истакнуто да се нормално трајање уређаја одређује узимајући у обзир и репарације које су унапред предвиђене. Забрана таквих репаратура водила би, према схватању промета, до ненормалног скраћивања рока у којем се уређај може употребљавати.[36]

## 3. Оправке на уређају или на његовим деловима

Стицалац предмета или уређаја је овлашћен да предузима мере у циљу стављања и одржавања уређаја у погону, као и у циљу његовог неговања. На пример, он је овлашћен да уређај подмазује, премазује, хромира, оштри иступљене делове, штити од корозије, итд.[37] Овлашћен је да набавља и употребљава погонске материје. Није реч само о набављању уобичајених погонских материја, као што су бензин, уље и сл., него и о набављању и употреби погонских материја које, као такве, нису коришћене раније, те се први пут употребљавају у патентираном уређају.[38]

Стицалац је, такође, овлашћен да на уређају или на појединим деловима предузима оправке. Без значаја је да ли су делови који се оправљају посебно патентирани или је реч о деловима којима се делимично остварује идеја проналаска.[39] Јер, ако би стицалац уређаја морао да се за сваку поправку обраћа титулару патента, то би имало за последицу неподношљиво отежавање привредног живота.[40]

---

[34] Blum - Pedrezzini, Das Schweizerische Patentrecht, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. 6. 1954, Bern, Bd. I 1957, Bd. II 1959, Bd. III 1961. стр. 406; Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustargesetz, 2. Auflage, München, 1958, стр. 286.
[35] Fischer, исто, стр. 103.
[36] BGH, одлука од 21. 11. 1958, GRUR 5/1959, стр. 234.
[37] Fischer, исто, стр. 99; Blum - Pedrezzini, исто, стр. 405.
[38] Krausse - Katluhn - Leindenmaier, Das patentgesetz, vierte völlig neubearbeitete Auflage, Köln, 1958, стр. 177, 178.
[39] Lindenmaier, исто, стр. 509, 512.
[40] Исто, стр. 111.

За питање оправки нема значаја то да ли су оштећења настала у току нормалне употребе ствари или услед спољашњих околности, као што је то, на пример, пожар.[41]

Међутим, и када је реч о оправкама поставља се питање до којих се граница оне могу предузимати. Начелно се може рећи да су оправке дозвољене све дотле док није реч о поновној производњи патентираног уређаја.[42] Оправка појмовно значи да предмет који се оправља остаје очуван у свом идентитету, остаје исти предмет. Њему се само, применом одговарајућих мера, поново успоставља способност функционисања која је била привремено нарушена.[43]

Хетерогеност случајева и техничких могућности у погледу оправке предмета онемогућава поуздано утврђивање границе између недозвољене производње и дозвољене оправке.[44] Не може се поставити опште правило. Другим речима, разграничење се може спровести само у конкретном случају, узимајући у обзир интересе титулара патента и потребе привредног развоја.[45]

[41] Fischer, исто, стр. 103; Heine, коментар одлуке BGH, GRUR 5/1959, стр. 235; Blum - Pedrrazzini, исто, стр. 405.
[42] OLG Düsseldorf, одлука од 15. 7. 1938, GRUR 10/1938, стр. 775; BGH, одлука од 21. 11. 1958, GRUR 5/1959, стр. 234; Maier, исто, стр. 58.
[43] OLG Düsseldorf, одлука од 7. 1. 1956, GRUR 12/1957, стр. 600.
[44] Petzcker, исто стр. 234.
[45] Blum - Pedrazzini, исто, стр. 406; Friebel - Pulitzer, исто, стр. 214.

*Božin Vlaskovic, a full-time professor*

## A REPEATED PRODUCTION OF A PATENT AND CHANGING OF ITS PARTS

By introducing one object into circulation, the owner of the patent did not lose the right to an exclusive production of that object. Every unauthorized production is, therefore, the violation of the patent rights. Hence, there is still a conflict of interest between the patent owner who put the object into circulation and the person who acquired the object. This conflict is reflected in the fact that the person who acquired the object can freely use this object, but cannot reproduce it. Still, there remains the question to what extent the person who acquired the object is entitled to changing the parts of the patented object for the purpose of its maintenance of reparation. The question involves two situations: the situation when the object is completely damaged or used up and requires a complete reparation or new production and the situation which involves new production, reparation or change of some defective or worn parts of the patented object. The first scenario is easier to detect as the case of the violation of patent rights since a new production of a completely damaged object is nothing but its reproduction and reuse. On the other hand, the experience derived from the court practice shows that is very difficult to determine whether the reproduction or changing of some parts of the patented object represent the violation of patent rights.

As for the reparation of the object, the question is to what extent it can go. Generally, the reparation comprises everything but a complete reproduction of the patented object. The term "to repair" means that the "identity" of the repaired object is preserved, that is, it is the same object. Only its functions are reinstalled by applying a set of adequate measures.

Heterogenous nature of technological possibilities for a reparation of a patented object allows us to draw a precise distinction between unauthorized production and authorized reparation. But a generally applied rule cannot be established. In other words, this distinction can be made only in specific cases by weighing the interest of the patent owner and benefit of the economic development in general.

*Др Милена Петровић,*
*ванредни професор*

***UDK**: 342.71*

# ДВОЈНО ДРЖАВЉАНСТВО И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ

## Уводна размарања

Питање двојног држављанства последњих година постаје врло актуелно. Разлог за то је изненадни пораст светске популације са двојним држављанством. На ову појаву утиче, пре свега, значајна међународна миграција до које долази првенствено из економских или политичких разлога, али и све толерантнији однос држава данас према овом феномену. Оба разлога су израз одређеног интереса: како појединца, тако и државе.

Зашто и како настаје двојно држављанство, какву су стратегију према двојном држављанству развијале државе током времена и какав значај оно има са аспекта међународног приватног права су предмет разматрања овог рада.

## 1. Појам држављанства

Држављанство се најчешће, бар у домаћој правној литератури, одређује као однос јавноправног карактера између једног лица и једне државе на основу кога то лице има статус по коме су му, уз одговарајуће дужности и обавезе, доступна сва грађанска, политичка и економско-социјална права у тој држави, без обзира да ли се налази на домаћој или страној територији.[1] Из наведене дефиниције јасно произилази да је држављанство правна категорија, а овакав приступ у дефинисању је карактеристичан не само за правну доктрину, већ и за међународне конвенције, уколико уопште дефинишу држављанство. Тако, на пример, Европска Конвенција о држављанству из 1997. држављанство одређује као правни однос између појединца и државе који не наговештава његово етничко порекло. У правној литератури се свакако могу наћи и другачија одређења овог појма. Тако се у 19. веку, времену јаких националних држава, под овим подразумевала припадност народу у национално-политичком

[1] Јездић, *Међународно приватно право I,* Београд, 1980. стр. 69.; Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право,* Нови Сад 2001. стр. 247.

смислу,[2] као што се данас држављанство схвата и као правни статус појединца, у смислу његове формалне припадности држави.[3]

Држављанство је у сваком случају један комплексан однос узајамне лојалности између једног лица и државе и као такав може се посматрати из различитих углова: правног, политичког, социолошког. Дакле, ради се о једној вези или односу који има неколико димензија.

Прво, посматрано са чисто правног аспекта, не постоје јединствена међународна правила у погледу стицања и престанка држављанства већ ово питање спада у *domaine reserve*, односно у искључиву надлежност сваке поједине државе.[4] То значи да свака држава суверено утврђује правила о стицању, промени и губитку држављанства, односно, на основу свог права даје појединцу своје држављанство или му га одузима. Одређена ограничења у том погледу ипак постоје. Њих постављају правила међународног права водећи при том рачуна о поштовању људских права с једне стране, и поштовања принципа немешања у унутрашње ствари друге државе, с друге стране. Једно од таквих правила, садржано у Универзалној Декларацији о правима човека, изричито одређује да нико не може самовољно бити лишен свог држављанства, нити права да своје држављанство промени.[5] У наведеном смислу су и одредбе Хашке Конвенције о неким питањима сукоба закона о држављанству из 1930. и Европске Конвенције о држављанству по којима држава може ускратити признање држављанства стеченог по праву друге државе уколико оно није стечено у складу са међународним конвенцијама, међународним обичајима и принципима права у домену држављанства која су опште призната.

Друго, држављанство је персонална веза између једног лица и државе и она се не губи када се лице налази ван територије државе чије држављанство има. Стриктна територијална граница држављанства је одавно превазиђена. Лица која се уселе на територију друге државе остају заштићена од стране државе свог порекла и уживају права која им она обезбеђује (сем у случају да су због стицања новог држављанства морала да се одрекну претходног, када оно престаје). Савремене државе често изричито исказују бригу о својим

---

[2] Везивање које се заснива на држављанству, наиме на *припадности народу* у национално политичком смислу, увео је Манцини у италијанску кодификацију 1865. као реч "nazione" која се у пракси тумачила као држављанство. Види: Kropholler, *Internationales Privatrecht,* Tuebingen, 2001. стр. 257.

[3] Symington, *Dual citizenship and forced marriages,* 2001. p. 3 www.soas.ac.uk/honourcrimes/Mat_Symington.htm

[4] Изричиту одредбу у наведеном смислу садржи чл. 1. Хашке Конвенције о неким питањима сукоба закона о држављанству из 1930. Исто гледиште изражено је у одлуци Сталног међународног суда правде из 1923. у предмету *Tunis and Marocco Nationality Case* с обзиром да је у њој изричито наведено да питање држављанства спада у искључиву надлежност државе.

[5] Одредба чл. 15 (2) Универзалне Декларације о правима човека. У истом смислу је и одредба чл. 4.(ц) Европске Конвенције о држављанству из 1997.

држављанима и на просторима изван своје територије и то је посебно наглашено у случају дипломатске заштите.

Треће, држављанство има значај далеко више од формалноправног припадништва; оно укључује лојалност према држави, принципима на којима је она устројена и њеним основним вредностима.

Четврто, држављанство уноси социјално и културно значење припадништва националној или културној групи.

Коначно, психолошка димензија држављанства изражава лични осећај припадања већој заједници или индивидуалној идентификацији.

## 2. Појам и настанак двојног држављанства

Двојно и уопште вишеструко држављанство постоји у случају када једно лице припада истовремено двема државама, односно у исто време има држављанство две или више држава. Зашто и како двојно држављанство настаје?

Чињеница да једно лице има више од једног држављанства је последица спреге два различита фактора: међународне миграције, као економско-политичког фактора, с једне стране, и нејединственог правног оквира у коме се стиче, мења или губи држављанство, као фактора законодавне политике сваке поједине државе, с друге стране. На први указујемо само кратко јер прелази оквире овог рада и у том смислу истичемо да је на висок степен миграције становништва, нарочито у последњих неколико деценија, без сумње утицао, и сигурно ће утицати и у будућности, значајан технолошки напредак у области информатике, комуникација и транспорта, затим огроман економски диспаритет између земаља у свету, као и дубоке друштвене и политичке кризе као што су ратови, распад држава, кршење људских права итд. У таквој ситуацији се неминовно повећава број људи који се због решавања личних, породичних, социјалних и других егзистенцијалних питања исељава из једне и усељава у другу државу. Да би им била доступна одређена права они се нужно суочавају са проблемом стицања новог држављанства. Да ли то значи да ће они имати два држављанства или ће можда остати без и једног? Одговор на ово питање зависи од правне регулативе којом се уређује област држављанства сваке поједине државе и зато даље у овом раду желимо да укажемо на правне разлоге који доводе до појаве двојног и уопште вишеструког држављанства, али и да подсетимо на најчешће ситуације у којима појединац може стећи више од једног држављанства.

Двојно држављанство је последица интеракције три основне максиме. Прво, свака држава суверено одлучује о томе ко је њен држављанин. Друго, норме које државе у тој материји доносе, садржински су различите. Треће, потребан је стицај истовремене примене различитих норми.

Подсећамо да у савременим правима данас постоје два основна начина стицања држављанства: стицање држављанства по пореклу – систем *ius sanguinis*, и стицање држављанства по месту рођења – систем *ius soli.*

Према систему *ius sanguinis* дете у моменту рођења добија држављанство родитеља без обзира да ли је рођено на територији државе њиховог држављанства или на територији неке друге државе. Овај систем се базира на етно-културним везама. Према систему *ius soli*, за разлику од претходног, дете добија држављанство државе на чијој територији је рођено без обзира које држављанство имају његови родитељи. Тврди се да је наведени систем политички оријентисан.[6] Оно што карактерише сва национална права у погледу наведених система је правило да у једној држави може постојати само један основни систем стицања држављанства, дакле, или систем *ius soli,* или систем *ius sanguinis*. Њихова евентуална комбинација је могућа само у случајевима у којима би постојала опасност да дете остане без држављанства. Оваква појава је без сумње непожељна па је на међународном плану донет значајан број конвенција у области људских права, заштите деце, жена и апатридије, које изричито захтевају од држава да осигурају право на држављанство. Одредбе у том смислу садржи Међународна Повеља о грађанским и политичким правима из 1966. (чл. 24/3) као и Конвенција о правима детета из 1989. г. по којој, дете од рођења има право на држављанство (чл. 7. ст. 1).[7] Америчка конвенција о људским правима из 1969 (чл. 20) која прихвата *ius soli* као основни систем стицања држављанства предвиђа и резервни услов јер изричито наглашава да "свако лице има право на држављанство државе на чијој територији је рођено уколико нема право на неко друго држављанство".[8] Уопштено говорећи, оваква регулатива значи да ће у земљама у којима важи систем *ius sanguinis,* бити примењен систем *ius soli* уколико се на њиховој територији роди дете чији су родитељи непознати или непознатог држављанства или су без држављанства.[9]

---

[6] V. Hailbronner, *Nationality,* Paper submitted to the Conference on International Legal Norms and Migration, Geneva, may 23- 25, 2002. стр. 2.

[7] Према наведеној одредби ради се о праву да се држављанство стекне, што значи да су државе обавезне само да створе могућност стицања држављанства. Према Општем коментару бр. 17. (док. UN HRI/GEN/1, para.8) Комитета за људска права ниједна држава није дужна да да држављанство сваком детету рођеном на својој територији, али треба да предузме све мере, сама или у сарадњи са другим земљама, да осигура да свако дете стекне држављанство неке државе. У сваком случају не сме се правити дискриминација између новорођене деце на основу држављанства родитеља, или околности да су родитељи апатриди, да је дете ванбрачно итд.

[8] Тумачећи ову одредбу Интер-Амерички суд за људска права је 1984. у једном саветодавном мишљењу истакао да је право на држављанство једно од основних људских права и да је власт држава да регулишу питање држављанства детерминисана њиховом обавезом да осигурају пуну заштиту људских права. Види: *Amendmets to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica,* OC-4/8, Human Rts. L.J. (1984), Vol. 5, стр. 161.

[9] В. чл. 13. Закона о држављанству Републике Србије, " Сл. Гласник РС", бр. 135/2004.

Држављанство се може стећи и касније у животу и начини оваквог стицања се, бар у нашој правној литератури, називају допунским стицањем држављанства. Његови основи могу бити различити: на пример, брак, позакоњење или усвојење, а оно што карактерише ове системе је да не постоје у свим правима, па се зато може рећи да нису опште прихваћени. Тај квалитет има само један начин допунског стицања држављанства, а то је натурализација која данас представља најчешћи начин стицања држављанства после рођења. На овај начин држављанство се стиче, по правилу, појединачном одлуком о природењу на основу правила које доноси свака држава и која су врло различита; она углавном захтевају да је кандидат за држављанство већ успоставио везу са државом (дужи боравак, улагање у привреду итд.) или да држава за то има посебан интерес (велики углед, стручност, заслуге итд.).

Начини као и услови за престанак држављанства се такође разликују од земље до земље и у принципу, престанак држављанства захтева појединац, а може се изгубити и тиме што ће га држава одузети. Највећи део међународне активности је управо посвећен питању престанка држављанства и у том смислу понављамо одредбу чл. 15(2) Универзалне Декларације о правима човека, по којој нико не може самовољно бити лишен свог држављанства, нити му се може ускратити право да држављанство промени. Конвенција о држављанству удате жене из 1957. г. (чл. 1) у основи забрањује праксу аутоматског, *ipso facto* престанка држављанства жене у случају склапања или развода брака са страним држављанином; такође, промена држављанства мужа за време брака, не може имати дејство на држављанство жене. Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена из 1979. г. реафирмише ову забрану и додаје много општији захтев, да државе чланице женама морају признати иста права као и мушкарцима у погледу стицања, промене или задржавања држављанства, као што им морају признати једнака права као и мушкарцима и у погледу држављанства њихове деце. Државе које су ратификовале уговоре о смањивању апатридије обавезале су се да лица не лишавају свог држављанства ако се нису увериле да су стекла друго држављанство.

Комбинација правила о стицању и престанку држављанства и конкретног фактичког склопа чињеница доводи до тога да једно лице има два или више држављанства. Од различитих могућих ситуација чини се да су за овакво стање три ситуације примарне јер су најчешће:

а) у земљама у којима важи систем *jus sanguinis* држављанство се стиче од оба родитеља што значи да деца из мешовитог брака могу добити оба држављанства – држављанство оца и држављанство мајке;[10]

[10] Историјски посматрано, систем *ius sanguinis* је до двадесетих година 20. века значио стицање држављанства по очевом пореклу. Држављанство мајке могло је да стекне само ванбрачно дете. Прокламовањем начела равноправности мушкарца жене које је уследило после бројних покрета

б) деца рођена на територији земље која прихвата систем *ius soli* од родитеља који су држављани земље у којој важи *ius sanguinis* систем стичу држављанство земље у којој су рођени и држављанство родитеља;

в) када год стицање новог држављанства (на пр. натурализацијом) није условљено отпустом из ранијег држављанства, појединац ће имати више од једног држављанства.

## 3. Став према двојном држављанству

### 3.1. Отпор према двојном држављанству

Став према двојном држављанству се током времена мењао тако што је првобитно пружан отпор према овом феномену, да би последњих година толеранција према њему била све већа. То показују најновије промене националних права, али и међународне конвенције.

Дуго је било распрострањено мишљење да је двојно држављанство непожељан феномен који је штетан како за пријатељске односе међу државама, тако и за добробит појединца.[11] У прилог томе је указивано на могуће проблеме везане за дипломатску заштиту. С друге стране, двојна лојалност се видела као немогућа јер би лице са двојним држављанством тешко могло да испуни обавезе према двема различитим државама (на пр. војну обавезу). Двострука лојалност се такође видела као могући узрок психолошке дилеме лица са двојним држављанством. Даље, ако се имају у виду сви аспекти држављанства, сматрало се просто несхватљивим да неко може имати тако снажну везу са више од једне државе. Коначно, на концептуалном нивоу, сматрало се да идеја да једно лице може имати више држављанства угрожава интегритет принципа држављанства и суверенитета државе. Оваква размишљања о двојном држављанству постоје сигурно и данас, посебно у земљама чија су законодавства и даље на позицији неприхватања двојног држављанства.

Отпор према двојном држављанству делила су, и још увек то чине, многа национална права. Тако је на пример, према канадском Закону о држављанству које је важило до 1977. г. канадски држављанин који је стекао страно држављанство аутоматски губио канадско држављанство уместо да има двојно.[12] Иста ситуација је постојала и у Мексику (једној од највећих емиграционих земаља данас) до доношења Закона о држављанству 1998. До тада, мексичко право је забрањивало двојно држављанство што је значило да

за једнак третман жене, многе земље су прихватиле да се националност може стећи по пореклу оба родитеља

[11] Bar Yaacov, *Dual Nationality,* London, 1961. цит. према:. Symington, цит. дело стр. 5.

[12] http://www.allot.com/citizens.htm

су се милиони људи одрицали мексичког држављанства да би стекли углавном америчко.[13] Наведене земље су промениле своја национална законодавства, али данас још увек постоје земље у којима влада принцип "један човек, једно држављанство" односно, у којима није могуће постојање двојног држављанства. Ту спадају Андора, Естонија, Литванија, Летонија. У другим земљама, двојно држављанство није законом предвиђено, или се у принципу избегава, али се у одређеним изузетним ситуацијама признаје. Таква пракса је карактеристична за Аустрију, Белгију, Чешку, Данску, Јапан.[14]

И на међународном плану су чињени напори да се сузбије појава лица са више држављанства, као што је то чињено и са апатридима будући да се и једно и друго сматрало непожељним. Пратећи ту идеју, Савет Европе је 1963. године донео Конвенцију о смањењу броја случајева двојног држављанства и о војној обавези у случају двојног држављанства. Према чл. 1 ове конвенције, држављанин једне државе чланице који на свој захтев стиче држављанство друге такве државе мора имати отпуст из првог држављанства.

### 3.2. Толеранција двојног држављанства

Огроман пораст међународне миграције последњих година довео је до знатне толеранције двојног држављанства. Она је израз реалних чињеница и посебних државних интереса. С једне стране, државе у већој мери признају право имиграната да одрже везе са земљом порекла, а с друге стране, стицање новог држављанства сматрају основним условом за њихову пуну интеграцију. У том смислу се истиче да вишеструко држављанство не само да је концептуално могуће, већ да може постати природан израз вишеструке социјалне и политичке интеграције која даје печат многим мигрантским биографијама.[15] С друге стране, двојно држављанство уместо да буде препрека, може да постане иницијатива за ближу сарадњу између земаља које већ одржавају пријатељске односе. Међутим, мора се рећи да не постоји општа сагласност о томе да ли је двојно држављанство адекватно средство за унапређење интеграције или можда чак, препрека за интеграцију због тога што омогућује формирање посебних културних и политичких интересних група које се пре идентификују са земљом порекла, него са земљом у којој имају пребивалиште.[16]

---

[13] http://www.laprensa-sandiego.org.archieve/march28-03/dual12.htm

[14] Детаљније о наведеним правима: *Nationality rights and equal opportunities,* Parliamentary Assembly, Doc. 10070 od 9. feb. 2004. http://assembly.coe.int/Documents/Working Docs/doc04/EDOC10070.htm

[15] Citizenship and National Identities in the European Union, www.jeanmonnetprogram.org/papers/97-04

[16] Hailbronner, op. cit. стр. 4.

Ма какве доктринарне расправе о двојном држављанству биле, чињеница је да је данас у свету све више земаља, и емигрантских и имигрантских, које су напустиле непријатељски став према двојном држављанству. То потврђују њихови национални закони о држављанству. Емиграционе земље као што су Мексико, Турска, Колумбија, Еквадор, Доминиканска Република итд. сада дозвољавају својим држављанима да задрже држављанство земље порекла и после стицања новог држављанства. Многе од ових земаља су промениле политику према двојном држављанству захваљујући томе што га сада виде као могућност за одржавање економских и политичких веза са својим најуспешнијим емигрантским групама. Има чак мишљења да је у многим случајевима то учињено у нади да двојно држављанство може створити јачи етнички лоби који може утицати на спољну политику према овим земљама.[17]

И у имиграционим земљама је јасно видљив толерантнији став према двојном држављанству. Као што је речено, Канада је 1977 променила закон у овој области и од тада изричито дозвољава двојно држављанство, како мигрантима, тако и канадским држављанима који стекну неко ново држављанство. Швајцарска је 1992. г. напустила став да лице које натурализацијом стиче швајцарско држављанство треба да се одрекне свог ранијег држављанства. Исто је учинила и Холандија 1991. године. Немачка, која је иначе на позицији избегавања двојног држављанства, новим законом из 2000. даје шире могућности за постојање немачког и иностраног држављанства што је у сагласности са тенденцијом која се среће у другим европским државама у овој области.[18] Тако се лицима која желе да стекну немачко држављанство дозвољава могућност да задрже држављанство земље порекла уколико би отпуст из тог држављанства представљао озбиљну сметњу или се не би могао разумно очекивати. Аустралија не захтева одрицање од претходног држављанства за оне који стичу њено држављанство, али аустралијанац који стекне неко друго држављанство аутоматски губи аустралијско. САД изричито утврђују могућност двојног држављанства и то кроз одредбе о стицању и престанку америчког држављанства садржане у Закону о имиграцији и држављанству из 1952. године. У складу са њима, амерички држављанин не губи то држављанство уколико стекне страно, сем у случају да сам, на свој захтев изјави да се одриче америчког држављанства или уколико борави у иностранству више од три године, а америчком конзуларном представнику не изјави своју вољу да задржи америчко држављанство.[19] На позицији признања двојног држављанства, било изричито путем закона, или кроз праксу, су

[17] Koslovski, *Challenges of International Cooperation in a world of Increasing Dual Nationality,*стр. 8.
[18] Kropholler, *Internationales Privatrecht,* Mohr Siebeck 2004. стр. 262.
[19] Више о томе: Чок, *Двојно држављанство,* ЈРМП, бр. 3/1993. стр. 264.

Француска, Шпанија, Португал, Финска, Кипар, Мађарска, Бугарска, Румунија, Словачка, Малта.[20]

Тенденција све веће толеранције двојног држављанства дошла је до изражаја и на међународном плану. Други Протокол који допуњује Конвенцију о смањењу случајева вишеструког држављанства и војне обавезе у случају вишеструког држављанства из 1993. године (ступио на снагу 1995.) је знатно предусретљивији према двојном држављанству и то исказује већ у преамбули:

"Узимајући у обзир велики број миграната са сталним боравком у државама чланицама и потребу да се употпуни њихова интеграција, посебно у случајевима II генерације миграната, у земљу домаћина, стицањем држављанства те државе;

Узимајући у обзир велики број мешовитих бракова у државама чланицама и потребу да се олакша да један брачни друг стекне држављанство другог брачног друга и да деца стекну држављанство оба родитеља како би се подстакло јединство држављанства у оквиру исте породице;

Узимајући у обзир да је задржавање држављанства по пореклу значајан фактор у постизању ових циљева,

Протокол је допунио одредбе Конвенције и дозволио задржавање ранијег држављанства (чл. 1).

Коначно, Европска Конвенција о држављанству из 1997. изричито дозвољава вишеструко држављанство и предвиђа пуна права двојним држављанима (поглавље V).Овакав став је последица јасне тенденције да одређене категорије миграната, пре свега страни радници и њихове породице, имају право на стицање држављанства *ex lege*, или на свој захтев. Према чл. 6. т. 3. ове конвенције, унутрашња права мора да садрже правила која ће странцима који имају законито пребивалиште на територији државе чланице омогућити натурализацију. Друге категорије странаца који имају повољнији третман у стицању држављанства, а који се огледа у олакшаној процедури, смањењу периода боравка итд. су посебно страни брачни другови, усвојена деца, као и друга и трећа генерација миграната за које генерално постоји став да су спремнији за интеграцију.

Ове сукцесивне конвенције илуструју очито промењен став према двојном држављанству, али и потребу да се режим држављанства, који неспорно улази у искључиву надлежност сваке поједине државе, све више третира као проблем који изискује међународну сарадњу.

[20] За пуне статистичке податке: Baubock, *Citizenship policies: international, state, migrant and democratic perspectives,* www.gcim.org

### 3.3. Став Србије према двојном држављанству

Материју држављанства у Србији и Црној Гори регулишу посебни закони држава чланица: у Црној Гори – Закон о црногорском држављанству,[21] а у Србији - Закон о држављанству Републике Србије из 2004.[22] Даном почетка примене српског Закона о држављанству престали су да важе Закон о југословенском држављанству ("Сл. лист СРЈ", бр. 33/96 и 9/2001) и Закон о држављанству Социјалистичке Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 45/79 и 13/83) тако да у овој области не постоји више савезни закон. Према одредби чл. 3. српског Закона, држављанин Р Србије је истовремено држављанин СЦГ. Црногорски Закон такву изричиту одредбу не садржи па би се могло поставити питање да ли црногорско држављанство постоји самостално, тј. и без савезног држављанства, односно, да ли једно лице може имати само држављанство Црне Горе, а не и држављанство СЦГ. Решење ове могуће дилеме треба тражити у Уставној повељи државне заједнице Србија и Црна Гора, а она изричито прописује да је држављанин државе чланице држављанин и државне заједнице Србија и Црна Гора (чл. 7). Дакле, црногорско држављанство не постоји самостално. Наша даља разматрања ће бити усмерена само на право Србије.

Закон о држављанству Србије не садржи изричиту одредбу о двојном држављанству, али овај институт познаје и признаје. На то указује одредба чл. 5 наведеног закона у коме се двојно држављанство помиње, али посредно: "Држављанин Републике Србије који има и држављанство стране државе сматра се држављанином Републике Србије кад се налази на територији Републике Србије", или одредба чл. 33. према којој: "Пунолетни држављанин Р Србије који је рођен и живи у иностранству, а има и страно држављанство...". На исти закључак наводе и неке од одредаба које се тичу стицања и губитка држављанства Србије.

Странац може стећи држављанство Р Србије пријемом (натурализацијом) али, под условом (између осталих) да има отпуст из страног држављанства или да поднесе доказ да ће отпуст добити ако буде примљен у држављанство Србије (чл. 14. т. 2). Из овакве одредбе би могло да се закључи да је право Србије на позицији "један човек, једно држављанство" тј. непризнавања двојног држављанства. Међутим, закључак би био погрешан. Већ у ставу 3. и 4. поменуте одредбе, Закон изричито наводи да ако страна држава не дозвољава отпуст из држављанства или за отпуст поставља услове које странац не може испунити, онда се отпуст неће тражити ако подносилац захтева поднесе изјаву да се одриче страног држављанства. Чак се и ово одрицање или губитак држављанства неће захтевати ако то није могуће или се не може разумно

[21] "Сл. Лист РЦГ", бр. 41/99.
[22] "Сл. гласник РС", бр. 135/2004.

очекивати. Отпуст се неће тражити ни од странца чији би пријем у држављанство Србије представљао интерес за Србију, као и у случају да са земљом његовог порекла постоји међународни уговор у овој области. Очигледно да је у оваквој ситуацији могуће да држављанин Србије истовремено поседује и држављанство неке друге државе. С друге стране, као основ за престанак држављанства Закон наводи: отпуст, одрицање, стицање држављанства друге државе чланице и међународни уговор. Из чињенице да се престанак држављанства прописује само у случају када се стиче држављанство друге државе чланице (чл. 35), а не генерално, друге, стране државе, треба извући закључак да овај други случај није разлог за престанак држављанства Србије. Да је законодавац другачије имао у виду морао је то изричито да пропише како је учинио и са стицањем држављанства друге државе чланице. Наравно, у овој ситуацији двојно држављанство је могуће само ако страна држава чије држављанство стиче држављанин Србије не захтева отпуст или одрицање из српског држављанства.

## 4. Значај двојног држављанства

Свако држављанство, без обзира на начин како је стечено, рођењем, пореклом или накнадно, натурализацијом, има исто дејство. Ово је изражено у принципу недискриминације, односно у принципу да се свако држављанство има једнако третирати. Изричиту одредбу у том смислу садржи Европска конвенција о држављанству (чл. 5. т. 2) и она обавезује сваку државу чланицу на једнак третман својих држављана без обзира да ли су држављанство стекли рођењем или накнадно.

Значај двојног држављанства је вишеструк. Прво, у начелу, лица са двојним држављанством имају, са аспекта сваке од држава чије држављанство поседују, и у односима са њеним органима сва права, али и све обавезе које проистичу из њеног законодавства. Свака држава својим држављанима гарантује читав корпус грађанских, политичких и економско-социјалних слобода и права, као што су право кретања, настањивања, пословања, право на рад, здравствену заштиту, социјално обезбеђење и социјалну заштиту, образовање, својину, право на наслеђивање, затим слободу информисања, удруживања, говора, учешћа у јавном животу, изборно право, право на дипломатску заштиту итд. Лице које има два држављанства, многа од ових права може да ужива истовремено у обе државе чије држављанство има и у томе је предност двојног држављанства. Тако може слободно да путује без икаквих ограничења и да се настани у било којој држави чије држављанство има. Може да стиче својину, да послује, инвестира, наслеђује, да ужива дипломатску заштиту, у неким земљама чак и да гласа на изборима, итд. Остваривање неких других права је везано за пребивалиште па их лица са двојним држављанством могу уживати, по правилу, у оној држави у којој имају пребивалиште. Ту спадају, пре свега, она права која произилазе из радног

односа, као што су право на социјално осигурање, здравствену заштиту, социјална давања незапосленима или плаћање пореза.

Друго, држављанство у многим земљама, пре свега емиграционим, представља тачку везивања за одређивање меродавног права за статусне, породичне и наследне односе. Чињеница да једно лице има два или више држављанстава у оваквим ситуацијама нужно отвара питање које ће држављанство, од више постојећих, бити релевантно за одређивање меродавног права. У питању је проблем позитивног сукоба држављанства који је предмет регулисања не само националних законодавстава, већ и међународних конвенција, а у циљу постизања међународне хармоније одлучивања.

На унутрашњем плану државе углавном разликују случајеве када једно лице има вишеструко страно држављанство, од случаја када је једно од више држављанстава домаће. У првом случају, по правилу, примењује се право оне државе са којом је лице најтешње везано, а то се одређује нарочито на основу уобичајеног или редовног боравишта или по току живота тог лица. Одлучује дакле, тзв. ефективно држављанство.[23] Ако је уобичајено боравиште лица са двојним држављанством у земљи чије држављанство има, тада је, по правилу, то држављанство ефективно. Уколико је оно у некој трећој држави, тада се за истраживање најтешње везе искључиво узимају у обзир околности везане за ток живота, као што су: постојање фамилијарних, професионалних, културних и осталих веза са одређеном државом, језичка припадност, испуњење војне обавезе, вршење бирачког права итд. Уколико је једно од више држављанстава домаће, онда је то лице за ту државу домаћи држављанин и његово друго држављанство се једноставно игнорише. Ово је решење које се примењује у већини држава.[24] Међутим, ово првенство домаћег држављанства наилази на критику јер се сматра да се судара са принципом праведности по коме мора да одлучује онај правни поредак са којим постоји најтешња веза.[25] Да би се избегли проблеми и да би се постигла хармонија одлучивања, предлаже се да државе које прихватају принцип да домаће држављанство искључује страно, потпишу међународне уговоре у коме би принцип ефективног држављанства био изричито предвиђен.[26]

На међународном плану, као опште решење проблема вишеструког држављанства, прихваћено је ефективно држављанство, и то пре свега, базирано на уобичајеном боравишту. Овакав став је израз једног општег

[23] Види на пример, чл. 11. ст. 2. и 3. Закона о међународном приватном праву СЦГ, или чл.5I1 EGBGB

[24] Види: чл.11.ст.1. ЗМПП СЦГ, као и чл. 5. Закона о држављанству Р Србије; пар.9(1)ЗМПП Аустрије из 1978; чл.5(1) Закона о реформи МПП Немачке из 1986; пар.11(2) Уредбе са законском снагом о МПП Мађарске из 1979; чл.23(IV)(1) Савезног ЗМПП Швајцарске из 1987.

[25] Kropholler, цит дело. стр. 264.

[26] *Ibidem*

принципа на коме треба да се базира решавање проблема двојних држављана, а то је принцип недискриминације по основу држављанства, односно, принцип равноправности држављанства. На њему је базирана Хашка Конвенција о облику тестаментарних располагања из 1961. године. на пример, и њега посебно наглашава Европска конвенција о држављанству из 1997.

## Закључак

Последњих година вишеструко држављанство је у знатном порасту. Разлози за то су бројни, али се чини да су најзначајнији висок степен међународне миграције и тренд толерантнијег односа националних правних система према двојном држављанству. Они су израз реалних чињеница и посебних интереса, како појединаца, тако и држава.

Значај двојног држављанства је вишеструк. С једне стране он се огледа у домену доступности права и испуњењу обавеза према држави чије се држављанство има, а с друге стране, држављанство представља у великом броју држава релевантну тачку везивања за одређивање меродавног права за статусне, породичне и наследне односе. Постојање двојног држављанства у овом последњем случају нужно отвара питање сукоба држављанства које се, и на националном и на међународном плану, решава кроз принцип ефективног држављанства.

*Milena Petrovic, an associate professor*

## DUAL CITIZENSHIP AND ITS SIGNIFICANCE

Recently there has been an increase in the number of citizens with dual citizenship. The reasons for this are numerous, the most important being: the increase in international mobility and a more tolerant approach to this matter in national legal systems. They reflect the reality of the situation and interests of both states and their citizens.

The significance of dual citizenship is multiple. It is reflected in the domain of availability of regulations and compliance with the obligations towards the state of principal citizenship on one side, while on the other side the citizenship in some countries represent a relevant point connected to determining the law which is authoritative for regulating personal, family, inheritance and similar relations. The existence of dual citizenship in this last mentioned case, for example, opens the question of the conflict between two citizenships, which is resolved, on the national and international level, through the principle of "effective citizenship".

*Славко Ђорђевић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 341.9*

# МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ДЕЛИКТЕ СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ - Изабрана питања –

Грађанскоправни деликти са елементом иностраности су честа појава у савременом друштву. Индустријски и технолошки развитак, развој саобраћаја и савремених средства комуникације (штампа, радио, ТВ), појава интернет технологије, покретљивост становништва довели су до великог пораста броја деликата са страним елементом у последњих неколико деценија[1]. Међународно приватно право односно његов део који се бави меродавним правом за грађанскоправне деликте са елементом иностраности (међународно деликтно право) налази се пред новим изазовом. С обзиром на то, циљ овог рада огледа се у покушају да се ближе одреде поједина основна питања одређења деликтног статута у нашем међународном приватном праву. Ми смо наша разматрања усредсредили на правило lex loci delicti commissi и на проблеме (локализација места радње и места последице, принцип убиквитета и повољнијег права) који настају у његовој примени.

## I. Lex loci delicti commissi

Lex loci delicti commissi имплицира да се код вануговорне одговорности са елементом иностраности примењује правни поредак државе у којој је извршен деликт. Деликт је извршен и настаје обавеза на накнаду штете када је услед предузете противправне радње наступила штетна последица. У великом броју случајева, радња и последица се остварују у истој држави. Међутим, није занемарљив број оних тзв. дистанционих деликата (нпр. медијски деликти, интернет-деликти), где је радња почињена у једној држави, а последица наступила у другој. У оваквим случајевима поставља се питање којем месту треба дати предност или можда треба оба места сматрати местом деликата и притом правити њихове комбинације (принцип убиквитета). Упоредноправно

[1] Уопште о узроцима пораста броја деликата са елементом иностраности види М. Пак, Деликтна одговорност за проузроковану штету у међународном приватном праву, Београд, 1972, стр. 10-13.

посматрано, влада разноликост решења, тако да законодавства и доктрину можемо грубо поделити у три групе: на оне које заступају принцип примене права места радње, на оне који су за место последице и на оне који су за принцип убиквитета. При том треба рећи да су готово ретки они правни системи који на све врсте деликта искључиво примењују један од ова три правила. Lex loci delicti се углавном комбинује са другим тачкама везивања[2] које су се од друге половине двадесетог века одомаћиле у међународном деликтном праву.

Иако је до доношења ЗРСЗ-а у нашој доктрини постојала разноликост мишљења[3] о томе које би основно колизионо правило требало да важи за деликте са елементом иностраности, законодавац се определио за самосталну примену lex loci delicti commissi и, када су дистанциони деликти у питању, за принцип повољнијег права у корист оштећеног (чл. 28.):

*«За вануговорну одговорност за штету, ако за поједине случајеве није другчије одређено, меродавно је право места где је радња извршена или право места где је последица наступила, зависно од тога које је од та два права повољније за оштећеника.*

*Право из става 1 овог члана меродавно је и за вануговорну одговорност за штету која је настала у вези са правним односима из чл. 27. овог закона.*

*За противправност радње меродавно је право места где је радња извршена или где је последица наступила, а ако је радња извршена или је последица наступила на више места – довољно је да је радња противправна по праву било ког од тих места.»*

Наша пажња ће у даљем раду бити усмерена на ст. 1. и 3. овог члана. Прво ћемо покушати да квалификујемо (локализујемо) место радње и место последице, а затим ћемо наша разматрања усредсредити на функционисање и оправданост принципа убиквитета и повољнијег права. Посебну пажњу ћемо поклонити питању противправности из ст. 3 цитиране одредбе ЗРСЗ.

[2] Нпр. клаузула одступања, заједничко боравиште штетника и оштећеног итд.

[3] Мишљења се крећу у распону од кумулативне примене lex loci и lex fori, преко самосталне примене lex loci и примене принципа убиквитета, до примене принципа најближе везе. Види код В. Томљеновић, Поморско међународно приватно право – Ванугоговорна одговорност за штету и проблем избора мјеродавног права, Ријека, 1998, стр. 184-192; Кнежевић, Дика, Стојановић, Коментар ЗМПП, 1991, стр. 98; Варади-Кнежевић-Бордаш, МПП, стр. 426-429 (нарочито мишљење судске праксе).

## А. Одређење места радње

### 1. Појам места радње и разграничење од припремних радњи

Место радње је оно место у коме се налази штетник када предузима противправну радњу[4]. Примењујући ову дефиницију у свакодневном животу, често је веома једноставно одредити саму радњу и место где је она почињена. Међутим, евентуалне тешкоће могу настати код оних деликата чија је радња комплексна, тј. састоји се из низа различитих аката који се извршавају у једном временском периоду. Такви деликти су примера ради деликти почињени писмом (којим се повређује право личности, на пример част) или деликти почињени путем масмедија и интернета. На пример, писмо увредљиве садржине је написано у држави А, стављено у коверат на путовању у држави Б и коначно послато из државе Ц. Или, један новински чланак који садржи шкакљиве и непроверене информације о неком лицу, уобличен је у држави А где се и налази место редакције, новина се штампа у највећем броју примерака у месту редакције а у мањем броју у држави Б, новина се затим дистрибуира у различитим државама где се и продаје. Разме се нису све ове радње релевантне за утврђивање места радње. Зато је потребно да се осврнемо на проблем разграничења колизионоправно релевантне радње (радње извршења) од чисто припремних радњи.

Према општем гледишту[5] у међународно деликтном праву, припремне радње немају довољан квалитет да заснују везивање за место радње. Међутим, у доктрини је спорно на који начин, односно према критеријумима ког права треба извршити разграничење радње извршења од припремних радњи. На једној страни су они који сматрају да право места где је радња извршена треба да одлучи о томе да ли се ради о припремној радњи или не[6] (lex cause квалификација). Овакав начин разграничења би могао водити ка умножавању места радње[7]. Јер, у горе описаним примерима би се испитивало за сваки појединачни акт делиткног догађаја, и то засебно према праву сваког места где су ти акти предузети, да ли је реч о радњи извршења или припремној радњи. У

[4] Kropholler, IPR, стр. 495.

[5] Kropholler, IPR, стр. 495; Staundinger Julius von, Kommentar zum Bürglichen Gesetzbuch mit Einfürungsgesetz und Nebengesetzen: Einfürungsgesetz zum Bürglichen Gesetzbuch/IPR, Art. 38-42, Neubearbeitung von Bernd von Hoffmann, Berlin, 2001. (у даљем тексту: Staundinger/von Hoffmann), стр. 235; von Hoffmann, IPR, стр. 450; Kegel/Schurig, IPR, стр. 629; Junker, IPR, стр. 377; C. Auer, Deutsches internationales Deliktsrecht – im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, München, 2002, стр. 111; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 98; В. Водинелић, Међународно приватно право личности, Београд, 2003, стр. 72.

[6] Kegel/Schurig, IPR, стр. 629; видети наводе код C. Auer, ibid., стр. 111. фуснота 368 и M. von Hinden, Persönlichkeitverletzung im Internet, Tuebingen, 1999, стр. 55 фуснота 5 и 7.

[7] Тако M.von Hinden, ibid., стр. 55.

резултату би се могло догодити да је радња извршења почињена на више места и да се њихова права могу применити на дати случај[8], што свакако води проширењу принципа убиквитета. С друге стране, могла би се замислити и ситуација да се ниједан од аката, оцењених према правима држава у којој су предузети, не сматра радњом извршења у колизионоправном смислу.

На другој страни су они аутори који сматрају да разграничење радње извршења од припремних радњи треба извршити на нивоу домаћег колизионог права (lex fori квалификација), ослањајући се, дакле, на домаће правне појмове, без обзира где је појединi акт предузет[9]. Потребно је поћи од материјалноправног појма (садржине) штетне радње у унутрашњем деликтном праву и «пренети» га на «терен» колизионог права. У нашој доктрини облигационог права деликтна радња се одређује као позитивна или негативна радња штетника која узрокује штету на страни оштећеника[10]. Ова дефиниција нам много не помаже јер је за наша разматрања неопходно одредити садржину радње извршења на такав начин да се може разликовати тренутак њеног «окончања» од «почетка» наступања последице. У том смислу радња извршења би се могла дефинисати као она вољна радња која, угрожавајући правом заштићене интересе потенцијално оштећеног, излази из сфере утицаја починиоца и наступа у спољњем свету[11]. Из ове дефиниције се може видети да се правни појам радње састоји из две компоненте[12]. Прва компонента је вољно деловање и можемо је назвати когнитивним елементом. Друга компонента је дејство у спољном свету и називамо је реализациони елемент. Реализациони елемент, у ствари, доноси чињенично сазнатљиву промену[13]. Припремним радњама најчешће недостаје реализациони елемент. Вољна активност, као унутрашњи когнитивни елемент, није довољна. На пример, једна замишљена али неиспољена увреда не може представљати деликтноправно релевантну радњу[14]. Или рецимо, писање компромитујућег писма које никада није послато[15], односно конципирање homepage који није стављен (унет) на

[8] У доктрини је предложено да се овај проблем реши применом принципа повољнијег права у корист оштећеног. Види Kegel/Schurig, IPR, стр. 629 и даље.
[9] У том смислу Staudinger/von Hoffmann, 235-237; M.von Hinden, ibid., стр. 56 и даље.
[10] Упореди М. Вуковић, Обвезно право књига I, Загреб, 1956, стр. 85; М. Ведриш/П. Кларић, Основе имовинског права, Загреб, 1983, стр. 402; Ж. Ђорђевић/В. Станковић, Облигационо право, Београд, 1986, стр. 347 и даље.
[10] Упореди М. Вуковић, Обвезно право књига I, Загреб, 1956, стр. 85; М. Ведриш/П. Кларић, Основе имовинског права, Загреб, 1983, стр. 402; Ж. Ђорђевић/В. Станковић, Облигационо право, Београд, 1986, стр. 347 и даље; J. Радишић, Облигационо право, Београд, 2003, стр.; М. Ведриш/П. Кларић, Основе имовинског права, Загреб, 1983, стр. 402.
[11] У том смислу von Hoffmann, IPR, стр. 450; Staundinger/von Hoffmann, стр. 235; В. Водинелић, ibid., стр. 73.
[12] Упореди C. Auer, ibid., стр. 110-113 и Staundinger/von Hoffmann, ibid., стр. 235.
[13] C. Auer, ibid.
[14] Ibid.
[15] von Hoffmann, IPR, стр. 450.

интернет. Када се увреда изјави, пошаље се писмо односно унесу се информације на интернет, остварује се реализациони елемент. Радња излази из личне сфере и контроле штетника, тако да он више не може да утиче на њу, и потпуно се уобличава (окончава). Све после тога спада у сферу последице радње[16]. Место овог «уобличења» (реализације) представља релевантно место деликтне радње. Последица примене овог становишта се огледа у постајању само једне колизионоправно релеватне радње и следствено томе примени само једног права места радње[17]. На тај начин врши се концентрација места радње у једном месту које представља тежишну тачку штетног деловања, што је у сагласности са принципом најближе везе као основним начелом МПП-а[18]. Такође, искључује се могућност, која постоји према првом становишту, да се радња која је временски раније извршена квалификује као радња извршења, а доцнија радња као припремна радња[19]. Ипак, без обзира на јасне поставке овог становишта, могу проистећи проблеми у његовој примени. Када је реч о деликтима почињеним путем масмедија и интернета доктрина и судска пракса заступају различите ставове о томе које је место радње извршења колизионоправно релевантно[20].

Ми се приклањамо другом становишту. За разграничење радње извршења од припремних радњи, имајући у виду изнете аргументе, треба поставити јединствен критеријум на домаћем колизоноправном нивоу. Ово схватање је новије и у доктрини мањинско, али ипак у новије време добија на значају и истиче се у први план[21]. Међутим, нисмо сасвим сигурни да се ово становиште може прихватити за наше међународно деликтно право. У нашој доктрини се може наћи став у прилог разграничења припремних радњи од радње извршења по принципу *lex cause*, тј. да припремне радње могу утицати на локализацију места радње уколико су оне по закону места њиховог предузимања елементи дела[22]. Мишљења смо, такође, да разграничење радње извршења од припремних радњи по принципу *lex cause* произилази из самог ЗМПП. У чл. 28 ст. 3. ЗМПП се говори о оцени противправности радње извршења: «*За противправност радње меродавно је право места где је радња извршена или где је последица наступила, а ако је радња извршена или је последица наступила на више места – довољно је да је радња противправна по праву било ког од тих места.»* Из ове одредбе јасно произилази да наше међународно

[16] В. Водинелић, ibid., стр. 74.
[17] Тако M.von Hinden, ibid., стр. 58.
[18] Ibid., стр. 56.
[19] В. Водинелић, ibid., стр. 73-74.
[20] Упоредити В. Водинелић, ibid. стр. 71.74; M.von Hinden, ibid., стр. 58. и даље; Junker, IPR, стр 388; von Hoffmann, IPR, 451; Kropholler, IPR, 514; OLG Hamburg 8. 12. 1994, NJW-RR 1995, 790; OLG Hamburg 4. 8. 1998, AfP 1998, стр. 643.
[21] Види von Hoffmann, IPR, стр. 450; Staundinger/von Hoffmann, стр. 235; M.von Hinden, ibid., стр. 57; V.Vodinelić, ibid., стр. 73-74.
[22] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 98.

деликтно право познаје деликте код којих је могуће предузети више колизионоправно релевантних радњи. Следствено томе, може постојати више места радњи чија права долазе у обзир да буду примењена. Схватање о разграничењу припремних радњи од радње извршења на основу јединственог критеријума доводи, видели смо, до тога да може постојати само једна радња извршења и према томе само једно место радње, што не одговара норми из ст. 3 чл. 28. Зато, према нашем мишљењу, ова норма јасно одражава став о разграничењу по принципу lex cause. То не треба да чуди, јер у време када је наш ЗМПП припреман и, потом, усвојен, разграничење по принципу lex cause је било владајуће у упоредноправној доктрини. Међутим, у новије време у нашој доктрини је изнето мишљење да и за наше међународно деликтно право треба прихватити јединствени критеријума на нивоу *lex fori*[23]. Као што рекосмо, овај став и ми подржавамо, само што нисмо сигурни колико он може бити утемељен с обзиром на садржину ст. 3 чл. 28 ЗМПП.

На крају треба рећи да се и према нашем међународно приватном праву појам радње дефинише у складу са лех фори, тако да све што је речено до сада о томе може се прихватити и за наше међународно приватно право. Али за разлику од јединственог критеријума, према коме се на нивоу *lex fori* оцењују све радње једног комплексног деликтног догађаја и само једна добија «статус» правнорелевантне радње, у нашем праву се према критеријуму *lex fori* оцењује само она радња која је предузета на нашој територији, док се остале радње цене према правима места њиховог предузимања.

### 2. Одређење места радње код омисивних деликата и код објективне одговорности

Проблем одређења места радње може настати код омисивних деликата и објективне одговорности.

Када су у питању омисивни деликти, проблем се односи на непостојање радње. Наиме, одређену радњу је требало предузети, тј. постоји законска обавеза предузимања радње, али нажалост до тога није дошло. За решење овог проблема треба одредити место у коме је одређена радња морала бити предузета[24].

Објективна одговорност не стреми превенцији у правом смислу речи, тј не ради се о санкционисању одређене радње, већ долази до расподеле ризика код опасних, али ипак друштвено пожељних активности[25] (код одговорности због опасне ствари, на пример, долази до преласка ризика са оштећеног на корисника). То значи да у недостатку незаконитог понашања, не постоји ни

[23] В. Водинелић, ibid., стр. 73.
[24] C. Auer, ibid., стр. 120-122; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 98;
[25] Von Hoffmann, IPR, стр. 451; C. Auer, ibid., стр. 122.

место радње. Тако долазимо до проблема како одредити место радње? Код објективне одговорности, за разлику од субјективне, захтева се веза између употребе ствари и повреде правног добра као последице. Ова веза постоји само у месту у коме је опасна ствар изашла ван контроле и при том проузроковала повреду правног добра[26]. То значи да се код ове врсте одговорности реализациони елемент манифестује у тренутку у коме се опасна ствар отргла контроли. Дакле, место радње је место у коме је опасна ствар изашла ван контроле њеног држаоца[27].

### 3. Правнотеоријски разлози у прилог примене права места радње

У прилог примене права места радње истиче се у први план функција превенције деликтног права, јер деликтно право места где је радња почињена жели да спречи да се убудуће извршавају штетне радње[28]. Затим, сматра се да је штетник дужан да се понаша у складу са нормама околине (места) у којој је делао. Ако својим понашањем прекорачи границе дозвољеног, он деликтноправно одговара[29]. Истиче се, даље, да је место радње и практично и правично. Практичност произилази из јасног појма места радње, а правичност из чињенице да штетник својом радњом сам одређује меродавно право[30]. Правна сигурност би била нарушена, ако би се примењивало место последице које је непредвидиво за штетника[31].

Ипак, овим аргументима се могу ставити противаргументи. Пре свега, место радње се на различите начине дефинише код различитих врста деликата, тако да овај појам није сасвим једноставан и лако утврдљив[32]. Када је реч о правичности, такође се могу навести одговарајући противаргументи. Наиме, везивање за место радње се оријентише поглавито на интересе и положај штетника[33], што одговара превентивној функцији деликтног права. Интереси оштећеног су гурнути у страну и на тај начин функција обештећења деликтног права је занемарена. Не види се разлог због чега би предност требало дати превентивној функцији, односно интересима штетника, а не интересима оштећеног[34].

---

[26] Ibid.; Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 98;
[27] C.Auer, ibid.
[28] von Hoffmann, IPR, стр. 446.
[29] Kegel/Schurig, IPR, стр. 626.
[30] C.Auer, ibid., стр. 101.
[31] Ibid.
[32] Код повреде личних права, интернет-деликата.
[33] C. Auer, ibid., стр. 103
[34] О односу ове две функције види Staundinger/von Hoffmann, стр. 226-227.

## Б. Одређење места последице

### 1. Појам места последице (место повреде правног добра и место штете)

*а. Појам места последице (место повреде правног добра и место штете)*

Приликом одређења места последице треба разликовати место последице у ужем смислу, које се најчешће означава као место повреде правног добра или једноставно као место последице, и место последице у ширем смислу које обухвата и место штете.

Место последице у ужем смислу (место повреде правног добра) се најопштије може дефинисати као место у коме се непосредно налази правно добро у тренутку повреде. Да би смо у конкретном случају локализовали повреду, потребно је одредити (квалификовати) појам повреде правног добра. О томе су у доктрини међународног деликтног права заступљена два гледишта. Према првом гледишту, материјално деликтно право места у којем се налази заштићено правно добро одлучује о томе да ли је оно повређено (квалификација lex cause)[35]. Према другом, повреда правног добра се одређује на колизионоправном нивоу полазног права (кавлификација lex fori)[36]. Ми се прикључујемо другом ставу из два разлога. Најпре, мишљења смо да о томе да ли је дошло до повреде која води деликтној одговорности треба да одлучи тек меродавно деликтно право. Други разлог се односи на дисперзионе деликте. Једино је одређењем појма повреде на колизионоправном нивоу полазног права могуће поуздано утврдити критеријуме на основу којих треба ограничити број места последице код дисперзионих деликата[37]. Пошто смо се определили за утврђење повреде правног добра на нивоу лех фори, потребно је ближе одредити његов аутономни колизионоправни појам: Повреда би се на колизионоправном нивоу могла дефинисати као фактичка угроженост (погођеност, оштећење) правног добра услед дејства противправне радње[38]. Сходно томе, место последице се локализује у оном месту у коме се налази непосредно угрожено (погођено) правно добро (интереси) у тренутку повреде[39].

Из овако одређеног колизионоправног појма места последице може се видети да до повреде долази остварењем реализационог елемента радње извршења. Али, реализација односно спољно дејство радње извршења је

[35] Kegel/Schurig, ibid., стр. 632; von Hoffmann, IPR, стр. 452.
[36] Тако Kropholler, IPR, стр. 496; M.von Hinden, ibid., стр. 82.
[37] Тако и M.von Hinden, ibid., стр. 81.
[38] Ibid., стр. 81-82; Kropholler, IPR, стр. 496.
[39] Ibid.

друкчије него код одређења места радње. Овде није пресудно прво дејство радње, већ прво оштећење (погођеност, угроженост) правног добра услед дејства радње. Тамо где спољна дејства радње погађају интересе (правно добро) оштећеног, ту се налази место повреде[40].

Место последице у ширем смислу је оно место у коме је непосредно повређено правно добро (место повреде) као и оно место где је настала штета, уколико то нису иста места[41]. Место стварне материјалне штете би се могло дефинисати као место у коме је дошло до губитка у имовини оштећеног (умањења његове имовине), док је место нематеријалне штете оно место у коме је штетник претрпео физички или психички бол или страх[42]. Када је реч о измаклој добити као дела материјалне штете, радило би се о месту где је дошло до спречавања повећања имовине оштећеног, тј. где би се добит остварила да до повреде није дошло. Изнето је мишљење да се у случају измакле добити треба везати за место пребивалишта или уобичајеног боравишта оштећеног, јер се ту налази центар његових економских интереса[43].

Разлику између места повреде и места штете можемо илустровати следећим примером. На пример, лица А, македонски држављанин, је услед непажње једног бициклисте претрпео телесне повреде за време свог одмора у Херцег Новом и смештен је у тамошњу болницу. Услед задобијених повреда морао је да «продужи» одмор у Црној Гори за петнаест дана. Обзиром да је по занимању таксиста и да свој посао обавља у Скопљу, претрпео је за ових петнаестак дана штету у виду измакле добити у висини од 500 Еура. Место повреде правног добра (телесног интегритета) налази се у Србији и Црној Гори. У СЦГ се налази и место стварне штете, јер је оштећени ту имао трошкове лечења, док се место штете у виду измакле добити налази се у Македонији.

Разлику између места повреде и места штете на колизионоправном нивоу чини немачка доктрина и пракса, при чему као релевантно место последице сматрају само место повреде[44]. Истиче се да је место повреде правног добра константно, непроменљиво, и може се конкретизовати у једној тачки. Концизност и константност овог места обезбеђује правну сигурност. Место штете је, напротив, варијабилно, случајно, непредвидиво за штетника и може водити неоправданом проширењу принципа убиквитета и повољнијег права[45].

---

[40] C. Auer, ibid., стр. 131.
[41] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 99.
[42] Чл. 155. ЗОО.
[43] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 99.
[44] Staundinger/von Hoffmann, стр. 238-239; Junker, IPR, стр. 378; Kropholler, IPR, стр. 495; Kegel/Schurig, IPR, стр. 632; C.Auer, ibid., стр. 130; Busch, Die Ubiquitätsregel im internationales Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizeirischen IPRG,стр. 75-81; BGH 10. 11. 1977, NJW 1978, стр. 495; BGH 24. 9. 1986, IPRax 1988, стр. 159.
[45] Ibid.

Француско међународно приватно право, на пример, не прави разлику између непосредне повреде правног добра и штете, и стоји на становишту да је место штете релевантно као место последице[46]. Наш ЗМПП једноставно спомиње место последице, без икаквих ближих објашњења да ли је реч само о месту непосредне повреда правног добра или и о месту штете. Судска пракса се досада није о томе изричито изјаснила, а и не постоји довољан број одлука да би се о томе могао извући општи закључак. У доктрини преовлађује став да је и место штете колизионоправно релевантно: местом последице сматра се како место у коме је повређено заштићено правно добро, тако и место штете (имовинске и неимовинске)[47]. Међутим, у најновијем делу проф. Водинелића, посвећеном међународноприватноправним аспектима личних права, изнет је став да место штете (имовинске и неимовинске) треба, бар када су у питању повреде личних права, колизионоправно занемарити и место последице одредити само као место повреде личних права[48]. Наш став је близак овом последњем управо из горе поменутих разлога – непредвидивости места штете од стране штетника и неоправданог проширења принципа убиквитета и повољнијег права. У сваком случају, треба сачекати одлуке наших судова које би требале да дају последњу реч о томе.

### 2. Предвидивост места последице

У доктрини посвећеној међународном деликтном праву[49] често се спомиње да за утврђење места последице треба узети у обзир само она места (државе) у којима је штетник могао предвидети наступање последице. Функција захтева за предвидивошћу места последице редовно се огледа у ограничењу броја колизионоправно релевантних места последице код дисперзионих деликата, искључењу колизионоправне релевантности места штете као и уопште у искључењу оних места последице које штетник није могао, према редовном току ствари, да има у виду када је предузео деликтну радњу. Критеријум предвидивости је озакоњен у швајцарском[50], португалском[51] и перуанском[52]

[46] О овоме види више код Löffler Severin, Mediendelikte im IPR und IZPR – Persönlichkeitsverletzungen durch Medien im Spiegel des deutschen, francösischen, schweizerischen und österreichischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Internets und Gegendarstellungsanspruchs, Frankfurt am Main, 2000, стр. 99 и 102-103 и као наводе.
[47] Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid, стр. 99.
[48] В. Водинелић, ibid. стр. 67-68, где износи разлике између саме повреде личног права и имовинске и неимовинске штете. При том, он се не изјашњава изричито о томе да се у нашем МПП-у не узима у обзир место штете, али то следи из његовог даљег излагања и нарочито из његових закључних ставова, као и из предлога решења колизионоправних проблема личних права.
[49] Staundinger/von Hoffmann, стр. 239; M.von Hinden, ibid., стр. 94 и даље.
[50] Види чл. 133. швајцарског IPRG.

међународном приватном праву. У осталим државама доктрина живо расправља о колизионоправној релевантности овог критеријума. Једни сматрају да колизионоправном захтеву предвидивости нема места у међународном деликтном праву, други да је овај критеријум присутан само код неких врста деликата, а трећи да га треба усвојити као општи колизионоправни принцип[53]. Према нашем мишљењу, предвидивост места последице треба испитивати за сваку врсту деликата понаособ што превазилази оквире овог рада. Ми ћемо, стога, пажњу посветити само питању опште оправданости захтева за предвидивошћу места последице.

У доктрини се претежно истиче да колзионоправни принцип предвидивости права места последице има свој основ у начелу заштите поверења (Vertrauensprinzip)[54]. Ово начело долази из уставног (и у опште јавног) права и представља субјективно правни израз правне сигурности[55]. Начело заштите поверења огледа се у томе да се сваки грађанин може поуздати у то да његово понашање које одговара тренутно важећем праву не може накнадно да буде оцењено као противправно[56]. Штити се поверење грађана у то да њихове радње које су у складу са важећим правом и последице које отуда произилазе остају признате и у будућности од стране правног поретка. Начело заштите поверења се, према томе, конкретизује у принципу забране ретроактивности, али и у другим уставноправним принципима који су садржани у уставима великог броја држава (нпр. принцип уставноправне гаранције приватне својине). Такође, принцип поверења као субјективни израз правне сигурности функционално се огледа и у захтеву за јасноћом и разумљивошћу правне норме и, следствено томе, предвидивошћу државног одлучивања[57]. Када се ово начело «пренесе» на «терен» међународног приватног права формира се принцип предвидивости који гласи, да се не може применити правни поредак са којим ниједна странка није могла да рачуна[58]. Јер, за адресате правних норми нема разлике да ли недостајућа предвидивост правних последица њиховог понашања резултира из садржински неодређене материјалне норме, накнадног обезвређивања њихових оправданих очекивања променом материјалног или колизионог права или из примене колизионе норме која «бира» између више садржински одређених материјалноправних норми[59]. Зато је, следствено овом ставу, потребно у међународно деликтном

[51] Види чл. 45. ст. 2. португалског Грађанског законика од 25.11.1966.
[52] Види чл. 2097. ст. 2. перуанског Грађанског законика из 1984.
[53] Упоредити B. Czempiel, Das bestimbare Deliktsstatut – Zur Zurechnung im internationalen Deliktsrecht, Berlin, 1991, стр. 24 и даље; M.von Hinden, ibid., стр. 95; C.Auer, ibid., стр. 140-148.
[54] Heini, RabelsZ 40 (1976), стр. 350; M.von Hinden, ibid., стр. 96; B.Czempiel, ibid., стр. 26.
[55] Ibid.
[56] B. Czempiel, ibid., стр. 27; Слично и M.von Hinden, ibid., стр. 96.
[57] B. Czempiel, ibid., стр. 27; M.von Hinden, ibid., стр. 97.
[58] Severin Löffler, Mediendelikte im IPR und IZPR, Frankfurt am Main, 2000, стр. 50.
[59] M.von Hinden, ibid., стр. 98.

праву ограничити колизионоправно везивање на предвидива места последице: меродавно је право места у коме је наступила последица ако је штетник могао да рачуна са њеним наступањем у том месту, тј. ако је могао тамо да предвиди њено наступање. Приликом ове оцене слажемо се са оним делом доктрине који сматра да је потребно узети у обзир и интересе оштећеног, јер се колизионоправни принцип предвидивости места последице не може развити једнострано, тј. само из заштите поверења штетника[60].

### 3. Дисперзиони деликти – деликти са више места последице

У условима индустријског и технолошког развоја, као и развоја савремених средстава комуникација, дисперзиони деликти постају све чешћа појава у савременом друштву. Ми ћемо неколико наредних редова посветити повредама личних права (права на част и углед) путем масмедија код којих сам начин повреде (путем медија - објављивање) као и њихова природа имплицирају да последица повреде наступа на више места. Задатак међународног деликтног права је да ограничи (локализује) њихов број на она која су колизионоправно релевантна[61] као и да реши проблем који настаје у примени више колзионоправнорелевантних места последице. Приликом решавања ових питања увек треба имати у виду интересе штетника и оштећеног.

Према преовлађујућем ставу у доктрини и пракси, места последице код повреде права личности путем масмедија су сва она места у којима су, услед објављивања, повређени и/или трећа лица сазнали садржину вређајуће информације, дакле у којима је часопис прочитан или је гледана односно слушана ТВ или радио емисија (тзв. место пријема)[62]. Према томе, у обзир би се узела, у првом реду, места у којима је информација планирано пласирана, али и она места где је дошло до случајне дистрибуције информација (нпр. примерак часописа доспе на територију државе где се иначе не пласира, или ТВ програм се прима у регионима за које није предвиђен). Уколико би се сва ова места сматрала колизионоправно релевантним, штетник би се «сукобио» са великим бројем правних поредака и налазио би се пред ризиком одговорности који је за њега непредвидив. Повређени би, с друге стране, био у предности јер би се могао позивати и на случајно инволвирани правни поредак ако би то за њега било повољније[63]. Уосталом, непрегледни број места последица може водити до примене права које има слабе или готово никакве везе са спорним

[60] Ibid.; B.Czempiel, ibid.
[61] Која су колизионоправно релеватна места последице, у доктрини и пракси су давани различити одговор. Сумарно о различитим решењима види В. Водинелић, ibid., стр. 84-86.
[62] T. Kristin, ibid., стр. 139; Junker, IPR, стр. 389.
[63] T. Kristin, ibid., стр. 140.

случајем. Зато, доктрина и пракса међународног деликтног права сматрају да број места последице треба ограничити, јер колизионо право треба да омогући да потенцијално меродавни правни пореци буду предвидиви.

Као први и основни критеријум за ограничење на колизионоправно релевантна места последице, како произилази из досадашњег излагања, истиче се предвидивост ових места од стране штетника. Према преовлађујућем мишљењу доктрине, предвидива[64], односно колизионоправно релевантна су она места у којима је информација планирано објављена и примљена к знању од стране тамошње публике[65]. Ова места бисмо могли означити као места редовног пријема информације. Тиме се искључују сва она места у којима је дошло до случајне дистрибуције информација. Међутим, након ове претежне сагласности о предвидивости, настају знатне разлике између аутора поводом прихватања осталих критеријума који локализацију још више ограничавању чиме се тежи ка примени једног права места последице. Најпре, се издвајају они аутори који са задржавају на критеријуму предвидивости. Критеријум предвидивости може водити ограничењу на једно место последице (нпр. ако се часопис редовно пласира само у једној држави) или на више њих (када се дистрибуира у више држава). Проблем примене више права места редовног пријема информације једни решавају принципом повољнијег права у оквиру правила убиквитета[66], док други принципом мозаичног оцењивања[67]. На другом месту су они који у оквиру места редовног пријема информације, позивајући се на принцип најближе везе, траже тежишну тачку пласирања информације, што води евентуалној примени само једног права места последице. То би било место редовног пријема у коме је дошло до најзначајнијег обима пласирања информације[68]. Затим, следе аутори који покушавају да реше проблем «дисперзије» тако што би место последице локализовали у месту уобичајеног боравишта повређеног. При том се разликују они који, независно од области (држава) редовног пријема информације, сматрају да треба применити место уобичајеног боравишта оштећеног из разлога што су лична права неодвојива од саме личности[69] од оних који полазе од места редовног пријема при чему као тежишну тачку

[64] Критеријум предвидивости места последице код повреде права личности путем масмедија у доктрини се оправдава принципом заштите слободе комуникације (слободе штампе и јавног говора) и функцијом превенције деликтног права. О томе више код M.von Hinden, ibid, стр. 98-101.
[65] Види Junker, IPR, стр. 389; T.Kristin, ibid., стр. 142; B. Bachmann, ibid., стр. 182; M. von Hinden, ibid., стр. 110.
[66] Kegel/Schurig, IPR, стр. 633.
[67] S. Löffler, ibid., стр. 139-141; Kropholler, IPR, стр. 515. Принцип мозаичног оцењивања значи да ће се применити свако од меродавних права места последице понаособ за обим штете који је у дотичном месту (држави) настао.
[68] Тако, M.von Hinden, ibid., стр. 109-110.
[69] Тако Staundinger/von Hoffmann, ibid., стр. 266.

сматрају оно место редовног пријема информације у коме повређени има уобичајено боравиште, јер управо тамо губитак његове части и угледа има најснажније дејство[70]. На крају, један део доктрине, позивајући се на Shevill-case[71] Европског суда, сматра да број места последице код повреде личних права путем масмедија треба ограничити тако што би била релевантна само она места редовног пријема информације у којима је повређени познат[72].

Као што можемо видети проблем локализације места последице код дисперзионих деликата какве су повреде личних права путем масмедија није нимало једноставан. Шта више, за сваки од горе изнетих ставова се може наћи нека судска одлука која га у мањој или већој мери поткрепљује. Отуда разматрању и решавању овог проблема се мора детаљно приступити за шта у овом раду нема довољно простора. Ипак, из овог излагања можемо извући бар два закључака. Прво, предвидивост места последице је претежно прихваћен као општи критеријум локализације код повреде права личности путем масмедија и, следствено томе, сматра се да су места редовног пријема информације предвидива за штетника. Друго, општи је закључак да данашња доктрина и упоредна судска пракса, применом различитих критеријума (најзначајнији обим објављивања, познатост, уобичајено боравиште оштећеног), стреми ограничењу на једно места последице како би се избегло проширење правила убиквитета. Отуда се поставља питање које решење треба усвојити за наше право? Наши судови до сада нису имали прилике да се баве овим питањима, док је у доктрини само једна озбиљна студија посвећена колизионоправним аспектима повреде личних права у оквиру које су обрађена нека од овде постављених питања. Према нашем мишљењу, и у нашем праву се може усвојити критеријум предвидивости као један од колизионоправних принципа на основу којег се одређује место последице код повреде личних права путем масмедија. То нас води до места редовног пријема информације. Даље, мишљења смо да треба у оквиру места редовног пријема информације тражити тежишно место последице, што је у складу са принципом најближе везе који је позитивно правни принцип нашег међународног права. У ту сврху би смо применили критеријум најзначајнијег обима објављивања. То би, када је реч о националним часописима, често (не увек) водило меродавности права једног места последице. Нпр. дневни лист «Вечерње новости» се дистрибуира

[70] Тако и В. Водинелић, ibid., стр. 117, када, одбацујући погодност деликтног статута за заштиту личних права, даје свој предлог решења за повреду личних права објављивањем информације.

[71] ES 7.3.1995 – Rs. C 68/93, Shevill/Presse Aliance, Slg. 1995 I 415 (nr. 29). Европски суд правде је у тзв. Shevill-case, сходно чл. 5 (3) Бриселске конвенције о надлежности и признању одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968, одлучио да се може засновати надлежност код повреде угледа неког лица путем штампе само у оним местима објављивања у којима је дотични познат.

[72] Видети наводе код M.von Hinden, ibid., стр. 88 (fn. 46 и 47) и код В. Водинелић, ibid., стр. 84 (fn. 128)

у 100 000 примерака у нашој земљи, а незнатни број примерака се шаље у поједине стране државе (нпр. 900 примерака у Немачку, 600 у Шведску) с циљем да их читају наши људи који тамо бораве. Сасвим је јасно да је тежишна тачка објављивања и пласирања информација у нашој земљи. Када је реч о међународним часописима ситуација је сложенија и одређење тежишта објављивања може водити меродавности права више места последице, што треба ценити у сваком конкретном случају. Када локализација води конкуренцији више меродавних права места последице, примениће се сходно чл. 28 ст. 1 ЗМПП повољније право за оштећеног. Мислимо да је ово решење правично, јер објављивањем вређајућих информација у међународном часопису штетник свесно преузима већи ризик.

На крају, потребно је истаћи да је могуће разматрати и питање стварања самосталних колизионоправних правила[73] за повреде права личности са елементом иностраности на основу чл. 2. ЗМПП који се односи на попуњавање правних празнина. Овом питању је потребно посвети више пажње што ипак превазилази оквире нашег рада.

#### 4. Правнотеоријске основе принципа места последице

У прилог примене права места последице говори реституциона функција деликтног права (принцип обештећења), пошто се суштина деликтне одговорности у првом реду огледа у накнади претрпљене штете. Даље, као један од главних аргумента за начелну меродавност места последице истиче се да деликтно право првенствено служи заштити правних добара и зато месту налажења ових добара треба придати нарочити значај[74]. Поред тога, оштећени се управља према нормама средине у којој су налазе његови интереси (правна добра)[75] и очекује да се примени право места где су ти интереси повређени (право места последице).

## II. Принцип убиквитета и повољнијег права

### А. Појам правила убиквитета и принципа повољнијег права

Правило убиквитета полази од тога да је деликт (дистанциони деликт) извршен како у месту радње, тако и у месту последице. Настала конкуренција места радње и места последице се мора решити или бирањем или комбиновањем. Према Kegel/Schurig, интереси који говоре у прилог везивања

[73] Види предлог В. Водинелића, ibid., стр. 117-119.
[74] C.Auer, ibid., стр. 107-108.
[75] Kegel/Schurig, IPR, стр. 626.

места радње и интереси у прилог везивања места последице држе се «ваге»[76]. Отуда се, како ови аутори сматрају, не може бирати већ комбиновати. Комбинација може бити кумулативна и алтернативна. Кумулативна комбинација користи штетнику, јер кумулирањем права оба места нема захтева оштећеног ако он није основан и према месту радње и према месту последице[77]. Напротив, оштећеном користи алтернативна комбинација, јер захтев постоји ако је основан било према праву места радње било према праву места последице[78]. Међутим, поставља се питање које право применити када је захтев основан према оба права? Да ли применити повољније право за оштећеног? Законодавства и доктрина се придружују алтернативној комбинацији и при том следе правило примене повољнијег права за оштећеног које разрешава насталу конкуренцију између права места радње и места последице. Пошто, упоредноправно посматрано, не постоји друкчије правило о разрешавању конкуренције ова два права, многи аутори правило о убиквитету и принцип повољнијег права називају теоријом убиквитета[79]. Следи, дакле, да су правило убиквитета и принцип повољнијег права у нераскидивој вези.

У чл. 28. ст. 1. ЗМПП нормиран је принцип убиквитета и повољнијег права у корист оштећеног. Обзиром да наше међународно деликтно право разграничава припремне радње од радње извршења по принципу lex cause, наш законодавац није изричито регулисао како разрешити ситуације у којима се јављају више места радње. Слично је и са дисперзионим деликтима где се јавља више колизионоправнорелевантних места последица. Сматрамо да се и у тим ситуацијама тражи повољније од више инволвираних права (колико места радње и последице толико потенцијално меродавних правних поредака) за оштећеног, иако смо мишљења да ово проширење принципа повољнијег права иде на уштрб интереса штетника. Наш законодавац такође није ближе одредио метод одређења за оштећеног повољнијег права. Упоредноправно посматрано, повољније право може суд да утврди по службеној дужности или оштећеном припада овлашћење избора. Наша судска пракса није имала прилике да се изјасни по овом питању. У нашој доктрини изнета су различита мишљења[80]. Наше мишљење се поклапа са владајућим да ово питање спада у надлежност суда. Наиме, суд је дужан, сходно члану 13. ЗРСЗ, да по службеној дужности сазна страно право у сваком случају, па и у случају примене чл. 28 ст. 1. Обзиром да се код дистанционих деликата ради о алтернативном везивању (право места радње или места последице), суд је дужан да сазна оба (или више) права и да примени оно које је најповољније за оштећеног. Одредити које је право повољније није нимало лако. Суд мора детаљно да испита сва

[76] Kegel/Schurig, IPR, стр. 627.
[77] Ibid.
[78] Ibid.
[79] J.von Hein, Das Günstigkeitsprinzip in internationalen Deliktsrecht, Tübingen, 1999, стр. 6.
[80] Види код Дика/Кнежевић/Стојановић, ibid., стр. 99.

релевантна права и то нарочито услове одговорности, начин и висину накнаде, али и рокове застарелости и могућност истицања материјалноправних приговора.

## Б. Правнотеоријске основе правила убиквитета и принципа повољнијег права

Пошто правило убиквитета и принципа повољнијег права подразумева материјалноправну корист за оштећеног и као такво одступа од принципа најближе везе[81], потребно је оправдати постојање овог правила у међународном деликтном праву. Доктрина се најчешће позивала на следеће аргументе[82]: олакшање међународног правног промета, државни интерес за применом права, симпатије према жртви (favor laesi), двоструки функционалитет материјалног деликтног права. Ми ћемо се задржати на овом последњем обзиром да је то данас владајући став у доктрини међународног деликтног права.

Проф. Bernd von Hoffman је развио тезу да правило убиквитета и принцип повољнијег права представљају израз колизионоправног преузимања двоструког функционалитета материјалног деликтног права[83] - функције превенције и функције компензације[84]. Он критикује став да се принцип повољнијег права оправдава «великим симпатијама према оштећеном»[85] и сматра да би се то могло односити само на деликте почињене умишљајем. Према његовом мишљењу, двоструки функционалитет материјалног деликтног права чини неопходним (нужним) повезаност места радње и места последице. Ова повезаност може следити или смер кумулације или алтернативитета. Кумулативну примену оба правна поретка von Hoffmann одбацује, јер такав поступак би водио минималној заштити оштећеног. Оштећени би добио мање, него кад би се применило свако право засебно. Дакле, остаје само принцип повољнијег права. Корист оштећеног у овом случају представља ненамерну последицу двоструког циља материјалног деликтног права[86].

---

[81] О односу принципа повољнијег права и најближе везе види код von Hein, ibid., стр. 22 и даље.
[82] Упореди Kegel/Schurig, IPR, стр. 628; von Hein, ibid., стр. 90 и даље; Staundinger/von Hoffmann, ibid., стр. 226-227.
[83] von Hoffmann, IPR, стр. 448; Staundinger/von Hoffmann, стр. 226.
[84] Функција превенције говори у прилог везивања за место радње, док функција намирења у прилог везивања за место последице. Важност ових функција варира у зависности од врсте деликата. Нпр. код саобраћајних несрећа преовлађује функција компрензације, код повреде личних права (пре свега права на приватност) функција превенције.
[85] Kegel/Schurig, IPR, стр. 628. су мишљења да између избора кумулативне и алтернативне примене места радње и последице треба следити ову последњу, јер су симпатије према жртви (оштећеном), опште посматрано, веће него према штетнику.
[86] Staundinger/von Hoffmann, ibid.

Иако став von Hoffmann-а на први поглед задовољавајуће објашњава суштинске разлоге постојања правила убиквитета и принципа повољнијег права, потребно је указати на противстав von Hein-а који је пољуљао темеље овог, рекли бисмо, владајућег става у теорији међународног деликтног права[87]. Наиме, овај аутор истиче да von Hoffmann-ов став занемарује околност да се функција превенције и функција заштите правних добара (компензаторна функција) остварују у сваком правном поретку засебно[88], те да раздвајање ових функција на колизионоправном нивоу није оправдано. Алтернативно везивање за место радње и место последице не полази од структуре или циља материјалне деликте норме, већ се једино може објаснити колизионоправним правнополитичким вредностима[89].

На крају, треба рећи да је заиста тешко оправдати правило убиквитета и принцип повољнијег права. Јер, оштећени је, када је реч о дистанционим деликтима, привилегован на троструки начин: у односу на штетника, у односу на оштећеног код месних деликата и у односу на оштећеног код деликата без елемента иностраности. С друге стране, штетник је код дистанционих деликата троструко дискриминисан: у односу на оштећеног, у односу на штетника код месних деликата и у односу на штетника код деликата без елемента иностраности[90]. Овакав очигледно неједнак положај оштећеног и штетника захтева оправдање. Зато и не чуди што правило убиквитета и принцип повољнијег права нису владајући у упоредном праву[91].

### В. Посебно правило за противправност радње и цепање меродавног статута

Наш законодавац је посебно издвојио противправност радње, као посебну претпоставку одговорности, и за њу предвидео посебно колизионо правило (чл. 28. ст. 3).

Пре доношења ЗРСЗ-а у једном делу домаће доктрине владало је мишљење да противправност треба издвојити од општег правила убиквитета и подврћи га

[87] Види подробну критику von Hein, ibid., стр. 97-102.

[88] Као што правни поредак места радње узима у обзир и циљ заштите правних добара, тако и правни поредак места последице служи и превенцији понашања. О обема функцијама се, дакле, води рачуна, чак и када се примењује само један правни поредак.

[89] Von Hein, ibid.

[90] Ibid.

[91] Правило убиквитета и принципа повољнијег права је, као основно правило, предвиђено у нашем ЗМПП (чл. 28), мађарској Уредби о МПП из 1979 (пар. 32 ст. 1 и 2), немачком EGBGB-у (чл. 40), италијанском Закону о реформи међународног приватног права из 1995.г. (чл. 62), чешком Закону о међународном приватном и процесном праву из 1963.г. (чл. 15).

искључиво праву места радње[92]. То су предвиђале и Тезе за нацрт Закона о међународном приватном праву и поступку[93]. Разлог за ово решење је да је сасвим реално и разумно оцену противправности радње препустити праву места у којем је лице, које је извршило радњу, деловало[94]. Примена неког другог права изневерила би очекивања штетника, јер он рачуна са нормама средине у којој делује, те би стога било неправично да одговара за своје понашање по другом праву иако правни поредак где је деловао његову радњу сматра допуштеном. Дакле, ово правило истиче принцип правне сигурности у односу на штетника[95]. У Тезама су, поред општег правила lex loci delicti, била предвиђена посебна правила и за деликтну способност и за начин и обим накнаде штете[96]. Деликтна способност се оцењивала такође према праву месту радње, а принцип убиквитета и повољнијег права је био предвиђен за начин и обим накнаде с циљем да што више треба заштити жртву[97].

Наш законодавац је одустао од ових правила готово у потпуности. Деликтна способност и начин и обим накнаде оцењују се према општем деликтном статуту и не предвиђају се, како смо видели, никаква посебна правила. Међутим, када је у питању противправност ситуација је унеколико другачија. Наш законодавац је издвојио у посебно правило оцену противправности штетног понашања, али циљ тог издвајања, чини нам се, није исти као у Тезама. У Тезама је ово правило штитило штетника (штетник не би одговарао уколико радња није противправна према праву места радње, иако би била противправна према праву места последице), док у ЗРСЗ оно, по нашем мишљењу, више погодује оштећеном. Наиме, довољно је да радња буде противправна било по праву места радње било по праву места последице, а ако је радња извршена или последица наступила на више места – довољно је да је противправна по било ком праву од тих места. Према томе, могло би се, на пример, замислити да је радња противправна по праву места последице, а да се у конкретном случају примењује право места радње као повољније право (зато што је у овом праву предвиђен дужи рок застарелости, а према праву места последице рок застарелости је истекао), иако радња не би била противправна по том праву. То значи да штетник комбиновањем материјалноправних норми

[92] Ж. Матић, Међународно приватно право обвеза из вануговорне одговорaности за штету, Зборник за поморско право, 1967, стр. 287-288.
[93] Тезе за Закон о међународном приватном праву и поступку, Приноси за поредбено проучавање права и међународно приватно право, Загреб, 1973, стр. 39.
[94] Ibid.
[95] В. Томљеновић, Поморско међународно приватно право – извануговорна одговорност за штету и проблем избора мјеродавног права, Ријека, 1998, стр. 188.
[96] Тезе за Закон о међународном приватном праву и поступку, Приноси, Загреб 1973, тезе 30-33 стр. 39-44.
[97] Ibid.

различитих правних поредака (у разматраном примеру права места радње и места последице) може строжије одговарати, премда, да не постоји наведено правило у ЗРСЗ, он уопште не би био одговоран по праву места радње нити према праву места последице јер је истекао рок застарелости. Дакле, ако би се свако од ових права примењивало засебно, оштећени у одговарајућем случају не би уопште добио накнаду.

Одређивање различитих правних поредака за регулисање различитих питања једног правног односа са елементом иностраности, што се догађа у нашем случају, назива се у науци МПП-а depecage односно цепање меродавног статута. У европској науци МПП-а често се заузима став да depecage није пожељан[98]. Истиче се да се комбинацијом правила два правна поретка добија различити материјалноправни резултат, него када би се применила правила једног правног поретка. Одатле следи да би depecage могао водити фаворизацији једне странке у односу на другу, што не би био случај када би се на спорни однос применило једно право. Зато, одлуку добијену применом depecage би, како Wilde каже, било правилније означити као «стварање права («law making») него «избор права» («choice of law»)[99]. Даље, комбинацијом правила различитих правних поредака може се осујетити циљ правних норми сваког од заинтересованих правних поредака[100]. Такође, примена различитих права на различита питања једног правног односа може водити нарушавању међународне хармоније одлучивања[101], јер комбинована примена правила различитих правних поредака може варирати од државе до државе (у ствари, довољно је да једна држава у конкретном случају прихвата depecage, а друга не) и водити различитом решењу истог спорног односа. Наше право, када је у питању ово правило које се односи на противправност код дистанционих деликата, с обзиром на упоредноправни преглед сигурно не помаже остварењу међународне хармоније одлучивања.

Законодавци многих држава предвиђају посебна колизиона правила за тзв. зависна питања[102], као што су форма правних послова, пословна способност, тестаментарна способност итд., али и оцена противправности радње код деликата са елементом иностраности. Пошто је опште гледиште да је depecage непожељан у МПП-у, потребно је навести јаке разлоге за издвајање ових питања. Разлози за издвајање противправности, како смо горе навели, се

[98] Упореди Kegel/Schurig, IPR, стр. 123-125; C. Wilde, Depecage in the Choice of Tort Law, Southern California Law Review, Vol. 41 no. 2, 1968, стр. 330 и даље.
[99] C. Wilde, ibid.
[100] Ibid.
[101] Kegel/Schuirg, IPR, стр. 122-125.
[102] О појму зависног питања и о односу главно и зависно питање види von Hoffmann, IPR, стр. 221 и Junker, IPR, стр. 220-221.

огледају у правној сигурности на страни штетника, док се, по нашем мишљењу, како смо видели домаћи законодавац руководио разлозима у корист оштећеног. У последњем законодавном таласу од осамдесетих година двадесетог века до данас није уобичајено да се противправност издваја из општег деликтног статута, а у државама где је то учињено противправност се увек оцењује према месту радње, дакле у корист штетника[103]. Упоредноправни пандан нашем правилу, према томе, не постоји.

[103] Видети преглед упоредноправног законодавства код Мирко Живковић, Међународно приватно право – националне кодификације, прва књига, Београд 1996.

*Slavko Djordjević, an assistant beginner*

## THE LAW APPLICABLE IN THE CASE OF TORTS WITH INTERNATIONAL ELEMENTS

The cases of torts with international elements are frequently encountered in practice. Industrial and technological advancement, development of modern means of communication, global usage of internet technology and the increase in population mobility have all contributed to the appearance of a larger number of torts with international elements in recent decades. International private law, that is its part dealing with the law applicable in the case of torts with international elements (international tort law) is now facing new challenges. Therefore, the goal of this work is to more closely define some basic issues determining the tort statute in our international private law. Our considerations are mainly focused on the rule *lex loci delicti commissi* as well as on the problems related to the localization of the place where the wrongful act took place and consequences arose, the principle of ubiquity and which law is more favorable to apply.

*Одељак V*

# ПОРЕСКИ СИСТЕМ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА

*Др Предраг Ч. Стојановић,*
*редовни професор*

***UDK**: 336.6(430)*
*347.73*

# ФИНАНСИЈСКИ АРАНЖМАН КАО ПОРЕСКИ ФЕНОМЕН У НЕМАЧКОЈ ТЕОРИЈИ

## 1. Уводна разматрања

Савремене државе посткомунистичког периода могуће је, са аспекта успешности њихових финансијских привреда, поделити на оне које поседују "добро организоване финансијске системе", (како би то рекао проф. Ловчевић) и оне чији је један од основних концепцијских проблема управо успешно организовање система јавне (финансијске) привреде. Овој другој групи, по природи ствари, припадају нарочито државе у процесу транзиције, као и мали број оних које транзицију нису ни започеле, ослањајући се још увек на превазиђени модел командног управљања привредом уопште.

Релативно давно установљени Вагнеров закон, који упозорава на чињеницу увећања обима јавних потреба, постао је пратећа и претећа сенка модерних финансијских система, јер подсећа и на чињеницу да институције јавних финансија морају усклађено да делују - како би се јавне потребе бар већим делом задовољиле и тако избегли социјални немири у супротном случају. Свакако, посебно је важна организација пореског подсистема финансијске привреде, јер се порезима обезбеђује (у развијеним земљама) бар половина средстава за финансирање јавних потреба.

Подсећања ради, "порез представља инструмент јавних прихода којим држава (укључујући и ниже политичко-територијалне заједнице) од субјеката под њеном пореском влашћу принудно узима новчана средства, без непосредне противуслуге, у сврху покривања својих финансијских потреба и постизања других - првенствено економских и социјалних циљева". С обзиром на актуелност и минуциозност ове дефиниције[1], желим да, због потреба овог рада, укажем на две садржајне карактеристике: "држава и ниже политичко-територијалне заједнице" и "постизања и других - првенствено економских и социјалних циљева".

---

[1] Поповић, Дејан и Илић-Попов, Гордана: Економија опорезивања и пореско право, Правни факултет и Економски институт, Београд, 1995, стр. 1.

Дакле, институту пореза се посебна пажња поклања на (а) свим нивоима државне организације и (б) његово основно значење није искључиво фискално, већ и економско и социјално. Следствено томе у погледу дејстава опорезивања, она су и компликованија али и очигледнија у федеративним државама, и морају производити исте или барем врло сличне ефекте на различитим нивоима власти. Поступак којим се постиже уједначавање финансијских потенцијала различито субординсаних финансијских власти у циљу што ефикаснијег задовољавања јавних потреба назива се финансијским изравнањем или аранжманом. Појам изравнање је преузет из прецизне немачке теорије (Finanzausglecih) и одговара фискалној садржини државног суверенитета, док је појам "аранжман" савременији и темељи се на вишеслојним односима (аранжманима) између државе и њених политичко-територијалних заједница.

## 2. Финансијски федерализам

Многе савремене државе појављују се у организационој форми федерације, што је резултат многобројних процеса (политичких, економских, географских, итд.) који се, у њима и њиховом окружењу, истовремено одвијају. Удруживање у веће државе је природна тенденција цивилизацијских напредних нација, па је могуће разликовати два модела федеративне државе: савезну државу и државни савез.[2]

Савезна држава подразумева један федералистички концепт који служи уједињавању мањих државних творевина једног истог народа. Обједињавањем на такав начин, чланице федерације јој предају највећи део својих државних прерогатива. Савезна држава, дакле, свој легитимитет ужива независно од својих грађана, а њихова права и обавезе постоје најпре у односу на федерацију, без обзира на државе - чланице којима припадају.

Државни савез представља модел федеративног уједињења држава различитих народа. Таква држава служи остваривању специјалних и ограничених циљева. Њени грађани своја права и обавезе имају првенствено према државама - чланицама из којих потичу, јер је циљ државног савеза јасно одређен (заједнички спољни послови, одбрана, тржиште, на пример).

Чисто теоретски и чисто практично посматрано, у савременим федерацијама (мислим на оба модела) тешко је одредити најефикасније макроекономске и финансијске моделе развоја. Модерни свет није ни издалека тако једноставан као, рецимо, до пре педесетак година. И приватни и јавни захтеви су све већи, тако да се, посебно са државног аспекта поделе јавних добара пред модерним федерацијама појављују све већи проблеми. Зато је у оквиру једне федералне државе круцијално питање њене финансијске

[2] Musgrave, R. A. и P. B.: Kullmer, L: Die öffentlichen Finanzen, Theorie und Praxis, Bd. 3, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1992, стр. 19.

структуре – рационална расподела јавних (претежно фискалних) прихода међу различитим нивоима власти.[3]

О овом проблему дискутује се у финансијскоправној науци још од 1959. године, када је Тибаут изложио свој модел решавања поделе јавних добара односно пореза у федерацији. Актуелизиран је крајем седамдесетих (Bulutoglu, Kirsch, Oates, Breton, Scott) и током осамдесетих (Peffekoven, Zimmermann, Wildasin, Mieszkowski, Zodrow), да би, деведесетих година, после немачког уједињења заокупио све тамошње и англо-америчке теоретичаре. Тибаут-модел је још увек актуелан, јер полази од претпоставке да повећана партиципација грађана у трошковима јавног сектора и ефицијентна расподела расположивих јавних добара доводи до правичнијег распореда фискалног оптерећења на различитим нивоима федеративне државе. Грађани се, дакле, појављују и у својству оних који одлучују, али и у својству корисника у јавном сектору, тако да се као једно од основних питања демократије у федерацији појављује питање усклађивања интереса у процесима одлучивања о прикупљању и трошењу средстава на задовољење јавних потреба. С обзиром на просторну ограниченост коришћења ресурса у оквиру дате федерације, али и на увећање обима потреба, тако проблем структуре финансијског федерализма постаје можда одлучујући.

## 3. Функције које одговарају појединим нивоима власти

Задовољавање потреба за које је надлежан јавни сектор у федеративним државама подразумева ангажман неколико нивоа власти, најчешће три: општински, државе - чланице и федерације. Расподела јавних задатака у суштини одређује и расподелу средства која се троше за њихово извршавање.[4]

### 3.1. Алокација

У принципу, јавна добра и услуге се стављају на располагање свим грађанима федерације без ограничења. Међутим, ова добра и услуге се појављују у материјалном (енергенти на пример) и нематеријалном виду (одбрана државе рецимо), тако да се може констатовати просторна ограниченост њиховог коришћења. Да ли ће их и у којој мери грађани користити - ствар је њихове личне одлуке. У сваком случају, могућност коришћења нематеријалних добара и услуга постоји за све у пуном обиму, за шта одговара федеративни ниво власти (нпр: спољни послови, одбрана државе, тржиште). Материјална добра и услуге који су ограничени простором и

[3] Arnold, V/Geske,O. E: Öffentliche Finanzwirtschaft, Vahlen Verlag, München 1988, стр. 35.
[4] Детаљније о овом питању у одговарајућим одељцима код: Musgrave, R. A; Musgrave, P. B. и Kullmer, L., op. cit.; Noll, W: Finanzwissenschaft, Vahlen Verlag, München, 1979.

ресурсима такође се стављају свима на располагање, али пошто их на територији федерације нема свуда подједнако, о њима се стара средњи и нижи нивои власти, тј. државе - чланице и општине у федерацији. Сматра се, наиме, да ови нивои власти могу ефикасније задовољити потребе за добрима и услугама такве врсте. Заједничка карактеристика коришћења свих сегмената јавног сектора јесте, међутим, правичност у дистрибуцији и коришћење јавног сектора у циљу одржавања стабилизација читавог тржишта. Тако, на пример, у СР Немачкој, искључиво је федерација задужена за финансирање одбране, али за то у изградњи и одржавању путева и улица, у зависности од значаја, учествују и федерација, и покрајине и општине.

### 3.2. Подела прихода у федерацији

Готово да се може сматрати правилом чињеница да грађани федерације благонаклоно реагују када се јавна средства додељују федералној јединици из које они потичу. Исто тако, они лакше подносе фискални терет када се ради о задовољавању потреба у "њиховој" држави-чланици. То води закључку да никаквих притужби на правичност у расподели јавних средстава не би било када би се грађани дате федерације могли посматрати као једна интересантна група, што је могуће једино када је у питању савезна држава. Када је у питању државни савез, дакле савез држава различитих нација, ствари стоје другачије: природна тежња ка централизацији средстава у федерацији (што би у великој мери обезбеђивало правичност) постаје најпре политичка, па економска и финансијска препрека. Теоретски је доказано да је употреба јавних средстава за задовољење потребе једне индивидуе из понуде јавног сектора увек ефикаснија уколико су средства централизована. Међутим, пракса је показала да захтеви за децентрализацијом умањују редистрибутивне ефекте јавних средстава, тако да питање (де) централизације остаје отворено финансијскополитичко питање савремених федерација.

### 3.3. Подела финансијских ресурса у федерацији

Постало је, уназад неколико година, врло очигледно да западни теоретичари напуштају модел "државе благостања", што је вероватно последица одсуства теоретског сукоба између капитализма и социјализма. Већина ех - социјалистичких земаља се у процесима транзиције приближава капиталистичким привредним концептима, што подразумева и велике тензије на социјалном плану. И у развијеним економијама, из различитих разлога, уочљива су рецесиона кретања, што такође изазива нежељене социјалне последице (у оба случаја повећану незапосленост, на пример). Неравномерна привредна развијеност већине, па и развијених земаља изазива одређена

померања и у јавном сектору. Такав је случај и са СР Немачком која се у својој савременој пракси сусрела са проблемом финансирања јавног сектора посебно после уједињења са пет нових покрајина некадашње ДР Немачке. Савремена немачка финансијска теорија зато и наглашава диспропорције које су постојале између "богатих" и "мање богатих" покрајина у ех - Западној Немачкој и садашњих "сиромашних" покрајина ех - Источне Немачке. Постоје, дакле, видне разлике између Баден-Виртемберга (богати), Сарске области (мање богати) и Бранденбурга (сиромашни).[5]

Зато се савремене федерације суочавају са остваривањем правичности у расподели јавних средстава не само у правцу грађанина као индивидуума, већ и у правцу колективитета који се појављују у организационом облику државе - чланице или општине. Лаички посматрано, не располажу сви подједнаким богатством и не могу да издвајају подједнако за јавне потребе. Са друге стране, јавни сектор и јесте ту да би пружао добра и услуге свима и то подједнаког квалитета. Питање "помирења" оних који имају и оних који немају најдаље нас може вратити на Хегелов сукоб између "Sein und Sollen", који се на терену финансијске политике федерације испољава као проблем заштите принципа о подједнаким животним условима за све грађане. Неравномерна распоређеност ресурса, тј. богатства, може бити локализована на нижим нивоима власти од федералног политиком финансијских субвенција. Међутим, одређене јавне услуге су општег типа (дечија заштита, пензијско, инвалидско, социјално и здравствено осигурање, итд.) и захтевају правичност у задовољавању.

### 3.4. Подела одговорности у федерацији

И савезна држава и државни савез су, дакле, организовани ради заштите или појединачног или више националних интереса, па зато оба федерална облика морају да осигурају задовољење потреба грађана кроз пружање минимума услуга и добара из јавног сектора. Тај минимум је лимитиран привредном снагом дате државе и гарантован по квантитету и квалитету. Максимум није могуће ни одредити ни гарантовати, како због неизвесности привредног развоја, тако из због скадирања фискалних прихода. На различитим нивоима власти утврђује се како одговорност за прикупљање, тако и одговорност за трошење јавних прихода и расхода. Односи који том приликом настају између виших, средњих и нижих нивоа власти поводом усклађеног наступа према грађанима називају се финансијским аранжманом.

[5] Ближе код: Borrmann / Schwanenberg: Öffentliche Finanzwirtschaft, 2. Auflage, Carl Heymans Verlag, Köln 1992, стр. 53-55.

## 4. Појавни облици финансијског аранжмана

Основни задатак јавне финансијске привреде јесте да политичко-територијалним заједницама обезбеди и стави на располагање довољно средстава за задовољавање јавних потреба. Основни, опет, принцип код трошења јавних расхода би требало да буде тај да федерација, државе - чланице и општине трошкове на јавне издатке покривају из сопствених извора, како се не би догодило, из привредних и социјалних разлога, да буде угрожен јединствени систем финансирања између фискално јачих и слабијих субјеката федерације.[6] На овом темељу постаљен је немачки систем финансијског изравнања, који данас у Европи служи као образац за објашњавање и решавање овог питања.

Расподела одговорности за прикупљање и трошење јавних средстава у федерацији почива на принципу супсидијаритета: сви јавни издаци који вољом законодавца нису искључиво стављени у надлежност виших - припадају извршном делокругу нижих власти. Тако се у савременим федерацијама издваја најчешће тростепена вертикала власти (федерација, државе - чланице, општине), која, понегде, на хоризонталним нивоима држава - чланица и општина може бити проширена стварањем парадржавних институција ради лакшег задовољавања сасвим одређеног круга потреба.

У савременој немачкој савезној држави, према члану 30. Устава, државама - чланицама је у принципу поверено вршење државне власти, уколико Устав другачије не одреди или не дозволи. [7]

Тако су јавни задаци федерације таксативно одређени: спољни послови, федералне финансије, федерална железница и пошта, водени и сувоземни путеви од федералног значаја, заштита федералних граница, заштита федералног уставног поретка. Покрајинама у надлежност припадају традиционални државни задаци: јавни ред и мир, култура, образовање, здравство, становање, социјална заштита, становање, заштита деце и омладине, итд. Општинама се делегира извршење неких из овог спектра јавних задатака за које се може претпоставити да ће их ефикасније извршавати, док је њихово основно поље делатности - просторно и привредно планирање и обезбеђивање развоја најмањих политичко-територијалних заједница федерације.

Потреба за стриктном поделом јавних задатака између виших и нижих нивоа власти у Немачкој уочена је још пре 120 година, иако су тада матрикуларни доприноси покривали добар део финансијских потреба. Године 1913-те они су пали на занемарљивих 2,9% укупних пореских прихода, и од те године, заправо, почиње фактичка примена финансијских аранжмана у

[6] Schmid, K: Die politische und staatrechtliche Ordnung der Bundeserpub lik Deutschland, u Die öffentliche Vervaltung, Bonn 1949, стр.206.
[7] Grundgesetz, Auswertiges Amt, Bonn 1994.

Немачкој. Илустрације ради, удео федерације је лагано растао у укупним пореским приходима (1913 - 39%, 1990 - 43,6%), удео покрајина је растао динамичније (1913 - 21,5%, 1990 - 36,2%), док је удео општина падао (1913 - 39,4%, 1990 - 14,1%).[8] Наравно, овај пример служи као индикатор централизације и јачања немачке федерације.

Под утицајем немачке теорије и праксе, које се данас сматрају водећима у развијеним европским финансијским системима, актуелна финансијска мисао темељи се умногоме на немачким решењима у погледу финансијског аранжмана. Разлог томе није само чињеница да је СР Немачка федеративна држава, већ, као што смо напред покушали да укажемо, реалност да се тамошњи систем развијао без претераних експеримената, и чија су стабилна решења емпиријски проверена.

Савремени немачки аутори, објашњавајући феномен финансијског аранжмана, развили су "теорију о подељеном пореском суверенитету у федерацији".[9] Изворни суверенитет, па самим тим и порески, имају државе - чланице федерације, које су, удруживањем, пренеле суверенитет на федералну државу. Одатле, федерација "вуче": (а) искључиви суверенитет (царине и финансијски монополи према члану 105-ом одељак први савезног Устава) и (б) суверенитет конкуренције (код свих других пореских облика чије је удео предвиђен за федерацију - члан 105. одељак други савезног Устава). Законодавно право стоји федерацији на располагању и ако се појави потреба коју би требало задовољити, а припада делокругу федералних компетенција. Државе - чланице уживају искључиви суверенитет у домену пореза на потрошњу и расходе, а суверенитет конкуренције у свим областима где федерација не користи своје право прописивања пореза (члан 72, одељак први савезног Устава). Општине, пак, уживају ограничена права у пореском законодавству једино у оквиру прописа својих држава - чланица, и то у области реалних пореза (члан 106, одељак четврти савезног Устава).

Члановима 106-тим, и 107-им Устава СР Немачке утемељен је тростепени систем поделе финансијских прихода у федерацији. У самом Уставу користи се термин "подела пореских прихода", у теорији је одомаћен појам финансијског изравнања (аранжмана).

Тако се, на основу свега до сада, и уопштеног и конкретно, изложеног, може закључити да постоје два основна облика финансијског аранжмана: вертикални и хоризонтални. Постоји још један појавни облик (први га је у теорији поменуо Оатес), дијагонални финансијски аранжман, који је, ипак, спецификум, и тешко га је сврстати у теоретски дефинитивне.

[8] Izvor: Statistisches Jahrbuch fur die Budesrepublik Deutschland 1991
[9] Klein, F: Öffentliches Finanzrecht, Luchterhand V., Berlin 1993, стр. 79.

### 4.1. Вертикални финансијски аранжман

Код јавних задатака и јавних издатака морају постојати јасна разграничења компетенција појединих нивоа власти. То је нарочито уочљиво код вертикалне поделе фискалних (у највећој мери пореских) прихода, јер се степен фискалног суверенитета јасно одређује федерацији, државама - чланицама и општинама. Тако се ова врста финансијског трансфера средстава из јавне касе појављује кроз два вида: као систем одвојених и као систем мешовитих прихода. Систем сепарације, дакле, почива на искључивом праву прописивања, прикупљања и трошења јавних средстава за задовољавање јавних потреба за које су надлежни виши, средњи и нижи нивои власти. Мешовити систем, опет, темељи се на суверенитету конкуренције, јер тада у подели прихода од појединих пореских облика учествују са различитим уделима различити нивои власти.[10]

На пример, у СР Немачкој искључиво федералним властима стоје на располагању фискални приходи од фискалних монопола, одређених пореза на потрошњу (порези на дуван, кафу и минерална уља), порез на промет капитала. Искључиво властима држава - чланица федерације припадају приходи од тзв. "чисто покрајинских пореза": на имовину, на наслеђе, на моторна возила, на пиво и на игре на срећу. Општине располажу са "чисто општинским порезима" (порез на земљишни посед и група месних пореза на потрошњу - на лов и риболов, држање паса, промет птица).

Федерација учествује у подели пореског прихода од пореза на: доходак, промет, друштва капитала. Покрајине полажу право на део пореских прихода од пореза на: имовину, приход, обртништво. Општине су у подели прихода упућене на покрајине којима територијално припадају, па њихов удео у прерасподели утврђује покрајинско законодавство.

Удели различитих пореских власти у пореским приходима прецизно су предвиђени у финансијском законодавству СР Немачке. Подела прихода највећег обима (од пореза на доходак и промет) уређена је савезним Уставом. На основу Општих финансијских критеријума, проценат поделе пореза на промет између савеза и покрајина важио је у односу 70: 30 све до уједињења 1989, када је промењен на 65: 35 како би се повећао финансијски потенцијал "нових покрајина". У приходима федерације данас порез на доходак учествује са 42,5% на друштва капитала 50%, на обртништво 50%. Покрајине користе остале делове прихода, док је најзначајније учешће општина у подели пореза на доходак и приход у висини од 15%. Сума сумарум, приметна је тенденција лагане стагнације федералних прихода и лаганог повећавања прихода држава - чланица. [11]

[10] Brümmerhoff, D: Finanzwissenschaft, Oldenbourg Verlag, Wien, 1992, стр. 501 и даље.
[11] Brümmerhoff, D: op. cit., стр. 502, табела 31-1.

Значајну теоретску и практичну новост код вертикалног финансијског аранжмана представљају учешће Европске уније у подели фискалних прихода немачке федерације. Тај новум потенциран је чињеницом да је СР Немачка привредно најјача држава - чланица те супрадржавне организације, па сразмерно свом привредном потенцијалу највише и доприноси буџету ЕУ. Уназад двадесет година, од 1975, када је формиран, у буџет уније Немачка уплаћује све већи део својих фискалних прихода: 1975 - 2,5% укупних прихода, 1980 - 2,9%, 1985 - 3,5%, 1988 - 4,8%, 1990 - 4,7%. Пад немачког доприноса ЕУ у периоду 1988 -1990 је разумљив због уједињења, али се, после консолидације немачке привреде у периоду 1990-1995, за 1996-ту годину процењује прилив од 5,2% од немачких пореза у европску касу.[12]

Допринос Европској унији је једно од најспорнијих питања савремених немачких финансија, мада мислим да то није опште већ највећим својим делом финансијскополитичко питање. Њега, за сада, отварају представници власти, и то посебно у оним државама - чланицама федерације које су претрпеле највећи финансијски терет уједињења. У теорији још увек нема чистих ставова у погледу тога да ли је немачки допринос превисок, његово се постојање једноставно констатује, тако да још увек није стекао ранг академски спорног проблема.

## 4.2. Хоризонтални финансијски аранжман

Подела јавних прихода између федерације и држава - чланица не искључује постојање једне врло реалне ситуације: државе - чланице су, због различите оријентације својих привреда, неједнаке финансијске моћи, или, једноставније речено - једне су богатије од других. Неједнаки економски, а самим тим и финансијски капацитети, представљали су једно од важнијих финансијско политичких питања које се решава између федерације и њених чланица. Можда најбољи и најсвежији пример је данашња СР Немачка, која је, уједињењем од 1989, добила пет нових федералних јединица.

Наиме, у ех - Западној Немачкој, изузев Западног Берлина који је имао сасвим посебан статус, у богате покрајине били су сврставани: Бајерн, Баден-Виртемберг, Хамбург, Хесен, и Северна Рајна -Вестфалија. Мање богати, по Општим финансијским критеријумима, били су: Бремен, Доња Саксонија, Рајнска област, Слезвиг-Холстајн и Сарска област. Природно, нових пет покрајина из састава ех - Источне Немачке, по свом бруто националном производу, биле су далеко испод немачког просека, па по природи ствари, и далеко иза "мање богатих" федералних јединица. Тако се савремена немачка федерација поново суочила са проблемом "уједначавања животних односа"

[12] Извор: Bundesministerium der Finanzen, Finanzbericht 1995, Bonn, стр. 14.

свог становништва. Проблем, дакле, који је могуће решити хоризонталним финансијским аранжманом.[13]

О хоризонталном финансијском аранжману у чистој форми могуће је говорити када постоји изравнање екстремних финансијских разлика између политичко-територијалних заједница истог ранга, дакле истог положаја у хијерархији власти. Тада "богатије заједнице" додељују сопствена средства "сиромашнијим заједницама", и то схваћено у најужем смислу прерасподеле јавних средстава. Вертикални аранжман са хоризонталним ефектом постоји у случајевима прерасподеле средстава која су већ, вољом законодаваца на савезном нивоу, припала нижим нивоима, али се она усмеравају првенствено федералним јединицама слабијег финансијског потенцијала. Оба појавна облика хоризонталног аранжмана регулисана су чланом 107. Устава СР Немачке. [14]

Критеријуми за доделу средстава "сиромашнијим" федералним јединицама су бројни и врло строги. Параметри се проверавају а резултати испитују на крају сваке фискалне године, како би се у нову ушло са што је могуће тачнијим подацима. Проверавање и испитивање врше како надлежне финансијске власти, тако и независне стручне институције како би се омогућио што већи степен објективности приликом одлучивања о додели нових средстава. У сваком случају, најважнији критеријуми су следећи: укупни бруто национални производ, БНП по федералним јединицима, број запослених у профитабилним фирмама и њихов приход по федералним јединицама, укупно фискално оптерећење у федерацији и по покрајинама, просечна месечна бруто и нето зарада по струкама, просечни фискални прилив федерације и њених јединица, фискално оптерећење по гранама привреде на федералним и покрајинским нивоима, однос броја становништва и броја запослених, итд.

Свакогодишњим утврђивањем међусобних односа ових критеријума постиже се велики степен равномерности у расподели јавних средстава путем хоризонталног финансијског аранжмана. Праћење финансијског потенцијала федералних јединица важно је и због тога што се на тај начин утиче и на макроекономско стање како на нивоу јединица, тако и на федералном нивоу. Са друге стране, хоризонтални аранжман изазива и социјалне ефекте, тако да се становништво сиромашнијих федералних јединица не осећа несигурним и угроженим од становништва богатијих колективитета. Савремене, дакле функционалне а не трибутне, финансије (да се вратимо на почетак овог текста), тако испуњавају своју претежно економску и социјалну садржину.

[13] Borrmann/Schwanenberg: op. cit., стр. 53.
[14] Brümmerhoff, D: op. cit., стр. 503.

### 4.3. Дијагонални финансијски аранжман

Ову врсту финансијског аранжмана, као што је већ поменуто, теоријски је издвојио Оатес, а њена практична примена била је уочљива у вишенационалним федерацијама, са драстичним разликама између финансијских потенцијала федералних јединица (бивша СФРЈ и бивши СССР). У таквим државним савезима, по правилу, организоване су парадржавне институције које су имале за задатак да ефикасније задовоље неке специфичне потребе појединих федералних јединица. Стваране, најчешће, у облику посебних фондова (за развој недовољно развијених подручја или за развој једне недовољно развијене привредне гране) овакве организације подразумевале су делегирање одређених државних овлашћења на њих саме. Но, пошто је јасно да финансијски аранжман претпоставља праву регулативу између држава - чланица и/или федерације, спорно је да ли се овај облик аранжмана може сматрати теоријском посебношћу. Мислим да је логичније сврстати га у домен тзв. "мешовитог финансирања" што је и став савремене немачке теорије.[15]

### 4.4. Мешовито финансирање

Мешовито финансирање на позитивноправној основи вертикалног финансијског аранжмана, према немачкој теорији, обухвата све оне случајеве у којима предвиђени обим јавних средстава намењених потрошњи није задовољавајући на свим нивоима власти нижим од федералног. То, de facto, значи да постоји (чланом 106. савезног Устава) дозвољена могућност да, поред поделе фискалних прихода у оквиру вертикалног аранжмана, највиши ниво власти помогне средњем и нижем, или средњи свом подручном нивоу. Федерација, дакле, из сопствених средстава помаже федералним јединицама (не тако често и општинама), федералне јединице - општинама или регионалним општинским удружењима. Ипак, могуће је овакве случајеве сматрати изузецима који потврђују правило да неприкосновена финансијска дисциплина подразумева јасне односе у оквиру вертикалног аранжмана. Зато у немачкој пракси постоји тенденција да се примери мешовитог финансирања реше искључиво путем субвенција из буџета виших нивоа власти, а не дотацијама које не спречавају волунтаризам у процесу трошења средстава јавног сектора.

[15] Погледати све одговарајуће одељке у до сада цитираној апаратури немачких аутора у овом тексту.

### 4.5. Положај општинских органа власти

Грађанин се среће са својом државом оног тренутка када му затреба њена услуга или када прекрши њена правила и буде позван на одговорност. Како су ситуације у којима је потреба за услугом евидентна веома честе, његов први контакт је - општинска власт.

Од своје општине грађанин очекује задовољење оних потреба које су у тој заједници подигнуте на ниво јавних, и за њега није од превасходног интереса да "открива" коме нивоу власти припадају извори јавних средстава из којих се, такође, јавне потребе финансирају. У модерним федерацијама, општинама се гарантује право на самоуправу највишим законодавним актом (у СР Немачкој чланом 28 Устава нпр.) али се на њих преносе и многи јавни задаци за које се претпоставља да их оне могу најефикасније извршити.

У савременим федералним државама општине се, као локалне самоуправе, сматрају деловима држава - чланица, па се зато у овом случају може говорити само о вертикалном финансијском аранжману. Тако, у СР Немачкој, општинама стоје на располагању укупни или ограничени приходи од реалних пореза, пореза на доходак и месних пореза на промет и потрошњу. Други по значају извор прихода су субвенције од федералне јединице којој припадају (чешће) или федерације (врло ретко), док трећи по значају извор прихода представљају општинске таксе и доприноси.

И поред готово усавршеног система финансијског аранжмана у СР Немачкој, њени угледни теоретичари сагласни су у томе да значај који се даје гаранцији локалне самоуправе превазилази њену практичну улогу.[16] Наиме, сматра се да општина има више "прописаних" (социјална помоћ, старање о деци и омладини, јавни ред и мир, образовање, инфраструктура) задатака него сопствених, "самоуправних" (просторно планирање, изградња и одржавање музеја и позоришта, нпр.). Када се томе додају заједничке активности општина и федералних јединица, и ad hoc пренете обавезе федерације или њене јединице – обим "несамоуправних" јавних потреба далеко премашује предвиђене оквире. Како се у СР Немачкој гаранција општинске самоуправе сматра једним од основних права - разумљиво је што ово питање заокупља пажњу стручне и научне јавности.

## 5. Закључак

Решење својинског питања и успостављање рационалног и ефикасног пореског система кључни су проблеми који су постављени пред ех - социјалистичке земље у транзиционим процесима. Ако су такве државе

[16] Упоредити: Püttner, G., Komunalrecht Baden-Wirtembeg, Boomberg, Verlag, Stutgart 1993, стр. 142

федералног устројства, у њиховим пореским системима појављују се врло сложени финансијскополитички проблеми мултипликације фискалних суверенитета. "Дељење" пуног суверенитета који ужива федерација на изведене суверенитете њених јединица и општина само на први поглед представља једноставан процес којим се може управљати без изазивања тензија у друштву.

Пример СР Немачке, узет из више разлога (најбогатија држава Европске уније, стабилног правног и финансијског система, класична савезна држава недавно уједињена), показује са колико суптилности заправо ваља приступити не само постављању основа за систем, већ и сталној "доградњи" система финансијског аранжмана. Јер, у том систему се нужно преламају најважнији привредни, финансијски и политички моменти у развоју савремених федерација.

Савремене јавне финансије имају све израженију економску и социјалну функцију, поготову њихов најважнији део - порески систем, што је и наглашено на самом почетку текста. Из те чињенице, али и из ове анализе, произилази да је финансијски аранжман у било ком свом појавном облику - један од круцијалних проблема савремених федерација, од чијег рационалног решавања зависи цивилизацијски напредак државе. Дакле, неспорна је тврдња Francois-a Peroux-a да модерна држава има за циљ цивилизацијски прогрес, којој је компатибилна идеја Abba Lernera-a да држава која тежи прогресу своје финансије мора функционално да организује.

Ако је питање финансијског аранжмана сложено и за федерације са "традиционално добро уређеним финансијама" онда је оно још компликованије за федерације које су тек започеле реформе својих система или их још нису завршиле. Анализирајући ово питање на примеру најтипичније европске федерације, СР Немачке, моја је намера била да подвучем његов значај искључиво у домаћим научним и стручним оквирима, јер суштински проблеми, на жалост, не трпе одлагање.

*Predrag Stojanovic, a full-time professor*

## FINANCIAL ARRANGEMENT AS A TAX PHENOMENON IN GERMAN THEORY

The significance of financial arrangement in states constituted on a strong federalist principle, Federal Republic of Germany indoubiously being one of them, is highlighted in the text. Therefore, financial federalism was founded by German financial and legal theory. The theory established following touchstones: functions corresponding to certain levels of authority, division of financial resources in federation as well as division of financial responsabilities in federation. Basic functional forms of occurrence of financial arrangement are horizontal, vertical and diagonal, consequently leading to strenghtening of local goverments' financial independence. Financial arrangement is definitely one of the crucial problems of modern federations, thus the example of FR Germany as a leading country of EU shows the amount of subtlety needed when approaching not only the construction of the system, but its' improvement too.

*Др Нада Тодоровић,*
*доцент*

***UDK**: 336.763*

# ТЕОРИЈСКО-МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП ОДРЕЂИВАЊУ ТРЖИШНИХ ЦЕНА ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Тржишне цене хартија од вредности су цене по којима се оне продају, односно купују. За хартију од вредности с којом се активно тргује, била би то последња објављена цена по којој је таква хартија од вредности продата. За ону хартију од вредности с којом се не тргује активно, била би процењена тржишна цена.

За разумевање категорије тржишне вредности, односно тржишних цена хартија од вредности, потребно је познавање још неких основних категорија савремене финансијске теорије. То се, пре свега, односи на номиналну вредност хартија од вредности, књиговодствену вредност и стварну економску вредност хартија од вредности.

Номинална вредност хартије од вредности је означена на самој хартији и нема пресудан економски значај.

За обвезнице као дужничке хартије од вредности то је "пар" вредност, главница, односно сума коју зајмопримац плаћа по доспећу обвезнице.

Акције као власничке хартије од вредности поседују номиналну вредност која се утврђује односом између укупног акцијског капитала и броја емитованих акција. Обично се за велике компаније номинална вредност једне акције своди на број записан у уговору о оснивању и она није опредељујући параметар за економску будућност те акције.

Књиговодствена вредност хартије од вредности је рачуноводствена вредност имовине. Пошто су акције облик имовине којом располажу њени власници, онда би књиговодствена вредност, по комаду обичне акције, била утврђена односом између укупне имовине - акцијског капитала умањеног за обавезе и приоритетне акције које се налазе у билансу стања, подељено са бројем акција у оптицају.

Књиговодствена и номинална вредност често се не поклапају са тржишном вредношћу хартије од вредности.

Поред ових категорија у економско-финансијској теорији присутна је и категорија стварне, унутрашње вредности неке хартије од вредности. Стварна, унутрашња вредност је цена те хартије, али адекватно процењена уз утицај свих фактора које процена мора да садржи (актива, зарада, изгледи у

будућности, управљање и сл.). Према томе, унутрашња вредност хартије од вредности је њена економска вредност. Ако су тржишта у довољној мери ефикасна и информисана, онда се текућа тржишна цена хартије од вредности креће близу њене економске вредности.

У економској и финансијској теорији постоји низ математичких модела за израчунавање тржишних цена хартија од вредности. Међутим, приметно је да преовлађује један опште прихваћен концепт процене тржишних цена хартија од вредности, базиран на садашњој, текућој вредности смера тока готовине, која је обезбеђена за инвеститора и која се дисконтује по траженој стопи повраћаја, а стопа повраћаја је адекватна укљученом ризику.[1]

## Тржишна цена обвезница

Обвезница је дугорочни инструмент задуживања, емитован од стране државне извршне власти, односно корпорације. Ова дужничка хартија од вредности инвеститору доноси утврђени износ камате у одређеним временским периодима и то све док је издавалац не буде повукао.

При одређивању тржишне цене обвезнице полази се од неколико чињеница. Прво, обвезница има номиналну вредност на пример 1000$ по обвезници и има назначено доспеће, а то је оно време када издавалац, без одлагања мора да исплати власнику обвезнице њену номиналну вредност. Друго, каматни купон или номинална годишња стопа камате означена је на предњој страни обвезнице. Ако је, опет примера ради, каматни купон 15% на номиналну вредност обвезнице од 1000$, компанија која је издала обвезницу исплаћује власнику 150$ сваке године, и то све до момента доспећа обвезнице.

Код процене обвезнице полази се од есконтовања, односно капитализације правца готовинског тока, који власник обвезнице прима током њеног "живота". Исплата готовинског тока подразумева исплату износа камате током одређеног броја година, заједно са главницом, онда кад обвезница доспева. Све то је једнако номиналној вредности обвезнице. Известан ток прихода код обвезница, због исплата путем фиксног купона и познатог датума доспећа, олакшава донекле поступак одређивања њене тржишне цене.

Инвеститори који улажу у обвезнице интересују се, углавном, за каматне стопе које носе обвезнице. Логично би било да обвезнице са високом каматном стопом буду најпривлачније за инвеститоре, јер улажући у њих остварили би највеће приходе. Међутим, у овом случају долази до изражаја она често помињана, у економској теорији, зависност и корелација између стопе приноса и стопе ризика. Наиме, висока каматна стопа на обвезници, по правилу, указује на висок ризик пословања издаваоца обвезнице.

[1] J. C. Van Horne, J. M. Wachowicz, Fundamentals of Financial Management, Prentice-Hall, New Jersey, 1995, стр. 69.

Према томе, кључни фактор за одређивање тржишне цене обвезнице је каматна стопа, коју банке плаћају на штедне улоге. Ако су каматне стопе на штедне улоге веће од камата на обвезнице, онда ће за штедише бити много привлачније улагање новца у банку. Тада ће се тржишна цена обвезница кретати испод номиналне цене. Обрнуто, ако обвезнице носе већу камату него што банке одобравају камату на штедне улоге, онда ће оне бити привлачне за инвеститоре и тржишна цена ће се кретати изнад њене номиналне вредности.

У економској теорији постоји више математичких формула за израчунавање тржишне цене обвезница. Суштина је да сви ови покушаји свођења тржишне цене обвезница на квантитативне, нумеричке релације, не узимају до краја у обзир деловање свих фактора на цену обвезница. Математичка процена тржишне цене обвезнице прати смер готовинског тока који ће власници обвезница примати током њеног живота. При томе се узимају у обзир два кључна параметра. Један је каматна стопа, а други је рок доспећа обвезнице.

Једначина за израчунавање тржишне цене обвезнице има облик:[2]

$$P = I\frac{(1+k)^t - 1}{(1+k)^t \cdot k} + N\frac{1}{(1+k)^t}$$

$P$ - тржишна цена обвезнице
$I$ - годишњи износ камате коју одбацује обвезница
$k$ - каматна стопа коју банка плаћа на штедне улоге
$t$ - време доспећа обвезнице
$N$ - номинална вредност

Ако на пример обвезница номиналне вредности 1000$ одбацује годишње 9% камате, а време њеног доспећа је 8 година и нека банкарска камата на штедне улоге износи 7%, онда тржишна цена обвезнице има облик:

$$P = 90\frac{(1+0{,}07)^8 - 1}{(1+0{,}07)^8 \cdot 0{,}07} + 1000\frac{1}{(1+0{,}07)^8}$$

$$P = 90\frac{1{,}718 - 1}{1{,}718 \cdot 0{,}07} + 582{,}07 = 90\frac{0{,}718}{0{,}12} + 582{,}07 = 538{,}47 + 582{,}07 = 1120{,}54$$

Према томе, тржишна цена је изнад номиналне вредности за око 120$, јер обвезница носи 9% камате, а банке одобравају 7% камате.

[2] М. Ханжековић, Вриједносни папири и њихово тржиште, Институт за јавне финансије, Загреб, 1990, стр. 14-15

Модерна теорија о финансијском менаџменту има низ разрађених математичких модела за израчунавање цена обвезница. Сви ови модели базирају се на процени садашње вредности обвезнице. Код обвезница без ризика, тржишна цена обвезнице одговара њеној садашњој вредности.[3] Међутим, обвезница је ризична хартија од вредности. Пораст и пад њене цене до коначног рока доспећа који је могућ услед, пре свега, пада или пораста каматне стопе, доводи до промене садашње вредности овог финансијског инструмента.

У савременој економској теорији тржишна цена обвезница са ограниченим роком доспећа израчунава се:[4]

$$V = \sum_{t=1}^{n} \frac{I}{(1+k_d)^t} + \frac{MV}{(1+k_d)^n}$$

$V$ - тржишна цена обвезнице
$MV$ - вредност код доспећа обвезнице
$n$ - број година
$k_d$ - рачуноводствена стопа повраћаја (каматна стопа)
$I$ - износ камате коју носи обвезница

Дата формула прати смер кретања камате и вредност доспећа обвезнице (номинална вредност).

Нека је тржишна цена обвезнице номиналне вредности 1000$, са каматним купоном стопе 10% и доспећем од 9 година. купон стопе одговара исплати камате од 100$ годишње. Ако је рачуноводствена стопа повраћаја 12% тада следи:

$$V = \frac{100\$}{(1{,}12)^1} + \frac{100\$}{(1{,}12)^2} + \frac{100\$}{(1{,}12)^3} + \ldots + \frac{100\$}{(1{,}12)^9} + \frac{100\$}{(1{,}12)^9}$$

Савремена финансијска теорија која се бави квантитативном анализом цена хартија од вредности, ради једноставнијег обрачуна, има израчунате садашње вредности готовинског тока камата и главнице. Тако у наведеном примеру из дате табеле узима се да каматни фактор садашње вредности једног ануитета по 12% за период од 9 година износи 5,328. Каматни фактор садашње вредности за једнократну исплату девет периода у будућности износи 0,361. Према томе, исплате камата имају садашњу вредност од 532,80$, док исплата главнице по доспећу има садашњу вредност од 360,00$.[5]

[3] М. Лабус, Основи економије, "Стубови културе", Београд, 1999, стр. 431.
[4] J. C. Van Horne, J. M. Wachowicz, исто, стр. 71.
[5] Све ове цифре су приближне, јер су табеле садашње вредности заокружене на трећу децималу.

Вредност обвезнице би онда износила:

$$V = 100(5{,}328) + 1000(0{,}361) = 532{,}80 + 361{,}00 = 893{,}80$$

Из наведеног примера се види да се обвезница на тржишту продаје испод своје номиналне вредности, јер је каматна стопа обвезнице од 10% нижа од каматне стопе коју банка одобрава (рачуноводствена стопа повраћаја).

Посебна категорија обвезница су обвезнице без фиксног рока доспећа, које никад не доспевају. Првобитно их је емитовала влада Велике Британије после завршених Наполеонових ратова, да би консолидовала емитовање дугова (консола), које садрже обавезу британске владе да исплати фиксну камату у неодређено време.

Садашња вредност обвезнице, без фиксног рока доспећа, била би једнака капитализованој вредности бесконачног тока исплата камате. Ако се претпостави да ова обвезница обећава фиксну годишњу исплату камата за неодређено време, њена садашња вредност је по инвеститоровој економској стопи повраћаја за емитовање овог дуга $k_d$ једнака:

$$V = \frac{I}{k_d}$$

$V$ - тржишна цена обвезнице
$I$ - износ камате коју носи обвезница
$k_d$ - рачуноводствена стопа повраћаја (каматна стопа)

Дакле, тржишна цена ове врсте обвезница је, једноставно речено, периодична исплата камате са одговарајућом каматном стопом по једном периоду.

На основу изведених образаца за израчунавање тржишне цене обвезнице, преко свођења будућег тока прихода на садашњу вредност, може се извести неколико закључака, у вези са кретањем цена обвезница на тржишту капитала.

Прво, када је тржишна, економска стопа повраћаја већа од стопе купона, онда ће цена обвезнице на тржишту бити испод њене номиналне вредности. Оваква обвезница се продаје по есконту у односу на номиналну вредност.

Друго, ако је тржишна економска стопа повраћаја мања од назначене стопе купона, онда ће цена обвезнице бити изнад њене номиналне вредности. Оваква обвезница се на тржишту продаје по премији изнад номиналне вредности.

Треће, када је тржишна економска стопа повраћаја једнака стопи купона, онда ће цена обвезнице бити једнака номиналној вредности. Таква обвезница се продаје по паритету, односно по номиналној вредности. Ризик промене цене обвезнице, услед промене каматних стопа утолико је већи, што је дуже њено доспеће.

## Тржишна цена акција

При одређивању тржишне цене акција полазимо од теоријских поставки класичне економске теорије. Кључни параметри за израчунавање тржишне цене акција су дивиденда и каматна стопа.

Полазећи од два основна економска фактора, који делују на цену акције, поједини аутори[6] одређују њену висину помоћу капитализације дивиденде по општој каматној стопи, при чему се утврђује износ новчане вредности, која када би се пласирала у банку одбацивала би власнику доходак у облику камате, једнак износу капитализоване дивиденде. Према томе, образац за израчунавање цене акције има следећи облик:

$$P = \frac{D}{K}100$$

$P$ - цена акције
$D$ - дивиденда
$K$ - каматна стопа

Треба рећи, да је ово основни образац за израчунавање цена акција, које се налазе у промету на тржишту капитала.[7]

Међутим, савремена финансијска теорија разрадила је неколико веома сложених математичких модела за израчунавање цена акција. Уопште, не доводећи у питање ваљаност ових модела који су свеобухватнији, јер узимају у обзир још и бројне друге фактор који данас утичу на цену акција, чини се да су они само надградња над овим основним обрасцем за њихово израчунавање.

Обрачун тржишних цена акција је тежи и компликованији од обрачуна цена обвезница, јер је ток прихода код обвезница углавном познат, а акције имају неизвестан ток прихода путем дивиденди. Какав ће бити ток прихода који инвеститор може да очекује од улагања у акције, зависиће од тога колико је успешно, профитабилно акционарско предузеће, што се непосредно одражава у његовим будућим профитима и у политици која се води у погледу дивиденди и акумулације. Власници акција очекују да добију повраћај приноса на своје инвестиције из два основна извора прихода. Један је приход од дивиденди, а други је приход од повећања вредности акција, односно од њихове цене у време поседовања акција.

---

[6] Д. Шошкић, Основи политичке економије, Увод и елементи класичне теорије, "Номос", Београд, 1998, стр. 196-197.

[7] Сличан образац за израчунавање тржишне цене акције даје М. Ханжековић: $P=N(D/r)$, где је: $P$ тржишна цена акције, $N$ номинална вредност, $D$ стопа дивиденде, $r$ каматна стопа, "Вриједносни папири и њихово тржиште", Институт за јавне финансије, Загреб, 1990, стр. 8.

Насупрот класичној, у савременој економској теорији постоје два приступа процене цена акција. Један се односи на дисконтовање вредности будућих дивиденди и свођење на садашњу вредност, а то је начин одређивања цене дивиденди и други приступ се ослања на процену будућих зарада акционарског предузећа.[8] Овде ће бити изложен укратко први приступ, из простог разлога што он доминира у теорији и пракси.

У економској теорији постоји извесна разлика у начину одређивања цена привилегованих и обичних акција. У даљем излагању, ради уочавања постојеће разлике, као и одређивања тржишне цене ових врста акција, нека послуже теоријски модели присутни у савременој економској теорији.[9] Преференцирана акција је врста акције која одбацује фиксну дивиденду у једнаким временским интервалима и нема утврђен рок доспећа. Овакав карактер дивиденде поједностављује обрачун цене преференцираних акције, па ће њена цена, свођењем вредности будућих дивиденди на садашњу вредност, износити:

$$P_0 = \frac{D_p}{k_p}$$

где је:
$P_O$ - тржишна цена преференцираних акције
$D_p$ - утврђена годишња дивиденда по преференцираној акцији
$k_p$ - одговарајућа каматна стопа

Теорија процене тржишне, прометне вредности обичне акције претрпела је дубоке промене током последње две деценије. Ни један метод процене тржишне вредности акција није прихватљив као универзалан, а поготову се то односи на процену тржишне вредности обичних акција. Тенденција која је присутна последњих година, иде за тим да појединачне акције процењује као део укупног портфеља обичних акција које инвеститор може да поседује. Дакле, предмет интересовања инвеститора је целокупна вредност њихових портфеља. Тржишна цена основне акције је дисконтована вредност свих очекиваних готовинских дивиденди које обезбеђује предузеће емитент до краја рока.[10]

Једначина процене цене обичних акција има следећи облик:

$$P_0 = \frac{D_1}{(1+k_e)} + \frac{D_2}{(1+k_e)} + \ldots + \frac{D_n}{(1+k_e)^n} = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{D_t}{(1+k_e)^t}$$

[8] K. Pilbeam, Finance and Financial Markets, Macmilian Press LTD, 1998, стр. 177.
[9] J. C. Van Horne, J. M. Wachowicz, исто, стр. 73-74.
[10] Овај модел је најпре разрадио Џон Б. Вилијамс (J. B. Williams), The Theory of Investment Value, Cambridge; MA: Harward, University Press, 1938.

где је:
$P_O$ - тржишна цена обичне акције
$D_t$ - готовинска дивиденда на крају временског периода t
$k_e$ - инвеститоров тражени економски повраћај, односно стопа капитализације, за ово улагање у акцијски капитал.

Међутим, проблем настаје ако се после две године жели продати акција. Због тога првобитна једначина сада мења облик и добија нови:

$$P_0 = \frac{D_1}{(1+k_e)} + \frac{D_2}{(1+k_e)^2} + \frac{P_2}{(1+k_e)^2}$$

где је $P_2$ очекивана цена продаје акције на крају двогодишњег периода.

Из претходног се изводи закључак, да се у основи тржишне цене акција налазе дивиденде, односно очекивања будућих дивиденди. Будућа продајна цена акције, која се и сама заснива на очекиваним дивидендама, такође одређује вредност акције.

На развијеним тржиштима капитала акције компанија, које не исплаћују дивиденду, имају често високу цену. На први поглед ово изгледа доста нелогично, јер се поставља питање шта онда даје вредност акција, које иначе не доносе дивиденду. Одговор на постављено питање је у очекивању инвеститора да у будућности продају акције по вишој цени него што су их они раније купили.

Наведене контраверзе, око одређивања тржишних цена акција указују на то да је скоро немогуће математички, егзактно одредити ове цене, зато што на њих делује низ економских и ванекономских чинилаца, који се не могу квантитативно, математички изразити.

Прорачуни тржишних цена акција, заснивају се углавном на моделу есконта, односно дисконта дивиденди. У економској теорији постоји више оваквих модела, али им је свима заједничко полазиште фактор очекиваног раста будућих дивиденди и коришћење одговарајуће есконтне стопе. Велике инвестиционе банкарске куће, као на пример Мерил Линч (Merril Lynch), Фрст Бостон (First Boston), рутински раде ове прорачуне и имају своје сопствене моделе есконта дивиденде. Један од тих основних модела је и модел сталног раста дивиденди.[11] Битна претпоставка овог модела је очекивање да ће дивиденде расти по сталној, константној стопи g. Ако уведемо ову стопу у

[11] Овај модел је познат у литератури као "Гордонов модел процене дивиденде". Развио га је M. J. Gordon, The Investment, Financing and Valuation of the Corporation, Homewood, II; Richard D. Irvin, 1962.

образац онда једначина процене тржишне вредности обичне акције добија следећи облик:[12]

$$P_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{D_O(1+g)^t}{(1+k_e)^t} = \frac{D_1}{(k_e - g)}$$

у коме поједини елементи имају значење:
$D_O$ - садашња дивиденда по основној акцији
$k_e$ - инвеститорова стопа повраћаја, есконтна или капитализациона стопа
$g$ - стална стопа раста дивиденди
$D_1$ - годишња дивиденда
$k_e > g$

Из ове једначине јасно се види да је $k_e > g$, односно да је есконтна стопа већа од стопе раста дивиденде, што је сасвим логично, јер би у обрнутом случају значило бесконачну вредност акције.

Тако преуређењем једначине

$$P_0 = \frac{D_1}{(k_e - g)}$$

може се одредити тржишни принос (економска стопа повраћаја) на обичну акцију и она би сада имала облик:

$$k_e = \frac{D_1}{P_0 + g}$$

Овај математички израз за израчунавање тржишног приноса на обичну акцију, указује на два извора овог приноса. Први извор је очекивани принос дивиденде $D_1/P_0$, док је други извор $g$, односно очекивани принос капиталне добити.

Према томе, величина $g$ је очекивана годишња стопа раста дивиденди, али уз то и очекивана годишња процентуална промена цене акције $g=P_1(P_0-1)$, односно принос капиталне добити.

Нека је, примера ради, тржишни принос на обичну акцију, која има текућу тржишну цену 40$, а чије дивиденде треба да расту по стопи 9% годишње, а дивиденда се очекује следеће године у износу од 2,40$, онда је стопа приноса једнака:

$$k_p = \frac{\$2{,}40}{\$40} + 0{,}09 = 0{,}06 + 0{,}09 = 15\%$$

[12] J. C. Van Horne, J. M. Wachowicz, исто, стр. 74-75.

Поред постојања економско-математичких модела за утврђивање тржишних цена хартија од вредности, њихово кретање на ефектним берзама је непредвидиво, хировито. Не постоји начин да се унапред предвиде и квантитативно изразе сви фактори који утичу на цене берзанских хартија од вредности. Економски писци и теоретичари из области финансија проучавају и прате кретања цена хартија од вредности на берзама и савремене теорије о ценама акција груписане су као теорија ефикасног тржишта. Теорија ефикасног тржишта прати кретање цена акција, поредећи ово кретање са ходом насумице (random walk). Осцилације у ценама хартија од вредности изазивају поред економских и низ ванекономских чинилаца (ратови, политички сукоби, извештаји да врховна монетарна установа смањује понуду новца и др.)

## Закључак

Тржишне цене хартија од вредности су цене по којима се оне продају, односно купују.

У економској теорији преовлађује један опште прихваћен концепт процене тржишних цена хартија од вредности. Он се базира на садашњој текућој вредности смера тока готовине, која је обезбеђена за инвеститора и која се дисконтује по траженој стопи повраћаја, а стопа повраћаја је адекватна укљученом ризику.

Код процене обвезнице полази се од есконтовања, односно капитализације правца готовинског тока, који власник обвезнице прима током њеног "живота". То подразумева исплату износа камате и главнице у року доспећа обвезнице.

У савременој економској теорији постоје различити приступи процени тржишних цена акција. Преовлађује концепт дисконтовања вредности будућих дивиденди и свођење на садашњу вредност.

Кретање цена берзанских хартија од вредности је немогуће унапред предвидети јер на њих утичу, поред економских фактора који се могу математички изразити, и низ ванекономских фактора који нису подложни квантитативној процени.

*Nada Todorovic, a docent*

## THEORETICAL AND METHODICAL APPROACH INDETERMINING THE MARKET PRICE OF SECURITIES

Market price of securities is the price they are bought or sold at.

One of the prevailing concepts of determining the market price of securities, which is generally accepted, is based on the current value of the direction of cash flow which is secured for the investor and which is discounted according to a demanded return rate, where the return rate corresponds to the risk involved.

The starting point in determining the price of bonds is discounting, that is capitalization of the cash flow which the owner of the bonds is receiving during their "life". This means that the amount of the interest and principal is paid out in time of the bond's maturity.

The contemporary economic theory reflects different approaches in determining the market price of stocks. The prevailing concept is the one which discounts the value of future dividends and brings them down to the current value.

It is impossible to envisage in advance the future trend in securities pricing since it is determined not only by economic factors which can be mathematically expressed, but also by a series of other factors which are not the subject of a quantitative estimation.

*Мр Јасмина Лабудовић,*
*асистент-приправник*

***UDK:*** *339.13:368*

# ПОНУДА УСЛУГА ОСИГУРАЊА

Понуда је функција очекиваног профита и цене (премије)[1]. Једним делом, понуда зависи од капацитета осигуравача. Капацитет може бити финансијски и технички. Финансијски се односи на фондове осигурања. Технички капацитет је одређен величином портфеља осигуравача. Ако су ови капацитети већи, већа је и финансијска снага осигуравајуће организације, па ће она моћи да обезбеди већу и разноврснију понуду услуга осигурања.

На понуду осигурања утичу још и трошкови, техничка експертиза осигуравача, способност менаџмента да оствари принос на пласирана средства, али и државне мере. Нарочито када је реч о обавезним осигурањима, држава има велики утицај на висину премија, тј. цена по којима ће се продавати осигурање. Понуда осигурања је условљена макроекономском стабилношћу. Као и за развој осталих делатности привреде, тако је и за осигурање неопходно обезбедити погодну климу за експанзију. Пореска политика може бити посебно стимулативна за развој ове делатности. Девизни курс и монетарна стабилност представљају факторе чија се стабилност и равнотежа претпостављају. Овом скупу мора се додати и развијено финансијско тржиште како би осигуравач пласирао прикупљена средства и остварио камату (принос).

Држава својим прописима утиче на понуду осигурања. Она гарантује да осигурање почива на економским и техничким начелима, као и правилима струке. Гарантује да су премије довољне за покриће штета. У појединим врстама, њен утицај је већи (када се као осигураник појављује човек као индивидуа), а негде је мањи (код осигурања пословања). Овде се покриће ризика може обезбедити и на други начин, а не само осигурањем.[2]

На овом тржишту, као и на осталим тржиштима услуга, равнотежа се успоставља на нешто другачији начин[3].

---

[1] Kenneth Black, Jr., Harold D. Skipper, Jr., *Life & Health insurance*, Prentice Hall, 2000, p.22.
[2] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, *Економика осигурања*, Загреб, 1999, стр. 103.
[3] W. Earl Sasser, *Match supply and demand in services industries*, Harvard Business Review, November – December, 1976, p.140.

Ако би се десило да један осигуравач престане са радом зато што је продавао осигурање по ниским ценама које нису могле да му обезбеде покриће обавеза, то не значи да ће нужно доћи до смањења понуде осигурања на тржишту и да неће моћи да се задовољи тражња[4]. Остали осигуравачи располажу довољно флексибилним системом и капацитетима, па ће подмирити сву тражњу, уз минималне трошкове. После тренда ниских цена и ликвидације једног осигуравача или више њих, успоставиће се равнотежа, али на вишем нивоу. То значи да ће доћи до пораста цена, како би се подмирила укупна тражња, а осигуравачи не би били опет доведени пред банкрот зато што исувише ниске цене не могу да обезбеде испуњење обавеза према осигураницима. Између ниских цена ликвидираног осигуравача и капацитета осталих постоји тзв. повратна спрега. Раст цена осигурања не мора смањити број закључених уговора о осигурању јер је осигурање «потреба за сигурношћу»[5]. Тражња ће остати иста. Међутим, то не значи да ће смањење премија уместо једног довести до куповине више осигурања.

Нека теоретска истраживања која су вршена од стране представника школе рационалних очекивања (Stiglitz, Rothschild) показала су да на тржишту осигурања није могуће трајно обезбедити равнотежу.[6] Велики ризици и неповољна селекција ризика могу угрозити индустрију осигурања. Због тога осигуравачи морају при пројектовању будућих послова своја очекивања да заснивају и на прошлим догађајима, како би обезбедили добру селекцију ризика и примили у осигурање оне послове који ће им донети највише профита. То није увек лако учинити јер се на тржишту сусрећу и са високоризичним осигураницима. Сваки већи ризик и штета великог интензитета ремете претходно успостављену равнотежу.

## 1. Цена као фактор понуде

Основно правило је да се цена и понуда крећу у истом смеру. Дакле, раст цене доводи до раста понуде, и обрнуто. Пад цена изазива пад понуде.

Међутим, познато је да закон понуде и тражње има на овом тржишту ограничено деловање. Због тога је ово тржиште, поред осталог, специфично у односу на остала. Наиме, повећање цена осигурања не мора да доведе до раста понуде осигурања. Ово тржиште не функционише као тржиште роба. Могуће је да је у протеклом периоду осигурања остварен велики број осигураних случајева, од којих су неки имали велики интензитет. Практично, могуће је да је обим насталих штета већи од очекиваног. У таквој ситуацији осигуравач ће

[4] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, исто, стр.178.
[5] Исто, 179.
[6] Andrew Sellgren, *The evolution of insurance markets under adverse selection*, Evolutionary economics, Springer – Verlag, 2001, p.502.

подићи цену осигурања јер се повећао и ризик. Међутим, понуда ће остати на истом нивоу. Да бисмо ово боље објаснили узећемо један пример.

Претпоставимо да је предузеће за ревизију рачуноводствених исказа закључило осигурање од одговорности за штету коју може изазвати израженим мишљењем овлашћеног ревизора. Предмет његове ревизије били су и рачуноводствени искази предузећа за извођење грађевинских радова. Извршена ревизија је показала да предузеће за извођење грађевинских радова лоше послује и да је оптерећено дуговима. Финансијски положај предузећа је нетачно представљен. Последица тога је да предузеће трпи огромну штету. С једне стране, пошто су му неопходна средства за нове инвестиције, он не може лако доћи до свежег капитала. Наиме, банке му неће одобрити кредит или ће то учинити уз више каматне стопе у односу на оне по којима то уобичајено чине. Ако му не буде одобрен кредит, предузеће неће моћи да отпочне посао према већ закљученом уговору о градњи. Дакле, оно пропушта да оствари добит у конкретном случају. Следећа последица се манифестује кроз то да ово предузеће за извођење грађевинских радова неће више бити ангажовано у новим пословима због лошег бонитета и рејтинга, насталих као последица неправилно извршене ревизије рачуноводствених исказа. Уз то, пада и вредност акција таквог предузећа. Штета коју оно трпи због тога је огромна.

Предузеће се одлучује да тужи ревизорску кућу и покреће поступак пред судом. Одштетни захтев је велики. Оно захтева да му штета буде у потпуности надокнађена. За осигуравајуће друштво, на овај начин, настаје велика обавеза уколико суд одлучи у корист тужиоца. Пракса у САД-у показује да су одштетни захтеви у оваквим случајевима достизали невероватних 30 милијарди долара.[7] Последица овако велике штете биће раст цена осигурања од одговорности за штету коју ревизори могу проузроковати израженим мишљењем. Осигуравач се може одлучити и за зарачунавање малуса, у случајевима у којима је дошло до исплате накнаде штете. Међутим, висина покрића остаје иста.

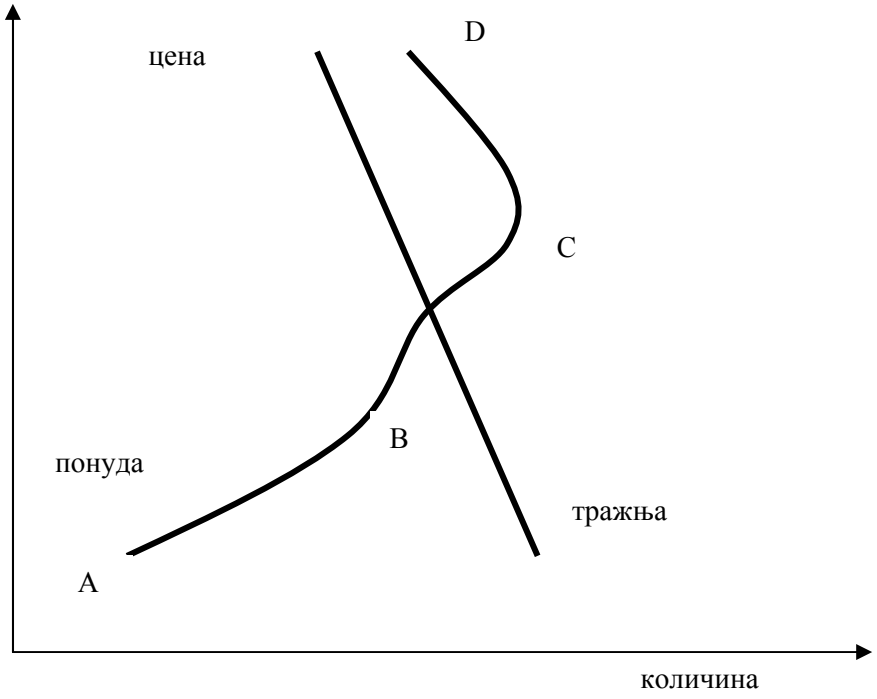
Следећа ситуација се односи на случајеве у којима подизање цена бива праћено опадањем понуде. Услед лошег пословања, већих штета од очекиваних и неоствареног приноса на пласирана средства осигуравач може одлучити да смањи понуду. Може захтевати да осигураници сносе један део штете уговарајући франшизу, може смањити квалитет услуге, искључити неке ризике из покрића и смањити обим покрића. Све ово, претходно речено, говори у прилог чињеници да је понуда осигурања функција расположивог новчаног капитала осигуравача и његовог капацитета.

Смањење цена (због ограничења од стране државе, привлачења осигураника ради задржавања тржишног удела) може довести до опадања

[7] Krishnagopal Menon (Boston University), David D. Williams (The Ohio State University), *The Insurance Hypothesis and Market Prices*, The Accounting Review, No 2, April, 1994, p.328.

понуде осигуравајућег друштва. Као последица овога, може доћи до преоријентације осигуравача ка другим профитабилнијим секторима осигурања (нпр. осигуравач престаје да се бави осигурањем од аутоодговорности и креће ка осигурању имовине од пожара и крађе који могу да му донесу већи профит, или се, поред претходне врсте, бави још једном новом врстом што ће бити чешћи случај).

Сва ова кретања понуде и цене, уз константну тражњу, могу се приказати као на графику који следи.

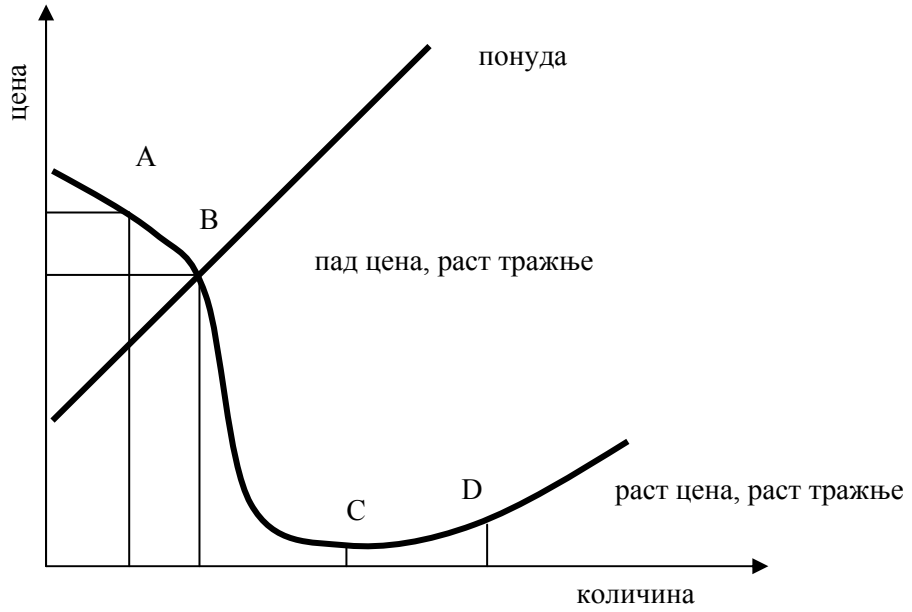



*Извор: Mark S. Dorfman, Introduction to Risk Management and Insurance, Prentice Hall, 2002, p.130.*

Као што се из графика види, најинтересантнија ситуација се односи на део криве понуде између тачака C и D. Крива понуде се савија уназад, што значи да понуда опада са растом цена. Ипак, ово не би требало да буде трајна оријентација осигуравача, већ само краткорочна. На првом месту морају бити квалитет услуга које се пружају и интереси осигураника, а то подразумева шири асортиман понуде као одбрану од конкуренције. Део криве између тачака A и B показује да са растом цена расте и понуда. Непромењену понуду, иако долази до раста цена, приказује део криве понуде између тачака B и C. Требало би опет скренути пажњу на то да је формирање равнотежне цене и одређивање

њене вредности тешко, уколико говоримо о услугама које имају карактер дугорочних као што је случај са осигурањем живота.

Тражња за осигурањем живота је релативно нееластична, али еластичнија него тражња за неживотним осигурањем, јер раст цена неће довести до пропорционалног смањења тражње, нити ће пад довести до већих промена на страни тражње, у смислу њеног раста. Постоје и случајеви, додуше ретки, али бар теоретски могући, код којих, без обзира на то што расту цене, расте и тражња за осигурањем, јер такви осигураници доживљавају осигурање као нужност. То би био екстремни случај. Наравно, постоје и такви осигураници који неће закључити осигурање, без обзира на то колико било смањење цена.



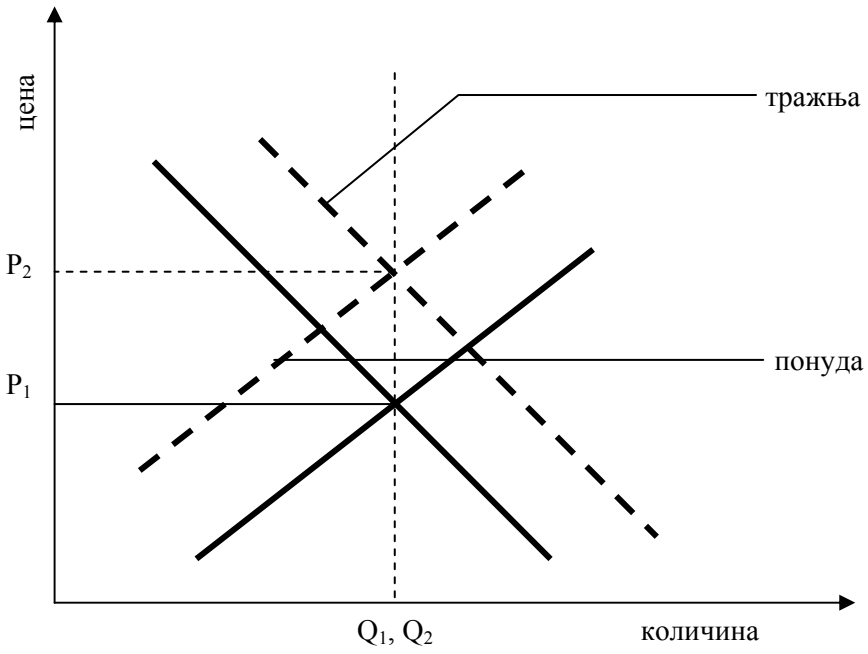

*Извор: Mark S. Dorfman, Introduction to Risk Management and Insurance, Prentice Hall, 2002, p.130.*

Екстремни случај понашања тражње и цена показује крива тражње између тачака C и D. Раст цена доводи до раста тражње. Део криве између тачака A и B показује нормалну ситуацију у којој са падом цена расте тражња. Део између тачака B и C показује да са падом цена готово да не долази до промене тражње.

Графици показују поједностављену слику онога што се дешава у пракси. Реалне ситуације су много компликованије. Ако претпоставимо да се десила штета великог интензитета као нпр. земљотрес и пожар у коме је изгорео већи

број кућа или цело предузеће, због повећаног ризика, претпоставимо да би дошло до веће потражње за осигурањем, уз исту цену.[8] График који следи показује померање криве тражње са нивоа D1 на ниво D2. На то их, управо, нагоне велики губици који настају. С друге стране, и осигуравачи мењају своје понашање. Уз исту цену, могу смањити обим покрића за настале штете, односно смањиће понуду. Друга варијанта је да осигуравачи понуде исти обим покрића, али само уз вишу цену.

Варијације понуде и тражње насталих штета и после њих, као и успостављање равнотеже, приказани су на графику. Пресек криве тражње D1 и криве понуде S1, при цени P1, представља стање пре насталих штета. Штете су избациле тржиште из равнотеже. Нова равнотежа се успоставља на вишем нивоу. У пресеку криве тражње D2 и криве понуде S2, при цени P2, успостављен је нов еквилибријум.




*Извор: Mark S. Dorfman, Introduction to risk management and insurance, seventh edition, Prentice Hall, New Jersey, 2001, p. 131.*

На овом месту морамо напоменути да цене дугорочно осцилирају око својих трошкова, а краткорочно око неке средње цене. Равнотежна је она цена

[8] Види: Mark S Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance*, Prentice Hall, 2002, p.131.

по којој су понудиоци (осигуравачи) спремни да понуде своје услуге, односно по којој су потенцијални осигураници спремни да купе услугу. У осигурању, цене осцилирају око просечне (праведне) цене која покрива одштетне захтеве и доноси очекивани профит осигуравачу. Равнотежни ниво цена зависи од облика конкуренције на тржишту.[9] Ако је реч о олигополу и монополу, равнотежна цена ће редовно бити на вишем нивоу од оног у условима потпуне конкуренције. Тржиште потпуне конкуренције није типично за осигурање као делатност, јер постоји мали број осигуравача и велики број осигураника. Најчешћи облик конкуренције на тржишту осигурања је олигопол.

Сегментација потрошача, управљање разликама у цени, изградња дугорочних односа са кључним потрошачима, елиминисање производа осигурања чији су трошкови већи од квалитета услуге осигурања и преузимање контроле над формирањем цена представљају начине управљања у формирању цена и избегавању ценовних притисака.[10]

## 2. Трошкови као фактор понуде

У осигурању се одштете, тј. осигуране суме код осигурања живота и провизије третирају као варијабилни трошак. Трошкови плата, пореза и закупнина представљају фиксне трошкове. Повећањем обима производње фиксни трошкови опадају. Ови трошкови постоје, чак, и кад се производња потпуно обустави.[11] Међутим, варијабилни трошкови се другачије понашају - када се производња обустави, они падају на нулу.

Збир фиксних и варијабилних трошкова даје укупне трошкове. Промене укупних трошкова се приписују, пре свега, променама варијабилних трошкова, јер фиксни остају непромењени.

Маргинални трошкови се дефинишу као трошкови производње и маркетинга додајне јединице производа.[12] Тачка у којој се секу маргинални и просечни укупни трошкови представља тачку најнижих трошкова.[13] После тога, производња сваке додајне јединице производа (услуге) увећава просечне укупне трошкове. Разлог тога је то што брже расту просечни варијабилни трошкови него просечни фиксни трошкови.

Овде треба нагласити да се у осигурању ретко дешава да се оствари правило о оптималној продукцији онда када се криве просечних и маргиналних трошкова секу. Основни разлог је висок проценат одштетних захтева у

[9] Иван Стојановић, *Теорија цена,* Београд, 1990, стр.8.
[10] др Јелена Кочовић, др Предраг Шулејић, *Осигурање*, Економски факултет, Београд, 2002, стр. 216-221.
[11] Радослав Сенић, *Маркетинг менаџмент*, Призма, Крагујевац, 2000, стр. 451.
[12] Исто, стр. 452.
[13] др Војислав Коларић, *Теорије динамике трошкова*, Рад, Београд, 1975, стр. 161-191.

укупним трошковима.[14] Наиме, горе приказани графици ће одражавати трошкове у осигурању само под претпоставком да је ризик који осигуравачи носе мали ("добар"). Уколико су ризици велики ("лоши"), ово не важи. Наше је мишљење да просечни трошкови не морају да падају са повећањем обима посла у овој делатности, као што је то уобичајено у осталим привредним делатностима, управо због високог процента штете у укупним трошковима. Новозакључени уговори о осигурању мењају способност осигуравача да извршава обавезе из његовог портфеља.[15] Трошкови се не морају пропорционално мењати са променом величине осигуравача. Исто тако, маргинални трошкови могу бити изузетно високи уколико је последње закључено осигурање такво да осигуравач преузима велики ризик.

Што је већи проценат фиксних трошкова у укупним трошковима, то треба да буде сигнал осигуравајућем друштву да предузме мере за рационалније и јефтиније пословање. Суштина рационалисања са трошковима је снижавање цене, тј. у нашем случају премије осигурања. У зависности од односа трошкова према output-u (премији или броју полиса) осигуравајуће друштво ће дефинисати своју пословну политику, приступити закључењу нових осигурања, преузети нове ризике и сл.

Уколико са повећањем обима производње трошкови падају, говоримо о економији обима. С друге стране, ако су трошкови "производње" output-а нижи када "производњу" организује један осигуравач него два или више, реч је о економији заједничке производње у осигурању.[16] О економији обима и економији заједничке производње нема довољно поузданих података због тешкоћа око одређивања output-а у осигурању.

Иако осигурање пружа заштиту од највећег броја ризика, ипак треба имати у виду, да осигуравачи не пружају заштиту од свих ризика. Разлог због чега је то тако треба тражити у високим трошковима који могу настати за осигураваче. Високи трошкови осигурања могу одвратити осигуранике да закључе уговор о осигурању, јер ти трошкови повећавају цену осигурања (премију) која у појединим случајевима (земљотреси, ратови) може достићи цену осигураног објекта. Због високих трошкова и премија, осигураници за неке ризике не захтевају покриће, а за друге само делимично.[17]

Три главна фактора која повећавају укупне трошкове осигуравача и тако утичу на њихов капацитет и обим покрића ризика су:

а) трошкови у вези са насталим осигурањем (аквизициони, инкасо и административни трошкови, трошкови капитала);

б) морални хазард (повећавају се трошкови осигуравача јер осигураник који је закључио уговор о осигурању мења своје понашање; пошто се

[14] Добросав Огризовић, *Економика осиīурања*, Графичар, Сарајево,1985, стр. 660.
[15] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, исто, стр. 67.
[16] Исто,стр. 234.
[17] Scott E. Harrington, Gregory R. Niehaus, *Risk management & insurance*, Mc Graw Hill, 2004, p.179.

ослободио ризика, он не предузима превентивне мере како би се умањио ризик и обим штетних последица) и

в) негативна селекција која се повећава када је власник полисе боље информисан од осигуравача у погледу технике ризика (тзв. лимун проблем). Негативна селекција, дакле, бива појачана проблемом асиметричних информација.[18]

Претходно наведени проблеми могу бити смањени уговарањем одређених клаузула које ограничавају обавезе осигуравача, обим покрића осигуравача, па тако и понуду осигурања.

Ограничењем покрића, поред смањења укупних трошкова, ограничења моралног хазарда и проблема негативне селекције, постиже се и:

а) ослобођење осигуравача малих штета,[19]

б) учешће осигураника у штети,

в) смањење премије и

г) поједностављење накнаде штете.

Велике опасности, као што су земљотреси, оркани и ратови могу створити обавезе за више осигуравача. Овакви догађаји могу довести у питање солвентност. Тако може настати проблем мултипликације штета, тј. «спиралног ефекта штета».

## 2.1. Морални хазард

Осигуравачи су свесни да закључени уговори о осигурању смањују спремност осигураника да преузме мере за смањење ризика и води појави моралног хазарда. Постоје два услова која воде расту моралног хазарда:

а) очекивани трошкови морају зависити од осигураниковог понашања после закљученог уговора и

б) расту трошкови анализе понашања осигураника (његове опрезности, обазривости, преузимање превентивних мера).[20]

Користи од додатне обазривости, опрезности, савесног понашања осигураника има осигуравач, а не осигураник. Одштетни захтев који треба да

[18] Исто.

[19] Др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, исто, стр. 154. Ризик мале опасности не би требало осигуравати закључењем индивидуалних полиса зато што су фиксни трошкови веома високи у поређењу са очекиваним губицима. У таквим случајевима би, евентуално било боље уместо појединаче закључити једну генералну полису којом би били обухваћени сви ризици. Тако би се смањили трошкови закључивања уговора, обраде одштетних захтева и сл. О томе: Scott R.Harrington, Gregory E.Niehaus, исто, p.180.

[20] У осигурању од аутоодговорности очекивани одштетни захтеви и морални хазард зависе и од брзине вожње, времена када је возило вожено, места где је паркирано. У осигурању живота очекивани трошкови и морални хазард зависе и од склоности ка јелу и пићу, доколице, рекреације... О томе: Harrington, Niehaus, исто, p.183.

исплати осигуравач биће мањи ако осигураник предузима мере за смањење ризика.

Једно од могућих решења проблема моралног хазарда је у томе да се премија учини зависном од осигураниковог понашања током целог периода осигурања. На тај начин, би премија рефлектовала осигуравачево очекивање у погледу понашања осигураника пошто је закључен уговор о осигурању.[21] Други начин је смањење покрића које осигуравач пружа за преузети ризик. Коришћење претходног искуства, такође, би се могло навести као начин за ублажавање моралног хазарда. Међутим, овај проблем се тешко може у потпуности елиминисати.[22]

Покушај решења проблема моралног хазарда кроз даљинско праћење (сателитско) ствара додатне трошкове осигуравачу уместо да их смањује. Из овога произилази закључак да ће даљинско праћење бити корисно и ефикасно у сузбијању моралног хазарда само уколико је износ за који се смањује одштетни захтев већи од трошкова које изискује даљинско праћење.[23]

## 2.2. Негативна селекција

Осигурање се често сусреће са проблемом негативне селекције (engl. adverse selection). Негативна селекција представља тенденцију купаца са великим очекиваним губицима да купе више осигуравајућег покрића од купаца са нижим очекиваним губицима по нижој цени.[24] Негативна селекција води гомилању лоших ризика (великих) и тако ограничава способност осигуравача да извршава обавезе. Такође, она смањује укупну понуду друштва за осигурање.

"Већа цена за већи ризик" и "нижа цена за мањи ризик" произилазе из правилно извршене класификације осигураника. Последица тога је ефикаснија прерасподела дохотка на тржишту осигурања. Тако ће издвајања осигураника са мањим ризиком бити мања у односу на издвајања осигураника са већим ризиком. Друга последица класификације осигураника је утицање на понашање осигураника. Наиме, циљ правила, "већи ризик – већа цена" и обрнуто, је такво понашање осигураника које ће довести до смањења ризика путем предузимања превентивних мера (мере за спречавање настанка осигураних случајева и умањење интензитета штетних последица).[25]

---

[21] Scott E.Harrington, Gregory R. Niehaus, исто, p.185.
[22] Исто, стр. 183.
[23] Као начин контроле екстремних облика моралног хазарда, Влада САД-а издваја огромна средства за истрагу и кажњавање у случајевима превара у осигурању (инсуранце фрауд). О томе: Harrington, Niehaus, исто, p.184.
[24] Harrington, Niehaus, p. 136.
[25] Harrington, Niehaus, исто, p.138-139.

Међутим, у теорији осигурања постоје заговорници једног супротног мишљења. То су тзв. заступници социјалног одређивања цене. Нарочито су активни у САД-у, где је расправа добила веће димензије. Они сматрају да није оправдано да разлике у трошковима и факторима који доприносе томе да ризик буде већи или мањи, утичу на формирање различитих цена[26] осигураницима. Њихов је став да је то неоправдано и да води дискриминацији. Није у реду, нпр. групи са већим ризиком (као што су лошији возачи који су имали много саобраћајних удеса, несавесни лекари итд.) одредити већу цену (премију). По њиховом мишљењу, требало би наплатити свим осигураницима исту премију.

То би значило да ће трошкове ризичније скупине сносити они који имају мањи ризик, а који би требало да плате нижу премију. Финансијски губици једних се преносе у облику виших премијских стопа на друге, оне са мањим ризиком.[27] То би било, у ствари, субвенционирање.

Техника осигурања не би, свакако, могла да се сложи са овим ставом, будући да актуари све ризике сврставају у сродне групе и тако стварају хомогене групације. На основу ризика једнаке величине, осигуравачи наплаћују једнаке премије, по принципу једнак ризик - једнака премија.

Да би обезбедила покриће ризика и осигураницима које карактерише велики интензитет ризика а који често прелази границе ризика које осигуравач прима у осигурање, држава може лимитирати висину цене осигурања. Оваква политика доводи до: смањења понуде осигуравајућег покрића, слабијег квалитета пружене услуге и смањења инвестиција у сектор осигурања.[28] Ниже цене од оних које диктирају правила струке и технике пословања стварају губитке. Ови губици бивају расподељени између осигуравача, сразмерно њиховом тржишном уделу.[29]

Тржиште осигурања се суочава са још једном појавом. Реч је о ситуацијама у којима осигуравач преузима ризик који је, иначе, много већи него што је осигураник пријавио. Због тога је премија коју осигуравач наплаћује нижа од оне коју би наплатио да је знао за праву тежину ризика. Ово је последица чињенице да је тржиште осигурања типичан пример тржишта са асиметричним информацијама. Због оваквих случајева и низа других може доћи до антиселекције ризика и излагања осигуравајућег друштва финансијској нестабилности у случају наступања штетног догађаја.[30] Све то поништава ефекте конкуренције[31].

---

[26] Emmett Vaughan, Therese Vaughan, *Основе осиīурања и уīрављања ризицима*, Мате, Загреб, 2000, стр. 101. и Scott Harrington, Gregory Niehaus, исто, p. 156.
[27] Emmett Vaughan, Therese Vaughan, *Fundamentals of Risk Management and Insurance*, John Wiley & Sons, Inc., 2003, p. 408.
[28] Harrington, Niehaus, исто, p. 153.
[29] Исто, p. 157.
[30] Andrew Sellgren, p. 501-526.
[31] Исто

Пошто знају за проблем негативне селекције и проблем асиметричних информација, осигуравачи полазе од ових категорија приликом калкулације премије. Због очекиване негативне селекције осигуравач ће подићи цену да би на тај начин компензовао губитке који би могли да настану у његовим фондовима. Детаљна класификација ризика би требало да смањи негативну селекцију. Међутим, класификација кошта. Негативна селекција може да расте управо зато што настојање осигуравача да изврши перфектну класификацију може изазвати високе трошкове (анализа ризичности – снимање ризика, процена).

Смањењу осигуравајућег покрића доприносе и: франшизе (помажу да се осигуравачи реше баласта малих штета), саосигурање, искључења из осигурања (ризици – рат, побуна; штете; имовина – новац, обвезнице, злато, рукописи и локација – залеђено море[32]), удео осигураника у штети (самопридржај осигураника), осигурање на први ризик, подосигурање, примарно и додатно осигурање[33], временско ограничење, новчано ограничење.

## 3. Интеграције као фактор понуде

За укупну понуду велики значај имају интеграције на тржишту осигурања. Економски ефекти нове стратегије повезивања банака и друштава за осигурање огледају се кроз смањење аквизиционих трошкова, с обзиром на то што комитенти могу обављати послове уз девизу "куповина свега на једном месту (one stop shopping)".[34] Такође, запажено је повећање укупно наплаћених премија.

Предности банкарског осигурања су:

а) Смањење аквизиционих трошкова (трошкови закључења уговора о осигурању). Трошкови продаје осигурања живота преко банкарског шалтера изискују 8% прихода од премија, док продаја преко осигуравајућих организација изискује 22%. За иностране осигураваче учешће дистрибутивних трошкова иде и до 40%;[35]

б) Смањују се трансакциони трошкови на финансијском тржишту због присутног феномена економије обима и економије разноврсности.[36] Ово значи да већи број трансакција од стране једног истог субјекта ствара исти профит, али и мање трошкове за кориснике услуга. Привлачење још једног комитента не ствара готово никакав трошак због аутоматизоване обраде података;

в) Смањује се ризик, тј. обезбеђује његова диверзификација;

---

[32] др Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, исто, стр. 153.
[33] Harrington, Niehaus, исто, p. 191.
[34] Дубравка Шулејић: *Банке на тржишту осигурања*, Правни живот, бр. 10/2002.
[35] P. Kupfer, Ein Jahr CS Life, I, 6/91, стр.12. Према: проф. др Борис Маровић, доцент др Небојша Жарковић, *Банке на тржишту осигурања*, стр. 17.
[36] Исто. стр. 14.

г) Омогућено је боље познавање тржишта, тржишних учесника и тржишних инструмената;

д) Повећава се финансијски капацитет новонасталог субјекта. Све је то последица међународне повезаности националних економија, слободног кретања капитала, тежње ка присвајању већих профита и смањењу трошкова пословања. Ови процеси захтевају окретање ка предностима економије обима коју обезбеђује поменута интеграција банака и осигуравајућих организација.

Рекли смо да интеграције повећавају финансијски капацитет новонасталог субјекта. Међутим, интересантно је указати да је могућа и супротна ситуација.[37] Последица интеграција може бити већи укупни ризик јер се све осигуране јединице комбинују у један портфељ,[38] па може доћи до акумулирања штета. Друга алтернатива је претпоставка да се укупни самопридржај повећава преко збира претходних индивидуалних ризика. Међутим, пракса показује да се то, ипак, не дешава. У пракси наших интегрисаних осигуравајућих организација није дошло до повећања самопридржаја, већ, напротив, до смањења.[39] Питање које се намеће је - Шта је узрок тога? Одговор би могао да иде у смеру ненаменског коришћења средстава осигурања, као и позајмљивања средстава повезаним лицима, по нетржишним условима (без камате, бесповратно).

## 4. Страни капитал као фактор понуде

Страни капитал на домаћем тржишту може проширити понуду услуга осигурања. Постоје бројни аргументи за његов улазак и против њега.[40] Ако се таква тенденција и прихвати, што је у духу либерализације трговине и интеграционих процеса, то треба чинити само уз ограничења као што су: већи оснивачки цензус (почетни фонд сигурности), другачије пореске стопе, лимитирати проценат учешћа капитала у страном власништву у једном друштву и сл. Једино тако се може заштитити домаће тржиште осигурања.

Предности ширег асортимана услуга осигурања које доноси страни капитал могу се релативизовати чињеницом да је, независно од тога, свест домаћег становништва о осигурању, веома мала. Поред тога, куповна моћ је на ниском нивоу, па се не може очекивати већа тражња за осигурањем све док се не обезбеди макроекономска стабилност привреде.

---

[37] Добросав Огризовић, исто, стр. 681.
[38] Diacon S. R,Economics, London, 1981, p. 6-9. Према: Огризовић, исто.
[39] Исто,стр. 682.
[40] др Стево Ковачевић, *Међународни економски односи*, Економски факултет, Крагујевац, 2000, стр. 307-310.

## Уместо закључка

Понуда услуга осигурања зависи од више фактора: капацитета осигуравача (финансијског и техничког), цене осигурања (премије), трошкова, владиних мера, техничке експертизе осигуравача и способности менаџмента осигуравајуће компаније да изабере најатрактивније форме инвестирања.

На тржишту осигурања, закон понуде и тражње има ограничено дејство, тако да се цена и понуда не морају кретати у истом смеру.

Трошкови представљају важан фактор понуде услуга осигурања. На њихово повећање и истовремено, смањење понуде, посебно, утиче морални хазард и негативна селекција. Елиминисање ових проблема захтева огромне издатке који су оправдани једино уколико би износ за који се смањује одштетни захтев био већи од трошкова које изискује елиминисање моралног хазарда и негативне селекције.

Интеграција између осигуравајућих друштава и банака може повећати понуду осигурања. Међутим, ненаменско трошење средстава прикупљених премија и позајмљивање истих повезаним лицима по нетржишним условима води супротним ефектима.

*Jasmina Labudovic, an assistant beginner*

## THE OFFER OF INSURANCE SERVICES

Supply of insurance services depends on many factors: capacity of insurers, price (premium), costs, government measures, technical expertise of insurers and management capability to choose the most attractive forms of investment things which will throw out some interest.

Low of supply has limit influence on insurane market. The supply on this market need not to follow moving of prices.

Costs represent important factor of insurance supply, which would be increased because influence of moral hayard, adverse selection, unearned interest on investment etc. To mitigate moral hayard and adverse selection take various measurement.

Integration between banks and insurance companies, and foreign capital are in positive correlation with increasing supply of insurance services.

*Одељак VI*

# ОСТВАРИВАЊЕ СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА ГРАЂАНА

*Др Ненад Ђурђевић,*
*редовни професор*

***UDK**: 347.23*
*338.246.025.88(497.1)*

# ПРИВАТИЗАЦИЈА ДРУШТВЕНОГ КАПИТАЛА У УДРУЖЕЊИМА ГРАЂАНА И ДРУШТВЕНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА

Према Статистичком годишњаку СРЈ, на дан 31. 12. 1996. године у Србији је укупно било 20.344 друштвених организација и удружења грађана, од чега 18.779 друштвених организација и 1.656 удружења грађана. Крајем 2003. године број и структура ових организације је већ знатно измењена, тако да од укупно 28.624. организација, 15512 је у статусу друштвених организација а 13112 има статус удружења грађана. До толико велике промене у правном статусу дошло је, пре свега, због обавезе које су на основу Закона о спорту имале друштвене спортске организације да се до краја 1998. године трансформишу у удружења грађана, али и чињенице да важећи Устав Републике Србије не познаје друштвене организације.

Иако је тешко рећи колики број тренутно регистрованих друштвених организација и удружења грађана располаже са друштвеним капиталом, може се слободно рећи да он није мањи од 70%. У правном систему Републике Србије, међутим, недостају прописи који би утврдили основна правило по којима би друштвене организације и удружења грађана могла да врше трансформацију (приватизацију) тог капитала у друге облике својине. Самим тим, законско дефинисање модела приватизације друштвеног капитала којим располажу тзв. "невладине организације" има посебан значај за њихов целокупни будући статус и развој.

## I. Одакле друштвена својина у друштвеним организацијама и удружењима грађана?

Одговор на постављено питање, захтева да се вратимо на саме почетке социјалистичке Југославије, односно на крај Другог светског рата. Разлог зашто треба ићи тако далеко лежи у чињеници да је један број садашњих друштвених организација и удружења грађана са друштвеним капиталом основан још пре Другог светског рата као класично удружење грађана, а да је веома велики број садашњих друштвених организација и удружења грађана основан пре доношења важећег Устава РС који више не познаје друштвене организације.

**Законом о удружењима, зборовима и другим јавним скуповима из 1945**. године и изменама из 1946[1], грађанима је зајамчено право удруживања (чл. 1). Удружење је могло основати десет грађана са бирачким правом, а удружење се по правилу регистровало у одељењу унутрашњих послова при окружним народним одборима, који је и одобравао оснивање удружења. Уз пријаву оснивања подношена су и правила удружења у којима се обавезно регулисало и „извори материјалних средстава удружења и намена имовине у случају престанка удружења“(чл. 13–15). Удружења која су постојала пре 6. априла 1941. године могла су поднети пријаву за обнову рада у року од шест месеци од дана ступања на снагу закона (чл. 31). Уз пријаву обнове наводила се и имовина удружења. Ако удружење не поднесе пријаву за обнову рада или ако удружењу не буде одобрена обнова, њихова имовина се секвестрира и предаје удружењу са сличним циљевима која делује на истом подручју, а ако таквог удружења нема, орган надлежан за регистрацију одређује удружење или установу којој се имовина предаје (чл. 31. ст. 5). Међутим, имовина удружења која су основана за време непријатељске окупације или чији је рад забрањен због фашистичког или профашистичког обележја или због сарадње с непријатељем или зато што је њихов циљ и програм противан тековинама НОБ-а, конфискована је у корист државе (чл. 30).

**Законом о изменама и допунама закона о удружењима, зборовима и другим јавним скуповима из 1947**[2], поред измена надлежности органа за регистрацију и одобрење оснивања удружења, извршена је измена чл. 31. закона, тако што је прописано да у случају када удружење не поднесе пријаву за обнову рада у прописаном року или се удружењу не дозволи обнова рада, имовина удружења постаје општедржавна имовина, с тим да се она може дати на управљање појединим постојећим удружењима. Ова измена, као и само основно решење, је значајна за спорт, јер је помоћу ње извршено одузимање имовине нпр. СОКОЛА када им није дозвољена обнова рада.

**Основни закон о удружењима грађана** донет је 6. априла 1965. године.[3] Тим законом је утврђено да удружење има својство правног лица, које стиче уписом у регистар код надлежног органа унутрашњих послова (чл. 9). Правилима удружења су утврђивани, између осталог, и извори материјалних средстава удружења и начин располагања са имовином у случају престанка удружења (чл. 8). Удружења која су основано по ранијим прописима наставила су рад по одредбама Основног закона о удружењима грађана (чл. 22).

**Закон о удружењима грађана Србије** из 1972. године[4] задржао је у основи решења из Основног закона о удружењима грађана из 1965. године, и у погледу

[1] Службени лист ФНРЈ, бр. 51/1946.
[2] Сл. лист. ФНРЈ, бр. 29/1947.
[3] Сл. лист СФРЈ, бр. 16/1965.
[4] Сл. гласник СРС, бр. 53/1972.

имовине удружења ништа се није променило, као ни у погледу основног правног статуса (чл. 8. и 22).

**Закон о изменама и допунама закона о удружењима грађана из 1977.** године није извршио никакве измене у погледу имовине удружења и њиховог правног положаја, а промене су се углавном тицале одређених питања везаних за удруживање у савезе и у међународне организације. Од овог Закона, основни акт удружења се више не зове „правила" већ „статут".

**Закон о друштвеним организацијама и удружењима грађана**[5] **из 1982.** године, који је и сада важећи закон, донео је највеће промене у правном режиму остваривања слободе удруживања. Поред класичних удружења грађана, у правни систем су уведене и „друштвене организације". За правни положај друштвених организација и удружења грађана битан је чл. 10. којим је прописано да су друштвене организација и савези друштвених организација друштвена правна лица. а удружење грађана и савези удружења грађана грађанска правна лица. Према члану 15, друштвене организације и удружења грађана могу да стичу и користе средства и њима располажу за извршење послова којима се остварују циљеви и задаци који су утврђени статутом организације, односно удружења. Битно је, међутим, да је правни режим тих средстава различити. Средства којима располаже удружење грађана су имовина удружења и у случају престанка удружења са његовом имовином се поступа у складу са статутом удружења (чл. 53). Средства којима располаже друштвена организација су друштвена својина. Према члану 37, друштвена организација може стицати средства односно одређена права на средства и тим средствима, **као друштвеним**, користи се за остваривање својих циљева утврђених статутом и њима располагати сагласно статуту и закону. У погледу средстава, која је доприносима (чланарина) или по другом основу остварила, друштвена организација и њени чланови своја права, обавезе и одговорности остварују у складу са законима којима су, у погледу друштвених средстава, уређена права и обавезе друштвених организација, односно друштвених правних лица, и општим актима друштвене организације, самоуправним споразумима и друштвеним договорима које је та организација закључила или им је приступила (чл. 38). Кад друштвена организација престане са радом, средства која остану после подмирења обавеза те организације преносе се на друштвено правно лице одређено статутом друштвене организације (чл. 52).

Скоро једну трећину свих удружења у Републици чине спортска удружења. Према подацима из Регистра спортских организација као удружења, спортских друштава и спортских савеза који води Управа за спорт Министарства просвете и спорта Републике Србије, у Србији тренутно има регистрованих око 8.000 спортских удружења, друштва и савеза. Више од половине ових организација

[5] „Службени гласник СРС", бр. 24/82, 39/83, 17/84, 50/84, 45/85 и 12/89 и „Службени гласник РС", бр. 53/93, 67/93 и 48/94.

располаже са друштвеним капиталом. Први Закон о физичкој култури донет је 15. јула 1972. године.[6] Њиме је регулисано обављање делатности физичке културе и формиране заједнице физичке културе (СИЗ). Овим законом нису вршене измене у правном положају спортских организација, и оне су и даље функционисале као класична удружења грађана (у чл. 10. се и даље говори о удружењима и савезима у области физичке културе). Значајно је, међутим, да од овог Закона почиње да функционише потпуно нови начин финансирања спортских организација из јавних прихода. Измене овог Закона извршене су 1974.[7] Иако овим изменама нису укинута спортска удружења, значајно је да је чл. 4а и 4б утврђено да су друштвене организације за физичку културу један од основних носилаца физичке културе у Републици. Суштинске промене за спортска удружења настају доношењем **Закона о физичкој култури Републике Србије 1980. године**.[8] Сходно чл. 3. до 6. и 14. Закона, **радни људи и грађани у области физичке културе (спорта) више не могу оснивати удружења грађана већ се могу удруживати искључиво у друштвене организације** за физичку културу. Уписом у надлежни регистар, друштвена организација за друштвену културу стиче својство друштвеног правног лица (чл. 19. ст. 2). Према чл. 25. Закона, друштвена организација за физичку културу може стицати средства, односно одређена права и тим средствима, **као друштвеним**, користити се за остваривање својих циљева, под уловима утврђеним законом и статутом. Све постојеће организације за физичку културу (дотадашња удружења и савези) биле су дужне да у року од две године од дана ступања на снагу закона ускладе своје статуте и друга општа акта са Законом о физичкој култури и да поднесу пријаву за упис промена у регистар (чл. 77). Закон о физичкој култури из 1980. године је претрпео измене 1982. године и 1985, а 1987. године је објављен пречишћен текст Закона[9]. Решења о правном положају друштвених организација за физичку културу и о њиховој имовину, остала су, међутим, неизмењена. Последњи Закон о физичкој култури, пре сада важећег Закона о спорту[10], донет је 1990. године. Чланом 8. Закона задржано је решење да се у облати физичке културе могу оснивати само друштвене организације, а чл. 12. је упућено на примену Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана у питањима која нису регулисана Законом о физичкој култури. Битна новина овог Закона је што се финансирање физичке културе пребацује са режима Сизовског финансирања на финансирање из Фондова за физичку културу.

[6] Сл. гласник СРС, бр. 28/1972.
[7] Сл. гласник СРС, бр. 49/1974.
[8] Сл. гласник СРС, бр. 56/1980.
[9] Сл. гласник СРС, бр. 18/1987.
[10] "Сл. гласник РС", бр. 5/1990.

**Закон о спорту Републике Србије** донет је крајем 1996. године.[11] Полазећи од тога да је Устав Србије укинуо друштвене организације, Закон о спорту је прописао да се спортске организације могу оснивати као удружења грађана, као предузеће или установе, у зависности од потреба и интереса оснивача. Прелазним одредбама Закона, прописано је да се постојеће друштвене организације физичке културе могу до краја 1997. године трансформисати, по сопственом избору, у **удружења грађана са друштвеним капиталом или у друштвена предузећа**. На прсте се могу избројати оне организације које су се трансформисале у друштвено предузеће[12], тако да су скоро све спортске организације које су постојале почетком 1997. године прешле у статус удружења грађана. Тадашња Влада Србије је сматрала да се овом трансформацијом не може мењати карактер својине над имовином постојећих спортских организација из два разлога: Устав Србије гарантује друштвену својину као равноправни облик својине; промена правног статуса одређеног правног лица не мења и својинску структуру његове имовине.

На крају треба напоменути, да не треба испустити из вида и одредбу Закона о средствима у својини Републике Србије[13] којом је одређено да су у државној својини све ствари изграђене, односно прибављене средствима у државној својини. као и средства, односно приходи остварени по основу улагања државног капитала у предузећа и друге организације. Проблем, је међутим, што се у пракси показало изузетно тешко утврђивање ових чињеница.

## II. Приватизација друштвене својине у друштвеним организацијама и удружењима у бившим републикама СФРЈ

Приватизација друштвеног капитала у друштвеним организацијама у Републици Хрватској регулисана је Законом о удругама из 1997. године.[14] У члану 38. прелазних и завршних одредби Закона о удругама садржано је следеће правило:

"(1) Некретнине у друштвеном власништву на којима су, до дана ступања на снагу овога Закона, друштвене организације имале право располагања или право кориштења, даном ступања на снагу овога Закона постају некретнине у власништву Републике Хрватске ако овим Законом није друкчије одређено.

(2) Некретнине на којима су право располагања или право кориштења имала добровољна ватрогасна друштва, а које некретнине су стјецане и грађене прилозима грађана или другим донацијама, а не из других друштвених

[11] "Сл. гласник РС", бр. 52/96.
[12] Приватизација друштвеног капитала у овим спортским организацијама се врши у потпуности по важећем Закону о приватизацији.
[13] Чл. 1. тач. 3) и 4), "Сл. гласник РС", бр. 53/95 и 3/96 – испр. 54/96 и 32/97.
[14] *Narodne* novine RH*, br.* 70/97 od 7. 7. 1997.

средстава, даном ступања на снагу овога Закона постају некретнине у власништву удруга добровољних ватрогасних друштава.

(3) Влада Републике Хрватске или од ње овлаштено надлежно министарство, може, према мјерилима које на приједлог Владе Републике Хрватске утврди Сабор Републике Хрватске, у року од годину дана од дана када је Сабор Републике Хрватске утврдио мјерила, некретнине, које су постале власништво Републике Хрватске на темељу одредбе ставка 1. овога чланка, пренијети у власништво оне удруге која је према одредби чланка 36. овога Закона правни сљедник бивше друштвене организације или у власништво једне или више јединица локалне самоуправе и управе.

(4) Удруге које су правни сљедници бивших друштвених организација настављају користити некретнине, на којима је њихов предник имао право располагања или право кориштења, с тим да их не могу дати у закуп или на било који други начин оптеретити нити их продати или на било који други начин отуђити. Одредба овога ставка не односи се на уговоре о закупу склопљене прије ступања на снагу овога Закона, с тим да на мјесто закуподавца ступа Република Хрватска или особе на које је Влада Републике Хрватске пренијела право власништва сукладно одредби ставка 3. овога чланка. Тако склопљени уговори о закупу морају се у року од године дана од дана ступања на снагу овога Закона ускладити са законом.

(5) Одредба ставка 4. овога чланка примјењује се и на некретнине на којима су право располагања или право кориштења имали бивша друштвено-политичка организација - Савез синдиката Хрватске и синдикати регистрирани као друштвене организације до дана почетка примјене Закона о раду ("Народне новине", број 38/95.), а који су се након почетка примјене Закона о раду регистрирали у складу с одредбама тога Закона (у даљњем тексту: синдикати).

(6) Овлашћују се синдикати из ставка 5. овога чланка, да се у року од 180 дана од дана ступања на снагу овога Закона, заједнички договоре о начину подјеле некретнина из ставка 5. овога чланка. Сваки поједини синдикат постаје власник некретнине која му је тим договором дана. Ако синдикати у року од шест мјесеци не постигну заједнички договор о подјели тих некретнина, оне даном истека рока постају некретнине у власништву Републике Хрватске, а Влада Републике Хрватске или од ње овлаштено надлежно министарство ће, према мјерилима које утврди Сабор Републике Хрватске, у року од године дана од дана када је Сабор Републике Хрватске утврдио мјерила, те некретнине пренијети у власништво синдикатима из ставка 4. овога чланка.

(7) Одредбе ставка 1., 3., 4., 5. и 6. овога чланка не односе се на некретнине за које је забрањен пријенос права располагања и кориштења према одредбама Закона о забрани пријеноса права располагања и кориштења одређених некретнина у друштвеном власништву на друге кориснике односно у власништву физичких и правних особа ("Народне новине", бр. 53/90., 61/91., 25/93. и 70/93.) као и на некретнине на којима су имале право располагања или право кориштења бивше друштвено-политичке организације (Савез комуниста

Хрватске, Социјалистички савез радног народа Хрватске, Савез удружења бораца народноослободилачког рата Хрватске и Савез социјалистичке омладине Хрватске).

(8) Некретнине на којима су право располагања или право кориштења имале Матица хрватска те друштвене организације које окупљају припаднике етничких и националних заједница или мањина, на дан ступања на снагу овога Закона, постају некретнине у власништву удруге која је правни сљедник оне бивше друштвене организације која је на тим некретнинама имала право располагања или право кориштења.

(9) Удруге које су правни сљедници бивших друштвених организација и синдикати регистрирани као друштвене организације до дана почетка примјене Закона о раду, дужни су, у року од 60 дана од дана ступања на снагу овога Закона, доставити Влади Републике Хрватске попис свих некретнина на којима су имале право располагања или право кориштења.

(10) Удруге које су правни сљедници бивших друштвених организација и синдикати регистрирани као друштвене организације до дана почетка примјене Закона о раду, а који не поступе у складу с одредбом ставка 9. овога чланка, губе право стјецања власништва некретнина у складу с одредбама ставка 3. и 6. овога чланка.

(11) Покретнине на којима су право располагања или право кориштења имале бивше друштвене организације, на дан ступања на снагу овога Закона постају покретнине у власништву удруге која је правни сљедник оне бивше друштвене организације која је на одређеним покретнинама имала право располагања или право кориштења. "

И у Републици Словенији је приватизација друштвеног капитала у друштвеним организацијама и удружењима грађана, у основи, регулисана "Законом о друштвих" из 1995. године.[15] Према члану 37. прелазних и завршних одредби Закона, приватизација (својинско преобликовање) друштвене својине са којом располажу удружења на дан доношења Закона о удружењима врши се у складу са посебним законом. До доношења посебних закона, удружења су дужна да управљају и располажу са друштвеном својином са којом располажу као добри домаћини, с тим да се својински односи и друга права удружења на средствима у друштвеној својини не могу променити до доношења тих посебних закона. С обзиром да су удружења располагала и управљала са средствима у друштвеној својини на различитим правним основама и користила их за различите намене, у Словенији се сматрало да је боље препустити уређење приватизације посебним законима који уређују поједине врсте делатности, како би се уважиле потребе тих делатности и њихових носилаца. У складу са таквим опредељењем, посебним законима је уређена приватизација средстава у друштвеној својини Црвеног крста Словеније (Закон о црвеном крсту),

[15] Уредни лист РС, шт. 60/1995.

спортских удружења (Закон о спорту), удружења војних инвалида (Закон о жртвама војног насиља), туристичких удружења (Закон о поспешивању туризма), као и друштвене својине на пољопривредном земљишту[16]. Приватизација се састојала у томе да се законом прописивало, у суштини, да средства прелазе у државну својину (нарочито када су у питању непокретности) или да друштвена средства прелазе у својину удружења.

Приватизација друштвене својине којом су располагале **спортске друштвене организације** законски је решена у Словенији, Хрватској и Републици Српској законима о спорту.

Иако постоје одређене разлике између решења прихваћених у Хрватској и Словенији, ипак се може уочити основни заједнички приступ. Наиме, и у Хрватској и у Словенији проблем приватизације друштвеног капитала (друштвене својине) којим су располагале спортске организације регистроване као друштвене организације, различито је третиран када су у питању непокретности и покретне ствари (средства). У обе земље покретне ствари (средства) су законом пренете у својину спортског удружења које је до тада тим средствима и располагао. Када су у питању непокретности решења нису у потпуности истоветна. Битно је, међутим, да и у Хрватској и у Словенији проблем друштвене својине није разматрао са становишта приватизације целих спортских удружења, у смислу њиховог претварања у друштва капитала (предузећа) која имају свог власника. Спортске друштвене организације су на основу самог закона претворене у удружења. За сву покретну имовину којом су до тада располагале, законом је утврђено да је то имовина (својина) удружења, као и сва друга имовина коју у будуће стекне. Када су у питању непокретности у друштвеној својини, решења су била у неколико различита.

Према Закону о спорту Хрватске (измене из 1995.)[17] спортски објекти и друге непокретности у друштвеном власништву на којима право коришћења имају спортске организације и удружења или друга правна лица (предузећа, установе, радне организације) основана ради управљања спортским објектима, прелазе у власништво градова и општина на чијем се подручју налазе. Акт о преузимању спортских објеката и других непокретности доноси Градско, односно Општинско веће, у року од 90 дана од дана ступања на снагу закона и тај акт доставља жупанијској скупштини у року од 14 дана од дана доношења. Жупанијска скупштина може у року од 60 дана од дана пријема акта о преузимању, донети приговор са захтевом да одређени спортски објекат и друга непокретност пређе у власништво жупаније, под условом: ако је спортски објекат од значаја за задовољавање јавних потреба у спорту жупаније као целине; ако је спортски објекат у значајном обиму изграђен, опремљен или

[16] Zakon o skladu kmetijskih zemljišč in gozdovi Republike Slovenije, iz 1993; Zakon o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini, iz 1997.

[17] Видети чл. 88, 88a – 88i, Zakon o športu, "Narodne novine" RH, br. 60/92, 25/93, 11/94. i 77/95.

одржаван финансијским средствима прикупљеним на ширем подручју од подручја општине или града на којем се налази. Одлуку о приговору доноси арбитража коју именује Влада. Град, општина и жупанија могу споразумно утврдити, који ће од спортских објеката и непокретности прећи у власништво града, односно општине или жупаније. Споразумом се може установити и сувласништво. Спортски објекти и друге непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају национални спортски савези или Хрватски олимпијски одбор (ХОО), прелазе у власништво тих националних спортских савеза или ХОО. Актом о преузимању власништва над спортским објектима и непокретностима, преузимају се и сви терети и обавезе. Градови, општине и жупаније који су стекли власништво, могу спортске објекте и друге непокретности давати у закуп: спортском удружењу које је на спортском објекту и другој непокретности имало право коришћења; другом спортском удружењу, ако претходно удружење није исказало интерес за узимање у закуп спортског објекта и друге непокретности. Уговором о закупу, закупопримац се обавезује да средства остварена обављањем делатности на спортском објекту, користи искључиво за одржавање, опремање и доградњу, побољшавање услова обављања спортских делатности и смањивање цене сата коришћења. Спортски објекти и друге непокретности за које не буде донета одлука о преузимању у власништво, прелазе у својину спортске организације која је имала право коришћења тих објеката и непокретности, или је њен правни следбеник.

Према Закону о спорту Словеније[18], спортски објекти који су у друштвеној својини, а којима управљају спортска удружења, постају својина удружења, осим објеката за које надлежни орган јединице локалне самоуправе не одлучи у року од годину дана од дана ступања на снагу Закона да је објекат од општинског значаја, у ком случају објекат постаје власништво општине. Удружење, правна и физичка лица, могу прибавити својинска права на спортском објекту који је проглашен за објекат од општинског значаја, уколико поднесу захтев надлежном општинском органу у року од годину дана од дана ступања на снагу Закона, односно најкасније у року од шест месеци од одлуке општине да прогласи објекат од општинског значаја. Објекат у сваком случају постаје власништво општине, уколико се удружење одрекне права власништва или не поднесе захтев за утврђивање својинских права у предвиђеном року.[19]

У Републици Српској проблем приватизације друштвене својине у области спорта је решен нешто другачије него у Хрватској и Словенији, али ни у Републици Српској се није ишло на "приватизацији кроз продају" него је статус средстава у друштвеној својини решен директно Законом о спорту из 2002.

[18] Zakon o športu, "Uradni list RS", št. 22-929/1998, člen 64.

[19] У пракси је велики број спортских клубова управо тражио од својих општина да преузму спортске објекте, јер нису могли да сносе трошкове одржавања, опремања и реконструкције тих објеката.

године[20]. Чланом 163. Закона о спорту. године било је прописано: "Спортски објекти, уграђена опрема и транспортна средства изграђена или прибављена средствима Републике Српске, града или општине, као и спортски објекти, опрема и транспортна средства ранијих друштвено-политичких заједница, фондова, самоуправних интересних заједница, организација којима су били оснивач Република, град или општина, односно нека од ранијих друштвено политичких заједница, су у државној својини. Имовина организација у области спорта која није обухваћена чланом 163, остала је својина тих организација[21].

## III. Модел приватизације друштвеног капитала у Нацрту закона о удружењима и Нацрту закона о спорту Републике Србије

### 1. Нацрт Закона о удружењима

Правни положај друштвених организација и удружења грађана тренутно је регулисан, раније наведеним, Законом о друштвеним организацијама и удружењима грађана из 1982. године. Предлогом новог Закона о удружењима који је децембра месеца 2001. године утврдила Влада Републике Србије није била регулисана приватизација друштвеног капитала у друштвеним организацијама и удружењима грађана. Међутим, чланом 67. Предлога било је прописано да друштвени капитал у друштвеним организацијама и удружењима грађана и њиховим савезима и асоцијацијама, које имају седиште на територији Републике, не подлежу промени власништва по одредбама Закона о приватизацији, већ ће се промена власништва друштвеног капитала у тим организацијама извршити по посебном закону. До доношења тог закона, непокретности у друштвеној својини не би се могле отуђивати.

У Нацрту закона о удружењима који је почетком 2005. године утврдило Министарство за државну управу и локалну самоуправу, и који је предмет јавне расправе, унето је следеће решење за приватизацију:

"Непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају друштвене организације, удружења или облици повезивања удружења (савези, односно асоцијације), са седиштем на територији Републике Србије (у даљем тексту: друштвене организације), даном почетка примене овог закона прелазе у државну својину.

Право коришћења на непокретностима из става 1. овог члана које су прешле у државну својину има јединица локалне самоуправе на чијем подручју се налази седиште ранијег корисника непокретности.

[20] "Службени гласник Републике Српске", бр. 4/2002 и 66/2003, чл. 163.
[21] Члан 79.

Јединица локалне самоуправе из става 2. овог члана дужна је да, давањем у закуп, омогући друштвеној организацији да настави да користи непокретности на којима је претходно имала право коришћења, ако друштвена организација искаже интерес за узимањем непокретности у закуп. Услови давања у закуп, посебно у погледу рока закупа и висине закупнине, не могу бити неповољнији од услова под којима јединица локалне самоуправе непокретности сличног квалитета и површине даје у закуп другим удружењима и организацијама које имају исте или сличне циљеве.

Јединица локалне самоуправе има право да откаже даље коришћење непокретности по основу закупа ако друштвена организација у року и на начин предвиђен овим законом не усклади свој рад са одредбама овог закона, као и у случају када након усклађивања са одредбама овог закона непокретности не користи за остваривање активности и делатности предвиђених својим статутом.

Ако друштвена организација не искаже интерес за узимањем непокретности у закуп или ако јединица локалне самоуправе откаже уговор о закупу у складу са ставом 4. овог закона, непокретност се може дати на коришћење другом удружењу само под истим условима.

Покретна имовина у друштвеној својини којом на дан почетка примене овог закона располажу друштвене организације из става 1. овог члана, даном почетка примене овог закона постаје њихова својина.

Имовина у друштвеној својини на којој право коришћења, односно право располагања имају друштвене организације из става 1. овог члана не може се отуђивати до дана почетка примене овог закона.

Сва имовина коју друштвене организације из става 1. овог члана стекну након дана почетка примене овог закона јесте њихова својина."

Као што се из наведене одредбе Нацрта закона о удружењима може видети, у основи је прихваћен модел који је примењен у Хрватској и Словенији. Наведени приступ је у јавној расправи скоро опште прихваћен. Једина препрека за његово прихватање налази се у одредби члана 59. став 2. Устава Републике Србије[22] према којој се средства из друштвене својине отуђују по тржишним условима, у складу са законом.

## 2. Нацрт закона о спорту

Закон о спорту Републике Србије донет је крајем 1996. године. Одбор за јавне службе Владе Републике Србије почетком децембра месеца 2005. године утврдио је, на предлог Министарства просвете и спорта, текст Преднацрта закона о спорту, и упутио га на јавну расправу. Преднацртом је предложен следећи модел приватизације:

[22] "Службени гласник РС", бр. 1/90

1. Непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају спортске организације, спортска друштва, савези и друге организације у области спорта са статусом удружења, савеза или друштвене организације, са седиштем на територији Републике, прелазе даном ступања на снагу закона у државну својину, на којој право коришћења има јединица локалне самоуправе на чијем се подручју налазе њихова седишта. Непокретности постају својина организације у области спорта које је имала на њима право коришћења уколико скупштина јединице локалне самоуправе у року од шест месеци од дана ступања на снагу закона утврди да су се непокретности у претходних 15 година претежно користиле за активности тих организација, ако законом није другачије одређено. У односу на такво решење постоје три изузетка: 1) непокретности у друштвеној својини на којима организације у области спорта имају право коришћења, а које су биле у својини тих организације пре него што су на основу закона пререгистроване из статуса удружења грађана у друштвене организације, постаје даном ступања на снагу закона њихова својина; 2) непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају национални спортски савези, савези у области спорта организовани на нивоу државне заједнице Србија и Црна Гора са седиштем на територији Републике Србије и спортска друштва са најмање 10 чланова, прелазе даном ступања на снагу закона у својину тих савеза, односно друштава; 3) Влада Републике Србије може у року од шест месеци од дана ступања на снагу закона утврдити да је одређени спортски објекат од посебног значаја за Републику, односно од посебног значаја за задовољавање општег интереса у области спорта и да право коришћења има одређена организација у области спорта.

2. Претходно наведен модел приватизације (раздвајање статуса непокретне од покретне имовине) не примењују се на постојећа спортска удружења са друштвеним капиталом која у року од три месеци од дана ступања на снагу закона донесу одлуку о приватизацији путем докапитализације или тендерске приватизације (субјект приватизације), која се спроводи по одредбама закона којим је уређена приватизација друштвеног капитала, ако законом о спорту није другачије одређено. У субјекту приватизације део капитала преноси се без накнаде: лицима која су запослена или која су раније била запослена у субјекту приватизације; спортистима и спортским стручњацима који су пре ступања на снагу закона најмање 2 године били чланови субјекта приватизације; члановима субјекта приватизације који су најмање 4 године били чланови неког од органа субјекта приватизације. Капитал за стицање акција без накнаде износи највише 40% капитала који се приватизује. Уколико је субјект приватизације члан спортског друштва, спортско друштво стиче акције без накнаде у износу од 15% од капитала који се приватизује, с тим да капитал који се бесплатно дели осталим лицима износи највише 30% капитала који се приватизује. У случају приватизације субјекта приватизације путем докапитализације, преостали друштвени капитал се приватизује методом аукцијске приватизације. У поступку приватизације целе спортске организације, повериоци могу своја

новчана потраживања према субјекту приватизације конвертовати у капитал, односно у трајни улог у спортској организацији. Субјект приватизације обавезан је да се у року од шест месеци од доношења одлуке о целокупној приватизацији организује као акционарско друштво, с тим да скупштина спортске организације одлуком о организовању субјекта приватизације као акционарског друштва бира и прве органе акционарског друштва. Средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације спортских организација користе се за финансирање развоја спорта у Републици и распоређују се на следећи начин: 50% средстава издвојило би се за финансирање изградње, опремања или реконструкције спортских објеката којима се доприноси развоју спорта Републике; 20% издвојиће се за финансирање спортске инфраструктуре локалне самоуправе према седишту субјекта приватизације; 30% средстава издвојиће се за намене одређене Законом о приватизацији. Уколико је седиште субјекта приватизације на територије аутономне покрајине, половина средства намењених спортским објектима од значаја за Републику, користи за финансирање изградње, опремања или реконструкције спортских објеката којима се доприноси развоју спорта на територији аутономне покрајине.

Током јавне расправе испољена су потпуно различита становишта о питању приватизације у облати спорта. У основи се могу констатовати три становишта:

1. Предложени модел приватизације је у основи прихватљиво компромисно решење које води рачуна како о интересима државе тако и о интересу спортских организација и савеза;

2. Нацртом закона се предвиђа одузимање непокретне имовине спортским организацијама које имају статус удружења, што представља очигледну повреду права на имовину као једног од основних људских и грађанских права, као и повреду права на удруживање. Друштвена својина не постоји као категорија у правној науци и не може се користити као основ за било какав законити поступак. Чак и тзв. право коришћења је имовинско право и ужива заштиту. Предложена решења Нацрта на непримерен начин настоје променити власничку, а самим тиме и управљачку функцију спортских организација и то путем императивног поступка органа који су ван делокруга спортских организација. Неприхватљиво је да се заговорници тржишне економије залажу за директно мешање државе у процес приватизације спортских организација. Предлог да 60% акција припадне држави приликом приватизације „био би крајње неозбиљан да се не ради о изузетно значајном сегменту друштва у који до сада држава није улагала готово ништа осим што је евентуално била један од оснивача спортских организација и друштава, а сада жели да господари великом вредношћу“. Средства од приватизације „не смеју ићи држави већ се она требају законским одредбама пренети на друге спортске организације односно чланове истих“. Предложеним решењима држава ће без икаквог улагања доћи до великог броја непокретности и на тај начин знатно увећати свој буџет и то економским ценама издавања непокретности.

3. Предложена решења дају легитимитет системској и институционалној отимачини државне имовине и циљају обезбеђењу законске претпоставке за приватизацију најпрофитабилнијих делова спорта (фудбал, кошарка, ватерполо, атлетика и сл.). Нацрт фаворизује одређену групу људи и омогућава им (кроз приватизацију) да се обогате преко ноћи тако што им се признаје 40% акција, а остатак би припао тзв. спортском фонду који никада не би добио средства „док се привреда и обични грађани боре за голу егзистенцију".

Фудбалски савез Србије и заинтересоване фудбалске организације (ФК Партизан и ФК Црвена Звезда) истицали су током јавне расправе становиште да би код приватизација целе спортске организације модел требало модификовати тако што би се утврдило да се: „Средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације уплаћују се на посебан рачун спортске организације која се приватизује уколико су испуњени следећи услови: ако је важећом урбанистичком документацијом (регулационим планом) предвиђена адаптација, реконструкција или доградња непокретности на којима субјект приватизације има право коришћења или ако је та адаптација, реконструкција или доградња неопходна ради испуњења стандарда и услова утврђених међународним спортским правилима за организацију међународних спортских приредби; ако је субјект приватизације донео инвестициони програм адаптације, реконструкције или доградње." Само уколико су средства остварена од продаје капитала већа од средстава предвиђених инвестиционим програмом, разлика се уплаћује на рачун Агенције за приватизацију и користи за намене утврђене законом.

Поред наведених предлога, заинтересоване кошаркашке организације су предлагале да се уведу одређена ограничења у погледу претварања потраживања у акције. У том погледу су била основна два предлога: 1) уколико повериоци не одлуче да претворе своја потраживања у акције, наплату својих потраживања моћи ће да изврше тек после истека рока од 24 месеца од дана уписа привредног друштва у регистар, с тим да се у том периоду не обрачунава и наплаћује камата на потраживање; 2) уколико су повериоци Република Србија, јединице локалне самоуправе и јавна предузећа, они су обавезни да своја потраживања претворе у акције, а ако у року од 60 дана од пријема обавештења о приватизацији не одговоре потврдно на позив да претворе потраживања у акције, или не одговоре уопште, сматраће се да су отписали своје потраживање.

Сумирајући резултате јавне расправе и након консултација са Агенцијом за приватизацију Републике Србије и имајући у виду, с једне стране, општи режим приватизације друштвеног капитала и интересе државе у том процесу, и, с друге стране, потребу спорта да приватизација не угрози развој спортских грана и репрезентовање нашег спорта на међународном плану, Министарство просвете и спорта – Управа за спорт републике Србије је почетком јула месеца 2005. године утврдило текст Нацрта закона о спорту и доставило га надлежним министарствима на мишљење. Нацртом је утврђен двоструки режим приватизације, у зависности од интереса спортских организација да остану у

статусу удружења грађана или потребе да се трансформишу у привредна друштва. Цео процес приватизације је постављен на следећим основама:

1) Непокретности у друштвеној својини на којима право располагања, односно коришћења имају спортске организације, спортска друштва, савези и друге организације у области спорта са статусом удружења, савеза или друштвене организације, са седиштем на територији Републике, прелазе даном ступања на снагу закона у државну својину, односно својину Републике Србије, на којој право коришћења има јединица локалне самоуправе на чијем се подручју налазе њихова седишта. У односу на такво решење постоје три изузетка: 1) непокретности постају својина организације у области спорта које је имала на њима право коришћења уколико скупштина јединице локалне самоуправе у року од шест месеци од дана ступања на снагу овог закона утврди да су се непокретности у претходних 12 година претежно користиле за активности тих организација; 2) непокретности у друштвеној својини на којима организације у области спорта имају право коришћења, а које су биле у својини тих организације пре него што су на основу закона пререгистроване из статуса удружења грађана у друштвене организације, постаје даном ступања на снагу овог закона њихова својина; 3) непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају национални спортски савези, савези у области спорта организовани на нивоу државне заједнице Србија и Црна Гора са седиштем на територији Републике Србије и спортска друштва са најмање 10 чланова, прелазе даном ступања на снагу овог закона у својину тих савеза, односно друштава. У сваком случају, било која од претходно наведених варијанти да је присутна, покретна имовина у друштвеној својини којом на дан ступања на снагу закона располажу организације у области спорта постаје даном ступања на снагу закона њихова својина. Јединица локалне самоуправе дужна је да, давањем у закуп, омогући организацији у области спорта да настави да користи непокретности на којима је претходно имала право располагања, односно коришћења, ако искаже интерес за узимање непокретности у закуп. Услови давања у закуп, посебно у погледу рока закупа и висине закупнине, не могу бити неповољнији од услова под којима јединица локалне самоуправе непокретности сличног квалитета и површине даје у закуп другим организацијама са истим или сличним циљевима.

2) Претходно наведено решење не примењују се на постојећа спортска удружења са друштвеним капиталом која у року од три месеци од дана ступања на снагу закона донесу одлуку о приватизацији (субјект приватизације), која се спроводи по одредбама закона којим је уређена приватизација друштвеног капитала, ако овим законом није другачије одређено. У субјекту приватизације део капитала преноси се без накнаде: лицима која су запослена или која су раније била запослена у субјекту приватизације; спортистима и спортским стручњацима који су пре ступања на снагу овог закона најмање 2 године били чланови субјекта приватизације; члановима субјекта приватизације који су најмање 4 године били чланови неког од органа субјекта приватизације. Капитал

за стицање акција без накнаде износи највише 40% капитала који се приватизује. Уколико је субјект приватизације члан спортског друштва, спортско друштво стиче акције без накнаде у износу од 10% од капитала који се приватизује, с тим да капитал који се бесплатно дели осталим лицима зависи од тога да ли се врши тендерска или аукцијска продаја. Капитал за стицање акција без накнаде у субјекту приватизације применом метода јавног тендера износи 30 % капитала који се приватизује (20% запослени и 10% спортско друштво). Акције у висини од 10% капитала који се приватизује, преостале после продаје путем јавног тендера и преноса запосленима, односно спортском друштву, без накнаде, евидентирају се у Приватизационом регистру (биће касније дељене свим грађанима Републике, у складу са Законом о приватизацији). Купац капитала субјекта приватизације не може бити: 1) лице које има акције или уделе у некој од спортских организација у истој грани спорта; 2) лице чији послови, односно активности могу непосредно да утичу на такмичење у одговарајућој грани спорта; 3) власници спортских кладионица

3) Средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације спортских организација користе се за финансирање развоја спорта у Републици и распоређују се на следећи начин: 70% средстава издвојиће се за финансирање изградње, опремања или реконструкције спортских објеката којима се доприноси развоју спорта Републике; 30% издвојиће се за финансирање спортске инфраструктуре локалне самоуправе према седишту субјекта приватизације. Уколико је седиште субјекта приватизације на територије аутономне покрајине, половина средства намењених спортским објектима од значаја за Републику, користи за финансирање изградње, опремања или реконструкције спортских објеката којима се доприноси развоју спорта на територији аутономне покрајине. Од овог приступа се одступа и средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације користе се за финансирање изградње, опремања и реконструкције спортских објеката субјекта приватизације уколико су испуњени следећи услови: ако је важећом урбанистичком документацијом (регулационим планом) предвиђена адаптација, реконструкција или доградња спортских објеката на којима субјект приватизације има право коришћења или ако је та адаптација, реконструкција или доградња неопходна ради испуњења стандарда и услова утврђених међународним спортским правилима за организацију међународних спортских приредби; ако је субјект приватизације донео инвестициони програм адаптације, реконструкције или доградње; ако спортски објекат има статус капиталног спортског објекта.[23] Уколико су средства остварена од продаје капитала већа од

[23] С обзиром да је реч о буџетским средствима, поставило би се питање правног статуса тих улагања, с обзиром на одредбе Закона о средствима у својини Републике Србије. Нацртом закона о спорту је предвиђено и да се о сваком коришћењу средстава буџета за програме у области спорта закључује уговор између Министарства просвете и спорта и корисника средстава.

средстава предвиђених инвестиционим програмом, разлика се користи за опште намене.

Оваквим решењима се у знатној мери одступа од општег модела приватизације друштвеног капитала у Републици, у циљу омогућавања спортским организацијама које теже постизању врхунских спортских резултата и редовном учешћу у међународним спортским такмичењима да кроз процес приватизације релативно брзо испуне прописане услове за учешће и организовање међународних спортских такмичења, везане за спортске објекте. Основни аргументи за овакво решење су следећи: 1) највећи број спортских објеката у Србији је већ у државној својини[24]; 2) финансијско стање наших спортских организација је углавном јако лоше и у Србији постоји само неколико клубова који су тржишно интересантни за приватизацију, пре свега ФК Црвена Звезда и ФК Партизан[25]; 3) фудбалски клубови који до 2007. године не доведу своје стадионе на ниво прописан правила УЕФА неће моћи да учествују у Евро куповима, а достизање тог нивоа захтева веома велика улагања; 4) Србија је до 2010 године добила читав низ великих међународних спортских приредби (највећа је Универзијада), за које је потребно изградити или реконструисати велики број спортских објеката; 5) издвајања из буџета Републике и јединица локалне самоуправе у последњих неколико година показују да у буџетима нема редовних средстава за изградњу и реконструкцију потребних спортских објеката, а и јавна расправа је показала да ни у наредним годинама стање неће бити боље.

Министарство привреде је својим мишљењем од 28. јула 2005. године, начелно је подржало приступ да се законом о спорту уреди приватизација друштвеног капитала у спортским организацијама. Оно што је, међутим, спорно за Министарство привреде је начин расподеле средстава која би се добила од продаје друштвеног капитала спортских организација које би се определиле да се приватизују као целина (претворе у привредно друштво). Кључни део става Министарства привреде је следећи: "Указујемо да је потребно усагласити одредбе чл. 198. до 200. Нацрта закона, којима је прописан начин распоређивања средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације, а која се сходно члану 198. Нацрта закона, користе за финансирање развоја спорта у

[24] Припадају спортским центрима којима су оснивачи јединице локалне самоуправе (јавна предузећа или јавне установе).

[25] Иако се у медијима појављивала цифра од једне милијарде евра која се може добити приватизацијом друштвеног капитала у области спорта, реално је реч о много мањим средствима. Кошаркашки, одбојкашки и рукометни клубови, по правилу, нису "власници" (корисници) спортских хала, а чак и највећи имају значајне дугове. И значајан број фудбалских клубова игра на стадионима који нису њихови. Од прволигаша који су носиоци права располагања, односно коришћења на спортским објектима најзначајнији су ФК Партизан и ФК Црвена звезда, с тим да ФК Партизан није носилац права коришћења на "Стадиону ЈНА" него Спортско друштво "Партизан". Према неким незваничним и грубим проценама ФК Партизан вреди (без стадиона ЈНА) око 50 милиона евра а ФК Црвена Звезда око 100 милиона евра.

Републици Србији, са одредбама чл. 60. и 61. Закона о приватизацији (Сл. Гласник РС, бр. 38/01, 18/03, 45/05)[26] којима се на императиван начин уређује питање намене средстава остварених у поступку приватизације." Оваквим ставом Министарство привреде је остало доследно опредељењу да се у свим областима друштва и привреде примењује исти модел приватизације, независно од специфичности појединих области. У суштини, реч је о страху да би прављење изузетка у једној области неминовно довело до захтева за прављењем изузетака и у другим областима, чиме би могао бити стављен под знак питања и цео концепт приватизације, који је и до сада има читав низ противника и критичара.

Мишљење Министарства финансија од 4. октобра 2005. године се унеколико разликује од мишљења Министарства привреде. Према становишту Министарства финансија, највише 30% капитала који се приватизује (када се спортска организација приватизује као целина) може се стицати без накнаде, с тим да уколико је спортска организација члан спортског друштва, онда спортско друштво стиче акције без накнаде у износу од 15% од капитала који се приватизује. Што се тиче остатка средстава (70%) остварених од продаје капитала у поступку приватизације спортских организација, Министарство финансија сматра следеће: "Чланом 193. став 3. Нацрта закона[27] предвиђено је да се средства од продаје друштвеног капитала у поступку приватизације уплаћују на посебан рачун спортске организације која се приватизује, уколико су испуњени одређени услови (постојање урбанистичке документације за адаптацију спортских објеката, ако је субјект приватизације донео програм

[26] Према члану 61. Закона о приватизацији, средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације распоређују се на следећи начин: 1) 10% средстава уплаћује се Републичком фонду надлежном за пензијско и инвалидско осигурање; 2) 50% средстава издваја се за финансирање реструктуирања и развоја привреде на територији Републике Србије, а ако се седиште субјекта приватизације налази на територији Аутономне покрајине Војводине, 50% средстава издваја се за финансирање реструктуирања и развоја привреде на територији АПВ; 3) 5% средстава издваја се за исплаћивање накнаде лицима чија је имовина национализована; 4) 5% средстава издваја се за финансирање развоја инфраструктуре локалне самоуправе према седишту субјекта приватизације (укупно, дакле, 70%) Влада Републике Србије утврђује висину средстава за враћање дугова чији је обвезник или гарант Република Србија и одређује друге намене за које се могу користити средства остварена од продаје капитала, укључујући и висину средстава за финансирање тих намена (преосталих 30%). Са становишта Закона о приватизацији Влада би, дакле, мога одлучити да се део нераспоређених средстава остварених од продаје капитала спортских организација користи искључиво за развој спорта (чл. 60. тачка 6).

[27] Средства остварена од продаје капитала у поступку приватизације спортских организација из члана 191. став 1. овог закона користе се за финансирање развоја спорта у Републици и распоређују се на следећи начин: 1) 50% средстава издвојиће се за финансирање изградње, опремања или реконструкције спортских објеката којима се доприноси развоју спорта Републике; 2) 20% издвојиће се за финансирање спортске инфраструктуре локалне самоуправе према седишту субјекта приватизације; 3) 30% средстава издвојиће се за намене одређене Законом о приватизацији. (чл. 193. ст. 1. Нацрта на који упућује мишљење Министарства финансија).

адаптације, реконструкције или доградње, односно ако спортски објекти имају статус капиталних спортских објеката) али није опредељен износ средстава која се уплаћују на тај рачун. Мишљења смо да је потребно да се у члану 193. став 3. определи износ од највише 15% средстава остварених од продаје друштвеног капитала спортске организације који би се уплаћивао на посебан рачун спортске организације у поменутим случајевима, док би преостали део средстава у висини од најмање 85% био уплаћен у буџет Републике, у складу са ставом 1. истог члана".

Оваква „размимоилажења“ у гледиштима појединих министарстава, већ су једном, приликом утврђивања Предлога закона о изменама и допунама закона о спорту из 2003. године, довела до тога да је из текста Предлога у последњем тренутку изостављен одељак о приватизацији друштвеног капитала. Да ли ће се то поновити, неизвесно је, али је сигурно да ће концепт приватизације битно одредити развој спорта у Србији у годинама које долазе, као и да ће одлагање решавања правног статуса имовине којом располажу спортске организације продубити проблеме српског спорта, који су и онако веома велики. Са тог становишта треба имати у виду и данашње стање хрватског спорта, које је битно одређено и концептом приватизације дефинисаном изменама Закона о спорту из 1995. године. Због тога бисмо на крају и навели два цитата из "Предлога стратегије развоја хрватског спорта " (до 2010) који је на основу одлуке хрватског председника Месића из 2000. године припремила посебно именована стручна радна група:

"У вријеме стварања неовисне хрватске државе 1990./91. године, хрватски се спорт одвајао од југославенског и устројавао по узору на развијене западне земље. Нестало је самоуправно интересно организирање и престало финанцирање кроз СИЗ-ове, али није направљен концепт и није донесена законска регулатива према којој би се спорт финанцирао, прије свега, из властитих извора и као такав био неовисан. Наш спорт није имао претпоставке да би могао очекивати донације и спонзорства, односно приходе од господарске промиџбе, док су чланарине биле недовољне за знатније учинке. Највише спортско тијело, Хрватски олимпијски одбор, устројено је пак по талијанском узору (КОНИ), јер се рачунало на властите, сталне изворе финанцирања, барем редовите приходе од игара на срећу. То је међутим изостало јер су рат и претворба су уништили и осиромашили господарство па је врло брзо постало јасно да се још дуго спорт неће моћи финанцирати из властитих извора, заснованих на чланаринама, донацијама и маркетингу. Држави је требало све више новца, па јој ни на крај памети није било да, препуштањем неког од могућих фискалних прихода спорту, умањи своје прорачунске изворе. Све више је превладавао принцип "све у прорачун, па онда ћемо дати према потребама и могућностима". Тај принцип огледао се у промјенама Закона о спорту 1995. године, којим су и сви спортски објекти, као материјална основа спорта, и формално прешли у власништво градова, жупанија и државе, а нарочито у важећем Закону о спорту из 1997., када су порезне олакшице

и потицаји за улагање у спорт сведени на минимум, при томе ни оно што је Законом предвиђено, углавном није до краја регулирано па није постало ни примјењиво. У осиромашеном друштву и уз скромно тржиште, непримјерено је очекивати значајнији приход од чланарина, улазница или донација и спонзорства произвођача спортске опреме, пића или хране. Уз то, улагање у спорт није одговарајуће стимулирано, а посебних порезних олакшица за спортске организације практички нема. Прорачуни, локални и државни, све су тањи и оптерећенији социјалним издацима па за јавне потребе у спорту остаје све мање новца. На државној се разини, за национални спортски програм, годинама издвајају једнака, недостатна средства. На локалним разинама, успркос прецизно утврђених јавних потреба у спорту, издвајања за спорт су необавезна јер законом није утврђена и њихова разина. Проблем је и што се локални прорачуни неријетко троше по налозима политичке власти, а ријетко по прецизно усвојеном програму и путем заједница спортских удруга и савеза, како је то Законом предвиђено. За спорт, новца на тржишту нема, а до прорачунских средстава за такве програме тешко се долази. Повластице и олакшице су минималне, а чак ни оне предвиђене Законом нису прописане и примјењиве."[28]

"Везано за господарење односно управљање спортским објектима, те њихово одржавање и кориштење, треба рећи да се до краја 1995. године чекало на законске предувјете за утврђивање титулара власништва спортских објеката, до тада у друштвеном власништву. Законом о спорту из 1995. године спортски објекти су прешли у власништво жупанија и градова, а новим Законом о спорту из листопада 1997. године све ингеренције у управљању и одржавању објеката дате су јединицама локалне самоуправе. Спортске удруге, које су као корисници објеката у увјетима друштвеног власништва биле заправо власници објеката, данас су подстанари на властитим објектима. Резултат је потпуна овисност спортских корисника о вољи локалних власти када је ријеч о рјешењима у управљању спортским објектима, а особито када се ради о текућем и инвестицијском одржавању. Јасно је да су највећи спортски објекти јавни интерес и да се не могу препустити једном клубу, али већина је објеката клупског карактера (ногометна игралишта, дворане), па их треба препустити клубовима - корисницима. Квалитета одржавања у постојећој ситуацији слабог господарства и недостатног прорачуна не би била боља ни кад би се власништво и управљање друкчије ријешило, али би развој клубова био олакшан уколико би они били власници објеката."[29]

[28]Prijedlog strategije razvoja hrvatskog sporta, Zagreb, listopad 2000, str. 15, www.predsjednik.hr/Download/2003/09/13/strategija_r_h_**sporta**.doc
[29] Ibid., стр. 23.

*Nenad Djurdjevic, a full-time professor*

## PRIVATIZATION OF SOCIAL CAPITAL IN THE CITIZENS' ASSOCIATIONS AND SOCIAL ORGANIZATIONS

According to statistical data there were 15512 social organizations and 13112 citizens' associations in Serbia in 2003. The majority of these organizations has or uses social capital. However, our legal system lacks regulations specifying the conditions under which social organizations and citizens' associations could transform (privatize) this capital into other forms of ownership. Therefore, passing of a law that will define the model of privatization of social capital, now used by social organizations and citizens' associations, would be of a great significance for their future status and development The draft version of the Republic of Serbia Law on associations prepared by the Ministry of State Administration and Local Government, introduces a model of privatization by which the entire real property which is now social property and which is used by social organizations and other associations registered in the Republic of Serbia will become the state property with the date of passing this Law. The right to use the property which will become state property will be granted to local administration units, where the headquarters of the former users of this property were located. These local units will be in charge of leasing this property back to the association allowing them to continue to use it, if they are still intrested. Movable property in social ownership used by social organizations will become their property with the date of passing this Law. All the social organizations will have to register again changing their status to citizens' associations. This model of privatization was generally acceted in the public discussion which followed its appearance.

The same model of privatization was proposed in the draft verson of the Republic of Serbia Law on sport prepared by the Ministry of Education and Sport. The only exception will be applied to those sport organizations which decide to change their status form a citizens' association into a business orhganization. The entire social capital will be privatized in such organizations according to the general law on privatization of social capital. This draft verson was also generally approved in public discussion. All larger sport associations and clubs suggested that the money obtained by this privatization should be reinvested into further development of sports and sport infrastructure.

***Одељак VII***

# СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ

*Срђан Владетић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 34(37)(091)*

# ПОЈАМ И ПОРЕКЛО ФИДУЦИЈЕ

## 1. Појам фидуције

У правном промету поверење према оном с ким закључујемо правни посао је врло важан елемент. Тако на пример, оставодавац очекује да ће му оставопримац вратити ствар на његов захтев или истеком рока за који су се споразумели, продавац очекује да му купац исплати куповну цену, купац очекује да му продавац пренесе ствар без правних и физичких недостатака, послугодавац очекује да му послугопримац после употребе врати ствар итд. Међутим, само један правни посао је добио назив фидуција. Име је добила по латинској речи *fides*. Ова реч представља морално начело која се састоји у осећању везаности за сопствене речи и изјаве[1]. Дакле појам fides би представљао поверење које се огледа у поштовању задате речи. Римљани су држање задате речи сматрали својом исконском врлином. Колики су значај придавали томе, види се и из њихових религиозних представа. Од давних времена они негују култ богиње *Fides*. Она је била заштитница верности и правде. Штитила је све врсте уговора у трговини, приватном животу и државним пословима. Сматрало се да је ова богиња много старија и од Јупитера, владара свих богова [2].

У старије време промет је био врло мали јер је преовладавала натурална привреда. Држава је још била нејака. Њена функција се састојала у држању у покорности поданика, у вођењу одбрамбених ратова или освајачких похода и обезбеђењу власти патерфамилијаса према њему потчињеним лицима[3]. У таквим условима и број правних норми је био мали. Област још неразвијеног приватног права регулисана је моралним нормама међу којима је *fides* играла значајну улогу[4]. Тако је било и са фидуцијом. Темељ фидуције је представљало поверење (fides) у странку са којом се закључује овај посао. Код фидуције једно лице (фидуцијант) преноси ствар у својину другом лицу (фидуцијару) путем

[1] Horvat, M., Bona Fides u razvoju rimskog obveznog prava, Zagreb, 1939, стр. 22.
[2] Osvalt, S., Грчка и римска митологија, (у преводу Албина Вилхара), Београд, 1980. стр. 348.
[3] Стојчевић, Д., Римско приватно право, Београд, 1979, стр. 17.
[4] Horvat, M., нав. дело, стр. 27.

mancipatio или in iure cessio. Непосредно пре преноса, странке се споразумевају (pactum fiduciae) да ће фидуцијар после извесног времена или по испуњењу услова пренети ствар назад, у својину фидуцијанту или да ће са њом урадити нешто друго, сходно споразуму (ослободити роба, пренети ствар трећем лицу итд.). Ако пренос треба да се обави путем манципације, pactum fiduciae се закључује у присуству сведока, а ако се пренос врши путем in iure cessio, онда се pactum fiduciae закључује пред претором. По закључењу споразума приступа се преносу. Због недостатка публицитета није се могла користити traditio[5]. За фидуцију је неопходно да условљени пренос својине буде познат већем броју људи. Због присуства већег броја људи фидуцијар ће се тешко одлучити да не поступи у складу са фидуцијарним споразумом (pactum fiduciae)[6]. Споразум није уживао заштиту у виду тужбе све до увођења формуларног поступка, када је уведена actio fiduciae[7] којом је фидуција постала самостални контракт. До тада, једино средство заштите фидуцијанта од несавесног фидуцијара била је usureceptio fiduciae, као специјална врста узукапије. Уколико фидуцијар не поступи у складу са споразумом и не врати ствар, фидуцијанту је омогућено, ако на било који начин дође до државине ствари, да је стекне без iusta causa и bona fides протеком узукапионог рока од једне године, без обзира да ли се ради о покретној или непокретној ствари[8]. Поред тога, вероватно је фидуцијар у раније време био изложен религиозној и друштвеној осуди због изигравања поверења тј. непоштовања pactum fiduciae[9]. Да је у то време постојала тужба овај посао не би почивао на поверењу и не би био назван фидуција. Дакле за испуњење споразума било је неопходно поверење међу странкама тј. фидуцијант је морао да рачуна на фидуцијареву савесност и поштење (fides). Тако фидуцијант

[5] Kaser, M., Das römische Privatrecht, I: Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, München, 1971, стр. 460.; Oertman, P., Die Fiducia im römischen Privatrecht, Berlin, 1890, стр 13.; Manigk, A., Fiducia, Pauly-Wissowa Realencyklopadia der classischen Altertumswissenschaft. VI, 2, стр. 2309.; Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1911, стр. 523.; Erbe, W., Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar, 1940, стр. 12.; Monier, R., Manuel élémentaire de droit romain II, Paris, 1940, стр. 146.

[6] Kaser, M., нав. дело, стр. 47.

[7] Girard, P. F., нав. дело, стр. 524.; Jolowicz, H. F., Historical introduction to the study of roman law, Cambridge, 1954, стр. 318.) и Noordraven, B., Die fiduzia im römischen Recht, Amsterdam, 1999, стр. 8.) сматрају да је actio fiduciae настала после увођења формуларног поступка али пре периода у коме је живео правник Q. Mucius Scaevola (140–82 год. п.н.е.) пошто овај правник којег цитира Цицерон (De Off. 3. 17. 70) помиње actio fiduciae. Према Kaser, M., Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, Köln – Graz, 1956, стр. 293 і RPR I, стр. 461) actio fiduciae се почела примењивати када је fides на којој се заснива pactum fiduciae постала темељ обавезе. То се десило у трећем веку пре нове ере. Овако и Wubbe, F. B.J., Usureceptio und relatives Eigentum, TR 28, 1960, стр. 37 и Watson, A., The origins of fiducia, SZ 79, 1962, стр. 329. Oertman, P., нав. дело, стр. 221, Manigk, A., нав. дело, стр. 2309 и Monier, E., нав. дело, стр. 146 сматрају да је фидуција уживала правну заштиту и у време постојања легисакционог поступка. То би значило да је морала постојати легисакција коју је фидуцијант могао користити против несавесног фидуцијара.

[8] Gai. Inst., II, 59.

[9] Kaser, M., RPR I, стр. 47.

рачуна, да ће му фидуцијар ствар дату на чување вратити по његовом повратку са пута или из рата (fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent[10]) или после плаћеног дуга (fiducia cum creditore[11]). Код fiducia manumissionis causa, фидуцијант очекује од фидуцијара да ослободи роба којег му је претходно пренео путем mancipatio или in iure cessio[12]. У случају фидуције која је служила остваривању donatio mortis causa, уколико фидуцијант не умре, он очекује да му фидуцијар врати ствар[13]. Код примене фидуције у наследном праву од фидуцијара (familiae emptor) се очекује да пренесе ствар на једно или више лица које је одредио фидуцијант[14]. У случају примене фидуције у породичном праву (emancipatio, adoptio i coemptio) фидуцијар има обавезу да манципира или ослободи[15]. Код фидуције ради даљег давања трећем лицу фидуцијант очекује од фидуцијара да ствар пренесе неком трећем[16]. На крају, код noxae deditio фидуцијант рачуна да ће фидуцијар вратити привремено уступљеног сина или роба[17].

Према томе, фидуција је посао код кога једна страна (фидуцијант) без накнаде преноси право својине на једној или више ствари другој страни (фидуцијару), која има обавезу да се брине о ствари и да је у договореном року или по испуњењу услова, пренесе назад у својину фидуцијанта или да са њом уради нешто друго, сходно фидуцијарном споразуму[18].

## 2. Порекло фидуције

### 2.1. Настанак фидуције

Као што се може видети из досадшњег излагања, само порекло речи «fiducia» указује на древност овог института. Вероватно је она постојала и пре доношења закона XII таблица.[19] На то пре свега упућује велика старост mancipatio familiae.

[10] Gai. Inst., II, 60.
[11] Gai. Inst., II, 60; Isidor, Origines 5, 25,23; P.S. 2, 13.
[12] Fra.Vat., 334a i D. 17, 1, 30.
[13] D. 39, 6, 42.
[14] Gai. Inst. II, 102.
[15] Gai. Inst., I, 114, 132 i 134.
[16] D. 24, 1, 49.
[17] Coll. 2, 3, 1, i P.S. 5, 1, 1.
[18] Види Noordraven, B., нав. дело, стр. 1.
[19] Kaser, M., RPR I, стр. 107.

Gai. Inst. II, 101:

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinstus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.

Гај у овом тексту говори о постојању две врсте тестамента – testamentum calatis comitis (тестамент „пред сазваном скупштином“) и testamentum in procinctu (тестамент пред војничким одредом). Тестамент calatis comitis могао се правити само два пута годишње – једном у марту и једном у мају. Уколико патерфамилијас изненада оболи или се нађе у животној опасности, он није могао користити ову форму тестамента. Овом формом нису се могли служити плебејци и жене јер нису имали право да присуствују братственичким скупштинама. Са друге стране тестамент in procinctu могли су користити само војници. Да би се превазишли недостаци ове две врсте тестамента, вероватно већ пре доношења закона XII таблица установљена је mancipatio familiae о којој говори Гај у својим Институцијама.

Gai. Inst. II, 102

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico famili-am suam id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testa-mentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipatio-nem peragitur.

Код ове форме патерфамилијас коме је запретила изненадна смрт преноси целокупну имовину неком свом пријатељу (familiae emptor) уз услов да овај не задржи имовину за себе, већ да је после смрти патерфамилијаса пренесе на једно или више лица које је патерфамилијас одредио. Корисници овог тестамента су били остављачеви „sui“ јер они у то време нису могли бити наследници. То је био легатски тестамент јер његови корисници нису добијали од familiae emptor-a целокупну заоставштину него само њене поједине предмете[20]. Овај правни посао

[20] Kaser, M., RPR I, стр. 108. Упореди Стојчевић, Д., Uti legassit од закона XII таблица, Анали Правног факултета, Београд, 1959, стр. 334–345 i Exeredatio sui у првобитном римском праву, Анали Правног факултета у Београду, 1, 1953, стр. 41–55; Bajić, M., Počeci naslednog prava u Rimu,

показује велику сличност са фидуцијом јер се и овде преноси својина на ствари уз услов да се ствар не задржи већ да се са њом нешто уради[21]. Mancipatio familiae показује сличност и са donatio mortis causa за који је првобитно употребљавана фидуција. Основ „si subita morte urguebatur“ према коме патерфамилијасу мора да прети изненадна смрт је исти као и код donatio mortis causa. [22]

Пошто је описао mancipatio familiae Гај даље објашњава настанак testamentum per aes et libram.

Gai. Inst. II, 103

Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiem legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

Првобитне форме тестамента calatis comitis и testamentum in procinctu изашле су из употребе. Остао је само testamentum per aes et libram који се сада обавља на други начин. Код претходно поменутог mancipatio familiae видели смо да је патерфамилијас преносио целокупну имовину на familiae emptor-a. При томе је familiae emptor ступао на место наследника па му је оставилац налагао коме ће шта дати после његове смрти. Гај каже да то више није случај и да се сада за наследника поставља једно лице које има и обавезу да распореди легате а друго лице се одређује за familiae emptor-a из поштовања према традицији. Ова форма тестамента нема више додира са фидуцијом јер патерфамилијас не преноси имовину familiae emptor-у рачунајући на његову fides да ће распоредити имовину како је он желео. На тај начин је настао testamentum per aes et libram који није више имао везе са фидуцијом. Овај процес се одиграо пре доношења закона XII таблица. Из тог разлога, одредба закона XII таблица (V, 3) „Uti legasit super pecunia tutelave sua rei, ita ius esto“ се односи на легате који су таквим тестаментом одређени.[23] Извршење тестамента већ тада није зависило од савесности familiae emptor-a него је било обавезно на основу ове одредбе закона

Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, IV, 1956, стр. 349–380; Milić, I., Oko postanka oporuke, u „Radu“ Jugoslovenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, knjiga 283, стр. 5–49.

[21] Станојевић, О., Римско право, Београд, 2002, стр. 240.

[22] Noordraven, B., нав. дело, стр. 111.

[23] Kaser, RPR I, стр. 108. Noordraven, B., нав. дело, стр. 111.

XII таблица. Дакле, mancipatio familiae који је био у употреби пре закона XII таблица представља једну форму фидуције која се користила како би се избегле непогодности које су пратиле testamentum calatis comitis и testamentum in procinctu. Патерфамилијас је у форми фидуције преносио целокупну имовину неком свом пријатељу (familiae emptor), који је имао обавезу да ту имовину пренесе на једно или више лица која је патерфамилијас одредио. То значи да је фидуција старија од testamentum per aes et libram, који је, како и сам Гај каже, настао касније.

На велику старост фидуције указује и време настанка usureceptio fiduciae. Према одредби закона XII таблица (VI, 3) рок одржаја за земљишта износио је две године а за све остале ствари једну годину. Међутим, за usureceptio fiduciae[24] и usucapio pro herede[25], као специјалне врсте узукапије, предвиђен је јединствени рок одржаја од годину дана без обзира о каквој ствари се ради. Ово одступање од рокова предвиђених у закону XII таблица Гај објашњава само за usucapio pro herede[26]. Он ово разликовање у роковима објашњава тиме што је у старо време наследство посматрано као јединство и које је као такво у целокупности било предмет наслеђивања. Пошто наследство није посматрано као непокретна ствар (у то време наследство се третирало као бестелесна ствар) оно је припадало осталим стварима (ceterae res). Када је касније прихваћено да се на наследство у целокупности не може применити рок за застарелост, већ само на његове појединачне делове, ипак се задржао једногодишњи рок одржаја за непокретне ствари. Иако Гај не објашњава зашто се и у случају usureceptio fiduciae одступило од рокова који су предвиђени у закону XII таблица, може се прихватити да је usureceptio fiduciae доживела исту судбину јер Гај обрађује usucapio pro herede и usureceptio fiduciae у оквиру излагања о usucapio[27]. По аналогији би онда имовина која је пренесена у фидуцију сматрана као јединство и на њу би се примењивали рокови застарелости као и за ceterae res[28]. Када су се у фидуцију почеле давати и појединачне ствари, задржао се и даље једногодишњи рок застарелости. Из тог разлога usureceptio fiduciae и usucapio pro herede датирају из времена пре доношења закона XII таблица. Да су usureceptio fiduciae и usucapio pro herede настале после доношења закона XII таблица, вероватно би се прихватило диференцирање рокова или би рокови били јединствено уређени, о чему би свакако имали информације у изворима[29]. Пошто

[24] Gai. Inst. II, 59.
[25] Gai. Inst. II, 52.
[26] Gai. Inst. II, 54.
[27] Први је ово констатовао Huschke, E., Ueber die usureceptio fiduciae, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 14, 1848, стр.253 кога следе Jacquelin, R., нав. дело, стр. 127; Franciosi, G., Usureceptio, Novissime Digesto Italiano 20, Torino, 1975, стр. 388. и Noordraven, B., нав. дело, стр. 189.
[28] Huschke, E., нав. дело, стр. 262 и Dermburg, H., Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I, Leipzig, 1860, стр. 25.
[29] Mayer – Maly, Th., Studien zur Frügeschichte der usucapio I, SZ 77, 1960, стр. 37.

је usureceptio fiduciae настала пре доношења закона XII таблица, утолико је датум настанка фидуције још ранији.

## 2.2. Првобитна форма фидуције

Сада се отвара питање, који су мотиви настанка фидуције? Ова установа се први пут појавила у форми fiducia cum amico contracta[30]. Она се користила уколико патерфамилијас одлази на дужи пут или приликом његовог одазива војном позиву. У случају дужег одсуства патерфамилијаса његова имовина може остати запуштена а животи укућана угрожени. Зато он целокупну имовину као и власт над укућанима преноси на неког пријатеља у којег има поверење[31]. Пријатељ (фидуцијар) се обавезивао да ће чувати имовину, старати се о њој и да ће је вратити по фидуцијантовом доласку. У овом првобитном случају фидуције, фидуцијар је заузимао положај патерфамилијаса до доласка фидуцијанта. Касније, када су се у фидуцију давале само појединачне ствари фидуцијар није заузимао положај патерфамилијаса већ је имао обавезу да ствари чува и брине се о њима - fiducia cum amico quo tutius nostre res apud eum essent[32]. Тада се фидуција почиње користити и у друге сврхе[33].

[30] Karlowa, O., Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig, 1901, стр. 567; Manigk, A., нав. дело, стр. 2301; Grosso, G., Sulla fiducia a scopo di "manumissio", RISG (N. S.) 4, 1929, стр. 260 (фус.1) и 266. Упореди Arangio – Ruiz, V., Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1921, стр. 191.

[31] Huschke, E., нав. дело, стр. 262.

[32] Noordraven, B., нав. дело, стр. 3.

[33] У стварном праву коришћена је за установљење залоге (fiducia cum creditore). У породичном праву фидуција се користила код emancipatio, adoptio i coemptio. У наследном праву као mancipatio familiae. Фидуција је коришћена и за реализацију donatio mortis causa и поклона преко посредника. Такође се примењивала и код noxae deditio и manumissio (fiducia manumissionis causa).

*Srdjan Vladetic, an assistant beginner*

## CONCEPT AND ORIGIN OF TRUST

Trust is a method of business conduct in which a party (beneficiary) transfers the right of ownership over one or more objects without compensation to another party (trustee), which is in turn obliged to take care of the object(s) and to reinstate the ownership of the beneficiary or to perform some other action, as negotiaited in fiduciary agreement. The very origin of the word trust (Lat. fiducia) indicates longevity of the institution. *Mancipatio familiae* and *usureceptio fiduciae* testify the existance of trust even before the passing of the Twelve tables of Law. Its original form is represented in *fiducia cum amico contracta*, which led to development of some other forms.

*Одељак VIII*

# СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

*Др Слободан Сворцан,*
*редовни професор*

***UDK**: 347.65/.66*

# СТИЦАЊЕ ПРЕДМЕТА ДОМАЋИНСТВА

## I. Уводне напомене

Стицање предмета домаћинства регулисано је само једном одредбом Закона о наслеђивању Србије.[1] А, ова одредба је непотпуна и врло конфузно формулисана, па су бројна значајна питања везана за стицање предмета домаћинства остала неуређена а нека су непотпуно и нејасно регулисана. То је имало за последицу појаву различитих ставова, и у теорији и у пракси, око појединих питања. Зато се намеће потреба да се свестрано анализира наведена одредба, нарочито са аспекта примене исте у пракси.

При овој анализи пожељно је да се размотри следеће: каква је правна природа овог права, која лица могу стећи предмете домаћинства, каква се права стичу на предметима домаћинства, шта све спада у предмете домаћинства и како се врши подела предмета домаћинства.

## II Правна природа овог права

Ово питање, које је више теоријског карактера, може бити од великог значаја и за примену цитиране одредбе у пракси. Око њега се развила велика полемика међу теоретичарима и изнета су различита схватања.

Према једном мишљењу, стицање својине на предметима домаћинства "није институт наследног права" већ се ради "о посебном законском режиму стицања права својине на одређеним предметима по сили самог закона".[2] До овог закључка аутор долази на основу језичког тумачења цитиране норме, у којој, између осталог стоји, да "заоставштину не чине предмети домаћинства".[3] Но, ово мишљење не може бити прихваћено.

---

[1] Одредба из ст. 3. чл. 1. закона о наслеђивању Србије.

[2] Петрушић, Н., Заједничка својина на предметима домаћинства, Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. год., Зборник радова, Крагујевац, 1998. год., стр. 61.

[3] Сличан став су заузели још неки аутори, Гамс, А., Увод у грађанско право, Општи део, Београд, 1976. год., стр. 307.

Нема сумње да се овакав став може заузети на основу језичког тумачења ове норме, али се о правној природи једног института не може ваљано судити само на бази онога што произилази из језичког тумачења цитиране норме која је крајње конфузно формулисана. Да би се могла ваљано оценити правна природа овог института мора се поћи од тога коме је припадало право својине на предметима домаћинства, када то право стичу законом одређена лица и поводом чега стичу то право.

Право својине на предметима домаћинства припадало је оставиоцу у моменту његове смрти, исто као и право својине на другим предметима који чине заоставштину. Ово право стичу поменута лица у моменту смрти оставиоца и поводом смрти оставиоца, баш као што наследници стичу права која улазе у заоставштину. Ове чињенице не могу бити спорне. Из овога произилази врло поуздан закључак да право својине на предметима домаћинства представља посебан део заоставштине оставиоца који наслеђују законом одређена лица на основу посебних правила. Према томе, овде се ради о универзалној сукцесији која се одвија по специјалним правилима, док се код наслеђивања осталих права која улате у заоставштину ради о универзалној сукцесији која се одвија по општим правилима која регулишу наслеђивање. То значи да је стицање предмета домаћинства у целости институт наследног права.[4]

Пошто се овде ради о наслеђивању треба узети да лица којима припада ово право према наведеној одредби не могу стећи предмете домаћинства ако су недостојна за наслеђивање или ако су искључена из наслеђа.[5]

Овакав став има још једну значајну позитивну практичну последицу. Наиме, у пракси ће се, сасвим сигурно, јавити спор око тога да ли се из предмета домаћинства могу намирити оставиочеви дугови, а ово питање је од изузетног значаја за општу правну сигурност. Ако се заузме став да се овде не ради о наслеђивању онда се из предмета домаћинства не могу наплатити оставиочеви дугови, а то би могло створити врло озбиљне негативне последице по правну сигурност. Оставилац често створи дугове управо при набављању предмета домаћинства, па онемогућити наплату дугова из тих предмета било би дубоко неправично према оставиочевим повериоцима. Зато треба узети да се овде ради о наслеђивању и да се из предмета домаћинства могу наплатити оставиочеви дугови.[6] Али, пошто је очито да је Закон ову групу лица ставио у привилегован положај у односу на друге наследнике и то ради заштите оставиочевог породичног домаћинства, онда ваља узети да се оставиочеви дугови могу намирити из предмета домаћинства тек када то није могуће учинити из заоставштине.

---

[4] Ђорђевић, В., Сворцан, С., Наследно право, Крагујевац, 1997. год., стр. 73.

[5] Супротно становиште заузима Марковић, С., Наследно право, Ниш, 1972. год., стр. 208.

[6] Сличан став о наплати дугова има Финжгар, А., Издвајање предмета домаћинства, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978. год., том II, стр. 354.

Изнето је и мишљење да се код стицања предмета домаћинства ради о законском легату.[7] Међутим, иако право на предмете домаћинства заиста има сличности са законским легатом, ипак више аргумената иде у прилог ставу да се овде ради о универзалној сукцесији.

## III Лица која могу стећи предмете домаћинства и услови за стицање овог права

Предмете домаћинства могу стећи само одређена лица, и то: брачни друг оставиоца, потомци оставиоца и родитељи оставиоца. Ово се односи и на брачне и на ванбрачне потомке. Са потомцима треба изједначити и оставиочеве усвојенике и њихове потомке и њихове усвојенике. Ваља узети да ово право припада и оставиочевом усвојиоцу, без обзира на то о ком се усвојењу ради. Али, да би неко од ових лица могло стећи ове предмете потребно је да се испуни један додатни услов, а то је да је ово лице било члан оставиочевог породичног домаћинства у моменту оставиочеве смрти. Ако неко од ових лица није било члан оставиочевог породичног домаћинства у моменту оставиочеве смрти оно не може стећи ово право. Тако се може десити да, на пример, ово право стекне само једно оставиочево дете и то оно које је живело са оставиоцем у моменту оставиочеве смрти, а не и остала оставиочева деца која нису са њим живела у моменту смрти, или само неки од унука, или само неки од праунука, и слично. Ако су оставиочеви родитељи били разведени пре момента смрти оставиоца, па је у моменту смрти само један од њих живео са оставиоцем, онда ће само овај родитељ стећи ово право. Уколико је била трајно престала брачна заједница између оставиоца и његовог брачног друга пре момента смрти оставиоца, а брак није био разведен до момента смрти, онда оставиочев брачни друг не може стећи ово право.

Без утицаја је на стицање овог права да ли се лице јавља као законски или завештајни наследник оставиоца или не.

Није од значаја од када је лице члан оставиочевог породичног домаћинства, већ је само важно да је било члан тог домаћинства у моменту оставиочеве смрти. Када се има сматрати да је одређено лице било члан породичног домаћинства фактичко је питање на које се мора наћи одговор за сваки конкретни случај према околностима тог случаја. У пракси ће се сигурно појавити некада спор око тога да ли је одређено лице било члан оставиочевог породичног домаћинства у моменту оставиочеве смрти. То ће нарочито бити случај са брачним другом када се појави као спорно да ли је између оставиоца и његовог брачног друга била трајно престала брачна заједница пре момента смрти оставиоца. Начелно се може констатовати да је лице било члан

[7] Креч, М., Павић, Ђ., Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964. год., стр. 104.

оставиочевог породичног домаћинства ако је у моменту смрти оставиоца постојала заједница живота и рада између тог лица и оставиоца.

На стицање овог права не утичу промене које су настале после смрти оставиоца. Па, ако неко од ових лица напусти оставиочево домаћинство после смрти оставиоца то неће имати никаквог утицаја на стицање овог права. За стицање права одлучујуће је стање које је постојало у моменту смрти оставиоца.

Када се пажљиво анализира круг лица која могу стећи предмете домаћинства стиче се утисак да је законодавац направио озбиљан пропуст који би ваљало што пре исправити. Наиме, требало је укључити и оставиочевог ванбрачног партнера у круг лица која могу стећи предмете домаћинства. У прилог овог става иду бројни аргументи.[8]

Ванбрачне заједнице су животна реалност, а њихов број се стално повећава.[9] Односи у ванбрачној заједници по својој садржини потпуно су исти као и у брачној заједници.[10] Овакав став изнет је на више места.[11] С обзиром на ово мора се констатовати да је ванбрачни партнер оставиоца био члан његовог породичног домаћинства исто као што се и брачни друг оставиоца сматра чланом породичног домаћинства. И брачна и ванбрачна заједница у битном настају на исти начин и то на основу уговора два лица супротног пола.[12] Ако се има у виду наведено и основни разлог за овакав третман предмета домаћинства, онда се не може ничим правдати изостављање ванбрачног партнера из круга лица којима припадају предмети домаћинства. Напротив, изостављање ванбрачног партнера из поменутог круга дубоко је неправично и представља дискриминаторски акт који је супротан основним моралним принципима.[13] Ово је супротно и претпостављеној вољи оставиоца. Да оставиоцу није било стало до те ванбрачне заједнице и до ванбрачног партнера

[8] Сличан став заузет је у неким радовима, Петрушић, Н., нав. чланак, стр. 64.
[9] Драшкић, М., Ванбрачна заједница, Београд, 1988. год., стр. 13-15.
[10] Више о карактеристикама ванбрачне заједнице Сворцан, С., Наследна права брачног и ванбрачног партнера, Крагујевац, 1999. год., стр. 164.
[11] И у литератури се истиче да су ванбрачна и брачна заједица исте по својим основним обележјима. Неки аутори брачну заједницу називају "регистровани брак", а ванбрачну "фактички брак", Агарков, М.М., Братус, С. Н., Генкин, Д. М., Совјетско грађанско право, књига друга, Београд, 1949. год., стр. 382. Неки аутори закључују да се ванбрачна заједница битно не разликује од брачне, "по свом циљу, трајности и фактичким односима партнера". Миловић, Ж., Застаревање тражбине из неоснованог обогаћења насталог радом у ванбрачној заједници, Правни живот, бр. 2/66, стр. 45.
[12] Цвелић-Јанчић, О., Породично право, Нови Сад, 1995. год., стр. 213.
[13] У страној литератури је истакнуто да у погледу наследних права фактички односи у ванбрачној заједници заслужују исту заштиту као и односи брачног или крвног сродства, Франк, Р., Статус ванбрачне заједнице у правним системима западне Немачке и осталих западноевропских земаља (The Status of Cohabitation in the Legal Systems of West Germany Other West European Countries) The American Journal of Comparative Law, 1985. год., стр. 185-207; СПж. бр. 128-129/85, стр. 80.

сигурно не би одржавао такву заједницу. Из те чињенице да је оставилац одржавао ванбрачну заједницу све до момента смрти мора се извести закључак да је оставилац желео да и даље одржава, обезбеђује и штити ту заједницу и да ванбрачног партнера није сматрао мање важним чланом тог породичног домаћинства.[14]

## IV Права која се стичу на предметима домаћинства

Према цитираној одредби ЗОН-а наведена лица стичу заједничку својину на предметима домаћинства. Наравно, до конституисања заједничке својине на овим предметима долази само онда ако предмете стичу најмање два лица и из наведеног круга лица. Када предмете стиче само једно лице, што се у савременим условима често дешава када је оставилац живео у моменту смрти само са својим брачним другом, онда то лице стиче право својине на тим предметима. Ово је нови облике заједничке својине у нашем праву, што је правилно констатовано у литератури.[15] Но, иако се ради о новом облику, може се поуздано констатовати да и овај облик има исте основне карактеристике као и остали облици заједничке својине у нашем праву.[16]

Субјект ове заједничке својине су напред наведена лица која су живела у оставиочевом породичном домаћинству у моменту оставиочеве смрти, а објекат исте су предмети домаћинства. Удели ових лица нису опредељени.

Сва лица којима припадају предмети домаћинства могу несметано да користе сваки од ових предмета, у складу са својим потребама и наменом предмета. Обим коришћења предмета ограничен је једино потребама осталих чланова породичног домаћинства и потребама самог домаћинства посматраног као једне самосталне економске јединице.

Што се тиче редовног одржавања ствари одлуке се доносе простом већином. О ванредним мерама везаним за одржавање ствари, о отуђењу ствари и о оптерећењима везаним за ове ствари одлуке могу бити донете само ако се сагласе сва ова лица. У уговорима који се односе на отуђење или на оптерећење ствари морају се појавити сва ова лица као уговарачи с једне стране.

Свако од ових лица појединачно, или више њих, или сви они могу поднети тужбу против трећих лица због сметања или одузимања државине на овим предметима, као и тужбу за повраћај ствари.

---

[14] По Закону о наслеђивању СР Македоније из 1975. год., чл. 36, предмети домаћинства припадају свим лицима која су живела у оставиочевом породичном домаћинству у моменту оставиочеве смрти.

[15] Петрушић, Н., нав. чланак, стр. 66.

[16] Више о основним карактеристикама заједничке својине Босиљчић, М., Заједничка својина, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978. год., том III, стр. 845 и 846.

Пошто удели заједничара нису опредељени нико од њих не може да отуђи или оптерети свој део. Сваки од заједничара може тражити да се утврди његов удео у овим стварима, у свако доба. У овим тужбама овај заједничар се јавља као тужилац, а сви остали заједничари као туженици.

Уколико трећа лица истичу какве захтеве везане за ове предмете, морају тужбом обухватити сва ова лица. Ако је оставилац купио неки од ових предмета на одложено плаћање, што се често дешава, а до смрти није исплатио целу цену, обавеза исплате цене прелази на сва ова лица. Када се пресудом утврди дуг ова лица постају солидарни дужници, пошто су њихови удели у стварима неопредељени.

## V Шта све спада у предмете домаћинства?

Ово питање је од изузетног значаја за судску праксу, пошто суд у сваком конкретном случају мора прецизно да одреди које предмете стичу наведена лица као предмете домаћинства.

Цитирана законска одредба је и у односу на ово питање непотпуна и конфузна. У бројним радовима који се односе на предмете домаћинства само се понавља да су то предмети мање вредности који служе подмиривању свакодневних потреба чланова оставиочевог породичног домаћинства, али се ти предмети појединачно не означавају, осим што се наводе неки од њих као пример.[17]

Да би цитирана законска одредба могла бити ваљано примењена неопходно је свестрано и детаљно анализирати шта се све може убројити у "предмете домаћинства".

При овој анализи првенствено треба поћи од циља који се жели постићи увођењем овакве одредбе у наше право, при чему се мора имати у виду и оно што је наведено у одредби.

Ова одредба је устројена са циљем да се, колико је то могуће, заштити оставиочево породично домаћинство у једном врло тешком тренутку када је његово уобичајено функционисање озбиљно доведено у питање. С обзиром на ово може се несметано констатовати да у "предмете домаћинства" треба сврстати све оне предмете који су неопходни да то домаћинство настави да функционише приближно онако као за живота оставиоца. То значи да у ове предмете спадају предмети који служе подмиривању свакодневних потреба свих чланова оставиочевог породичног домаћинства, али и они који су неопходни за уобичајено функционисање оставиочевог домаћинства као једне самосталне економске јединице. Јер, ако се озбиљније поремети постојећа производна делатност овог домаћинства онда нема могућности да се уредно

[17] Благојевић, Б., Антић, Ч., Наследно право, Београд, 1988. год., стр. 217.

подмирују свакодневне потребе чланова домаћинства. Зато се при одређивање који су то предмети мора водити рачуна о обележјима тог домаћинства.

У наведеној одредби стоји да се ради о предметима домаћинства "мање вредности". Израз "мања вредност" представља један правни стандард који суд може да примени на сваки конкретан случај уз уважавање свих карактеристика тог случаја. Из одредбе се не види о којој би се максималној вредности могло радити, нити су набројани сви ти предмети. Они предмети који су у одредби изричито назначени као "предмети домаћинства" наведени су као пример, јер је на крају овог набрајања додата реч "и слично".

Када се има у виду напред наведено може се поуздано закључити да у "предмете домаћинства" спадају следеће ствари: апарати за домаћинство; намештај; постељина; посуђе; изузимајући скупоцено посуђе као, на пример, позлаћени сервис за ручавање; књиге; слике којима је био опремљен стан, осим оних скупоцених, разни накит који је носио оставилац, осим скупоценог; аутомобил, ако му вредност није већа од просечних вредности нових аутомобила домаће производње; залихе хране у количини која је потребна том породичном домаћинству за једну годину; разне посуде за складиштење производа у сеоском домаћинству као што су: каце, бурићи и слично; залихе хране коју поседује то домаћинство за стоку у количини која је неопходна за подмирење годишњих потреба; једна крава, односно две краве ако домаћинство нема трактор; један трактор; прикључне машине за трактор и мање машине за припрему хране за стоку.[18]

Око апарата за домаћинство углавном нема спора. Једино може бити спорно како треба поступити када се у домаћинству нађе више истоврсних апарата, на пример два електрична шпорета, два фрижидера и слично. Сматрам да све ове предмете треба сврстати у "предмете домаћинства" с обзиром на ниво животног стандарда у нашој средини.

Такође, не би требало да буде спора око намештаја, постељине и посуђа.

Књиге служе за подмиривање духовних потреба чланова породичног домаћинства, па њихово задржавање у домаћинству може много помоћи смиривању емоционалних потреса насталих смрћу оставиоца.

Слике су саставни део опреме стана. Њихово уклањање после оставиочеве смрти озбиљно би појачало утисак пропадања тог домаћинства и знатно повећало емотивне тегобе свих чланова домаћинства.

За накит који је носио оставилац емотивно су везани чланови његовог породичног домаћинства, а нарочито његов брачни друг, па би уклањање ових предмета дубоко потресло чланове домаћинства. Присуство ових предмета стално их подсећа на оставиоца.

Може се очекивати да ће бити оспоравања када се ради о аутомобилу, али бројни аргументи говоре з прилог напред изнетог става. Аутомобил је, у

[18] Сворцан, С., Коментар Закона о наслеђивање Србије, Крагујевац, 2004. год., стр. 13 и 14.

савременим условима, сасвим сигурно предмет који служи задовољавању свакодневних потреба свих чланова породичног домаћинства, без кога се потребе знатно теже подмирују. Међутим, може се дискутовати да ли се овај предмет може сврстати у групу предмета "мање вредности".[19]

Храна за чланове домаћинства и храна која је потребна за стоку коју држи то домаћинство несумњиво представљају предмете који служе за задовољавање свакодневних потреба чланова домаћинства и самог домаћинства као целине. Ови предмети у количини која је потребна за подмирење годишњих потреба могу се сматрати предметима "мале вредности".

Посуде за складиштење пољопривредних производа и мање машине за припрему хране за стоку у сеоском домаћинству представљају предмете који служе за нормално функционисање домаћинства и могу се сматрати предметима "мање вредности".[20]

У сеоском породичном домаћинству једну краву треба урачунати у "предмете домаћинства", јер она, несумњиво, служи за подмиривање потреба за храном чланова домаћинства, а може се сматрати предметом "мање вредности". Али, ако то домаћинство нема трактор онда две краве треба урачунати у предмете домаћинства, јер оне заједно представљају запрегу, а запрега је средство које служи за подмиривање свакодневних потреба сеоског домаћинства, и услов за његово нормално функционисање.

Убрајање трактора и прикључних машина у предмете домаћинства сигурно ће изазвати полемику и неслагања и у пракси и у теорији. Не може се оспорити да ови предмети служе за задовољавање свакодневних потреба сеоског домаћинства и да је поседовање истих услов за нормално функционисање сваког сеоског домаћинства. Али, њихово убрајање у "предмете домаћинства" биће оспоравано због њихове вредности. Ипак, када се има у виду достигнути степен развоја нашег села може се несметано закључити да су и ово предмети "мање вредности".

## VI Подела предмета домаћинства

У Закону нема одредби којима би била регулисана подела предмета домаћинства, што је, такође, озбиљан пропуст. У пракси се често појављује захтев за деобом предмета домаћинства, после оставиочеве смрти. Те захтеве редовно подносе они чланови домаћинства који желе да напусте то

[19] У енглеском праву се у "предмете домаћинства" убрајају: кола (запрежна), аутомобил, кућни намештај, домаће животиње, књиге, слике и драгоцености. (Administration of Estates Act из 1926. год., Sec. 55(1) (h)).

[20] У немачком праву се обим и врста предмета који се третирају као "предмети домаћинства" одређује према "потребама брачног друга" за "прикладно" вођење домаћинства, Немачки Закон о изједначавању брачних другова на подручју годрађанског права, пар. 1932.

домаћинство. У овим поступцима често бива спорно колики је својински удео у предметима домаћинства сваког члана домаћинства.

Сваки члан домаћинства може тражити да се утврди његов својински удео у овим предметима. Овај захтев лице може поднети у свако доба, било да и даље остаје у заједничком домаћинству, било да напушта домаћинство. Лице није дужно да образлаже због чега подноси овакав захтев.

Сваки члан домаћинства може тражити поделу предмета домаћинства. Али, овај захтев може бити поднет тек када се утврди својински удео тог члана у овим предметима, јер се не може приступити деоби док се не одреди својински удео. Поред тога, лице може да тражи издвајање његовог дела само ако напушта домаћинство. Уколико лице не напушта то домаћинство не треба му дозволити издвајање његовог дела, пошто се деобом предмета укида режим заједничке својине и омета остваривање циља који се жели постићи увођењем овог института у наше право.

Приликом одређивања својинског удела треба прво утврдити колико је учешће у стицању ових предмета сваког члана домаћинства, и то по основу улагања свог рада и својих средстава, било за живота оставиоца, било после смрти оставиоца, пошто се, често, тек после смрти оставиоца врши плаћање цене за предмете који су купљени на одложено плаћање. Ово је неопходно утврдити за све чланове домаћинства, без обзира колико њих тражи утврђивање свог удела.

Такође треба утврдити колико је удео оставиоца у стицању тих предмета. Када се ово утврди онда оставиочев удео ваља расподелити свим члановима домаћинства на једнаке делове.

## VII Поступак суда у вези предмета домаћинства

Одредба из ст. 3. чл. 1. Закона о наслеђивању је императивне природе, па иста мора бити примењена. Зато ће бити ништаве одредбе завештања којима је располагано предметима домаћинства супротно овој одредби, уколико се сви чланови породичног домаћинства не сагласе са овим одредбама завештања. Уколико чланови породичног домаћинства не оспоре ове одредбе завештања исте треба сматрати правно ваљаним, јер је поменута одредба унета у Закон ради заштите њихових интереса.

Чланови породичног домаћинства и наследници који нису чланови тог домаћинства могу се договорити о коришћењу ових предмета и о подели предмета како ход желе.

Суд није обавезан да по службеној дужности одлучује о предметима домаћинства, већ ће о овоме донети одлуку само када то захтева неки од чланова оставиочевог породичног домаћинства или неки од наследника који није члан тог домаћинства. Ово због тога што се овде ради о покретним стварима, а оставински поступак не мора бити вођен када се у заоставштини оставиоца нађу само покретне ствари, уколико то не тражи нико од наследника. Судови управо поступају овако.

*Slobodan Svorcan, a full-time professor*

## ACQUISITION OF HOUSEHOLD OBJECTS

Acquiring the household objects has been sanctioned with only one regulation is incomplete and formulated in a confused manner. So many important issues remained undefined.

When the household objects are acquired, then the point is in universal succession carried out according to special rules.

These objects can be acquired by: the spouse of the testator's descendants and testator's parents, and only those persons mentioned that were members of the testator's family household at the time of the testator's death.

The household objects comprise: household gadgets and equipment, furniture, bed linen, dishes, books, pictures that were inside the apartment, testator's jewelry, car, food supplies for the household in the quantities necessary for the period of one year, different dishes for keeping food, one cow, i. e. two cows in case a household does not have a tractor, one tractor, tractor attached facilities and minor machines for food preparation for animals.

The said persons acquire the mutual properties over these objects.

When dividing these household objects, first the contribution of these persons for the purpose of acquiring the household objects should be determined, and the rest of them should be divided equally.

*Др Драгица Живојиновић,*
*доцент*

***UDK**: 347.65/.66*

# УТИЦАЈ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО НА ПУНОВАЖНОСТ ЗАВЕШТАЊА

## Уводна разматрања

Слобода завештања данас, у времену у коме живимо, представља неку врсту цивилизацијске баштине. Но, како би признавање ма каквих апсолутних слобода у контексту сплета слобода и права човека и грађанина у једном правно уређеном друштву означавало истовремено и њихову негацију, то је и слобода располагања заоставштином за случај смрти омеђена извесним границама. Поред ограничења слободе завештања установом јавног поретка, којом се обезбеђује поштовање и остварење одређених опште друштвених интереса, ова слобода омеђена је и установом нужног дела. Шта представља право на нужни део, у чему се испољава овај вид ограничења слободе завештања, када постоји повреда права на нужни део и какав је утицај повреде овог права на пуноважност завештања?

Нужни део представља један вид директног, непосредног ограничења слободе тестирања и то таквог ограничења које се везује за обим располагања заоставштином за случај смрти. Сврха установљења установе нужног дела, као антитезе неограниченој слободи завештања, је да се спречи да оставилац правним пословима *mortis causa* (завештањем), али и бестеретним располагањима за живота (поклонима), угрози материјални положај њему најближих сродника - нужних наследника.[1] Право на нужни део означава се као право одређених законских наследника, по коме им, независно од воље завештаоца, па чак и насупрот његовој вољи, припада одређени део заоставштине.[2,3] Овај вид ограничења слободе завештања датира још из римског права, из којег је, процесом његове рецепције, прихваћен у правима готово свих европских земаља. Постајући

[1] Ђорђевић Владислав, Наследно право законских наследника, Ниш, 1995. године, стр. 131-132.

[2] О појму нужног дела видети: Антић Оливер, Слобода завештања и нужни део, докторска дисертација, Београд, 1983, стр. 188; Славко Марковић, Наследно право, Београд, 1981, стр. 182; Сворцан Слободан, Наследно право, Крагујевац, 2002, стр. 168.

[3] Закон о наслеђивању Србије, чланом 40 ст. 1. одређује да нужним наследницима припада део заоставштине којим оставилац није могао располагати и који се назива нужним делом.

тако одраз разумне мере, потребне равнотеже између слободе тестирања и законског наслеђивања, првобитни римски модел установе нужног дела је током времена трпео одређене утицаје настале услед специфичног правног развитака појединих држава, који су се у савременим правима испољили кроз постојање знатних разлика у регулисању овог института. Те разлике се огледају у неуједначености у погледу утврђивања круга нужних наследника и величине нужног дела, разлога за искључење нужних наследника из наслеђа, начина одређивања величине нужног дела (као појединачног или скупног), а најзначајнија разлика се односи на регулисање правне природе права на нужни део.

Одређивање правне природе права на нужни део још од пандектног права спада у домен слободе завештања. Тако је и данас. Међутим, уколико завешталац није одредио начин намирења нужних наследника, поставља се питање законске претпоставке правне природе права на нужни део. У савременим европским правима егзистира дуалитет у погледу законске претпоставке о правној природи права на нужни део – један број законодавстава (Француска, Италија, Швајцарска) полази од претпоставке да нужни део има стварноправни, односно наследноправни карактер, док други (Немачка, Аустрија) узимају за претпоставку да право на нужни део има карактер облигационог права. Постојећи дуалитет правне природе права на нужни део присутан је на микро плану и у Закону о наслеђивању Србије.[4] Према овом закону, нужном наследнику припада новчана противвредност нужног дела (облигационо право), с тим што суд може, на захтев нужног наследника, одлучити да овом припадне одређени део ствари и права који чине заоставштину (стварно право).

Правна природа права на нужни део представља полазну тачку за расправљање питања утицаја повреде права на нужни део на пуноважност завештања. За ову проблематику од суштинског значаја је какав правни положај у конкретном случају има нужни наследник – положај наследника или повериоца. Ово стога што из основне разлике која је иманентна за однос између стварноправне и облигационоправне природе права на нужни део, а које се, тиче садржине и начина стицања овог права,[5] происходе и све остале, па и она која се испољава кроз другачију правну судбину завештајних располагања којима је право на нужни део повређено.

[4] Видети чл. 43. ЗОН Србије

[5] Опширније о разликама између стварноправне и облигационоправне природе права на нужни део видети: Антић Оливер – Балиновац Зоран, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 260.

## Императивност установе нужног дела

Норме наследног права којима се установљава и регулише право на нужни део императивног су карактера. Међутим, императивности установе нужног дела није дат такав значај услед кога ће она располагања којима се захвата у нужни део бити ништава *ex lege*, од момента њиховог чињења. Констатацију да се императивношћу установе нужног дела право располагања заоставштином за случај смрти ограничава на расположиви део заоставштине могуће је дати само условно, уколико је природа права на нужни део таква да нужни наследник у конкретном случају стиче својство универзалног правног следбеника оставиоца. Чак и тада, а због карактера интереса који се императивношћу установе нужног дела штите, а то су приватни, појединачни интереси нужног наследника, вољи нужног наследника препуштен је избор да ли ће поштовати оставиочева располагања којима се он прикраћује у свом праву или ће учинити супротно и захтевати нужни део. Уколико одлучи да тражи намирење нужног дела, а због околности да код наследноправне природе права на нужни део нужни наследник ступа у процентуално одређени део права које чине заоставштину и моментом смрти оставиоца стиче субјективно наследно право и постаје ималац одговарајућих права које чине заоставштину, отвара се могућност умањења или укидања свих или само неких завештајних располагања.

Увођењем законске претпоставке о облигационоправној природи права на нужни део, Законом о наслеђивању Србије из 1995. године, учињен је корак напред у правцу даљег проширивања слободе завештања, а право на нужни део означено је као право којим се слобода завештања ограничава само вредносно, а не реално. У овој концепцији, императивност установе нужног дела не значи да завешталац, у границама установе јавног поретка, не може потпуно слободно располагати својом заоставштином за случај смрти, без икаквих ограничења у погледу обима. Напротив, он то може, али је у случају истицања захтева за намирење нужног дела битно да нужни наследник по вредности (у новцу) добије оно што одговара величини нужног наследног дела, док оставиочева завештајна располагања у потпуности остају на снази.

## Повреда права на нужни део

Право на нужни део је повређено ако вредност оставиочевих завештајних располагања и поклона премашује расположиви део заоставштине, односно уколико је вредност оставиочевих завештајних располагања и поклона учињених нужном наследнику или лицу које ступа на његово место, мања од вредности наследниковог нужног дела.[6] Нужни део може бити повређен на три начина: оставиочевим завештајним располагањима, доброчиним располагањима које је

[6] Видети чл. 42 ЗОН Србије

оставилац чинио за живота или кумулативно, и завештањем и бестеретним правним пословима *inter vivos*.[7] У погледу обима повреде, нужни наследник може бити прикраћен у нужном делу у целости или делимично. Нужни део је повређен у целости, ако нужном наследнику није остављена никаква вредност из оставиочеве имовине, било путем завештања којим је оставилац вршио распоред своје имовине *mortis causa*, било бестеретним располагањем за живота. Делимична повреда нужног дела постоји када је нужни наследник, било путем поклона, законског наслеђивања или завештања, прибавио извесну вредност из заоставштине, али не у висини која одговара величини његовог нужног дела. У случају потпуне повреде нужног дела, нужни наследник има право да тражи његово намирење у целости, а код делимичне повреде, надопуну до пуне вредности нужног дела. Обим повреде нужног дела одређује и висину захтева који нужни наследник може поставити суду, у циљу његовог остварења.

О повреди права на нужни део суд не води рачуна по службеној дужности.[8] У корист нужних наследника не дејствује законска претпоставка о прихватању наслеђа, односно о прихватању вредности нужног дела, већ суд о праву на нужни део и о величини нужног дела одлучује само на захтев нужног наследника. Тек уколико постоји захтев, а право на нужни део је повређено, настаје потреба за утврђивањем правне природе права на нужни део и разматрањем судбине завештајних располагања којима је у нужни део захваћено.

## Утицај повреде права на нужни део као стварног права на пуноважност завештања

Титулар нужног дела као стварног права у моменту смрти оставиоца стиче субјективно наследно право и као његов универзални правни следбеник има право следовања у процентуално одређени део сваке ствари и права које чине заоставштину.[9] Имајући у виду да његово право на нужни део обухвата предметни, реални део заоставштине, у случају повреде овог права, нужни наследник долази у правни сукоб са лицима у чију корист је оставилац располагао путем завештања или која је даривао за време свог живота. Тај правни конфликт, под условом да нужни наследник истакне захтев за намирењем нужног дела, решава се обавезом завештајних наследника (а ако је потребно и поклонопримаца) на повраћај оних ствари и права које су нужном наследнику као универзалном правном сукцесору оставиоца припале у моменту делације, у обиму у коме му је то право повређено.

---

[7] Базала Бранко, Нужно насљедство, Наша законитост, бр 3-4, Загреб, 1957. године, стр. 153; Антић Оливер, Слобода завештања и нужни део, док. дисертација, Београд, 1983. године, стр. 329.

[8] Станојевић Душан, Право на нужни део, Правни живот, бр. 3-4, Београд, 1959. године, стр. 31.

[9] Рачић Ранка, Правна природа права на нужни део, Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године, Крагујевац, 1998. године, стр. 112; Антић О. - Балиновац З., нав. дело, стр. 260.

Говорећи о повреди права на нужни део као стварном праву и последицама које из ње происходе, Закон о наслеђивању Србије из 1995. године користи израз смањење, редукција завештајних располагања,[10] не прецизирајући при том да ли се завештајне одредбе, које се услед премашеног расположивог дела заоставштине не могу реализовати, имају сматрати неважећим или можда недејствујућим. Овакав став нашег законодавства није никаква специфичност, већ опште прихваћена појава у савременом праву. И у оним законодавствима у којима је заступљена концепција о ограничењу слободе завештања установом нужног дела, у којима нужни наследници имају положај универзалних сукцесора и право на одговарајући део заоставштине *in natura* (Француска, Италија, Швајцарска, Мађарска) говори се о редукцији располагања.[11]

Међутим, да се овде заправо ради о разлогу рушљивости завештајних располагања, односно о разлогу рушљивости завештања[12] схваћеног у традиционалном грађанскоправном значењу, проистиче из аналогије која се може повући између повреде права на нужни део овог модалитета и осталих узрока рушљивости наредбе последње воље. Другим речима, евидентан је низ подударности између повреде права на нужни део као стварног права учињене завештајним располагањем и осталих разлога рушљивости завештања, које оправдавају његово сврставање у ову категорију неважећих завештања. Најпре, и у једном и у другом случају, идентичан је повод обарања пуноважности завештања, односно појединих завештајних одредби. Одредбама завештања којима се повређује право на нужни део крше се императивне норме наследног права о утврђеним границама допуштеног обима располагања имовином путем тестамента, а код мана воље или повреде форме, као разлога рушљивости, оне императивне норме којима се прописују захтеви у погледу квалитета воље за сачињавање завештања, односно захтеви везани за услове и облик наредбе последње воље.[13] Даље, идентичан је и карактер, врста интереса чија заштита је била примарна при одређивању санкције за повреду поменутих императивних норми - у оба случаја то су приватни, појединачни интереси. Врста заштићених интереса са своје стране утиче на одређивање круга лица која се на учињену повреду могу позивати. И код повреде права на нужни део, али и код осталих разлога рушљивости завештања, захтев за поништај наредбе последње воље могу уложити само она лица која за то имају правни интерес.[14] О њима суд не води рачуна по службеној дужности, нити се на њих може позвати свако заинтересовано лице. Затим, у оба случаја, и код истицања захтева за намирењем

[10] Видети чл. 53. ЗОН Србије
[11] Видети на пр. Арт. 920-930 Code civila-a или параграф 669. ГЗ Мађарске.
[12] Ранка Рачић, нав. дело, стр. 108; Марковић Славко, Наследно право, Београд, 1981. године, стр. 317; Ђорђевић Владислав, Наследно право законских наследника, Ниш, 1995. године, стр. 164; Благојевић Б. - Антић О., Наследно право у Југославији, Београд, 1986. године, стр. 215.
[13] Упореди чл. 40. ст. 1 ЗОН Србије са чл. 81, чл. 82, чл. 83. ЗОН Србије.
[14] Упореди чл. 60. ЗОН Србије са чл. 165. ЗОН Србије.

нужног дела повређеног завештајним располагањима и код захтева за поништај рушљивог завештања, њихово улагање подлеже одређеним временским границама.[15]

О сличности између повреде права на нужни део и неиспуњења услова пуноважности завештања који могу довести до његове рушљивости (мане воље, повреде форме), говори и истоветан поступак предвиђен за заштиту угрожених правних интереса. У свим овим случајевима, захтев се примарно истиче у оставинском поступку. Уколико се као спорна појави нека од чињеница од које зависи остварење ових права, суд је обавезан да прекине оставински поступак и да странке упути на парницу. Тужбени захтев је утврђујуће, декларативне природе. Након окончања оставинског поступка, лице које је у њему учествовало а није тражило заштиту свог права, не може то чинити накнадно, у парничном поступку, јер је везано дејством решења о наслеђивању, као правоснажно пресуђене ствари *(res iudicata)*. Ипак, парница је могућа ако постоје разлози за понављање поступка, под условом да овај захтев у оставинском поступку није истакнут управо због присуства околности услед којих би се, према Закону о парничном поступку, поступак могао поновити.[16] Нужни наследници и овлашћеници права на поништај завештања због постојања разлога рушљивости који нису учествовали у оставинском поступку, могу директно, у законом одређеним роковима, тужбом захтевати остварење својих права.[17]

Поред тога, и последице успешно истакнутог захтева за намирењем права на нужни део као стварног права идентичне су ефектима насталим након поништења рушљивог завештања: у зависности од обима повреде долази до поништаја (у правној литератури се код повреде права на нужни део ови ефекти означавају изразом умањење, укидање, редукција) свих или само неких завештајних располагања и тиме, до могућности губитка својства завештајног наследника или испорукопримца. У стварноправној концепцији права на нужни део, нужни наследник ствари и права која улазе у вредност нужног дела прибавља у време отварања наслеђа, па идентично са случајевима повраћаја ствари и права из заоставштине од стране привидних наследника правим наследницима, код повреде права на нужни део на адекватну примену наилазе и правила о утицају савесности или несавесности привидних наследника на обим враћања, правила којима се уређује питање судбине плодова, увећања или умањења вредности ствари на обим враћања итд.

Са друге стране, поређење повреде права на нужни део са законом одређеним разлозима рушљивости наредбе последње воље, са аспекта њиховог утицаја на пуноважност завештања, показује и извесне разлике. Право да се нужни део захтева пред судом застарева у краћем објективном року од оних који су

[15] Видети чл. 59. ЗОН Србије и чл. 169. и 170. ЗОН Србије.
[16] Видети чл. 131. ЗВПП Србије.
[17] Видети чл. 130. ст. 1. ЗВПП Србије.

прописани за поништај рушљивог завештања; субјективан рок овде није одређен. Даље, ако нужни наследник умре пре остварења свог права, наслеђивање права на нужни део, а тако и могућност истицања захтева за реализацију овог права, ограничено је на одређена лица[18] (на потомке нужних наследника из првог нужног наследног дела), док код наслеђивања права на поништај завештања не постоји овакво ограничење. Или, у случају делимичне повреде права на нужни део, титулар овог права не може тражити поништај конкретног завештајног располагања, већ је законом одређен редослед његовог намирења[19] итд. Међутим, све ове разлике, чије извориште видимо у околности да се установом нужног дела најнепосредније ограничава слобода завештања и да су оне одраз тежње за спречавањем њеног даљег, додатног сужавања, не сматрамо суштинским, нити од значаја за несврставање завештања којима је повређено право на нужни део, као стварно право, у категорију рушљивих завештања.

## Утицај повреде правна на нужни део као облигационог права на пуноважност завештања

Код облигационоправне природе права на нужни део нужни наследник у моменту делације постаје само поверилац[20] новчане противвредности нужног дела чији су дужници сви завештајни наследници и легатари,[21] односно сва она лица која би у стварноправној концепцији овог права била дужна да стечене предмете врате нужном наследнику. Он нема положај наследника, положај универзалног правног сукцесора који у тренутку смрти оставиоца стиче право на процентуално одређени део свих наслеђивању подобних права, која чине заоставштину умрлог лица. (Из овог разлога термин "нужни наследник" који се у нашем праву користи за означавање титулара права на нужни део као облигационог права, правно технички није коректан; прихватљивијим се чини израз носилац права на нужни део, који се употребљава у немачком и пољском праву). Његово право на нужни део није, дакле, изражено предметно, реално, већ је конституисано вредносно као једно чисто тражбено право. Услед овакве садржине и начина стицања права на нужни део, мерено према стварноправној концепцији овог права, потпуно је другачији начин одговорности за повреду нужног дела, учињену завештајним располагањима, па и утицај ове повреде на пуноважност завештања. Због

[18] Одступање од општег правила тзв. наследне трансмисије код права на нужни део образлаже се његовим алиментационим основом. О томе више видети: Антић О. - Балиновац З., нав. дело, стр. 274-276.
[19] Видети чл. 54. ЗОН Србије.
[20] Бабић Илија:, Правна природа права на нужни део - глоса поводом решења ЗОН, Новине у ЗОН-у Србије из 1995. године, Крагујевац, 1998. године, стр. 53; Антић О. - Балиновац З., нав. дело, стр. 231, 237, 260. итд.
[21] Видети чл. 44. ЗОН Србије.

изостанка поменуте предметне одговорности, не приступа се смањењу, односно поништају завештајних располагања у обиму у коме се захвата у право на нужни део. Она у потпуности остају на снази, па повреда права на нужни део не представља разлог неважности, тачније рушљивости, завештања.

У савременим европским законодавствима, право на нужни део као облигационо право установљено је у праву Немачке,[22] Аустрије[23] и Пољске[24].

Формалноправно посматрано у оним законодавствима која су као законску претпоставку прихватила овај облик правне природе права на нужни део слобода завештања није ограничена,[25] није сужена на право диспонирања имовином *mortis causa* само расположивим делом заоставштине.[26] Оваква концепција нужног дела омогућава потпуно поштовање завештаочеве последње воље. Дакле, за случај да је право на нужни део повређено, овлашћеник овог права не може из тог разлога нападати пуноважност завештања; он једино од дужника права на нужни део може захтевати исплату његове новчане противвредности.

Међутим, и поред оваквог генералног приступа утицају повреде права на нужни део као облигационог права на пуноважност завештања, за тему која је предмет овог рада интересантан је начин на који се у аустријском и немачком праву додатно штити правна позиција носиоца права на нужни део, односно начин на који ова лица (или бар нека од њих) у случају изостављања из завештања, а при постојању извесних околности, могу тражити поништај наредбе последње воље. О чему се ради.

Према Аустријском грађанском законику, када је нужни наследник неосновано[27] искључен из права на нужни део (параграф 768-770 АГЗ) или лишен

---

[22] Носилац права на нужни део према одредбама параграфа 2303. НГЗ има право захтевати исплату новчаног износа који одговара половини законског наследног дела.

[23] Дајући објашњење да ли нужни наследник може из заоставштине захтевати нужни део *in natura*, Цар је дворским декретом из 1844. године одредио следеће: "Нужни наследник не има по параграфу 784. АГЗ никакова права на размјерни дио од појединих покретних и непокретних ствари које спадају у заоставштину, него само на вредност свог наслиедног диела, прорачунана судбеном проциеном". Наведено према: Рушнов-Посиловић, Тумач опћему аустријскому грађанскому законику, Књига 2, Загреб, 1912. године, стр. 188.

[24] Према чл. 991. ст. 2. ГЗ Пољске када лице које има право на нужни део није добило тај део било у облику поклона од завештаоца или у облику одређивања за наследника или пак у облику легата, оно има право да захтева од наследника исплату новчаног износа потребног за измирење нужног дела, односно његову допуну.

[25] Аранђеловић Драгољуб, Наследно право с нарочитим обзиром на ГЗ Краљевине Србије, Београд, 1925. године, стр. 149.

[26] У овом смислу, одређивање нужног дела као дела заоставштине којим оставилац није могао располагати, које је учињено чл. 40 ст. 1 ЗОН Србије, је у раскораку са усвојеном законском претпоставком о облигационоправној природи нужног дела. Оно више одговара тзв. стварноправној концепцији овог права.

[27] И у нашем праву се остварење и заштита права на нужни део може постићи истицањем приговора против клаузуле о искључењу из наслеђа или лишењу нужног дела. Једна врста приговора односи се на неоснованост разлога искључења или лишења, а друга на начин искључења или лишења (рушљивост због мана воље).

наслеђа у корист потомака нужног наследника (параграф 773 АГЗ), он има право да тражи намирење нужног дела у целости. Исто право му припада ако је једноставно заобиђен при давању наредбе последње воље, тако да завештањем није добио ништа ни као наследни део ни као легат, под условом да је завештањем раздељена целокупна заоставштина оставиоца, па нужном наследнику није могло остати ништа као законски наследни део. Уколико је нужном наследнику припао део наследства мањи од вредности његовог нужног дела, он има право да захтева надопуну нужног дела до износа потребног за обезбеђење његове пуне вредности.[28] Право нужног наследника да захтева намирење нужног дела у целости или у износу у коме је располагањем *mortis causa* захваћено у његов нужни део, застарева за три године од момента смрти завештаоца.[29]

У горе наведеним случајевима повреде права на нужни део, нужни наследник не може захтевати поништај завештања. Завештајне одредбе остају на снази,[30] а он је овлашћен да надопуну вредности нужног дела тражи од завештајних наследника.

Посебне одредбе важе ако је услед заблуде завештаоца дошло до изостављања из завештања детета завештаоца, као титулара права на нужни део. Полазећи од претпостављене воље завештаоца, од тога шта би он урадио, како би располагао заоставштином да је знао право стање ствари, да није био у заблуди, АГЗ параграфом 777 одређује следеће: Ако се из околности може доказати да заобилажење једног детета из наслеђа, у случају када их има више, потиче отуда што завештаоцу није било познато његово постојање, дете завештаоца не мора се задовољити нужним делом. Оно има право да захтева онолики део наследства колико је најмање добило неко од преостале оставиочеве деце или када су сва оставиочева деца добила једнак део наследства и заобиђено дете има право на исти такав део. И у овом случају долази до коректуре[31] наредбе последње воље, чији терет сносе, у истој сразмери, сва лица која су путем завештања стекла извесне користи из завештаочеве имовине као наследни део или као легат.[32]

Ако је завешталац разделио завештањем имовину трећим лицима, било сродницима или несродницима, изоставивши том приликом јединог потомка као нужног наследника, зато што није знао за његово постојање или када након сачињавања добије дете,[33] овај нужни наследник има право да тражи поништај завештања у целости и расправљање заоставштине по правилима законског наслеђивања.[34] Право на поништај завештања оправдава се постојањем посебног

[28] Видети параграф 775. АГЗ.
[29] Видети параграф 1487. АГЗ.
[30] Аранђеловић Драгољуб, Наследно право, Београд, 1925. године, стр. 163-164.
[31] Koziol H. – Welser R.,Grundriß des bürgerlichenRechts, Wien, 1988. године, стр. 313.
[32] Видети параграф 783. АГЗ.
[33] Под добијањем детета подразумева се не само рађање него и позакоњење и усвојење.
[34] Видети параграф 778. АГЗ.

случаја заблуде[35] и заснива се на претпоставци да би оваква судбина завештања одговара правој вољи *de cuius-a*.

И у немачком праву, поништај (оспоравање) завештања због заобилажења носиоца права на нужни део се заснива на претпоставци о постојану заблуде код завештаоца. Сходно параграфу 2079 НГЗ, завештајно располагање се може оспорити ако је завешталац изоставио носиоца права на нужни део који је постојао у време отварања наслеђа, а чије му постојање није било познато у време сачињавања завештања или који је тек након састављања располагања наредбом последње воље рођен или стекао право на нужни део.

Заблуда завештаоца као повод рушљивости завештања базира се на постојању погрешне представе о садашњем или будућем праву на нужни део. Она се може односити на две групе случајева. Прва обухвата оне, у коме завештаоцу у време давања наредбе последње воље није било познато постојање лица са правом на нужни део (ако завешталац није знао за рођење потомка, или ако је погрешно претпоставио да је носилац права на нужни део умро, или ако је знао за постојање носиоца права на нужни део али не и за стварне околности из којих се право на нужни део у конкретном случају изводи, на пример за сродство са оставиоцем). Друга група случајева односи се на стицање права на нужни део након сачињавања завештања или на накнадно рођење носиоца овог права (накнадна женидба завештаоца, или усвојење детета, или смрт законског наследника који претходи лицу које стиче право на нужни део и слично).

Право на поништај завештања из овог разлога припада свим титуларима права на нужни део: оставиочевим потомцима (и усвојеницима), његовом брачном другу и родитељима. Да би ова лица остварила право на поништај завештања она морају постојати у време отварања наслеђа, бити позвана на наслеђе по правилима законског наслеђивања и бити у могућности да наследе. Уколико су она изричитим путем искључена из наслеђа или лишена права на нужни део (параграф 2309 НГЗ), право на нужни део не могу остварити ни на који начин. Такође, право на поништај завештања због постојања овог, посебног случаја заблуде искључено је и када је титулару овог права завештањем остављено мање од вредности која му сходно тамошњем закону припада, али и када се може претпоставити да би завешталац и да је знао за постојање носиоца права на нужни део сачинио тестамент у коме би он из располагања био изостављен. Отпадање могућности поништаја завештања у последња два случаја заснива се на немогућности приписивања заблуди завештаоца изостављање носиоца права на нужни део, чије непостојање се утврђује накнадном проценом хипотетичке воље оставиоца.[36] На пример, ако млади који закључе брак сачине узајамно завештање којим једно другог поставе за наследника не спомињући будуће потомке, касније

[35] Koziol H. – Welser R., нав. дело, стр. 313; Рушнов - Посиловић, Тумач опћему аустријскому грађанском законику, Књига 2, Загреб, 1912. године, стр. 197-183; Gschnitzer Franc, Erbrecht, Wien, 1964. године, стр. 29.

[36] Münchener Kommentar BGB, Erbrecht, Band IV, München, 1982. године, стр. 763.

рађање потомака већином неће творити право на поништај завештања због повреде права на нужни део, јер се може претпоставити да су супружници са том могућношћу рачунали при давању своје последње воље.

Поништај завештања због изостављања носиоца права на нужни део, у немачком праву, остварује се у истим роковима у којима се може побијати завештање због мана воље[37] (субјективни рок од годину дана од сазнања за основ оспоравања и у објективном року од тридесет година од дана отварања наслеђа).

Успешним истицањем овог захтева завештање се ништи у оној мери у којој је то потребно да би се остварило законско наследно право носиоца права на нужни део (делимична ништавост).

Отварање могућности поништаја завештања услед изостављања из наредбе последње воље извесних лица као носиоца права на нужни део, у аустријском и немачком праву, у којима слобода завештања не трпи ограничења у погледу допуштеног обима располагања имовином *mortis causa*, је управо у функцији њихове заштите, али и подршке реализацији стварне воље завештаоца. Оваквим одредбама штитећи правну позицију носиоца права на нужни део од погрешно мотивисаног располагања, штити се његово законско наследно право, његова могућност да стекне одређени део заоставштине *in natura* (због облигационоправне претпоставке правне природе права на нужни део, право на исплату у целости или надопуну новчане противвредности нужног дела, овлашћенику права на нужни део ионако остаје). Њихово евентуално увођење у наше право не сматрамо потребним, из разлога што је заштита законског наследног права носиоца права на нужни део већ обухваћена могућношћу побијања завештања због мана воље, па и због заблуде о мотиву располагања.

## Закључак

Подвојен утицај повреде права на нужни део на пуноважност завештања одраз је његове различите правне природе присутне данас на тлу Европе, али и у нашем праву: код тзв. стварноправне природе права на нужни део, повреда права на нужни део представља разлог рушљивости завештања, док код облигационоправне природе, повреда овог права није од утицаја на пуноважност завештања, па сва завештајна располагања у потпуности остају на снази. Правац отклањања ове подвојености, а с обзиром да у савременим правима преовладава алиментациони карактер права на нужни део, видимо у оријентацији на облигационоправну природу овог права. Право на нужни део, као право на новчану противвредност нужног дела, поседује бројне практичне предности које ће свакако утицати на даљи развој ове установе, па и са становишта потребе будуће хармонизације нашег права са правом Европске Уније у области наслеђивања. Давањем улоге повериоца овлашћенику права на нужни део

[37] Видети параграф 2082. НГЗ.

проширује се слобода завештања будући да не постоји део заоставштине којима завештаоац не може, у границама јавног поретка, потпуно слободно располагати. Даље, завештајна располагања којима се захвата у право на нужни део као облигационо право не поништавају се, нити се поставља компликован проблем утицаја савесности или несавесности привидних наследника на обим повраћаја ствари или права из заоставштине, на питање судбине плодова које је ствар подвргнута враћању дала, на питање умањења или повећања вредности ствари и слично. Оваквом правном природом спречава се настанак замршених односа у наследничкој заједници, елиминишу могуће тешкоће око њеног развргнућа и постижу други позитивни ефекти.

*Dragica Zivojinovic, a docent*

## THE INFLUENCE OF THE VIOLATION OF THE DOWER RIGHT ON THE VALIDITY OF A WILL

Different influences of the violation of the dower right on the validity of a will are the result of a diverse nature of legal systems existing in Europe today. In real property law, the violation of the dower right is a ground for the avoidance of a will, while in tort law, the violation of this right has no influence on the will's validity, so that entire testamentary disposition remains in effect. Since in most of contemporary legal systems the dower right is applied in the form of an allemony, the orientation towards the tort based legal nature of this right is understandable. The dower right as a right to a money compensation for its value, has many practical advantages which will further affect the development of this institute and the harmonization of our law of succession with EU law. Assigning the role of a trustee to a person entitled to the dower right will lead to a more liberal inheritance law since there will be no part of the inheritance which will be left beyond the testator's will of disposing his property. In addition, the testamentary dispositions which interfere with the dower right as a tort law regulation, will not be avoided. Such an approach to the legal nature of this right will prevent the appearance of complicated relations between the heirs and will enhance many other positive effects.

***Одељак IX***

# ПРАВО НА ЗАСНИВАЊЕ И ЗАШТИТУ ПОРОДИЦЕ

*Др Душица Палачковић,*
*редовни професор*

***UDK**: 347.91/.95*

# МИРНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ИЗ ГРАЂАНСКОПРАВНИХ ОДНОСА

Мирно решавање спорова, односно алтернативно решавање спорова (*alternative dispute resolution - ADR*)[1] као алтернатива дугом и скупом судском поступку заштите, има несумњиве предности. У различитим облицима: арбитражног решавања спорова, судског поравнања, медијације, оно је постало уобичајен начин решавања и спорова из грађанскоправних односа у којима аутономија воље странака иначе има превагу над законском принудом, како у њиховом заснивању, тако и трајању и окончању. Стога они и дају изузетно добру основу да се и у решавању спорова из ових односа споразум странака, уз што мање законских ограничења, прихвата као пут разрешења насталог конфликта. Без обзира на то да ли је споразум постигнут непосредно или преко посредника, односно арбитра или медијатора. Некада то чини и суд у поступку судског поравнања које је, међутим, и у нашем правном систему, већ традиционалан начин мирног решења спорова, па стога и није предмет пажње у овом раду, као ни арбитражно решавање спорова насталих из трговинских, односно пословних односа у најширем смислу (пред сталним или *ad hoc* арбитражама, односно и избраним судовима).

И када је реч о сасвим специфичним личним односима (нпр., породични, односно родитељски), имовинскоправним односима физичких лица (наравно и правних, па, дакле и тзв. трговинских, односно пословних односа), радним, као и свим другим грађанскоправним односима, њихово решавање уз посредовање, посебно када су у улози посредника лица која имају и стручна, професионално специфична знања за поједине области правних односа, уз извесне личне квалитете који их препоручују за посредовање, овакви алтернативни начини су, свакако, прихватљивији. Они омогућавају много више од самог решења спорне правне ствари, што чине и судови у редовним судским поступцима заштите. Они, наиме, омогућавају потпуно и трајно уређење односа међу странкама.[2]

---

[1] У овом раду биће за "алтернативно решавање спорова", као општи појам, коришћена скраћеница АРС.

[2] *Galic,* Алтернативно решавање грађанскоправних спорова у Словенији, Правни зборник-Часопис за правну теорију и праксу, 1-2/2003., стр. 52.

Методи које познаје и користи већ јако дуго пракса АРС веома су различити, али западне државе углавном користе институционализоване облике решавања кроз центре за арбитражно решавање и медијацију који су профитабилни и потпуно самостални у односу на судове, односно у време медијације најчешће није покренут судски поступак, парнични или други (па и управни). Напротив, овим се такав поступак предупређује.[3]

У области АРС само у последњих неколико месеци донет је низ прописа у Србији (као и Црној Гори). Нови законски текстови, почев од решења у парници коју регулише ЗПП,[4] Породичног закона РС,[5] Закона о мирном решавању радних спорова,[6] а нарочито Закон о посредовању (медијацији),[7] уводе овакве методе решавања спорова, односно дају могућност странкама да спор реше мирним путем, на један од допуштених начина. Поменути Закон о посредовању, поред побројаних грађанскоправних спорова, посредовање омогућава и у спорним односима из кривичноправне и управне материје, а општи услов за све спорове јесте да се спор тиче права којима странке могу слободно располагати, сходно закону, те да закон није предвидео искључиву надлежност суда или другог органа за одређени спор.[8] Једно ограничење предвиђа ЗОП, односно одредбе овог Закона не примењују се у тзв. индивидуалним радним споровима (спорови о отказу уговора о раду и исплати минималне зараде).[9]

У методама АРС из побројаних прописа могу се препознати, начелно, две ситуације у односу према судском (односно и управном) поступку решења спора: или посредовање, односно медијација (односно арбитража), претходи класичном судском (парничном, управном, кривичном) поступку,[10] или је у оквирима, нпр., парничног поступка, чак уз обавезу суда да, у случају неуспеха посредовања од стране специјализованих органа или установа, спроведе посредовање (решења из ПЗ РС), односно обавезу суда или другог надлежног органа да настави поступак и донесе одлуку. Практично и суд се појављује као

[3]Видети, нпр., о *WIPO Arbitration and Mediation Center*, који решава спорове из области интелектуалне својине, на сајту: *www/arbiter.wipo.int/mediation.html,* који има своја Правила (*WIPO Mediation Rules,* о споразуму о медијацији, правилима поступка, положају и дужностима медијатора и сл.); даље, *DOMPCA Arbitration and Mediation Centre (Austin, Texas)* и његова *Mediation Rules,* на сајту: *http://www.melchizedek.com/arbitration/mediation-guide.htm*; даље, *Singapore Mediation Centre*, са његовим Правилима која поред осталог садрже и моделе споразума о медијацији, на сајту: *http://www.mediation.com.sg/pdf/mediation/procedure/doc.pdf.*

[4] Закон о парничном поступку У даљем тексту ЗПП), Сл. гласник РС, бр. 125/04.

[5] Породични закон РС (у даљем тексту ПЗ РС), Сл. гласник РС, бр. 18/05.

[6] Закон о мирном решавању радних спорова (у даљем тексту ЗМРРС), Сл. гласник РС, бр. 125/04.

[7] Закон о посредовању - медијацији, (у даљем тексту ЗОП), Сл. гласник РС, бр. 18/05.

[8] В. чл. 1. ЗОП, односно чл. 1. Закона о посредовању РЦГ, Сл. лист РЦГ, бр. 30/05., који не помиње посебно спорове из породичних и радних спорова, као ни спорове из управниоправних и кривичноправних односа, односно сужава поље примене Закона искључиво на спорове који се редовно решавају у парничном поступку.

[9] В. чл. 1/3. ЗОП, као и чл. 30/1. ЗМРРС.

[10] В. чл. 1/2. ЗОП .

посредник! Специфично је, у овом смислу, и решење према коме су странке у судском парничном поступку који је покренут поводом индивидуалног радног спора дужне да заједнички поднесу суду предлог за прекид поступка ако постоји идентитет чињеничног и правног основа у судском поступку и оног који треба да решава арбитар.[11]

Правничка прецизност би већ овде налагала да се разграничи неколико сасвим специфичних приступа мирном решавању спорова у грађанскоправним односима. Један уводи медијација из ЗПП и дела ЗОП,[12] која подразумева да је судски (парнични) поступак већ покренут подношењем тужбе, односно, мада ЗПП (чл. 327. и 328.) то изричито не предвиђа, да је већ заснована и парница (у складу са процесноправним ставом прихваћеним код нас, а унесеним у одредбу чл. 197. ЗПП, када је тужба достављена туженом) сходно чињеници да је медијација, такође, двостраначки поступак (као и парнични). Овај модел допуњава решење ЗОП, односно да се медијација спроводи по пријему одговора на тужбу или после одржаног припремног рочишта.[13] Такође, у погледу рока до кога суд може упутити странке на медијацију, ЗОП прихвата решење да се то може чинити све до правноснажног окончања спора.[14]

Други је онај из Закона о мирном решавању радних спорова, када мирење претходи судском поступку заштите, што потврђује и решење из одредбе чл. 441. ЗПП, односно да се судски (парнични) поступак у парницама поводом колективних уговора покреће уколико није успео поступак мирног решавања или арбитражом коју су образовали учесници колективног уговора. ЗМРРС уводи и арбитражно решавање индивидуалних радних спорова за које је поменуто да се судски поступак прекида по споразумном предлогу странака уколико постоји идентитет спора у чињеничном и правном смислу са спором који се поверава арбитру. Такође, овде је реч о институционализованом решавању спорова мирним путем, при чему је Агенција за мирно решавање спорова формирана, не како је то уобичајено за центре за медијацију у свету, као од власти потпуно независно тело, већ је то републички, односно државни орган. Претходни поступак медијације могућ је, наравно, и према одредбама ЗОП.[15]

Трећи, по свему специфичан, посебан поступак који се може генерички подвести под појам АРС, предвиђају одредбе Породичног закона РС о посредовању, односно мирењу и нагодби, уз претпоставку да је брачни спор

[11]В. чл. 30/2. ЗМРРС, сходно одредби ЗПП, чл. 214. т. 7., о прекиду парничног поступка када је то другим законом одређено.

[12]В. чл. 327-329. ЗПП и чл. 12-17. ЗОП, где препознајемо тзв. *court annaxed ADR*, односно алтернативни начин решавања спора уз активнију улогу суда, односно модел у коме је медијација на известан начин "зависна" од суда, односно реч је о тзв. "судовима придруженим облицима" *APC, Galic, op. cit.,* с. 53.

[13] В. чл. 12/2. ЗОП.

[14] В. чл. 12/3. ЗОП.

[15] В. поменути чл. 1/2. ЗОП.

тужбом већ покренут (односно заснована парница по логици на решење из поменутог чл. 197. ЗПП) и то тужбом за развод брака за поступак мирења, а тужбом за развод или за поништај брака, за нагодбу. У оквирима које посредовању одређује ПЗ РС најпрепознатљивији је облик АРС у коме државни суд има изузетно значајну улогу.

Већ и из овог општег погледа на допуштене видове АРС из појединих врста грађанскоправних односа следио би закључак да специфичности таквих односа условљавају и специфичност законом регулисаног поступка (у посебним законима), односно правила поступања суда или других органа који поступак мирног решавања спроводе, а да опште оквире одређује Закон о посредовању-медијацији. Како су, при томе, правила о медијација из ЗОП општа правила мирног решавања спорова из грађанскоправних (али и других побројаних односа, остављајући по страни арбитражно и решавање спорова пред избраним судом, посебно сталним арбитражама или избраним судовима, а из пословних односа у најширем смислу, собзиром да је то већ увелико традиционалан начин и алтернатива поступку пред трговинским судовима). Односно, правила о поступку медијације из ЗОП примењивала би се у свим оним споровима у којима нема посебних правила за њихово мирно решавање. Стога је и правила ЗОП неопходно шире елаборирати, а затим указати на специфична решења других поменутих прописа.

Треба истаћи, међутим, да су облици које овде помињемо увек у групи тзв. непрофитних АРС, те да нема посебних институција одвојених од државе, па и судске власти, којима би ове методе решавања спорова биле основна и једина делатност или би уз остале услуге нудиле и овај тип (нпр, адвокатска друштва). Ни Агенција из ЗМРРС није таква, већ је, заправо, владина институција.

## 1. Општа правила о медијацији

Поред набрајања врсте односа у којима настали спор може бити решен медијацијом (о чему је већ било речи), Закон о посредовању дефинише посредовање као сваки поступак, без обзира на његов назив, у коме стране желе да спорни однос реше мирним путем, уз помоћ једног или више посредника (медијатора), који странама помажу да постигну споразум.[16]

Добровољност поступка посредовања усвојена је као први и основни принцип преко тзв. изричите сагласности страна о спровођењу посредовања.[17] Оваква сагласност би се, у контексту, нпр., одредби о упућивању странака на посредовање од стране суда или управног органа, морала схватити у смислу

[16] В. чл. 2/1. ЗОП.

[17] В. чл. 3. ЗОП, али у посебним законима, ипак, постоје извесна ограничења овом принципу. Тако ЗМРРС, нпр., у делатностима од општег интереса, односно у делатностима у којима би прекид рада могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету већих размера, стране у спору су дужне да приступе мирном решењу колективног спора у складу са законом (чл. 18. ЗМРРС).

обавезе суда, односно управног органа, да захтева сагласност странака и када је он оценио да се спор може решити мирним путем.[18] Дакле, принуда на медијацију генерално није допуштена.[19] Она се противи њеном изворном смислу. И остала начела која усваја ЗОП су општеприхваћена за мирно решавање спорова: једнакост и равноправност страна, независно и непристрасно поступање медијатора, искључење јавности, односно приватност поступка, хитност и поверљивост.[20]

ЗОП низом одредби регулише услове и начин формирања тзв. Списка посредника које дефинише као треће, неутралне особе које посредују између страна у циљу решавања спора у складу са начелима посредовања. Избор посредника врше стране споразумно, или се у том циљу обраћају председнику суда, односно старешини другог органа ради одређивања посредника са Списка. Уколико странке не одреде споразумно посредника, после покретања поступка пред судом или другим надлежним органом, посредника одређује председник суда или старешина органа по редоследу из Списка. Предвиђено је и искључење и изузеће посредника, његова права и дужности, као и одговорност за штету.[21]

Када је реч о дужностима посредника, поред обавезе да без одуговлачења спроведе посредовање и да посредује на неутралан начин, без предрасуда у односу на стране и предмет спора, те да не може давати обећања нити гарантовати одређени резултат посредовања, треба упозорити на решење према коме посредник не може "да намеће странама решење" спора.[22] Ова одредба захтева, ипак, тумачење, собзиром на два модела медијације. Односно, то да не може да намеће решење не значи и да не може предлагати могући начин решења спора, што би одговарало тзв. евалуативној медијацији.[23] То би, у складу са правом медијатора да га странке упознају са околностима спорног односа, да му доставе потребне податке и своје виђење спорног односа и да му доставе доказе који омогућавају оцену медијатора да ли је постигнути споразум у складу са јавним поретком, значило да медијатор може странака износити и своје виђење

[18] В. чл. 327/1, односно чл. 329. ЗПП.
[19] Упореди са поменутим решењем из чл. 18. ЗМРРС, фуснота 17. у овом раду.
[20] В. чл. 4-7. ЗОП.
[21] В. чл. 18-27. ЗОП.
[22] В. чл. 25. ЗОП.
[23] Фацилитативна, наиме, не подразумева да медијатор износи могући предлог решења спора, већ само омогућава комуникацију међу странака, као и ефикасне преговоре подстичући их да пронађу решење спора и настојећи да свака од њих разуме у потпуности све аспекте спора, позицију друге стране, њене интересе, изјаве и предлоге. Евалуативна, супротно томе, подразумева активнију улогу медијатора који износи своје оцене о чињеничним и правним питањима спорне правне ствари, саопштава странкама каква би евентуално била одлука суда у тој правној ствари и предлаже сам начин на који треба спор да реше (концијилација). Његов предлог споразума није за стране, наравно, обавезујући, односно стране га могу прихватитити, одбити или допунити, односно изменити. В. о овоме, нпр., *DOMPCA Arbitration and Mediation Centre*, на сајту наведеном у фусноти 3. овог рада, у Водичу за медијацију овог Центра, као и *Galic, op. cit.,* стр. 61, односно фуснота 43. у том раду.

могућег решења, свој став о изнесеним чињеницама, предложеним доказима и правним аспектима спорне ствари, пре самог предлога начина за решење спора. Неодређени појам "намеће" из поменуте формулације, међутим, могао би условити и супротан закључак, да уопште не може да предлаже решење. Наиме, без обзира на то да медијација није судски нити управни поступак, медијатор је не само изабрана, већ, у нашој традицији још увек особа у "званичној" функцији, а не неко ко само помаже да странке изнађу решење конфликта без судског или управног, дакле у основи "крутог", формалног, често дугог и скупог поступка који може још више продубити конфликт у односима странки. Стога се чак и сам његов предлог споразума могао од страна схватити као "наметање". Стога је, вероватно, требало прецизирати да ли може, или не, да износи свој суд о чињеничним и правним питањима и сам предлог решења. Овако његова улога није прецизно одређена, мада се чини да, из поменутих права и дужности медијатора, може да се закључи у прилог тзв. евалуативне медијације, дакле шире улоге медијатора.

## 2. Медијација после покретања спора пред парничним судом

Посебним делом ЗОП као и одредбама ЗПП, предвиђена је и могућност медијације, као једне од метода АРС,[24] која би се по моделу који прихвата сврставала у судовима придружене облике медијације (види фусноту бр. 6). Већ у начину на који до поступка медијације може доћи, према овим одредбама, препознајемо значајну улогу суда, што свакако одговара нашој правној традицији у којој поступак пред судом, односно надлежним државним органом, и уз примену законских (императивних) правила процедуре, јесте још увек основни и општеприхваћен начин решавања конфликата различите врсте.

Тако, уз сагласан предлог странака, односно њихову слободну вољу да приступе медијацији, други законски начин је и по оцени суда. Изричитост формулације законских одредби које говоре о начину на који долази до медијације, која у оба закона има скоро идентичну садржину: "кад суд оцени *или* стран(к)е (сагласно) предложе" медијацију, суд упућује стран(к)е на поступак посредовања.[25] Употребљено "*или*", могло би навести на закључак да у случају да суд оцени да постоји могућност мирног решења спора није у обавези да провери сагласност странака о томе. Овакав закључак би био противан добровољности приступања посредовању и укупног тока овог поступка. Медијација у овом моделу је обавезна, што се противи природи и начелима овог приступа решењу конфликта.

[24] В. чл. 12-17. ЗОП и чл. 327-329. ЗПП.
[25] В. чл. 12/1. ЗОП и чл. 327/1. ЗПП .

У току трајања медијације, парница, већ заснована пре његовог отпочињања, не тече, односно суд доноси решење о застоју поступка.[26] У оба законска текста помиње се рок од 30 дана за окончање поступка медијације. Ипак, уочавамо несагласност два текста у погледу могућности да се поступак медијације продужи. Наиме, ЗОП такву могућност прихвата, по захтеву посредника или страна у спору, а одлуку о продужењу увек доноси суд (или други орган надлежан за решавање спора).[27] ЗПП изричито ограничава трајање медијације на 30 дана. Како је поменута одредба ЗОП управо део законског текста који регулише медијацију после покретања парничног поступка, остаје нејасно који законски текст има предност - парнични, који је општи процесни закон или ЗОП, који управо садржи општа правила поступка медијације. По рангу су иначе идентични - оба РС, односно државе чланице Државне заједнице, и оба на известан начин прописи општег карактера јер регулишу и начела и ток поступака и радње и низ других неопходних питања. С друге стране ЗОП је општи пропис о медијацији, а део ЗПП који се односи на медијацију је посебан, специфичан у односу на општу парницу, а нарочито у односу на посебне парничне поступке. Овакав став, као и логика самог прихватања медијације као модела АРС, указивала би на примат решења из ЗОП, односно могуће продужење, уз образложење да постоји могућност решења мирним путем, али дилеме остају.

Није то, међутим, једина дилема. Тако, ЗОП једним бројем одредби регулише, заправо, парничну процедуру, а није реч ни о каквом поседном парничном поступку. Односно, регулише извесна питања која би, по логици ствари, морала бити садржана у ЗПП: одредбе о упућивању на медијацију по пријему одговора на тужбу или после одржаног припремног рочишта; даље, да суд и у каснијем току поступка, све до правноснажног окончања, може упутити стране на медијацију; да ће, у поступку по жалби, судија известилац на предлог страна и уз њихову сагласност, упутити стране на поступак медијације и одредити рок од 30 дана за окончање овог поступка, а застати са поступком по жалби; да посредник у поступку по жалби може бити само судија, те да неуспех медијације, односно протек рока од 30 дана од упућивања на медијацију у поступку по жалби води увек наставку другостепеног поступка пред судом.[28]

У погледу начела поступка медијације и ЗПП прихвата она општа из упоредне правне праксе: искључење јавности, поверљивост и хитност. Што се предвиђене добровољности овог алтернативног метода тиче,[29] поменуто је већ да се би она морала да се подразумева и када суд оцени да је медијацијом могуће решити спор. Она се може разумети једино као слобода странака да не приступе

[26] В. чл. 219. ЗПП, о институту "застоја" парничног поступка и његовим последицама, односно дејствима решења о застоју.
[27] В. чл. 13/2. ЗОП.
[28] В. чл. 12/2, 3, чл. 13-15. ЗОП.
[29] В. чл. 329., односно уп. са чл. 327/1. ЗПП.

медијацији стога што нема о томе споразума, односно као неучествовање (недолазак на састанке са медијатором) или потпуно пасиван однос према настојању медијатора да се на састанцима разреши конфликт. Овакав закључак следио би из става да се не може принудити на поступак медијације нити наметати решења самог спора, односно да се и мере принуде било које врсте: да се прихвати медијација, да се долази на састанке, да се расправља и покуша наћи решење, противе изворном појму медијације као алтернативе поступку пред државним органом. У том смислу добровољност подразумева да се медијацији приступа само када су странке сагласне и да се спор решава њиховом "добром вољом", уз помоћ и сарадњу медијатора без обзира да ли је то фацилитативна или евалуативна медијација.

Поверљивост се односи како на законску забрану коришћења изјава и предлога странака и њихових пуномоћника из поступка медијације у поступку пред судом, тако и на "тајност" података, чињеница и сваког другог "процесног материјала" коју мора чувати, пре свих, медијатор, али и саме странке. У ЗПП нема изричите одредбе о могућности примене процесних казни у случају да се у потоњој парници ове забране прекрше, али би се могла претпоставити њихова примена. То да се "не смеју користити" изјаве и предлози могло би, наиме, да значи да њихово изношење подлеже правилима о злоупотреби процесних овлашћења, па и процесним казнама и накнади штете из ЗПП.[30] ЗОП, међутим, изричито забрањује суду да прихвати "информације, предлоге и изјаве изнете у току поступка посредовања и предлоге дате искључиво у сврху измирења уколико буду понуђени".[31] Ово упућује на закључак о екстензивном приступу начелу поверљивости у ЗОП, па је, тако, чак, тајност информација, изјава и предлога, односно забрана њиховог коришћена предвиђена без обзира да ли се парнични или други поступак води о спорном односу који је био предмет медијације или не. Истовремено, ЗОП даје могућност странкама да се одрекну тајности, односно поверљивости.[32]

Остаје нејасан, међутим однос обавезе странака да медијатору доставе све потребне "податке" и упознају га са "околностима" спорне ствари, према забрани изношења "информација" из чл. 6/2. ЗОП. Није сасвим јасно како ће суд решити спор ако нема поменуте "околности", а то може значити и "чињенице" пред собом, или ако нема "информације" уколико се под том подразумевају и неки докази. Терминологија коришћена у ЗОП није сасвим јасна у процесноправном значењу, што може довести до проблема у пракси. Чини се да је ограничење из чл. 6/1. ЗОП, односно да не могу бити тајне информације, предлози и изјаве ако се "морају открити у складу са законом, или у циљу примене или спровођења споразума о поравнању као и када то јавни интерес

[30] В. чл. 181/1, 3. чл. 182., чл. 185. ЗПП.
[31] В. чл. 6/3. ЗОП.
[32] В. чл. 6/1. ЗОП.

налаже", може условити потребу тумачења, односно и дилеме. Посебно, у контексту поменутих "чињеница" и "доказа." Решење из ЗПП, међутим, тиче се искључиво "предлога и изјава странака" што је процесноправно прецизно, не оставља дилеме из претходних реченица и било је довољно такву формулацију унети и у ЗОП.

Треба поменути да ни правила ЗПП о медијацији не дају јасан одговор о ком типу медијације је реч, о фацилитативној и евалуативној.

## 3. Споразум страна постигнут у поступку медијације

Одредбе ЗПП о овом споразуму недвосмислене су - то је вансудско поравнање које посредник доставља суду ради закључења судског поравнања.[33]

Собзиром на општост ЗОП који је обухватио медијацију у оба вида - претходну и ону када је судски или управни поступак већ покренут, текст је морао шире да елаборира и дејства самог споразума. Тако, у основи, дејство споразума зависи од воље странака и форме у којој је споразум закључен. Прихваћено је да он има дејство судског поравнања, као и у ЗПП, ако га на записник узме судија и након оцене сагласности са јавним поретком. Овакво ограничење није било потребно собзиром на изричитост одредбе ЗПП о забрани закључења судског поравнања у погледу захтева којима странке не могу располагати,[34] а која је, уз то, и шира од оне из ЗОП. Овде се морамо задржати и на решењу одредбе чл. 26/3. ЗОП, односно да су странке дужне доставити медијатору доказе потребне ради оцене да ли је постигнути споразум у супротности са јавним поретком. Оваквим решењем медијатору је дато овлашћење да у сваком случају цени сагласност споразума са јавним поретком. Односно он га не може прихватити, па, дакле, ни обавестити суд о њему, без овакве претходне оцене. Уколико се "унесе" у парницу и судија оцењује његову валидност собзиром на забрану из чл. 3/3. ЗПП.

Без обира, дакле, на даљи след, и ЗОП споразум прихвата увек као вансудско поравнање, под претпоставком да је у писаној форми и да није противан јавном поретку. Остаје нејасно шта се подразумева по обавезом медијатора да "обавести" суд пред којим је покренут парнични поступак о споразуму који је постигнут. Могло би то значити да се, по "обавештењу", чак и када споразум није противан јавном поретку, односно одредби чл. 3/3, странке могу противити да се о томе у форми записника закључи судско поравнање. И одредба чл. 328/2., у формулацији да вансудско поравнање "посредник доставља суду *pagu* закључења судског поравнања" мора се идентично тумачити. Наиме, и закључење судског поравнања, које није ништа друго до алтернативни начин

[33] В. чл. 328/2. ЗПП.

[34] В. чл. 322/4. ЗПП., односно чл. 3/3, о забрани располагања странака која су противна принудним прописима, јавном поретку и правилима морала.

решења спора, добровољно је. Без обзира на обавезу суда да у току поступка указује странкама на могућност његовог закључења и обавезу пружања помоћи у том смислу.[35] Стога, овде, два начина АРС следе један другоме, уколико странке такво шта сагласно желе. Ипак, уколико је споразумно решење пронађено у поступку медијације, странкама није у интересу да не закључе судско поравнање. Задржавање на нивоу вансудског може условити проблеме у извршавању преузетих обавеза по споразуму који није извршна исправа.[36] Стога и претходне дилеме немају практични значај.

Посебност, односно ново решење чија дејства нису сасвим јасна са процесноправног аспекта, педставља решење из одредбе чл. 16/7. ЗОП, односно да стране које нису постигле споразум у току поступка медијације због несагласности о правним питањима могу постићи писмену сагласност о чињеничним питањима која ће их обавезивати у даљем току поступка ако је оверена од посредника или другог овлашћеног органа и ако су се одрекле тајности података из овакве сагласности. Наиме, како овакав споразум има смисла само ако се прихвата и примењује, односно има дејство, у судском парничном поступку (одредба у ЗОП је лоцирана у делу који регулише посредовање после покретања парничног поступка), а ЗПП изричито предвиђа изричито тзв. уговоре са процесним дејством,[37] што упућује на забрану тзв. конвенционалног поступка, отвара се проблем валидности и прихватања споразума странака о чињеничним питањима од стране парничног суда. Наиме, овај споразум, мада није предвиђен одредбама ЗПП, има најважнију карактеристику уговора са процесноправним дејством - своје дејство "развија" у парници.[38] Дакле, могао би бити сврстан у ову групу парничних радњи странака. Ипак, у теорији парничног процесног права, собзиром на поменуту забрану конвенционалног поступка, број ових уговора је ограничен на оне које изричито регулише процесни закон.[39] Стога нема обавезе за парнични суд да га прихвати, он може обавезивати само странке које су га и постигле у поступку медијације. А како је сагласност постигнута о чињеничним питањима, могло би се једино претпоставити да странке, у парничном поступку који се наставља стога што "потпун" споразум није у току медијације постигнут, неће једна другој оспоравати постојање или истинитост чињеница о којима је постигнут споразум. Односно да неће отварати спор о таквим чињеницама те ће спречити њихово доказивање у парници. Ипак, то да их споразум ове врсте обавезује нема

[35] В. чл. 322/3. ЗПП.
[36] В. чл. 30. Закона о извршном поступку, Сл. гласник РС, бр. 125/04.
[37] То су: споразум закључен у току поступка да имовинскоправни спор, без обзира на вредност предмет спора, суди судија појединац (чл. 37/2.); споразум о месној надлежности (чл. 64.), споразум о изабраном суду (чл. 468а-487.) и судско поравнање са мешовитим материјалноправним и процесноправним дејствима (чл. 322-326.)
[38] В. нпр., Познић, Ракић-Водинелић, ГПП; Београд, 1999., стр. 151.
[39] В. Познић, Ракић-Водинелић, *ор. cit.,* стр. 152.

покриће у било каквој обавези парничног суда да реагује ако се он не поштује већ странке оспоравају једна другој чињенице о којима су се споразумеле. Уз то није јасна ни правна природа овог споразума па ни која би се материјална правила на њега примењивала у погледу обавезе поштовања. Сходна примена ЗОО о вансудском поравнању прихватљива је за "потпун" споразум, као и одредбе ЗПП за судско поравнање.[40] Из одредаба ЗОО које се односе на поравнање следио би закључак да овај споразум нема правну природу поравнања, стога што предмет поравнања могу бити само "*права*" којима се може слободно располагати. Предмет овог споразума свакако није никакво субјективно грађанско право.[41]

## 4. Мирно решавање спорова из радних односа

Решењима посебног Закона о мирном решавању радних спорова извршено је разграничење врсте радних спорова на колективне и индивидуалне спорове. Према оваквој подели успостављена су и правила поступка мирног решавања спорова, односно мирно решење (као генерички појам) раздвојено је на поступак пред Одбором за мирење (колективни спорови) и поступак пред арбитром (индивидуални спорови).[42]

За разлику од осталих поменутих прописа, овим Законом образована је Агенција за мирно решавање радних спорова,[43] тако да се поступак мирног решавања ових спорова заправо и покреће предлогом који се подноси Агенцији (заједнички или појединачно стране у спору).[44] Одбор за мирење чине по један представник страна у тзв. колективном спору и миритељ кога оне споразумно одреде, а арбитра, такође, одређују споразумно стране за тзв. индивидуалне радне спорове. [45] Стране у колективном спору су учесници у закључењу колективног уговора у складу са законом, а стране у индивидуалном спору су запослени и послодавац.[46] У случају да миритеља, односно арбитра, не одреде споразумно стране у спору, одредиће га директор Агенције. Закон, такође, предвиђа низом одредби услове које морају испунити лица која конкуришу за избор миритеља и арбитра, Именик који води Агенција, упис у именик којим се

[40] В. чл. 17. ЗОП.
[41] В. чл. 17. о примени одредби ЗОО на вансудско поравнање у поступку медијације, али и одредбе чл. 1089-1098. ЗОО (Сл. лист СФРЈ бр. 29/78; 39/85; 45/89; 57/89. и Сл. лист СРЈ бр. 31/93.), посебно чл. 1092., о предмету поравнања.
[42] В. чл. 20., односно чл. 30. ЗМРРС.
[43] В. чл. 7. и чл. 8. ЗМРРС.
[44] В. чл. 10/1,2. ЗМРРС.
[45] Колективни радни спорови, према ЗМРРС (чл. 2/1.), су спорови поводом закључења, измене и допуне или примене колективног уговора, остваривања права на синдикално организовање и штрајк, док су индивидуални радни спорови, у смислу овог Закона само они поводом отказа уговора о раду и исплате минималне зараде (чл. 3/1.).
[46] В. чл. 2/2. и чл. 3/2. ЗМРРС.

стиче својство миритеља и арбитра, као и брисање из Именика.[47] Предвиђени су и разлози за изузеће миритеља и арбитара, о чему одлуку доноси, такође, директор Агенције.[48]

Закон предвиђа низ правила поступка за решавање обе врсте радних спорова. Тако, миритељ, као председавајући Одбора, заказује расправу у колективним споровима у року од три дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора, обавештава стране о поднесеном предлогу и документацији, отвара и води расправу, може одвојено, ван расправе, прикупљати информације и друге податке од представника страна у спору, закључује расправу по окончању поступка мирења, а заједно са члановима Одбора који су представници страна у спору доноси препоруку о начину решавања спора. Препорука се може донети само једногласно, а ако није усвојена пет дана по закључењу расправе, миритељ има овлашћење да странама у спору самостално предложи препоруку о решењу спора. Препорука, међутим, по изричитој одредби Закона, не обавезује стране у спору. Страна у спору која не прихвати препоруку мора у року од три дана од достављања препоруке навести разлоге неприхватања. Тада миритељ распушта Одбор и наставља поступак мирења непосредним контактом са странака у спору. Улога миритеља у овим ситуацијама је даљи покушај да се организују састанци страна у спору, и да се расправљањем о предмету спора закључи споразум о решењу спора.

## 5. Посредовање као начин решавања брачних спорова

Породични закон РС, ако и ранији ЗБПО, предвиђа три тужбе којима се може покренути парнични поступак о брачном статусу: тужбу за развод, поништај брака и утврђење постојања или непостојања брака. Уз то, поступак се може иницирати и предлогом за споразумни развод брака.[49] При том брачни спор по изричитој одредби и елементарној логици постоји увек у случају подношења поменутих тужби. Само у брачном спору може се спроводити поступак посредовања, под претпоставком да је тужбу поднео један од супружника.[50] Односно, не и у ситуацијама када је тужбу за поништај брака поднео јавни тужилац или треће лице које има правни интерес да брак буде поништен.[51] Како брачни спор постоји и по тужби за утврђење постојања или непостојања брака, а ову тужби може, такође, поднети и јавни тужилац или треће лице које има јавни интерес, одредба чл. 230/1. морала је бити прецизнија. Ипак, објашњење даје одредба чл. 232/1., о томе да суд, по пријему "тужбе за поништење или развод брака" заказује рочиште за посредовање.

[47] В. чл. 38-47. ЗМРРС.
[48] В. чл. 48. ЗМРРС.
[49] В. чл. 210. ПЗ РС.
[50] В. чл. 230/1. ПЗ РС.
[51] В. чл. 212/1. ПЗ РС, а о овоме и Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005., стр. 173.

Поступак посредовања обухвата мирење и нагодбу.[52] Примена законских правила о мирењу, међутим, ограничена је искључиво на ситуацију када је брачни спор покренут тужбом за развод брака, а поступак нагодбе се спроводи у брачном спору покренутом тужбом за поништење брака, односно тужбом за развод брака, а мирење није успело.[53] Оваква регулатива сасвим је исправна и доследна, собзиром на специфичност законских разлога за поништење ништавог или рушљивог брака, односно последице које би опстанак оваквог брака, уколико би се допустило мирење имао. Мирење, наравно не би остваривало сврху ни у случају утврђења постојања или непостојања брака собзиром на егзактност доказа који овакве захтеве поткрепљују, односно собзиром на чињенице које се доказују, а тичу се постојања или непостојања законских услова за закључење пуноважног брака. [54]

Посредовање је потпуно добровољно, па се и не спроводи уколико један од супружника не пристане.[55] Спроводи га, по правилу суд, али није искључена надлежност органа старатељства, брачних и породичних саветовалишта, као ни других установа специјализованих за посредовање у породичним односима. Ипак, из одредби чл. 232., следио би неспоран закључак да суд мора да закаже једно рочиште за посредовање, а тек уколико, по препоруци судије појединца пред којим се ово рочиште одржава, супружници прихвате да се подвргну тзв. психо-социјалном саветовању, може се засновати (достављањем тужбе)

[52] Односно, посредовање обухвата поступак за покушај мирења (краће "мирење") и поступак за покушај споразумног окончања спора (краће "нагодба"). В. чл. 229. ПЗ РС.

[53] В. чл. 233. и чл. 240. ПЗ РС

[54]Види Познић, Ракић-Водинелић, ГПП, Београд, 1999., стр. 370. Ранији ЗБПО, међутим, није изричито помињао тужбу за утврђење непостојања брака, као што то управо чини ПЗ РС. Но, без обзира на то, теоријски је оваква тужба оправдана општом одредбом ЗПП којом је дефинисана тужба за утврђење постојања или непостојања спорног права или правног односа. Како нови ПЗ РС изричито допушта и негативну декларатorну тужбу за покретање брачног спора, остаје нејасно решење питања таквог, сасвим сигурно "брачног спора", односно последица које настају усвајањем оваквог тужбеног захтева, односно одлуком да брак не постоји. Без обзира на карактер предмета спора који, очигледно не допушта мирење, шта је са могућим предметом нагодбе после утврђења да брак не постоји. И шта практично носи овакав закључак суда собзиром да одредба чл. 30. ПЗ РС као начине престанка брака искључиво наводи, уз смрт супружника, још и поништење и развод, што је сасвим у складу са преображајним карактером ове две врсте тужби, односно декларацијом која је последица захтева да се утврди да брак постоји или не постоји. Остаје недоумица да ли је једини могући случај утврђујућег захтева онај из чл. 213/2. ПЗ РС, или је утврђујућа тужба, негативна или позитивна, генерално допуштена. У овој другој солуцији, допуштена је могућност престанка брака одлуком о одбијању захтева да се утврди да брак постоји, односно усвајањем захтева по тужби да се утврди да брак не постоји? Чак и да се не отвори питање могућности спровођења поступка нагодбе по оваквим тужбама, а предмет нагодбе је потенцијално могућ, односно потребно је постићи споразум о вршењу родитељског права и (или) споразум о деоби заједничке имовине, недоследност законодавних решења може створити проблеме у пракси, без обзира на фактичку ситуацију релативно ретких утврђујућих захтева у брачним парницама. Али, све је ово, ипак, дигресија на основну тему рада.

[55] За остале случајеве уп. чл. 230. т. 2,3,4.

надлежност једног од ових органа или установа. Стога посредовање које на овакав начин пројектује ПЗ РС суштински медијација у значењу које она има у државама које у оваквом начину спора имају дугу традицију, а то је поверавање посредовања специјализованим органима или установама.

Сврха мирења је да се "поремећени однос супружника разреши без конфликта и без развода брака",[56] па успех мирења води примени фикције повлачења тужбе за развод брака. Добровољност мирења потврђује и решење да неодазивање једног или оба супружника, по уредном позиву за мирење, значи и неуспех мирења те наставка поступка покушајем тзв. нагодбе. Дакле, "предмет" мирења искључиво је покушај да се брак одржи, односно поремећени односи у брачној заједници сагласно разреше, као и да са њима непосредно повезани односи са децом опет остваривају своју сврху. Закон инсистира на мирењу као начину разрешења конфликта супружника, па тако, уколико специјализовани орган или установа којој је поверено мирење не обавести суд о резултатима мирења, суд мора заказати рочиште за мирење у роковима из Закона.[57]

Неуспех мирења, односно парница покренута тужбом за поништење брака, воде тзв. нагодби. Сврха нагодбе, према изричитој законској одредби јесте да се "поремећени односи супружника разреши без конфликта након поништења или развода брака".[58] Стилизација ове одредбе Закона није сасвим доследна собзиром на ток брачног спора, односно поступка посредовања. Наиме, било да посредовање спроводи суд или специјализовани органи, односно установе, и било да је претходило мирење, у случају тужбе за развод брака, или је поступак покренут тужбом за поништај брака, брак престаје тек правноснажном одлуком суда о разводу, односно поништају. У оба случаја, Закон свакако то није хтео, неће се доносити претходно ова пресуда, па наставити поступак нагодбе. Уосталом, одредбе чл. 243. ПЗ РС, о уношењу постигнутих споразума о вршењу родитељског права, односно о деоби заједничке имовине у изреку пресуде о разводу или поништају брака, говори управо у прилог оваквог закључивања. Стога је нагодба или наставак поступка посредовања (код тужбе за развод, када мирење није успело) или једини део посредовања (када је спор о поништају брака). Дакле решење спора о брачном односу нераскидиво је повезано уз предмет нагодбе - вршење родитељског права и деоба заједничке имовине. О њима се одлучује једном одлуком.

Правила "поступка" посредовања, односно мирења и нагодбе, нису ближе одређена Законом. Стога су сасвим упоредива са поступањем медијатора, који, такође, нису лимитирани строгом процедуром. Супротно би значило круту процесну форму, у којој би оно што Закон одређује као "психо-социјално саветовање" губило смисао, односно праву сврху. А она се може постићи уз

[56] В. чл. 234. ПЗ РС.
[57] В. чл. 239/2. ПЗ РС.
[58] В. чл. 241. ПЗ РС.

ангажовање правог тима компетентних стручњака различитих профила.[59] Стога је ово "права" медијација у стандардном значењу овог термина, где је медијатор једно лице (или више лица) квалификовано за најужу област права везану уз предмет спора. Такође, у правним системима где је медијација већ стандардан поступак мирног решења спора заправо је незамисливо непоштовање постигнутог споразума о спорној ствари, тако да уколико је реч о било ком облику чинидбе коју ваља извршити скоро да нема потребе да се води судски извршни поступак. Овај облик није у нашој правној традицији, па ни овакво понашање страна у медијацији. Стога и ПЗ РС, као и ЗПП, успостављају медијацију са активном улогом суда и коначном судском одлуком (односно судским поравнањем) о предмету спора. Медијацији се приступа и по ПЗ РС како би се постигао њен основни циљ, очување, односно успостављања изнова, поремећених партнерских односа, односно, ако брак није на овај начин могуће очувати, споразумног решења односа који су нераскидиво повезани уз брак.

О значајној улози суда у поступку посредовања не говоре, међутим само поменуте одредбе о обавезном првом рочишту на коме ће се одредити, сагласношћу странака, да посредовање води неки од специјализованих органа или установа, као и она о обавезном рочишту за мирење пред судом када суд не добије у законском року обавештење о резултатима овако спроведеног мирења, већ и обавеза суда да процењује постигнути споразум родитеља о вршењу родитељског права. Суд, наиме, у изреку одлуке о поништају или разводу брака уноси директно овакав споразум само уколико је, према његовој обавезној процени, у најбољем интересу деце. Такође, и када о резултатима нагодбе није у законском року обавештен суд, он мора заказати рочиште за нагодбу.[60] Суд је, дакле, и иницијатор мирења и коректор неуспеху мирења и нагодбе пред специјализованим органима или установама.

## Уместо закључка

Алтернативне моделе решавања спорова из грађанскоправних односа уведене су низом нових законских текстова у нашу правну праксу. Закон о посредовању - медијацији, Закона о парничном поступку, Закон о мирном решавању радних спорова и Породични закон РС отварају широко могућност да се спорови из имовинскоправних, али и низа других грађанскоправних односа реше мирним путем, уз помоћ посредника, односно медијатора. То је увек неутрална и непристрасна особа (или више њих, односно тимови) стручних за одређену област правних односа, чији задатак није да самостално одлучује о конфликту. Понекад недовољно конзистентна решења ових прописа, од којих је на нека указано и у овом раду, а нарочито чињеница да између њих постоји

[59] Поњавић, *op. cit*., стр. 174.
[60] В. чл. 246/3,4. ПЗ РС.

временски дисконтинуитет у доношењу, који је, вероватно, и условио недоследности, могу створити проблеме у пракси. Стога је, вероватно, пут увођења АРС у наш правни систем на поменуте начине, морао бити "корак по корак", од општег прописа о медијацији, преко, даљих, специфичних решења појединих закона. Такође, било је нужно, посебно у пропису општег карактера, стриктно одредити моделе медијације, како према улози медијатора, тако и односу посредовања према судском парничном или другом поступку у коме се, иначе, решава спор.

Ипак, већ и бројност начина, али и модела који су законима уобличени, изузетно је значајна. Она ће, свакако, утицати на промену става укорењеног у нашој правној традицији да само надлежни државни орган може решити спор, растеретиће судове и друге органе, али ће, сасвим сигурно, допринети и јачању поверења, личних веза и односа, или пословних односа, између партнера у разноврсним грађанскоправним односима. Сасвим је сигурно да постојећу законску регулативу мора пратити и формирање правих центара за медијацију, општег типа, али и оних специјализованих.

*Dusica Palackovic, a full-time professor*

## PEACEFUL RESOLUTION OF DISPUTES IN CIVIL LAW CASES

Alternative models of resolvng disputes in civil law cases have been introduced into our legal practice through a serious of newly adopted laws. The Law on mediation, the Civil procedure law, the Law on peaceful resolution of labor law disputes and Family law of the Republic of Serbia which have been recently passed are now opening a wide range of possibilities for a peaceful resolution of property, family and other civil law disputes with the assistance of mediators. A mediator is always a neutral, impartial person, or a team of individuals, who are experts in certain fields of law whose job is not to independently decide on a conflicting situation. Some of these solutions are insufficiently consistent (which have been discussed in this work) and the fact that there is a time discontinuity in their introduction (which probably led to this inconsistency) may cause some difficulties in legal practice. Therefore, the way of introducing of alternative models of disputes resolving in our legal system should have been more gradual, starting form a more general law on mediation and arriving to more specific solutions in certain fields of law. Also, it was necessary, especially in the law of general character, to introduce clear and strict models of mediation based on the role of mediators and in relation to the civil law procedure in which a dispute is resolved.

Nevertheless, both the number and type of mediation models included in mentioned laws are of a great significance. They will certainly influence the change of the approach which had been deeply rooted in our legal tradition that only authorized state bodies can work on resolving of disputes. It will also relieve the pressure imposed on courts and similar institutions and strenghten trust and personal and business relations between partners entering various civil law agreements. The passing of these laws should be, of course, followed by establishing of legal mediation centers, of both general and specific types.

*Милан Марић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 347.91/.95*

# ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У ПАРНИЦИ

## Увод

Смисао судске функције у парничном поступку састоји се у расправљању и одлучивању о тужбеном захтеву као предмету спора. Пут од покретања судског поступка па до доношења мериторне одлуке дуг је и може захтевати доста различитих операција. Једна од њих настаје уколико је за решавање по тужбеном захтеву у једној ствари, односно за решавање тзв. главног питања, потребно претходно решити да ли постоји неко друго право или правни однос, тзв. претходно питање, од чијег решења зависи одговор на главно питање. То намеће потребу да се судовима дозволи да реше и она правна питања која нису предмет тужбеног захтева и за која иначе нису позвани или нису надлежни да их решавају.

Сходно напред реченом, предмет овог рада ће бити претходно питање са посебним акцентом на парнични поступак, као главни поступак у оквиру грађанског судског поступка.

## Појам и значај претходног питања

Претходно питање се може дефинисати као правно питање, односно да ли постоји неко право или правни однос који нису предмет спора и о којима није правноснажно одлучено од стране суда или другог органа, а од одговора на које зависи одлука суда о предмету спора, односно о главном питању.

Уколико покушамо да идентификујемо елементе појма претходног питања, они би били следећи: 1. претходно питање мора бити правно питање (постоји ли неко право или правни однос), 2. оно мора представљати самосталну правну целину, односно мора бити подобно за решавање као главна ствар у самосталном поступку, 3. од његовог решења мора зависити одговор на главно питање, па је зато условљавајуће, 4. о том питању као самосталном (главном), не сме постојати правноснажна одлука суда или неког другог органа пре него што се оно појави као претходно питање.

Од претходног питања треба разликовати процесне институте: упућивање на парницу, кад ванпарнични суд упућује на парницу уредно позвана лица која се нису јавила на рочиште или кад се међу њима не постигне споразум, у вези спора коме лицу припада депоновани предмет – чл. 219 ЗВП;[1] затим, упућивања на други поступак, ради утврђивања чињеница или права у вези са претходним питањем;[2] и упућивање на други поступак у поступку расправљања заоставштине, кад су међу странкама спорне чињенице од којих зависи право на наслеђе, право на легат или друго право из заоставштине и кад се наследници споре било о чињеницама било о примени права, а спор се односи: на имовину која улази у заоставштину и на захтев оставиочевих потомака који су са њим живели у заједници да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у повећању вредности оставиочеве имовине (чл. 119, 120 и 121 ЗВП).[3]

У теорији се срећу у вези са претходним питањем различите дефиниције, тако да се из њих не могу на први поглед видети бројне разлике практичне и теоретске природе, са којима се право на овом наизглед маргиналном подручју суочава. Ова материја је маргинална само са аспекта процедуре у чијем је центру пажње тужбени захтев. Тако схваћена парница, која је циљно оријентисана, основне проблеме везује за главни захтев, и тако на час занемарује свако питање које странке могу истицати у својим процесним репликама или које се намеће суду само по себи.[4]

Међутим, претходно питање као условљавајуће, се својом спорношћу намеће тако да без његовог претходног решавања није могуће решити предмет спора, односно главно питање. На тај начин проблем претходног питања тако намеће могућност ″кретања тока поступка у назад″, преласка са ″главне парничне ствари″ на ″споредну ствар″.[5] ″Споредна ствар″, која због своје условљавајуће природе постаје или може постати ″главна ствар″.[6]

На основу претходно реченог се може констатовати да је претходно питање са ″маргине циљно оријентисаног поступка″ укомпоновано, по својој условљавајућој природи у саму суштину, у основне институције парничног поступка а и других судских поступака.[7]

---

[1] Закон о ванпарничном поступку, ″Службени гласник Републике Србије″, 46/95. У даљем тексту ЗВП.
[2] Видети чл. 23 ЗВП.
[3] В. Рајовић, Грађанско процесно право, Београд, 2005. год., стр. 32.
[4] М. Салма, Претходно питање у грађанском судском поступку, Докторска дисертација, Нови Сад (необјављена), 1992. год. стр. 1 и 2.
[5] М. Салма, op. cit., стр. 2.
[6] М. Салма, op. cit., стр. 3.
[7] М. Салма, op. cit., стр. 4.

## Терминолошки аспект

У домаћој литератури користе се два термина: претходно питање и прејудицијелно питање, претежно као правни синоними.

Поред ова два термина користи се и израз инцидентно питање исто тако као правни синоним термина претходно питање.[8]

Домаћи законодавац (чл. 12. Закона о парничном поступку) користи термин претходно питање.[9] И остали закони код нас користе идентичан термин (нпр. Закон о општем управном поступку, чл. 134[10], а тако и Закон о кривичном поступку, чл. 213)[11]. Међутим, у домаћој теорији постоји мишљење да законодавац израз ″претходно питање″ користи само да би избегао употребу страног термина прејудицијелно питање, иако према истом мишљењу такви термини нису идентични.[12] Сходно изнетом мишљењу сматра се да су претходна питања она која хронолошки морају да буду решена пре главне ствари. Мада, треба истаћи да се наведено мишљење износи у оквиру теорије кривично процесног права.[13]

Неки аутори у домаћој теорији се у својим радовима на ову тему опредељују само за термин прејудицијелно питање, позивајући се на Законик о судском поступку у грађанским парницама из 1929. г. који иако дефинише претходно питање, не користи уобичајену терминологију за означавање овог института, већ га регулише у контексту ″међупредлога да се нешто утврди″.[14]

## Системи решавања претходног питања

У савременим правима могу се препознати три оваква система: систем потпуне везаности за одлуку надлежног органа, систем самосталног решавања претходног питања од стране органа пред којим се води поступак у коме се оно појавило, и трећи тзв. комбиновани, мешовити систем. Први је одлика француског, други немачког, а трећи аустријског и, по узору на овај, и нашег система процесног права.

---

[8] У немачкој и аустријској литератури такође се користе термини ″претходно питање″ и ″прејудицијелно питање″ док се у италијанској литератури поред ових термина користе и следећи: ″прејудицијелна тачка″, ″прејудицијелни спор″, ″прелиминарно питање″. Видети М. Салма, Претходно питање у грађанском судском поступку, Докторска дисертација, Нови Сад, 1992. год. стр. 19, 20 и 21.

[9] Закон о парничном поступку, ″Службени гласник РС″, 125/2004. У даљем тексту ЗПП.

[10] Закон о општем управном поступку, ″Службени лист СРЈ″, 33/97. У даљем тексту ЗУП.

[11] Закон о кривичном поступку, ″Службени лист СРЈ″, 70/2001. У даљем тексту ЗКП.

[12] Т. Васиљевић, Систем кривично процесног права СФРЈ, Београд, 1971. стр. 221.

[13] Т. Васиљевић, op. cit., стр. 222.

[14] Нпр. проф. др Б. Познић, проф. др С. Трива, проф. др Д. Аранђеловић, проф. др Ј. Јухарт.

Први систем се одликује обавезом органа пред којим се ово питање појави, да прекине поступак и сачека одлуку надлежног органа о том питању. Када буде правноснажно одлучено, таква одлука везује у потпуности и орган пред којим се претходно питање појавило. Овако решење је правно и најчвршће засновано, односно у највећој мери погодује правној сигурности управо тиме да се државни органи крећу у оквирима законске поделе надлежности. Ипак, оно води и одуговлачењу поступка и противи се начелу процесне економије.[15]

Други систем одликује то што је о сваком питању, без обзира на то у чију надлежност спада као главно, овлашћен да одлучује орган пред којим се то питање појавило као претходно, с тим да одлука има правно дејство у ствари у којој је то питање на инциденталан начин решено. Орган пред којим се такво питање појави не мора чекати да о претходном питању реши надлежни орган као главном. Ако је о том питању као главном донета правноснажна одлука, она не веже орган пред којим се то питање појавило као претходно. Овај систем осигурава функционалну самосталност органа надлежних да поступају у одређеној правној ствари, али излаже озбиљној опасности јединство правног поретка, које је угрожено могућношћу постојања садржајно различитих одлука које се односе на исти чињенични и правни фонд.[16]

Трећи, комбиновани систем настоји избећи недостатке екстремних система потпуне везаности и потпуне самосталности, а да у исто време искористи предности ових система. По овом систему сваки орган овлашћен је да одлучује о свим питањима од прејудицијелног значаја, без обзира на то је ли иначе за њихово решавање надлежан или није. Ако је надлежни орган већ одлучио о претходном питању као главном, онда је орган пред којим се то питање појављује као претходно везан за такву одлуку у границама њене правноснажности. О већ правноснажно решеном претходном питању орган пред којим се то питање јави не може одлучивати. Тако се отклањају неприлике које би могле настати, због обавезности правноснажних одлука, без обзира на уверење да одређено правно питање треба решити на други начин.[17]

## Која се питања појављују као претходна

Пошто је по законској дефиницији претходно питање оно питање о коме није правноснажно одлучено, то значи да такву природу може имати само питање које је подобно да чини предмет грађанског спора или да буде главно питање у неком другом поступку.

Најчешће је у парници претходно питање грађанско правне природе, што значи да би се о њему могло, као о главном захтеву, расправљати и одлучити по

[15] Д. Палачковић, Парнично процесно право, Крагујевац, 2004. год. стр. 54.
[16] С. Трива, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983. год. стр. 72.
[17] С. Трива, op. cit. стр. 75.

правилима парничне процедуре. Ипак, није увек тако. Сложеност правних односа може довести до тога, да оно може, по својој правној природи, бити такво да се о њему, иначе расправља по правилима кривичне, ванпарничне или управне процедуре. Претходно питање, може бити и изван стварне надлежности парничног суда који одлучује у поступку у коме се то питање појавило.[18]

## Како се претходно питање поставља

Претходно питање у парници може бити постављено на више начина, односно више је могућности да се парнични суд доведе у позицију да о њему мора да се изјасни.

Најпре то могу учинити странке, било тужилац, било тужени. Једна од странака може оспорити другој постојање условљавајућег односа, и то је и најчешћи начин. Странке то обично чине процесним приговорима.

Претходно питање може се поставити, и на тај начин трансформисати у главно питање путем тзв. инцидентног захтева тужиоца или прејудицијелне тужбе туженог. На овај начин претходно питање се може поставити само ако се ради о претходном питању грађанско правне природе.

Тако, тужилац може путем инцидентног захтева за утврђење тражити да се о постојању одређеног правног односа (који је међу странкама споран) одлучи као о предмету спора односно као о главној ствари, са дејством правноснажности. Овакав захтев има правну природу тужбеног захтева, а не обичног процесног предлога, па ће у случају повлачења тужбе суд бити дужан да о њему расправља и одлучује, ако тужилац има правни интерес за утврђење.[19] Постоји и супротно мишљење, по коме је инцидентни захтев несамостална парнична радња, што значи ако се тужба повуче или одбаци, суд не може да одлучује о овом захтеву.[20]

Захтев за утврђење у току парнице је нов законски термин, којим се овај појам први пут изричито предвиђа у закону.[21]

Тужени, с друге стране, може подизањем прејудицијелне противтужбе захтевати одлучивање о претходном питању са ауторитетом правноснажно пресуђене ствари. Због тога, прејудицијелна противтужба за туженог има исти значај који за тужиоца има инцидентни захтев за утврђење.[22]

Претходно питање може бити предмет разматрања суда независно од предлога странака, односно ex offo, уколико се без одговора на претходно питање не може решити главно питање. [23]

---

[18] Видети, Д. Палачковић, op. cit. стр. 54.
[19] Б. Познић и В. Ракић – Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 1999. год., стр. 189.
[20] Видети, Г. Станковић, Грађанско процесно право, Ниш, 1998. год., стр. 342.
[21] Видети чл. 189 ЗПП.
[22] М. Живановић: ″Прејудицијелна противтужба″, Правни живот, бр. 3-4, Београд (1993) стр. 365.
[23] Видети, Б. Чалија и С. Омановић, Грађанско процесно право, Сарајево, 2000. год., стр. 45.

## Надлежност и начини за решавање претходног питања

### Надлежност

Закон проглашава принцип да о претходном питању решава сам парнични суд (чл. 12. ст. 1, ЗПП). Правно политичко оправдање за ово законско решење треба видети у тежњи да се парница не одуговлачи чекањем да претходно питање добије свој одговор у другом поступку. Правило надлежности парничног суда важи без обзира на правну природу претходног питања. Од предњег принципа судска пракса оправдано одступа када се ради о парници по тужби за законско издржавање детета. Питање очинства се не може у таквој парници инцидентно решавати. Исти став постоји и кад се, као претходно поставља питање брачног статуса.[24]

Међутим, поменути принцип о надлежности парничног суда за решавање претходног питања, не значи да парнични суд мора увек сам да решава о претходном питању. Наиме, могуће је да је то питање, у време кад се у парници поставља, већ предмет спора у другој парници пред истим или другим судом или да је оно у то време, као главно питање предмет поступка пред неким управним или другим јавним органом. У таквој ситуацији парнични суд има пред собом две могућности: он може да на претходно питање сам одговори или може да прекине поступак који пред њим тече и да сачека исход оног другог. На који ће од ова два начина парнични суд да поступи, ствар је оцене целисходности. Ту оцену он даје према околностима једног и другог поступка. Опасност од противречних одлука упућује обазривог судију на прекид поступка, а на другој страни тежња за бржим развојем парнице може да буде претежнија. [25]

## Начини за решавање претходног питања

### Када о претходном питању одлучује сам парнични суд

Ако надлежни државни орган није донео одлуку о питању које се у парничном поступку појављује као претходно, тада парнични суд има овлашћење да о том питању одлучује, али само као о претходном питању. Дејство одлуке коју суд донесе о том питању исцрпљује се доношењем одлуке о главном питању, које је предмет спора.

Ставови парничног суда о претходним питањима о којима не доноси пресуду не могу постати правноснажни. Они се износе у образложењу пресуде,

[24] Б. Познић и В. Ракић – Воднелић, op. cit. стр. 208.
[25] Ibidem, стр. 208.

представљају аргументе којима суд оправдава одлуку о тужбеном захтеву. Правноснажност се не односи на премисе силогизма као самосталне целине, него на конклузију која произилази из премиса, и то само ако је унесена у диспозитив одлуке, па само утолико и на саме премисе. Став о претходном питању представља елемент premissae minor силогизма у коме је одлука о основаности тужбеног захтева conclusio. Овај став, иако сам за себе представља conclusio о постојању прејудицијелно значајног односа, не може да стекне својство правноснажности као самостална правна целина.[26]

Кад парнични суд сам решава претходна питања, а она могу бити из надлежности других судова и органа, у оваквом случају не постоји сукоб надлежности, пошто парнични суд о претходном питању заузима само став а не доноси мериторну одлуку, и самим тим не спречава надлежни суд да о истом питању поступи и да донесе мериторну одлуку. Ако парнични суд сам одлучи да решава о претходном питању, онда је такво решење интерно, има дејство само у текућој парници. У новој парници у којој се такво питање постави као главни захтев, странка неће моћи успешно да истакне приговор правноснажно пресуђене ствари и спречи одлуку о том питању.

Пред парничним судом се поред претходних питања грађанско правне природе могу појавити и условљавајућа питања из кривичног или управног права. Уколико се парнични суд не определи да прекине поступак и сачека одлуку о овим питањима пред надлежним судом, он онда мора самостално решити таква питања.

Иако одлука парничног суда да сам реши претходно питање има за циљ да спречи одуговлачење поступка, ипак таква одлука условљава и потенцијалну опасност да други суд или други надлежни орган, по спроведеном поступку у коме је то питање имало ранг главне ствари, донесе одлуку супротне садржине. Постојање овакве правноснажне одлуке представља разлог на основу кога се може захтевати понављање парничног поступка.

## Случајеви када долази до прекида поступка

Уколико суд одлучи да сам не решава претходно питање, тада ће донети одлуку о прекиду поступка (чл. 215 ст. 1. ЗПП).

Прекид поступка је једна од процесних степеница, пута за решавање претходног питања и то за случај да се парнични суд није одлучио да претходно питање сам реши, или ако је закон изричито предвидео обавезан прекид. Тада се прекид користи да би надлежни суд условљавајући однос решавао у самосталном поступку. Тај суд или орган се о претходном питању изјашњавају у диспозитиву пресуде или решења, које стиче својство правноснажности.

[26] С. Трива, op. cit. стр. 503.

Суд може да прекине парнични поступак који пред њим тече, и да сачека окончање поступка пред надлежним органом, ако је овај поступак већ у току, а у коме претходно питање има природу главне ствари. Тада ће се парница наставити када се правноснажно оконча поступак пред надлежним органом или кад парнични суд нађе да више не постоје разлози да се чека његов завршетак. Но, и у овој варијанти парнични суд се може определити да не прекида поступак и да сам реши претходно питање са важношћу само у текућој парници. Избор зависи од оцене парничног суда шта је најцелисходније за текућу парницу.

Специфичан је случај прекида поступка кад суд одлучи да сам не решава претходно питање, а о њему као о главној ствари још увек не тече поступак пред надлежним органом. Тада суд, по правилу, одлаже расправу, ако странка у чијем је то интересу, изјави да ће покренути тај други поступак, и оставља рок странци за његово покретање. Када странка у остављеном року достави парничном суду доказ да је поступак покренула, суд прекида парницу која пред њим тече до достављања правноснажне одлуке о питању од прејудицијелне важности. Непоштовање налога суда и рока води наставку поступка и самосталном решавању претходног питања од стране парничног суда.

Ако се у току парнице појави сумња да је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности, суд је дужан поднети кривичну пријаву а може одредити прекид поступка ако одлука о предмету спора зависи од постојања таквог дела и одговорности учиниоца, нарочито ако се појави сумња да је сведок или вештак дао лажан исказ или да је исправа која је употребљена као доказно средство лажна. Застој до окончања кривичног поступка може бити одређен и ако настане сумња да је кривично дело учињено у самој парници.

Када се као претходно питање појави питање брачног или родитељског статуса, онда се парница поводом које су се јавила оваква претходна питања прекида, а странке упућују да питање тог статуса реше у посебним парницама.

У нашем праву прекид поступка може да буде факултативан, осим у случајевима када је он по закону обавезан, као у питањима која се тичу брачног и родитељског статуса. Одлука о прекиду поступка представља радњу суда усмерену на управљање током поступка и доноси се у форми решења. Против решења о прекиду може да се изјави посебна жалба која не одлаже спровођење одлуке о прекиду. У случају да суд не прихвати предлог странке за прекид, против тог решења у нашем праву није допуштена посебна жалба.[27]

У погледу наставка прекинутог поступка, постоји дилема да ли је потребна правноснажна или неправоснажна одлука. Неправоснажна одлука не делује прејудицијелно, већ је њено дејство ствар оцене суда. Да би одлука надлежног органа деловала прејудицијелно, она треба да је правноснажна. Тиме је одређен тренутак наставка поступка, другим речима, наставак прекинутог поступка

[27] Видети чл. 218 ст. 1 и 2. ЗПП.

долази у обзир тек после наступања правноснажности одлуке надлежног органа о условљавајућем односу.[28]

Суд може да настави поступак иако нађе да не постоје разлози да се сачека завршетак другог поступка. (Нпр. надлежан поступак траје предуго, а суд је иначе овлашћен да о претходном питању сам заузме став)[29].

## Везаност суда правноснажним одлукама

У случају када је о условљавајућем односу решено мериторно, тада одлука о претходном питању улази у диспозитив судске одлуке и стиче својство формалне и материјалне правноснажности.

Везаност суда правноснажном одлуком постоји само у границама њене објективне и субјективне правноснажности, тако да о свим чињеницама и правним питањима која нису обухваћена правноснажношћу одлуке, суд у парници може решавати као о претходном питању, независно од тога јесу ли били разматрани у правноснажно окончаном поступку.

Парнични суд је увек везан правноснажном одлуком парничног суда или управног органа. Овакав закључак произилази из одредбе закона која каже да парнични суд може сам решавати претходно питање, а такво је оно о коме нема правноснажне одлуке.

Што се тиче правноснажне одлуке кривичног суда, у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца, парнични суд је везан правноснажном пресудом кривичног суда којом се оптужени оглашава кривим.[30] Из овакве формулације се може извести закључак да ослобађајућа пресуда не везује парнични суд што је довело до одговарајућих недоумица у теорији.

Грубиша износи занимљиво становиште по коме је парнични суд везан и ослобађајућом пресудом кривичног суда, али само у границама у којима је таква пресуда релевантна за суђење у одређеној грађанској ствари.[31]

Што се тиче ослобађајуће пресуде кривичног суда, не може се прихватити став да она не обавезује парнични суд. Наиме, нема никаквог разлога ослобађајућу кривичну пресуду третирати другачије од било које друге мериторне одлуке суда или другог органа.[32] Треба истаћи, да ослобађајућа пресуда кривичног суда представља мериторну одлуку којом се од стране јединог надлежног за то органа решава негативно, питање постојања кривичног

[28] М. Салма, op. cit. стр. 231-232.
[29] Видети чл. 217 ст. 1. ЗПП.
[30] Видети чл. 13. ЗПП.
[31] М. Грубиша: ″Прејудицијелна питања у парничном и управном поступку.″ Наша законитост, бр. 5. Загреб (1966), стр. 363.
[32] Видети, С. Зуглија и С. Трива, Коментар закона о парничном поступку, Загреб, 1957. год., стр. 36.

дела и кривичне одговорности, па стога и она везује парнични суд у границама правноснажности.[33]

## Закључак

Тежња сваког правног поретка је координација одлука различитих државних органа, непротивуречност правног система у његовој практичној примени, правна сигурност и тежња за објективном истином. Чини се да су ове тежње често међусобно супротстављене. Ако се полази од захтева за непротивуречношћу одлука различитих органа, онда је најбоље сачекати одлуку надлежног органа. У практичној примени права, томе се супротставља разлог економичности. С друге стране, решење претходног питања у ненадлежном поступку доводи до могућности противуречних одлука различитих органа о истом питању.

И поред свих наведених проблема, намеће се неминован закључак да је институт претходног питања кључ за решење наведених проблема. Из саме дефиниције претходног питања се види, да уколико се оно не реши не може бити решено ни главно питање, чиме би било доведено у питање остварење суштине судске функције, што никако не сме бити дозвољено.

[33] О. Јелчић: ″Претходно или прејудицијелно питање у парници.″ Наша законитост, бр. 9-10. Загреб (1989), стр. 1233.

*Milan Maric, an assistent beginner*

## INTERLOCUTORY QUESTION IN CIVIL SUIT

Subject of this work is interlocutory question in civil suit as main proceding among judicial civil proceedings.

Beside the introductive part that was given generally and followed by the part about idea and significance of interlocutory question, this work also analyses problem of synonymous terms refering to interlocutory question. This work is developing in the course of exposing system that operates with the interlocutory questions, and situations where those questions can appear.

The special part of this work deals with matter of jurisdiction and the way of solving the interlocutory question problem. These problems are considered separately.

The final part of the work emphasizes the difficulty on this matter expressing the attitude and conclusions of the author.

*Вељко Влашковић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 341.231.14-053.2*

# ПРАВО НА МИШЉЕЊЕ ДЕТЕТА

*"Ја не бирам оно што имам. Не бирам, у ствари, ништа, ни рођење, ни породицу, ни име, ни град, ни крај, ни народ, све ми је наметнуто..... Због страха од празнине, од свијета без мене. Ја га отимам, ја му се намећем..."*

*Меша Селимовић*
*"Тврђава"*

Право на мишљење је једно од најсложенијих и најзначајнијих права детета. Разлог за ово треба тражити у чињеници да оно обухвата овлашћења за које законодавац тешко може дати исцрпан списак, као и што представља предуслов за вршење осталих права детета. Истовремено, право на мишљење је нераскидиво уткано у остала права која се признају детету. Како, уосталом, дете може да одлучи коју ће средњу школу похађати или дати пристанак на медицински третман ако се његовом мишљењу одриче правно дејство. Сликовито би се могло рећи да оно представља извор осталих права детета. На тај начин отвара се простор судској пракси да конституише и нека нова права детета, поред оних законом изричито предвиђених. У том смислу се право детета на мишљење назива једним од најважнијих начела у области права детета,[1] односно "фундаменталним начелом породичног права".[2]

Право детета на мишљење поставља дете у средиште односа родитеља и деце. Оно представља оличење једног новог концепта по којем се детету признају нова права "која подразумевају аутономно вршење и која изражавају слободу личности и њено самоодређење".[3] Поготово ако се зна да је ово право је признато императивном нормом Конвенције о правима детета из 1989.[4] Право

[1] О овоме видети: Н. Вучковић Шаховић, Право детета и међународно право, Београд 2000, стр. 27.
[2] www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf2/Sweden.pdf, стр. 9.
[3] М. Јањић Комар, М. Обретковић, Права детета - права човека, Београд 1996, стр. 14.
[4] Конвенција о правима детета усвојена је од стране Генералне Скупштине Уједињених Нација Резолуцијом бр. 44/ 25 од 20. новембра 1989. Ратификовале су је готово све државе чланице Уједињених Нација. Наша земља је то учинила 1990. године Законом о ратификацији Конвенције

детета на мишљење је тако постало једно универзално право, па је престала потреба да се оно проглашава "моралним" или "природним" правом, независним од правног поретка. Заправо, може се рећи да су овакви ставови испунили свој циљ - довели до признавања права детета, међу којима је и право детета на мишљење.

Какав је био пут до признања права детета на мишљење, прво је питање које тражи одговор. Појам и садржина овог права детета могу се разумети само уз осврт на правне и друштвене прилике које су довеле до његовог настанка.

## I Пут до признавања права на мишљење детету

Признавање одређених права везано је по правилу за сазревање одговарајућих прилика у друштву. Тако се до краја седамдесетих година прошлог века тешко могло говорити о посебним правима детета. Посебно је било незамисливо признати право детету да учествује у утврђивању свог најбољег интереса.[5] Идеја о правима детета, ипак постепено продире и ствара се подлога за одговарајућу правну регулативу на међународном плану. Идеја се афирмисала преко усамљених ставова које су браниле присталице природног права и поједини психолози, да би своју нормативну подлогу добила у већ поменутој Конвенцији о правима детета. Поред ових, постоје и други фактори који су довели до признавања права детета. Међу њима су посебно, чини се, значајни: промењено схватање детињства као социолошке категорије, разликовање права детета унутар општих људских права, еволуција појма родитељског права. Поменути чиниоци су посебно допринели признавању права детета на мишљење као праву које је најрадикалније изменило дотадашње односе родитеља и деце.

Измењена представа о детињству била је главна покретачка снага будућих промена. Само детињство је тешко дефинисати, с обзиром да су схватања о деци, њиховој зрелости и улози у друштвеном животу просторно и временски различити. Преовладавало је, ипак, схватање да су родитељи ти чији је првенствени задатак и право да штите интересе деце.[6] Постепено се напушта принцип о јасној граници између света одраслих и деце. Детињство престаје да се посматра као период неспособности и незаштићености деце која не умеју препознати своје интересе, чије жеље не одсликавају оно што је за њих и најбоље.[7] Еволуцији појма детињства допринело је и увођење начела заштите најбољег интереса детета у породично право. Увиђа се да ово начело није у

Уједињених Нација о правим детета објављеним у "Службеном листу СФРЈ", Међународни уговори бр. 15/1990.

[5] Видети Н. Вучковић Шаховић, op. cit, стр. 27.

[6] Против оваквог виђења детињства у теорији се износи интересантно запажање како "детињство дефинишу одрасли, а не деца"., Исто, стр. 19.

[7] У овом смислу: М. Јањић Комар, М. Обретковић, op. cit. стр. 13.

супротности са правом детета да изрази своје мишљење. Напротив, у праву детета на мишљење препознаје се заштита најбољег интереса детета. Детињство се све више почиње доживљавати као фаза развоја људске личности, припрема за будућа животна искушења. Таква искушења ће човек касније теже савладавати ако му у детињству није било омогућено да се изрази, да преузме део одговорности за своју судбину.

Од значаја за признавање права детета на мишљење јесте и разликовање права детета унутар општих људских права. Наиме, у почетку се сматрало да се права деце могу штитити и посредно, преко категорије људских права. Увидело се, међутим, да због нарочитих психофизичких својстава детета ово није довољно. Поготово је било важно конституисати једно ново право детета које би му омогућило да узме учешћа у стварима које га се тичу. Тако се право детета на мишљење, поред осталих права детета, нашло у каталогу права изричито предвиђених Конвенцијом о правима детета.

Коначно, пут до признавања права детета на мишљење морао је ићи у корак и са еволуцијом појма родитељског права. Основни циљ коме се тежи - да се чује и глас детета у односима који га се тичу, остваривао се напоредо са ограничавањем, или боље речено трансформацијом родитељских права. Зато се и каже како "вођење рачуна о правима деце постаје једини канал преко кога се врши интервенција државе у ограничавању права родитеља".[8] Родитељско право се престаје означавати као власт над дететом. Оно постаје истовремено и право и дужност родитеља у односу према деци. У овом смислу родитељско право дефинише и нови Породични закон Републике Србије.[9] У закону се даље каже како родитељско право постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета. На тај начин само родитељско право се ставља у други план. Овакво законодавно решење се заснива на теоријском схватању да се права детета деле на права у корист детета и права детета у ужем смислу.[10] Истиче се да су обе врсте права настале као последица уважавања двеју различитих социјалних потреба везаних за детињство. Право у корист детета (родитељско право) настало је из потребе за физичком, социјалном и емоционалном сигурношћу детета. Права детета настала су из потребе за развојем детета.[11] Тако је настало и право детета на мишљење.

[8] З. Поњавић, Прекид трудноће - правни аспекти, Крагујевац, 1997, стр. 8.
[9] Видети чл. 67. Породичног закона Републике Србије, објављеном у "Службеном гласнику Републике Србије", бр. 18/2005.
[10] У том смислу се и дефинишу права детета као "низ захтева различитих категорија, који се постављају у корист деце или од стране њих самих." М. Обретковић, "Шта су то права детета", Права детета у свету и Југославији (приредила Н. Вучковић, Шаховић), Београд, 1997, стр. 19.
[11] Видети М. Обретковић, исто, стр. 18.

Признавање права детета на мишљење, као што је речено, везује се за 1989. годину и доношење Конвенције о правима детета.[12] Норме ове Конвенције даље су разрађиване регионалним међународним актима и унутрашњим законодавством, о чему ће касније бити више говора.

## II Појам, садржина и правна природа права детета на мишљење

Право на мишљење детета је субјективно, лично и сложено право, које има за предмет мишљење детета. Оно се остварује, пре свега, према родитељима, али и свим другим лицима и органима који доносе одлуке од значаја за дете. То значи да се ово право може остваривати и изван породице. Реч је о субјективном праву чији је титулар дете, па према томе и ималац захтева у случају повреде овог права. Право на мишљење детета је лично право. Више аргумената говори томе у прилог. Најпре, јер се не може путем правног посла преносити на трећа лица.[13] Сходно томе, дете се не може пуноважно одрећи овог права, нити овлашћења које оно обухвата, нити поменуто право застарева. Такође је лично јер за свој објекат има лично добро, а то је мишљење детета. Коначно, право детета на мишљење је лично и зато што се не може изразити у новцу. Оно припада оној групи личних права која се могу вршити само предузимањем одговарајућих радњи.[14] Стога су сва лица која одлучују о правима и интересима детета, дужни детету омогућити остваривање овог права. Право детета на мишљење је и апсолутно према свом дејству, јер делује према родитељима или старатељима, али и свим трећим физичким и правним лицима. Право на мишљење детета је, међутим, релативно у погледу могућности његовог остваривања. Оно се може вршити само уз поштовање ограничења неопходних

[12] Конвенција УН о правима детета је први међународни акт обавезујућег карактера који је целом својом садржином уређивао права деце. Вреди, међутим, поменути и неке међународне споразуме који су утирали пут поменутој Конвенцији. На пр, Женевска Декларација Лиге Народа из 1924 (прокламован принцип опште одговорности за децу и уведено право да се поштује личност и достојанство детета), Декларација УН о правима детета из 1959. Ова последња се састоји из десет принципа у којима се само у траговима и на посредан начин уочава потреба да се омогући детету изражавање мишљења.

[13] Непреносивост права на мишљење детета није последица само личноправног карактера овог права. Наиме, родитељи, старатељи или нека друга лица не могу вршити ово право уместо детета, јер би то представљало његову потпуну негацију.

[14] Према подели личних права коју даје проф. Водинелић, а преузимају је још неки правни писци, лична права се деле на она која представљају саставни и неодвојиви део личности и она која су опредмећени делови личности. Прва група личних права (на пр, право на живот) врши се самим њиховим постојањем, без посебне радње титулара. Друга група, којој припада и право детета на мишљење подразумева предузимање одређених радњи у циљу његовог остваривања. Видети: О. Станковић, В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд, 1996, стр. 122.

ради поштовања права других, најчешће родитеља.[15] Најзад, у питању је сложено право које у себи обухвата више ужих права (овлашћења).

Позитивно породично право Србије изричито предвиђа право детета на мишљење као субјективно право које се састоји из три ужа права (овлашћења). То су: право да дете које је способно за расуђивање слободно изрази своје мишљење, право да благовремено добије обавештења потребна за формирање мишљења и право да се његовом мишљењу посвети дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са годинама и зрелошћу детета.[16]

Право детета способног за расуђивање да слободно изрази своје мишљење, готово дословно је преузето из чл. 12. Конвенције УН о правима детета.[17] Истим чланом је уређено и право детета да се његовом мишљењу посвети дужна пажња.[18] Право детета да добије потребна обавештења је преузето из чл. 3. ст. 2. Конвенције о остваривању дечјих права из 1996. године.[19] У односу на поменути документ наш закон је ово право проширио на све поступке у којима се одлучује о правима детета, а не само на судски поступак.[20]

Прво уже право (овлашћење) из састава права детета на мишљење које наш закон наводи јесте право на слободно изражавање мишљења. Детету, способном за расуђивање, треба омогућити да без притисака и наметања туђих ставова формира своје мишљење. Ово ће тешко бити остварив у пракси. Познато је да дете често формира свој суд о нечему на основу става својих родитеља или окружења. Стога је потребно да одговарајући органи који у судском или управном поступку доносе одлуке од значаја за дете утврђују у којој мери је изнето мишљење заиста детиње. Тако ће ставови детета бити вредновани на прави начин.[21] На ово судове и управне органе обавезује и начело заштите најбољег интереса детета.

---

[15] Видети М. Драшкић, "Права детета: Југославија и Конвенција Уједињених Нација о правима детета, Права детета у свету и Југославији (приредила Н. Вучковић Шаховић), Београд 1997, стр. 71 - 72.

[16] Право детета на мишљење код нас је предвиђено у чл. 65. Породичног закона.

[17] "Стране уговорнице ће обезбедити детету које је способно да формира мишљење право да своје мишљење слободно изрази у свим стварима које су од утицаја на дете..."

[18] "...а мишљењу детета даће се значај у складу са узрастом и зрелошћу детета".

[19] Конвенција о остваривању дечјих права је донета 25. јануара 1996. године од стране Савета Европе у Стразбуру. У чл. 3. ст. 2. поменуте Конвенције предвиђена су овлашћења која обухвата право на мишљење детета у судском поступку. Тако је, између осталог признато и право (овлашћење) детета да буде упознато са свим релевантним информацијама да би могло да формира своје мишљење

[20] Видети чл. 65. ст. 2 и 4. Породичног закона Републике Србије.

[21] Потврда изреченог може се наћи у упоредној судској пракси. На пр, Врховни суд Русије, у свом Упутству бр. 10 од 27 маја 1998. године налаже судијама да испитају да ли су странке у парници прекомерно утицале на дете, је ли дете свесно својих интереса и на основу чега је формирало своје мишљење.

Према слову закона дете има право да изрази своје мишљење у свим могућим случајевима који се њега тичу. Већина законодавстава право на изражавање мишљења признаје да би се остваривало у неким конкретним односима, као што су: одређивање пребивалишта детета, питање образовања, одржавања личних односа са родитељима, доношење одлуке о родитељском старању. Заједнички именитељ свих ових односа је да су они личне природе, односно да се односе на лична права детета. Наш закон, међутим даје шире одређење у смислу да су то сви односи који се тичу детета и у којима се одлучује о његовим правима.. Заиста, чини се, да је тешко рећи "које имовинско питање између родитеља се истовремено не тиче и малолетника".[22]

Поред права на слободно изражавање мишљења, дете је титулар права на благовремено добијање обавештења потребних за формирање мишљења. Вршење овог права представља предуслов успешног остваривања права на мишљење детета. Оно се по природи ствари мора вршити пре осталих права које обухвата право детета на мишљење. Као такво, право детета на добијање потребних обавештења не би могло постојати само за себе, изоловано. Оно представља једно помоћно средство, гарант да ће вршење осталих права из корпуса права детета на мишљење, а самим тим и права у целини, имати смисла. Овде се, међутим, поставља још једно питање. Ко је дужан давати детету обавештења потребна за формирање његовог мишљења и како спречити да та лица своју дужност не злоупотребљавају. Ако се има у виду да је дужност информисања детета о одговарајућим чињеницама превасходно на његовим родитељима, чији интереси су често супротстављени, онда је јасно у какву се ситуацију може довести дете. Они често могу прећуткивати поједине чињенице или их пристрасно износити. Суд или други орган не мора уважити мишљење детета, али ће очигледно правни значај тако исказаног мишљења бити већи ако је дете обавештавано о одговарајућим чињеницама на непристраснији начин, односно ако му је на располагању стајало више информација. Стога би детету можда требало поставити колизијског старатеља у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима. Треба рећи да би његов задатак у оваквим ситуацијама био веома тежак. Од колизијског старатеља би се захтевала велика стручност и прецизност у погледу начина упознавања детета са одговарајућим чињеницама. Све друго би представљало незахвално задирање у интимност једне породице.

Коначно, Породични закон предвиђа као део права на мишљење и право детета да се његовом мишљењу посвети дужна пажња у свим поступцима који га се тичу. Ово уже право може се наћи у већини европских законодавстава. Оно представља у ствари општу консултативну способност. Њеним признавањем детету се јемчи да ће и његово мишљење бити узето у обзир приликом доношења одлука које се тичу детета.

[22] З. Поњавић, Породично право, Крагујевац, 2005, стр. 243.

На крају овог дела, а пре излагања о поступку за заштиту права детета на мишљење, нужно је нешто рећи и о условима под којима дете стиче ово право. Наиме сваки правни поредак везује настанак одређеног субјективног права за постојање конкретних правних чињеница. Тако је и са правом детета на мишљење.

## III Способност за расуђивање као услов стицања права

Право детета на мишљење према Породичном закону Србије припада сваком детету способном за формирање мишљења, односно способном за расуђивање. Поставља се питање на који начин ће се ова способност утврђивати. Другим речима, прописује ли се одређен узраст детета изнад којег се оно сматра способним за расуђивање или се она утврђује индивидуално. Конвенција о правима детета овде није од помоћи, па је остављено националним правима да одреде мерила по којима ће се дете сматрати способним за расуђивање, јер је само дете способно да формира мишљење титулар права на мишљење.

У разради одредаба Конвенције о правима детета земље потписнице су кренуле различитим путевима, али је циљ остао исти. Једна група земаља као критеријум за стицање права детета на мишљење тражи само способност за расуђивање. Не прописује се минималан узраст детета за који би се оваква способност претпостављала. Типичан представник оваквог система је Шведска. Наиме, према Глави 6. Одсека 2 б. шведског Закона о деци и родитељима приликом процене питања која се тичу старања, пребивалишта и личних односа, узеће се у обзир и жеље детета, у складу са његовим узрастом и зрелошћу. Притом се не наводи који би то узраст био, већ се то цени од случаја до случаја. Слично је и према Грчком Грађанском Законику.[23]

Насупрот томе, већина европских држава прописује минималан узраст за стицање права детета на мишљење. Тај узраст се у европским законодавствима креће од 7 до 14 година живота.[24] Прва група земаља има можда правичније решење, али је са становишта прагматичности и економичности друго решење боље. Суштина је у томе да се са навршавањем одређене доби способност за формирање мишљења претпоставља.

---

[23] Чл. 1511. ст. 3. овог Законика предвиђа да ће се дете саслушати и његово мишљење узети у обзир приликом доношења сваке одлуке која се односи на родитељско старање и везана је за његове интересе, под условом да је дете довољно зрело.

[24] Најнижи узраст тражи норвешко право. Наиме, према изменама норвешког Закона о деци (1981.) из 2003. године у чл. 31. одсека 1. прописује се да дете са навршених 7 година живота има право да изрази своје мишљење пре доношења одлуке у погледу његових личних односа, укључујући и одлуке о разводу или растави брака. С друге стране, аустријско право прописује да деца изнад 14 година имају способност изјашњавања у поступцима везаним за родитељско старање, односно образовање детета (чл. 104. ст. 1. Аустријског Грађанског Законика). Најприближније нашем новом законодавству у овом погледу је руско право које предвиђа да се жеље детета од 10 година или старијег могу занемарити само из нарочитог разлога (чл. 57. Породичног Закона Русије).

Уколико дете није навршило десет година живота Породични закон Србије прописује да оно неће моћи непосредно остваривати ово право. Они који доносе одлуке од значаја за њега требају омогућити детету вршење права на мишљење. То су родитељи и старатељи детета, али и суд и орган старатељства. Ово право детета се испољава као њихова дужност. Ако га поменута лица крше или угрожавају, дете нема начина да заштити право на мишљење сопственом активношћу. Када је дете млађе од десет година право на мишљење није праћено захтевом, што га, чини се, приближава једном ius nudum, чије остваривање понајвише зависи од добре воље родитеља.[25]

Случај је другачији ако је дете навршило десет година живота. Сада не само да се претпоставља његова способност да формира мишљење, већ се непосредно може обратити одговарајућем органу да се његова права заштите (чл. 65. ст. 4 и 5. Породичног закона).

Треба посебно нагласити да без обзира на узраст детета, лица која одлучују о правима или интересима детета нису дужна мишљење детета уважити. Морају му, међутим, омогућити да га изрази и то је суштина права детета на мишљење. Да би се детету олакшало вршење овог права многе државе су увеле већ поменуту установу омбудсмана за права детета у своје правне системе.[26]

## IV Поступак за заштиту права детета на мишљење

Новим породичним законодавством детету је дата активна процесна легитимација у стварима које се тичу његових законом зајемчених права. Тако је и са правом на мишљење.[27] Ако је ово право угрожено или повређено, може поднети тужбу у спору за заштиту права (чл. 261. Породичног закона). Стварна надлежност у овим парницама припада општинским судовима, а месна се одређује по пребивалишту туженог (општа месна надлежност), односно по пребивалишту, односно боравишту детета (елективна месна надлежност). За доношење одлуке у овој ствари у првом степену надлежно је судско веће

[25] Потврда оваквог тумачења може се наћи у упоредном праву. Тако, према чл. 57. Породичног закона Русије, дете које није навршило 10 година живота имаће прилику да изнесе своје мишљење, али родитељи нису дужни да уваже мишљење детета, нити да за то дају образложење. Руска пракса је показала да је оваква одредба из тог разлога "мртво слово на папиру". Видети: www2law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf2/Russia.pdf.

[26] Поједине државе су установиле омбудсмана за децу и пре доношења Конвенције о правима детета. Тако је Норвешка још 1981, за време израде нацрта Конвенције о правима детета конституисала установу дечјег омбудсмана. Основни циљ који је притом постављен пред ову институцију је "да унапређује права и интересе деце и да побољшава услове у којима она живе". Наведено према: И. Крпина, *"Омбудсман за заштиту права детета",* Омбудсман, међународни документи, упоредно право, законодавство и пракса, (С. Лилић, Д. Миленковић, Б. Ковачевић Вучо), Београд, 2002, стр, 197. И наше ресорно министарство израдило је преднацрт Закона о заштитнику деце.

[27] Поред детета, право на подношење тужбе у овим случајевима имају и родитељи детета, јавни тужилац и орган старатељства.

састављено од једног судије и двојице судија поротника. Судије морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета, док се судије поротници бирају из редова стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима (чл. 203. ст. 2. и 3. Породичног закона).[28] Оно што пада у очи јесте да ни судије поротници више не могу бити лаици у овим стварима. Закон их изричито назива "стручним лицима" која имају искуство у раду са децом. То ће највероватније бити одговарајући психолози, педагози, социјални радници. Тиме се даје један нов квалитет саставу судског већа и истовремено убрзава судски поступак, с обзиром да ће се у извесној мери растеретити центри за социјални рад, односно друге стручне службе.[29]

Одлуку о заштити права детета на мишљење суд доноси у форми пресуде. Пресудом би се обавезали родитељи да омогуће детету да искаже своје мишљење у одређеној ствари која га се тиче. Морао би се, међутим, пронаћи начин да суд има увида у то да ли се његова пресуда и примењује. То је још један разлог за увођење омбудсмана за права детета. Уколико би се утврдило да родитељи и даље одбијају да детету омогуће слободно изражавање мишљења, санкција би се евентуално могла састојати у покретању поступка за делимично или потпуно лишење родитељског права. Са друге стране, уколико би сам суд пропустио да у одређеном поступку утврди мишљење детета, то би била битна повреда одредаба парничног поступка и основ за жалбу.

Поступак у вези са правом детета на мишљење спроводи се према следећим начелима: нарочите хитности, истражном начелу, начелу искључивања јавности и начелу ограниченог располагања предметом спора.

Начело нарочите хитности се огледа у томе што се тужба неће достављати туженом на одговор, нити ће по правилу бити одржано више од два рочишта (чл. 204. ст. 2. и 3. Породичног закона). Прво рочиште ће се заказати у року од 8 дана од пријема тужбе у суду, док је другостепени суд дужан да донесе одлуку у року од 15 дана од дана достављања жалбе (чл. 269. ст. 2. и 3. истог закона). Остала начела су карактеристична за све судске поступке из породичних односа.

Истражно начело се примењује у поступку увек када јавни интерес има превагу над страначким. Доношење одлуке у поступку за заштиту права детета на мишљење захтева што потпуније утврђивање чињеничног стања. Тако нешто

[28] Програм и начин стицања посебних знања које судије имају поседовати у овом поступку, споразумно прописују министар надлежан за породичну заштиту и министар надлежан за правосуђе (чл. 203. ст. 4. истог закона). Оваква одредба би требала да доведе до стварања посебних Породичних одељења у судовима у блиској будућности, када ове норме буду разрађене одговарајућим подзаконским актом. Стога чл. 203. ст. 2. и 3. још није ступио на снагу, већ ће почети да се примењује од 1. јула 2006. године.

[29] Ове институције ће још увек имати значајну улогу, с обзиром да је суд обавезан да пре доношења одлуке у поступку за заштиту права детета затражи њихов налаз и стручно мишљење (чл. 270. Породичног закона). Међутим, пре свега због посебних квалификација које се траже за судије поротнике, судско веће ће сад моћи да критичније анализира оваква вештачења и неће се свести само на пуког регистратора ових налаза.

би изостало ако би суд био искључиво везан чињеницама које му предочавају странке. Стога суд може изводити доказе у погледу свих чињеница које сматра значајним за доношење одлуке.[30]

Начело искључивања јавности је оно које лаику најчешће прво падне на памет када су питању поступци у вези са породичним односима. Оно има своје оправдање у нарочитој осетљивости ове врсте спорова. Треба, међутим, рећи да ratio legis примене овог начела представља не само очување породичне интиме, него и што потпуније утврђивање чињеничног стања. Када би поступак за заштиту права детета на мишљење био отворен за јавност, многи учесници поступка би били спутани у изношењу одређених чињеница.[31]

Коначно, начело ограниченог располагања предметом спора представља процесноправни одраз материјалноправних карактеристика права детета на мишљење. Као што је већ речено, титулар се не може унапред одрећи вршења овог права, нити се оно може правним пословима преносити. Сходно томе, у спору за заштиту права детета на мишљење не може се изрећи пресуда због пропуштања или одрицања. Није могуће закључити ни судско поравнање.[32]

## V Закључак

Последњих деценија део породичног права који уређује односе родитеља и деце доживљава трансформацију. Деца постају у зависности од узраста и способности за расуђивање равноправни субјекти у одлучивању у породичноправним односима. Јачање правног положаја деце постаје ствар од међународног интереса и национални законодавци се обавезују међународним актима да тај пут следе. Конвенцијом УН о правима детета, као најзначајнијим међународним документом из ове области, признаје се низ права детету. Међу њима, као темељ једне нове грађевине која има циљ омогућити сваком детету лепше и сигурније детињство, стоји право на мишљење детета.

Наше најновије породично законодавство је доследно инкорпорисало норме ове Конвенције признавањем права на мишљење као субјективног права детета. При томе, ово право је одређено као сложено које се састоји из одређених ужих права или овлашћења. Право на мишљење је признато сваком детету, без обзира на узраст, под условом да је способно да формира мишљење. Међутим, дете које је навршило 10 година живота има активну процесну легитимацију да поменуто право остварује по потреби и у судском поступку. Дете, млађе од ове доби ту могућност нема и за то остваривање овог права у крајњој линији зависи од добре воље родитеља, односно лица која се старају о детету. И у једном и у другом случају мишљење детета се не мора уважити, али му се мора омогућити да га

[30] Видети чл. 205. Породичног закона Србије.
[31] Видети чл. 206. истог закона.
[32] Видети чл. 271. истог закона.

изрази, што представља суштину овог права. Посебан проблем је како осигурати детету остваривање овог права. Ту се као решење намеће увођење једне независне институције, у чијој надлежности је једино заштита дечјих права. У том циљу многе земље су предвиделе установу омбудсмана за права детета. Наша земља такође чини напоре у овом смеру.

На крају треба рећи да све норме овог света неће бити довољне да дете заиста и остварује своје право на мишљење ако се целокупна заједница и друштво не потруде да му то заиста и омогуће. Треба се изборити са старим предрасудама и изменити свест људи, а све зарад највишег цивилизацијског циља - добробити деце.

*Veljko Vlaskovic, an assistant beginner*

## THE RIGHT OF THE CHILD TO EXPRESS VIEWS

During the last decades, the part of the Family law that deals with relations between parents and children has been subject of changes. The children are about to become equal side in decision making process concerning family relations, according to their age and capability of understanding. Improvement of their legal status has become the matter of international interest and national legislators are obeyed by the act of international law to follow that path. The UN Convention on the rights of the child, as the most important international document from this area, has established certain children rights. Among all those rights, it stands the right of the child to express views like a base of a new building that should ensure better childhood for every child.

Our latest family legislationship has incorporated the provisions of the Convection mentioned above establishing the right to express views as a right of a child. In our law the right of the child to express views is a complex right that consists of certain narrow rights. The right to express views has been given to every child, no matter on his/her age, if the child is capable of forming views. However, the child who reached the age of ten is able to begin a lawsuit in order to protect his/her right. The child that is younger then this age has no such possibillity, so the exercising of this right depends primarily on the good will of his/her parents. No matter what the age of child is, views expressed by the child need not to be accepted, but it must be enable to him/her to express such views, which makes the essence of this right. The problem that may appear here is how to make easier to the child, as the least protected side, to exercise this right. The conclusion is that is necessary to establish an independent institution which only jurisdiction would be protection of the children rights. Many countries have been using the institution of ombudsman to solve that problem and Serbia has also made efforts in that direction.

At the end, it should be told that all the provisions of this world would not be enough to really enable exercising of this right if all international community and society do not make real efforts to enable it. The old prejudices must be defeated and the consciousness of the people need to be changed because of the highest civilization goal - benefit of the children.

*Одељак X*

# СЛОБОДА ТРГОВИНЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА

*Др Миодраг Мићовић,*
*редовни професор*

***UDK**: 659.131:347*

# ОГЛАШАВАЊЕ (РЕКЛАМА) - ПОЈАМ И ОГРАНИЧЕЊА

## 1. Уводне напомене

У условима постојања слободне конкуренције на тржишту да би један производ могао да буде продат потребно је да буде познат. На том путу продавци наилазе на две препреке: једна је неинформисаност потрошача, а друга је постојање на тржишту других производа који су више или мање слични са оним кога продавац жели да прода. Ради превазилажења наведених препрека као начин који помаже да један производ нађе потрошача, односно да буде пласиран на тржишту, појављује се оглашавање, односно реклама.

Привредна реклама је стара колико и трговина. Али, до њеног коришћења, на начин пун оригиналности, долази нарочито у старом Риму. Тако, путем рекламе Римљани су настојали да покажу како је одређен производ јединствен у односу на друге сличне производе. Познат је пример са сосом направљеним од неколико врста риба - гарум - који је од различитих произвођача рекламиран као: "најбољи сос", "концентрат квалитета", "најбољи гарум - Вибиа", "гарум припремљен од најбољих скуша".... Или, с обзиром да се у старом Риму могло купити двеста различитих врста вина, продавци су покушавали да придобију купце путем рекламе као што је: "Ако потрошите два аса, пићете добро вино, а ако потрошите четири аса, то ће бити вино Фалерн". У рекламне сврхе коришћене су и ораторске способности појединаца. Према анегдоти коју је изнео Цицерон, од два предузећа која су се такмичила да добију грађевински посао изабрано би било оно које је ангажовало оратора да штити његове интересе испред избраног тела[1].

У савременим условима масовне производње и потрошње, постојања великог спектра сличних производа, привредна реклама добија нарочит значај. Она од појединаца ствара "роботе потрошње", који се налазе у "зачараном кругу" рекламних порука, које га у исти мах и инструирају и варају, како би га навеле да купи и оно што не жели и што му није потребно, а у сваком случају

[1] Rokicka, J., La publicité dans l'empire Romain, Mediaspouvoirs, бр. 8/87, стр. 28 - 29, 33.

да би га навеле на одређеног произвођача, односно да би га одвратиле од других[2]. Ради остварења тог циља издвајају се значајна финансијска средства. Често се вођење рекламне кампање поверава специјализованим агенцијама, које располажу са потребним знањем и искуством неопходним за организовање пропаганде. Све то изазива потребу да се одреди појам и обележја рекламе, границе у оквиру којих рекламна порука може да буде формулисана, као и случајеви када се реклама, због заштите интереса потрошача, не може користити.

Питања везана за рекламу регулисана су Законом о заштити потрошача ("Сл. гласник РС", бр. 79/05) и Законом о оглашавању ("Сл. гласник РС", бр. 79/05). У наведеним законима уместо рекламе користи се реч оглашавање. На тај начин напуштен је термин који се до сада код нас уобичајено користио, како у законодавству, тако и у пракси. Овакво решење није добро. Ово зато што свако оглашавање не мора да има природу рекламе. Дакле, реч која има јасно значење замењена је другом, општијом, коју је потребно прецизирати ако се жели указати да се ради о рекламној поруци. То је разлог (јасност, одређеност) што ће у овом чланку бити углавном коришћена реч реклама.

## 2. Појам и обележја дозвољене рекламе

У погледу одређења појма рекламе у теорији и пракси постоје различита схватања: од оних који сматрају да је немогуће дефинисати рекламу до оних који то чине на различите начине[3]. Они који покушавају да одреде појам рекламе обично истичу да се рекламна порука упућује неодређеном кругу лица у циљу што успешније продаје роба и услуга на одређеном тржишту. У том смислу се реклама дефинише као: упознавање потрошача преко плаћеног средства масовног комуницирања са робом или услугама огласивача, а у циљу њихове продаје. Или, да је то делатност којом се помоћу видних, слушних или комбинованих средстава обавештава потрошач о одређеним производима или услугама и утиче на њих да слободно изаберу и купе те производе (или користе те услуге)[4]. Француска судска пракса одређује рекламу као начин информисања који омогућава потенцијалном клијенту да стекне суд о резултату који може да очекује поводом робе или услуге која се промовише[5].

Што се тиче прописа, наш ранији Закон о заштити потрошача ("Сл. лист СРЈ", бр. 37/02) под рекламом је подразумевао сваки јавни оглас који се даје путем комуникационих медија у оквиру трговинске, индустријске, занатске

[2] Јањић, М., Добри пословни обичаји према Закону о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, Привредно правни приручник, бр. 10/82, стр. 25.
[3] Црногорчевић, Д., Нелојална привредна реклама у теорији и пракси Федералне трговачке комисије САД, Београд, 1978, стр. 19.
[4] Исто, стр. 20.
[5] Petit, E. и др., Publicité & promotion des ventes, Paris, 2002, стр. 67.

или професионалне активности ради промовисања продаје производа или пружања услуга, у складу са добрим пословним обичајима (чл. 33. ст. 1). Важећи Закон о оглашавању у бити одступа од ранијег одређења рекламе, и то како у погледу могућег предмета рекламе, субјеката који могу да врше рекламирање, тако и у погледу преносилаца рекламне поруке. Оглашавање (реклама) се одређује као обавештење преко огласног средства којим се препоручује оглашивач, његова активност, производ, услуга или друга препорука са циљем да је прималац коме је упућена прихвати или користи (чл. 2. ст. 1. тач. 1). Директива ЕУ о преварној реклами (бр. 84/450 од 10. 9. 1984. године) садржи одредницу о реклами која је знатно ближа нашем ранијем решењу: реклама је свака изјава учињена при вршењу професионалне активности ради промовисања продаје робе или услуга, укључујући непокретности, права и обавезе (чл. 2).

На основу датих дефиниција могуће је уочити следећа обележја дозвољене рекламе:

1. Промоција као циљ рекламе. - Промоција, или препоручивање, може да се врши на било који начин. У том циљу може се користити не само оглас, у класичном смислу речи, већ и летак, проспект, амбалажа производа, плакат, фотографија, огледни картон, пано, транспарент, билборд, расветно тело, дисплеј, моторно возило, средство пословне комуникације (меморандум, коверта, пословна карта), средство пословне репродукције (честитка, календар, роковник), као и друга средства (чл. 1. ст. 1. тач. 3. Закона о оглашавању). Сва наведена средства се подводе под огласна средства. На тај начин се постојеће решење поистовећује са оним које је садржано у Директиви ЕУ, чиме се фактички брише разлика између рекламе и промоције[6].

2. Субјекти који дају рекламу (оглашивачи). - Раније, а и према наведеној Директиви ЕУ, рекламу су могла да чине само лица која су регистрована за обављање неке професионалне активности. Сада положај оглашивача, поред правног лица и предузетника, може да има и физичко лице. Тиме се с једне стране, круг оглашивача битно шири, а с друге стране, отвара се питање како сва та лица, која имају различит правни положај, подвести под јединствена правила која ће се на њих примењивати поводом рекламирања.

3. Предмет рекламе. - Реклама има за предмет робе и услуге које нуди (препоручује) трећим лицима оглашивач. Путем рекламе оглашивачи настоје да овладају тржиштем, да осигурају себи просперитет тако што ће приближити и наметнути своју робу и услуге потрошачима. Препоручујући своје робе и услуге огласивач препоручује и себе и своје активности. Отуда је непотребно истицати да се рекламом препоручује оглашивач (његова личност или пословно име), као што је то учињено у Закону о оглашавању (чл. 2. ст. 1. тач. 2), а није учињено у неком нашем ранијем пропису или у Директиви ЕУ.

[6] Забел, Б., Тржно право, Љубљана, 1999, стр. 360.

4. Пренос рекламне поруке. - Раније се истицало да се реклама врши путем комуникационих медија. Важеће решење, сходно оном које је усвојено у Директиви ЕУ, не поставља никаква ограничења у погледу начина преноса рекламне поруке. То се чини углавном путем јавних гласила (новине, радио програм, телевизијски програм, сервис новинских агенција, интернет и друга електронска издања јавних гласила), али и уз помоћ других правних лица и предузетника који у излозима својих пословних просторија или другим местима излажу огласну поруку (чл. 2. ст. 1. тач. 6. и 7. Закона о оглашавању).

5. Рекламна порука мора да буде истинита, потпуна и одређена. - Реклама не сме да пређе границе дозвољеног понашања, које су одређене законом, добрим пословним обичајима (правила понашања која произилазе из моралних схватања пословног света) лојалне конкуренције и професионалном етиком.

Истинита реклама садржи податке који су поуздани и искуством потврђени, у којој нису изостављени подаци који су од значаја за стицање праве представе о предмету оглашавања. Ако се у рекламној поруци износе мишљења одређених научника или стручњака, она морају бити потврђена, документована, актуелна и проверљива (чл. 4. ст. 2. и 3. Закона о оглашавању).

## 3. Ограничења рекламе

У основи сваки учесник привредног живота, у циљу поспешивања продаје својих производа или услуга, је слободан да поведе рекламну кампању, да кампању води сам или да је повери специјализованој агенцији, да за то издвоји већа или мања средства, да изабере рекламна средства путем којих ће извршити рекламирање[7]. Ипак, принцип слободе рекламирања може се остварити под условом:

А/ да рекламирање одређених производа није забрањено;

Б/ да се реклама креће у границама одређеним прописима, добрим пословним обичајима, да не нарушава права трећих лица.

**А/** Принцип слободе рекламирања ограничава се када се ради о производима чија употреба може битно да утиче на живот и здравље корисника (лекови, алкохол, дуван). Тако, када се ради о лековима Директива ЕУ бр. 92/26 забрањује рекламирање медицинских производа који се дају на рецепт, који садрже психотропске, наркотичне или друге супстанце које захтевају даља испитивања, који могу да представљају опасност ако се употребљавају без лекарског надзора. Наш Закон о производњи и промету лекова ("Сл. лист СРЈ", бр. 18/93, 28/96, 23/02) забрањује рекламирање и оглашавање лекова и давање информација о деловању лека у средствима јавног

[7] Houin, R., Pedamon, M., Droit commercial, Paris, 1985, стр. 565.

информисања (чл. 54. ст. 1)[8]. Закон о здравственој исправности животних намирница ("Сл. лист СФРЈ", бр. 53/91, "Сл. лист СРЈ", бр. 24/94, 28/96, 37/02) забрањује рекламирање алкохолних пића, дувана и дуванских прерађевина у штампи, на радију и телевизији; преко биоскопских дијапозитива, филмова, паноа, табли, налепница и других облика рекламе на јавним местима, на објектима и средствима саобраћаја; преко светлећих реклама; преко књига часописа, календара и одевних предмета и преко налепница, плаката и летака ако су те налепнице, плакати и леци одвојени од амбалаже, алкохолних пића, односно дувана и дуванских прерађевина. Такође, забрањено је и рекламирање употребом слике, цртежа, знакова, израза или текстова који би потрошача могли довести у заблуду у погледу састава, својстава, намене или дејства намирница, односно предмета опште употребе (чл. 16. и 17). Не сматра се рекламирањем, те отуда не подлеже забрани, објављивање обавештења о наведеним производима у публикацијама које су намењене искључиво медицинским стручњацима, произвођачима или продавцима тих производа.

**Б/** Независно од тога шта је предмет рекламирања, која се средства користе за пренос порука, реклама мора да се креће у оквиру допуштених граница. То значи следеће:

1. Рекламна порука треба да буде исказана на српском језику[9]. - Овај услов мора да буде испуњен како би се на најопштији и истовремено директан начин задовољио захтев према коме реклама треба да буде јасна и разумљива. Рекламне поруке на страном језику могу да се допусте под условом да се ради о светски познатим производима у вези са којима се пласирају одређене регистроване рекламне поруке (на пример, *Nike, just do it* или *United colors of Beneton*)[10].

2. Рекламна порука мора да се креће у границама слобода и права које су уставом утврђене. - Слобода изражавања мишљења путем средстава информисања, где се може подвести и реклама производа[11], не може да буде у сукобу са другим у уставу утврђеним слободама и правима. Зато је забрањена реклама којом се: врши дискриминација по било ком основу, а нарочито по основу расе, боје коже, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовинског стања, културе, језика, старости, психичког или физичког инвалидитета (чл. 7. Закона

[8] Забрана рекламирања не важи када се ради о помоћним лековитим и медицинским средствима, када се у општем интересу (спречавање епидемије) грађани обавештавају о употреби појединих лекова, када се ради о лековима чија се употреба препоручује, по одобрењу надлежног министарства, у превентивне сврхе - чл. 54. ст. 2 - 4.

[9] О употреби језика у рекламним порукама наше законодавство не садржи правила. За разлику од нас, Француска то питање регулише посебним законом бр. 94 - 665.

[10] Petit, E. и др., нав. дело, стр. 67.

[11] Забел, Б., нав. дело, стр. 368.

о оглашавању); вређа достојанство, религијска убеђења потрошача, подстиче насиље или понашање које је штетно за сигурност и здравље потрошача или животну средину (чл. 48. Закона о заштити потрошача).

3. Реклама не сме да вређа приватна (лична) права трећих лица. - Ово значи да се без сагласности у рекламној поруци не може користити слика неког лица, односно да се то не може чинити мимо одобрених услова. Исто правило важи и за ствари, покретне или непокретне, које припадају одређеној особи. Рекламна порука не може да репродукује литерално или уметничко дело без сагласности творца дела. Такође, рекламна порука не може да садржи трговачку марку без сагласности њеног титулара.

4. Рекламна порука не сме да пређе границе пристојности (не сме да буде вулгарна) и границе одређене моралом. - Огласна порука не може да садржи изјаве или визуелно представљање којима се изазива асоцијација која се у околностима конкретног случаја може сматрати непристојном, а нарочито с обзиром на садржај огласне поруке, начин и средства оглашавања, сензибилитет лица којима је упућена, као и врсту производа или услуге која се оглашава (чл. 8. Закона о оглашавању). Тако, у једном случају је одлучено да провокативна реклама (односила се на одевне предмете) на којој је приказана људска фигура са натписом "ХИВ позитиван" прелази границе пристојности[12].

5. Рекламна порука не сме да угрожава малолетна лица. - Забрањена је реклама која подстиче понашање које угрожава здравље, психички или морални развој малолетних лица. Према Директиви ЕУ бр. 2005/29 о нелојалној трговачкој пракси реклама не може директно да подстиче малолетнике да купују робе и услуге, при чему се користи њихово неискуство и лаковерност; да подстиче малолетнике да убеде родитеље или трећа лица да им купе производе који су предмет рекламе (анекс I, тач. 28). Закон о оглашавању проширује забрану злоупотребе поверења и на друге категорије лица, а нарочито оне који се налазе у односу зависности или привржености, који су лаковерни, сујеверни, без довољно знања и искуства (чл. 6).

6. Рекламна порука не сме да доводи потрошаче у заблуду[13]. - Забрањена је свака реклама која се састоји из нетачних навода, обавештења, представљања или је таква да заводи потрошаче у погледу карактеристика роба и услуга (природа, врста, порекло, састав, квалитет, услови коришћења и одржавања, количина, датум израде), уговорних услова (цена, услови и поступак продаје) и даваоца рекламе (идентитет, квалитет и способности). Када се ради о наводима који заводе потрошаче, значи да садржина рекламне поруке није лажна већ да она због начина на који је формулисана или због сугестивног карактера може

[12] Petit, E. и др., нав. дело, стр. 72.

[13] Рекламирање, оглашавање или нуђење робе навођењем података или употребом израза којим се ствара или се може створити заблуда на тржишту о тој роби, чиме се одређени трговац доводи или се може довести у повољнији положај представља вид нелојалне конкуренције - чл. 23. ст. 1. тач. 1. Закона о трговини.

да допринесе формирању мишљења које не одговара реалности. Тако, вештачки напитак који се рекламира под слоганом "оранж са укусом цеђеног воћа" и сликом воћа доводи потрошача у заблуду и поред тога што је на амбалажи означен хемијски састав напитка[14].

Различити су начини како се рекламном поруком потрошач доводи или се може довести у заблуду. То се може постићи употребом посебних, препознатљивих, термина одређеног значења (употребљена ознака *"Intel inside"*, а рачунар не садржи такву технологију), општих термина (нов, први, а таква тврдња не одговара реалности), слика (користе се у циљу сугерисања онога чега нема у производу), симбола (звездица, уз помоћ којих се класирају хотели), као и начином презентације поруке (ситним словима се у бити измени оно што је објављено крупним) или пропуштањем да се објави нека битна информација која је од значаја за доношење одлуке (на пример, рекламира се бесплатна наградна игра, али се пропусти навод да је учешће у њој везано за куповину неког производа[15].

Процена да ли реклама изазива заблуду врши се у складу са стандардом просечног потрошача, лица које је просечно обавештено и нормално интелигентно. Ако се рекламна порука упућује одређеној циљној групи, тада се и садржина овог правног стандарда приликом процене прилагођава тој групи[16].

Иначе, неодвојиво од питања допуштености рекламне поруке је питање допуштеног понашања учесника рекламног процеса. Тако, у складу са начелом забране појединачног оглашавања личним обраћањем, без сагласности примаоца рекламне поруке, она се не може упутити појединачно одређеном лицу, тако што би се то чинило путем позивних средстава (телефакс, електронске поруке), директним обраћањем лицу на јавном месту или слањем ненаручене робе (чл. 9. Закона о оглашавању). Или, у складу са начелом забране повреде конкуренције, забрањено је одбити објављивање, односно емитовање огласне поруке ако се необјављивањем те поруке врши повреда конкуренције, ствара или одржава доминантан положај учесника у тржишној утакмици (чл. 10. Закона о оглашавању).

## Закључак

Реклама представља значајан инструмент који омогућава, с једне стране, привредним субјектима да овладају тржиштем, да приближе и наметну своју робу и услуге заинтересованим лицима, и, с друге стране, потрошачима да

[14] Исто, стр. 81.
[15] Вилус, Ј., Правна заштита потрошача, Београд, 1996, стр. 41 - 45; Petit, E. и др., нав. дело, стр. 77 - 81.
[16] Ferrier, D., La protection des consommateurs, Paris, 1996, стр. 41.

формирају своју вољу и да направе правилан избор. С обзиром да се привредни субјекти могу послужити недозвољеним средствима и тиме оштетити не само потрошаче, већ и конкуренте, то се слобода рекламирања ограничава. Рекламни наводи морају да буду истинити, јасни, потпуни. Њима се не смеју вређати приватна права и слободе трећих лица. Када се ради о производима који могу да угрозе живот и здравље потрошача (алкохол, дуван), реклама није дозвољена.

*Miodrag Micovic, a full-time professor*

## ADVERTIZING - THE CONCEPT AND LIMITATIONS

Advertising of goods and services for the purpose of their promotion, attracting customers, strengthening of competitive market position is basically liberal. The concept of liberty in advertising is being realized within some limitations based on law, good business practice and professional ethics. This means that advertising message must be truthful and complete; it must not mislead the customers and t must not violate the rights of the third parties and children. Also, it should not cross the limits of decency and ethical conduct.

As for the products whose usage might cause serious damage to users' health and life (drugs, alcoholic drinks, tobacco), their advertising is forbidden.

*Бојан Ђокановић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 347.7*

# ВЕРТИКАЛНИ СПОРАЗУМИ КАО ОБЛИК НАРУШАВАЊА ФЕР КОНКУРЕНЦИЈЕ

## Уводне напомене

Тржишни начин привређивања довео је до надметања између предузећа као учесника на тржишту. Конкуренција као синоним за то надметање, се огледа у тежњи привредних субјеката, да квалитетом својих производа и услуга придобију поверење потрошача, а све у циљу остваривања што веће добити.

У том циљу долази и до повезивања предузећа, како на хоризонталном, тако и на вертикалном нивоу. Договарати се могу или предузећа која се налазе на истом нивоу процеса репродукције закључивањем тзв. хоризонталних споразума, или предузећа која се налазе на различитим нивоима производње или у ланцу репродукције, закључивањем тзв. вертикалних споразума.[1]

Уколико је такво споразумевање, односно договарање, усмерено, тј. доводи или може довести до нарушавања и спречавања здраве конкуренције, говоримо о нелојалној конкуренцији.

## Појам вертикалних споразума

Класичан вертикални систем састоји се од произвођача, великотрговца и трговца на мало. Према својој организацији они могу бити корпоративни и ауторитативни вертикални системи.[2]

Према уредби Комисије бр. 2970/1999 о примени члана 81(3) Уговора ЕЗ вертикални споразуми су споразуми или оркестриране праксе (усаглашена деловања) који се закључују између предузетника (два или више), који су у контексту тог конкретно споразума, на различитим нивоима у ланцу производње

[1] Вукадиновић, Р., Друга револуција у комунитарном праву конкуренције - ново регулисање вертикалних споразума, Право и привреда бр 5-8/2000, стр. 764.

[2] О томе више, Париводић, М., Вертикални уговори о интеграцији у југословенском праву, Правни живот бр. 11/95, стр. 354.

или дистрибуције и који се односе на услове под којима ти предузетници могу пословати (куповати, продавати, препродавати одређене робе и услуге).

Сам појам споразумне праксе, састоји се из материјалног елемента чија је суштина у аналогном понашању предузећа (нпр. подизању цена) и интелектуалног елемента тј. у вољи да се заједнички делује.[3]

## Облици нарушавања конкуренције

### а) Споразуми о ценама

Одредба члана 85. Уговора о оснивању односи се на забрану свих споразума којима се утврђује директно или индиректно куповна или продајна цена или други услови пословања.[4] Евидентно је да се забрана односи не само на хоризонталне, већ и на вертикалне споразуме предузећа.

### б) Споразуми о ограничењу производње

Комисија Европске заједнице, односно Суд правде заједнице су стали на становиште да је свака подела производње која би се везивала за национално тржиште држава чланица забрањена.[5]

### в) Споразуми о ограничењу тржишта

Забрањени су сви споразуми који имају за циљ ограничење тржишта, као и клаузуле о уговорима о искључивом снабдевању, било појединачном или групном, као и клаузуле о забрани продаје и снабдевању од стриктно одређених снабдевача.

### г) Споразуми о ограничавању техничког развоја или инвестирања

Под удар ових забрана долазе сви споразуми о специјализацији, кооперацији, техничком истраживању, техничкој сарадњи, који немају за циљ даље раз-

[3] Зечевић, С., Споразумна пракса у праву Европске уније, Ревија за европско право бр. 2-3/1999, стр. 31.
[4] Ђуровић, Р., Међународно привредно право, Београд, 2000, стр. 128.
[5] Исто, стр. 129.

вијање одређених техничких решења, већ само контролишу одређену производњу, технички развој или инвестиције.[6]

### д) Споразуми о подели тржишта и извора снабдевања

Поред бројних хоризонталних, у ову групу споразума спадају и забрањени вертикални споразуми који се најчешће односе на ограничења која диктира произвођач својим искључивим заступницима и комисионарима, а тичу се забране извоза робе коју им је поверио, ван одређене зоне.

## Судбина вертикалних уговора

Према комунитарном праву забрањени су сви споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и договорна пракса удруживања којима се може нанети штета трговини између држава чланица и чији је циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта.[7]

Како се наведеним споразумима крше правила лојалне конкуренције ови споразуми се сматрају ништавим. Ипак, од општег правила о забрани картелних споразума постоје значајни изузеци. Прво одступање представља правило *de minimis non curat lex*, према коме ће се ови споразуми сматрати дозвољеним ако се њима другим учесницима на тржишту наноси повреда која није "знатна".

Поред овог изузетка, на основу пренетих легислативних овлашћења, Комисија је донела низ правила о групним или блок изузецима у којима су наведени споразуми који се као такви, по својој природи, сматрају дозвољеним и изузетим од примене члана 85(1) Уговора о оснивању.[8]

Досада је Комисија одобрила пет групних изузетака за вертикалне споразуме, и то:

- право искључиве дистрибуције
- право искључиве куповине
- дистрибуцију у аутомобилској индустрији и пружање сервисних услуга
- франшизинг
- трансфер технологије

[6] Исто, стр. 129.
[7] Вукадиновић, Р., наведени чланак, стр. 764.
[8] Исто, стр. 768.

## Санкционисање картелних споразума

### а) Решења нашег права

У теорији постоје два основна приступа оцењивању спорних (картелних) споразума. Поједина права одређене врсте споразума сматрају противзаконитим без могућности доказивања супротног (тзв. *per se doctrine*).

Наше право усваја други приступ (*rule of reason doctrine*). Према овој теорији споразум се може сматрати ништавим, једино уколико *de facto* нарушава конкуренцију, те уколико је штета коју чини нарушавањем конкуренције већа од користи коју доноси потрошачу у привреди.

С обзиром на то да ли представљају предмет законског уређења или не, разликују се именовани и неименовани монополистички споразуми. Именовани монополистички споразуми су законом изричито предвиђени, док се неименовани монополистички споразуму појављују у пословној пракси.[9] Ипак, правни режим обе врсте споразума је истоветан; обе врсте споразума су апсолутно ништаве.

Истина, наше право је увело претпоставку ништавости само за хоризонталне споразуме, док су вертикални споразуми пуноважни док се не докаже њихово антикомпетитивно дејство.[10]

Тужбу за утврђивање да је одређени споразум монополистички може поднети предузеће чији су интереси повређени таквим споразумом, потрошачи, привредна комора и свако заинтересовано лице.[11]

Предузеће које је претрпело штету може захтевати њену накнаду, а предузеће и одговорно лице које је учинило дело монополистичког споразумевања може бити кажњено за привредни преступ. Само закључење монополистичког споразума под одређеним околностима може представљати и кривично дело.

С процесног аспекта, чини се да су судије привредноправне афирмације најпозваније да одлучују у оваквим стварима, како са аспекта дозвољености монополистичког споразума (у управном спору у нашем праву) тако и дејства ништавости на остатак уговора у парници. Чини се погодним да се формира веће судија привредноправне формације, специјализовано за право конкуренције при Савезном суду које би судило у управном спору.[12]

---

[9] Миленовић, Д., Монополистичко понашање, Право и привреда, бр. 5-8/96, стр. 322.
[10] Париводић, М., наведени чланак, стр. 358.
[11] Чл. 109. Закона о облигационим односима, "Сл. лист СРЈ" бр. 31/93
[12] Париводић, М., Монополистички споразуми и уговорна вертикална ограничења, Правни живот бр. 11/2001, стр. 398.

Дакле, питање конкуренције решавало би се у управном спору, а затим, ако је то потребно, водио би се парнични поступак о облигационим питањима у уобичајеној привредној парници.[13]

### б) Решења комунитарног права

Комунитарно право такође усваја теорију тј. принцип *rule of reason doctrine*.

Предлог за покретање поступка за утврђивање повреде картелних забрана, поред комисије која то може учинити *ex officio*, могу поднети државе чланице, физичка и правна лица под условом да за то имају правни интерес.[14]

Комисија је овлашћена да наложи обустављање аката и радњи којима се нарушава конкуренција, као и да изрекне новчану казну за предузеће до милион обрачунских јединица Уније или до 10% годишњег прихода предузећа које учествује у нарушавању конкуренције.[15] Предвиђени су и пенали у износу од 50-100 обрачунских јединица Уније за сваки дан закашњења у обустављању недозвољених радњи.

Део надлежности из области конкуренције пренет је и на суд прве инстанце. Он је пре свега надлежан да суди по тужбама правних и физичких лица против органа Уније у вези извршавања правила конкуренције, као што је надлежан и у погледу изрицања санкција због повреде тих правила.

Лице заинтересовано за егзистенцију споразума мора доказати да се конкретан споразум може подвести под тзв. групне или блок изузетке. И док се применом правила резона и правила *de minimis non curate* само ограничава дејство забрана из члана 85(1), одредбама става 3. истог члана може се у потпуности искључити њихова примена, па се у том контексту може говорити о дозвољеним изузецима и одступањима. Треба нагласити и то да је Комисија открила низ недостатака у вези примене групних изузетака, и то резимирала у свом саопштењу о примени правила конкуренције на вертикална ограничења, и у тзв. Зеленој књизи о вертикалним ограничењима у политици конкуренције у Европској заједници, констатујући да је у примени постојећих комунитарних правила о блок изузецима исувише инсистирано на легалистичком приступу и поштовању стриктних формалних захтева, уместо да се води рачуна о стварном економском дејству таквих споразума, што је за крајњу последицу имало да санкција коју би Комисија евентуално изрекла великим предузећима није могла представљати реално обештећење.[16]

---

[13] Исто.

[14] Шефови држава чланица не морају доказивати постојање правног интереса за подношење захтева

[15] Шогоров, С., Хармонизација права конкуренције Европске уније и права конкуренције СРЈ, Право и привреда бр. 5-8/96, стр. 311.

[16] Више о томе, Вукадиновић, Р., наведени чланак, стр. 769.

*Bojan Djokanovic, an assistant beginner*

## VERTICAL AGREEMENTS AS MEANS OF INFRINGEMENT OF FAIR COMPETITION

In order to preserve fair competition in the market, our law, similar to the communitary, opposes to making cartel agreements, which represents the main goal of antitrust law. Taking the conditions of our market in consideration, a de facto milder regime towards vertical agreements should be established, noting the need for definite prohibition of attempts to determine minimal and fixed prices to another subject. Likewise, a vendor should not be prohibited to sell goods to a buyer that does not belong to exclusive territory.

Our law should be harmonized with communitary, which, contrary to ours, possesses extraordinary advanced regulations in the area.

In light of our country's effort to become an EU member, such harmonization is seen as necessity.

*Одељак XI*

# СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА У КНЕЖЕВИНИ-КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ И ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ

*Др Марко Павловић,*
*редовни професор*

***UDK**: 329(497.11)(094.5)(091)*
*323(497.11)(094.5)(091)*

# ПРВИ ЗАКОНИ О УДРУЖЕЊИМА И ЗБОРОВИМА И СТРАНКЕ У СРБИЈИ

## Први закон о удружењима и зборовима

Први закон о удружењима и зборовима, којим је омогућено организовање модерних политичких странака, донет је 1. априла 1881. До његовог доношења, „политичка удружења била су у начелу забрањена. Оснивање странака и претресање политичких питања на јавним скуповима сматрало се као противно јавном поретку“. Иако су постојале неформалне политичке групе, о политичким питањима, осим на заседањима Народне скупштине, није се смело „јавно говорити него само шапутати“.[1] Опозициона критичка јавна реч сматрала се друштвено опасном. То схватање понајупечатљивије изразио је министар Н. Христић (1862) изјаснивши се поводом захтева либералне опозиције: „Шта оћеју ти људи? Познају ли они наш народ? У Енглеској, као што веле, скупи се више хиљада људи, па им се говори свашта, а они се после на миру разиђу; би ли и код нас тако било? Код нас би светина пошла и старешине би одма камењем потукла.“[2]

Са доношењем *Закона о удружењима и зборовима*, свакоме је отворена могућност да се јавно бави политиком. „Српски грађани - стоји у чл. 1 - имају по овом закону право слободног удруживања и право држања зборова.“ Ипак, политичка активност била је подвргнута строгом режиму. Пре него што би отпочело с радом, политичко удружење морало се организовати у складу са одређеним правилима. Прво су се надлежној власти морали доставити

[1] „Чим су се политички људи стали чешће састајати, полиција би намирисала у томе нечега подозривог, и на пр. кад су, под Ристићем, конзервативци задржали у некој београдској кавани две три собе за своје састанке, у томе се без мало видео почетак завере“ (С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, II, Београд, 1990, стр. 71).

[2] *Дра Н. Крстића Мемоари*, 12. децембар 1862 (Архив САНУ).

оснивачки акти удружења: „Свако политичко удружење пре но што ступи у живот, и отпочне дејствовати дужно је да достави у Београду управи вароши Београда, у другим местима својој општинској власти правила (статуте) удружења, циљ коју жели постизавати, имена чланова оснивача ако их има и чланова који састављају представништво удружења.“ Политичка удружења, која би за циљ имала „дела казнима по казненом закону“, била су забрањена, односно нису се ни могла основати ни постојати.

Дозволу за рад политичког удружења давао је министар унутрашњих послова. Њему су локалне власти, у року од осам дана од пријема, достављале оснивачке акте удружења, а он је у року од 15 дана имао да одобри „да у живот ступи политичко удружење“ или да га забрани из кривичноправних разлога, или из његовог статута „одбаци“ она правила која су „противна законским прописима“. „Ако министар - каже се у чл. 9. Закона - у року од 15 дана од дана доставе не учини никакве примедбе ни против самог састава политичког удружења, ни против поднетих му правила, сматра се да је политичко удружење одобрено.“[3]

Састанци политичких удружења нису се смели одржавати тајно, нити су чланови и слушаоци на њих смели долазити наоружани. О састанку политичког удружења, дан раније, морала је бити обавештена месна власт, која је могла да „одреди свог изасланика“. Изасланик власти надзирао је ток састанка, па ако би нашао „да у чијем говору има нечега казнимог“, могао је „захтевати, да се тај говор стави у протокол, који ће протокол поред претставништва и изасланик власти оверити“. Уз то, „претставништво политичког удружења“, било је обавезно да изасланику, на његов захтев, каже „име, карактер и место становања појединих говорника“. Изасланик је могао да захтева прекид састанка „кад се на састанку догоде нереди, који даље саветовање учине немогућим, као и у случају кад се догоде дела кажњива по прописима казненог законика, као злочинства или преступи“.

За кршење одређених одредби Закона најчешће се предвиђала казна од 100 динара. Та казна била је предвиђена и за чланове „претставништва“ удружења, ако не би пријавили одржавање састанка, или би изиграли обавезу јавности седнице, или ако не би испунили „захтеве изасланика власти о вођењу протокола“. У случају понављања неког од ових прекршаја („повратa“), полицијска власт могла је „политичко удружење укинути“.

Одржавање зборова било је такође подвргнуто одређеним правилима, односно ограничењима. О циљу, времену и месту збора, „најмање један дан“ раније, морала се обавестити месна власт, која је имала да води „бригу о одржавању поретка на збору“. Зборови наоружаних људи, „било да се држе у некој згради, или ван зграде под небом“, били су забрањени. Законом је, још, било прописано да „за време трајања скупштине нису дозвољени зборови у

[3] *Зборник закона и уредба*, XXXVI, 546.

месту где се држи скупштина“. Ова одредба имала је за циљ да Народну скупштину обезбеди од било каквог „притиска или чак утицаја од ма чије стране“, а нарочито од „улице“, односно од руље. Одредба са истом сврхом наћиће се, пола века касније, у југословенском скупштинском пословнику: „Улицама које су непосредно око зграде и дворишта Народне скупштине, забрањена је свака манифестација. Ако би се у њима скупљале гоме људи, власт ће их на захтев претседника Народне скупштине одмах уклонити“ [4]

## Странке

Модерне политичке странке у Србији изграђене су на темељима трију идеологија, које су сукцесивно настале у периоду од средине XIX века до почетка седамдесетих година. Прву идеологију створили су уставобранитељи са основним начелом да сељаштво треба да слуша власт, тј. чиновништво, „јер у чиновништву има више памети него у сељачкој маси“. Другу политичку идеологију створили су четрдесетосмашки и светоандрејски либерали с основном идејом да „треба владати у народном духу“, из чега је произлазило „да чиновништво треба ставити под надзор Народне скупштине“. Трећу, социјалистичку идеологију, уобличио је Светозар Марковић са основном идејом о укидању чиновништва.

До почетка осамдесетих нису постојале организоване политичке групе, са утврђеним програмима свог деловања и са статутима о својој организацији, него неформалне мање више лабаве групе истомишљеника или следбеника неког појединца. Либерална политичка група настала је после погибије кнеза Михаила (1868), тако што су светоандрејски либерали направили погодбу с намесником Јованом Ристићем „који уводи у њихово коло добар део млађег чиновништва“. Са добијањем овог чиновничког кадра, настаје политичка група - либерали - која је способна да дође на власт. По једном гледишту, либерална политичка група настала је као „друштво за међусобно избављење“ од оптужби за Михаилово убиство. У ствари, њих је више везивало то што им је Устав од 1869. приписан као заједничко дело, него што су стварно били група политичких истомишљеника. Све у свему, за њих је везивана политика ограниченог парламентаризма, снажне извршне власти и моћног чиновничког апарата.

**С. Марковић и следбеници**. Светозар Марковић, је већ крајем 1868, у писму једном пријатељу, са студија у Петрограду, изашао са идејом да „треба да се оснује радикална партија“, која би отпочела борбу против свега „што је престарело“ - борбу „младог колена против старог“. Излагање својих социјалистичких идеја Светозар Марковић је започео (1870) критиком либерала.

[4] Л. Костић, *Коментар Устава Краљевине Југославије од 3. септембра 1931 / Југословенско уставно право,* Београд, 1934, стр. 197.

Либерали су имали политички програм, али нису имали социјално-економски који је од примарног значаја за сиромашну и непросвећену Србију. Прва ставка Марковићевог социјалног програма било је укидање бирократског система; послови које је обављало државно чиновништво пренели би се на општину, односно њене самоуправне органе. Самоуправа „кошта далеко јефтиније но бирократија, дакле сав онај сувишак што се уштеди при самој управи чиста је добит за народ“. Самоуправом народ добија „власт да располаже својом имовином“ што му даје „могућност да је употребљава понајбоље на оно што му је најкорисније“. Тако, у општини би требало да се организује заједничка производња, која би имала оне предности над појединачном које и велико предузеће има над малим. За заједничку производњу била би потребна заједничка својина на земљи, по примеру руског „мира“. Марковић је, пренебрегавајући приватносвојински инстикт сељака, налазио да се његов пројект заснива на научној истини и да га само ваља добро објаснити да би био прихваћен. Он је усвојио теорију Чернишевског да заостале аграрне земље, какве су Русија и Србија, могу да прескоче „пургаторијум“ капитализма, тако што ће из свог патријархалног сеоског уређења, оличеног у задрузи, скочити право у социјализам. За тај скок било је потребно да „мали сопственици својевољно одбаце приватну својину“. Уз „научно“ поткрепљено убеђивање, Марковић је за остварење социјалистичког програма рачунао са свемоћном Народном Скупштином која ће „укинути бирократски систем и завести општинску и среску самоуправу“. Због тога се није залагао за парламентарни, него за конвентовски систем - за концентрацију законодавне и извршне власти код Народне скупштине, која би ову последњу вршила преко једног свог одбора везаног чак и скупштинским упутствима. Марковићев конвентовски систем сводио се на једноставну демократску крилатицу „народ је извор и утока власти“ и имао је доста присталица.

Први настављач учења С. Марковића (1846 - фебруар 1875) био је Адам Богосављевић, сељак - факултетлија. Богосављевић је апсолвирао на Филозофском факултету Велике школе, али није полагао завршне испите да не би дошао у искушење да са дипломом у рукама затражи државну службу. Сматрајући чиновништво паразитском класом, он није хтео да постане његов део, него борац против њега. Он је Марковићеву критику бирократског система превео на сељачки језик. Тако, Богосављевић је говорио како сељак „по 15 часова дневно мучи се и зноји“, радећи најкорисније посао за малу зараду; чиновник проводи „од 5-8 часова дневно“ у углавном „некорисном пискарању и грдном трошењу хартије“, за велику плату. Док не да значајан допринос увећању народног богатства, чиновнику „толико треба платити за рад, колико ће му бити доста да само себе издржава“. За разлику од самог С. Марковића, чији је књишки покрет изгледао осуђен на пропаст у сељачкој средини, А. Богосављевић је његов покрет пренео на село. У то време идеолошке деобе Србије на чиновничку и сељачку класу, настала је једна песма - нека врста

сељачке химне: „Устај, селъо, устај роде / Да се спасеш од господе... / Чиновнике бирократе... / Који газе право наше / Гонићемо сви.“[5]

Као народни посланик (1874-1880), А. Богосављевић имао је значајног утицаја на сељачке посланике и сељаке, поставивши тако „основу за једну сељачку странку, која би се борила за простију и јефтинију државну управу, и сва политичка питања узимала са гледишта сељачких класних интереса“. Марта 1880, под оптужбом да је самовласно раздавао општинску храну сељацима, А. Богосављевић је затворен; пошто је од раније био болестан, следећег дана одведен је у болницу, где је сутрадан издахнуо. Сељачку странку, под именом *Народна радикална странка*, створили су грађевински инжењер Никола Пашић, први посланик у Адамовој сељачко-паланачкој групи са пребивалиштем у Београду, и новинар Пера Тодоровић - десна рука Светозара Марковића.

**СРПСКА НАПРЕДНА СТРАНКА**. Као наследници уставобранитеља и конзервативаца из шездесетих година, седамдесетих година јавља се једна група политичара који се означавају као младоконзервативци. Њихов конзервативизам био је „разблажен либерализмом“. Крајем 1879. они су кренули у образовање модерне политичке странке, убрзо узевши име *напредњаци*. Полазећи од тога да „у уставној Србији нема не само ни једног независног политичког листа, него нема ни једне праве политичке странке, која би по утврђеним начелима јавно радила“, напредњаци су основали свој лист *Видело*, и у његовом првом броју објавили свој страначки програм. Како је записао један од оснивача, Стојан Новаковић, *Српска напредна странка* настала је тако што су се млађи и активнији људи „прећашње тако зване конзервативне странке“ спојили „с млађим стихијама прећашње тако зване Либералне странке око програма“, објављеног у *Виделу*. Од свих ставки из свог програма, напредњаци су понајвише полагали на слоган „закон, слобода, напредак“. „То су - каже се у Програму - три главне боје у застави, коју ево развијамо, то су три неразлучна основа истините уставности.“ Зарад остварења те уставности, напредњаци су обећали да ће се залагати за слободу говора, збора и удруживања, „за потпуно ујамчење имовне и личне безбедности“, „за стварну уставну одговорност министарску“, затим за то „да се у представништво народно отвори приступ људима од науке по народном избору“, што је подразумевало увођење горњег дома. У погледу националне политике, напредњаци су изнели програмски став о чувању „драгоцених народних особина у Срба и изван граница Српске кнежевине, а да учвршћујемо братске свезе у великој породици словенских народа.“

[5] У целини ова српијанска сељачка Марсељеза гласи овако: „Против Бога и владара, / Против попа и олтара, / Против Круне и скиптара / И трговца каишара, / За радника, за ратара, / Боримо се ми. / Устај, селъо, устај роде, /Да се спасеш од господе... / Чиновнике бирократе, / Ћифтарију, зеленаше, / Цилиндраше и сабљаше, / Који газе право наше, / Гонићемо сви. / Устај, селъо, устај роде, / Да се спасеш од господе...“ (С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, I, 257).

Напредњаци су имали „тврду вољу да у тежењу за општи напредак стојимо у редовима народа јевропских“, и следствено, „да од наше патријархалне земље начине савремену европску државу“. Почетком 1880, напредњаци су у политички живот Србије ушли као борци против либералског „псевдо - либерализма“ и „лажне уставности“ установљене Уставом од 1869. За разлику од либерала, који су подешавајући западне политичке установе према нашим приликама, Србију наводно довели у стање „лажне уставности“, напредњаци су обећавали „чисту уставност“. Дати „чисту уставност“, значило је на терен Србије пресадити западне установе у чистом облику, у оном облику у коме су на Западу постојале. Јер, како је писао Милан Пироћанац, први вођа странке, и председник Владе од октобра 1880. до септембра 1883, у науци је решено које су установе добре, а које су лоше. Добре су оне установе које олакшавају напредак, а лоше оне које га отежавају. Парламентарни систем (одн. представнички систем по Пироћанчевој терминологији) је добар зато што доноси напредак, а апсолутизам не ваља зато што води у „застој и мртвило“. Научне истине, пак, важе за све народе. Сви културни народи имају мање више исте културне установе. „Истина у математици и у механици истина је и за Французе и за Србе... Па како овде, тако је иста истина и за политичке и друштвене односе. “

Не одричући потребу извесне постепености у рецепцији установа парламентарног система, напредњаци су сматрали да има елемената парламентарног система који се морају прихватити одмах. Ти елементи били су независност судова, слобода штампе, слобода зборова и удруживања. Поступајући у складу са својим начелима, напредњаци су у пролеће 1881. изашли пред Народну скупштину са предлозима закона о тим елементима парламентаризма које је она са ентузијазмом усвојила. Први закон о удружењима и зборовима био је, дакле, напредњачко дело.

**НАРОДНА РАДИКАЛНА СТРАНКА**. Пре доношења првог Закона о удружењима и зборовима, са својим програмом изашла је и *Народна радикална странка*. Њен програм, објављен 8. јануара 1881, у првом броју страначког гласила *Самоуправа*, почињао је излагањем основних ставова: „Као циљ нашег државног уређења сматрамо: *Унутра народно благостање и слободу, и споља државну независност и ослобођење и уједињење и осталих делова Српства*. Да се тај циљ постигне треба да се развије материјална, умна и морална снага народна. Како је пак материјално благостање народа главни основ за јачање целокупне народне снаге, то - поред неговања грађанских слобода - државним установама треба да буде поглавито задатак, да подижу народно благостање јачањем произвођачке народне снаге и правичном поделом државних терета.“ У складу са овим начелним ставовима, радикали су се изјаснили за промену Устава од 1869, и то пре свега у погледу надлежности и организације Народне скупштине. По радикалском програму, Скупштину је требало да „састављају само посланици народом изабрани; избор је непосредан, а право бирања имају сви пунолетни грађани српски“. Дакле, радикали су се изјаснили за укидање тзв.

Кнежевих посланика, за укидање избора преко повереника и за увођење општег права гласа.

На првом збору свих радикалских првака (крајем јула 1882, у Крагујевцу), други човек странке, Пера Тодоровић на питању општег права гласа, показао је мајсторство „демагошке речитости“. Он се прво оборио на цензитарно право гласа: „И код нас и у другом свету има људи који човеково право мере по кеси. Што год ти је већа кеса, веће ти је и право. Ко нема имања, нема ни права. А дужности, видите, има. Кад дође ред да се иде на границу“, онда „био богат, био сиромах, - марширај! И то она пука сиротиња у прву линију, а на богаташе после јал ће доћи јал не доћи ред.... Кад сиромаху његова немаштина ништа не смета да гине за државу, не треба да му смета ни онда, кад треба да ужива нека грађанска права у држави. Човечија глава - велика је цена, јер, као што је познато, сваки човек има само по једну. Ко, дакле, за отаџбину главу даје, - тај много даје.... Спречити сиротињу да се не меша у државне послове, зато што је сиротиња, - значило би угушити глас баш оних који највише осећају тежину незгодних државних установа, и по томе имају највише интереса да раде на поправци свега што је у једној држави гломазно и тегобно за народ.“ По Тодоровићу, неприхватљиво је постојеће стање, да „заседну њих неколико газда и господе, па наврљај оволику хрпу закона (говорник показује руком), а ти сиротињо после само погни шију, упрегни се и вуци што ти је натоварено. Нећемо више тако, бели!... Стога је радикална странка и метула у свој програм, да право бирања имају сви пунолетни српски грађани, не гледајући на то да ли су богати или сиротни, и колико који плаћа држави.“

Програмом Народне радикалне странке било је предвиђено да се Скупштини уједчи пуна законодавна власт као и „да се укине државни савет и да се не може заменити никаквим другим домом“. Ове ставке произлазиле су из радикалског схватања Народне скупштине, као израза народне суверености, која се као таква није могла лишавати пуне законодавне власти нити кочити некаквим „другим домом“, какав је за радикале био чиновнички Државни савет. За радикале су само сељаци представљали народ: „Гуњац и опанак“ - говорио је вођа странке, Никола Пашић - „народ српски, подигао је и створио ову државу, и он треба, по праву и науци, по раду и пожртвовању, да буде највећи господар у својој земљи“.

Радикали су се, даље, програмски залагали за прогресивно опорезивање, за остварење „општег обавезног бесплатног образовања, и да се сиромашни ђаци издржавају општим трошком“, да се поклони већа пажња народној војсци, а стајаћа војска да служи само као школа за народну, као и да се у средње и више школе уведе војно образовање. Што се спољне политике тиче, радикалским програмом се предвиђало „да се негује слога са свима братским суседним народима, да се живо ради на савезу балканских народа, а нарочито да се што пре постигне споразум са Црном Гором и Бугарском; да се организује културно потпомагање раскомаданих и неослобођених делова Српства, као и живо буђење

свести о нашем народном јединству у удаљеним покрајинама српским, које су изложене страним елементима“.

За разлику од свог идеолошког оца С. Марковића, који је сматрао да је „лудорија“ стварати индустрију у земљи где је земљорадња заостала петсто година, а заната готово да нема, Радикална странка се залагала за обезбеђење услова за индустријски развој. У ствари, радикалским програмом „економски део Марковићева учења напуштен је, и задржан само политички део: сувереност Народне скупштине и општинска самоуправа. Обе те ствари радикали су објашњавали тако како ће их што више омилети сељаци“. Сувереношћу Скупштине требало је да се заузда и стави под народну контролу Влада, као глава бирократије, а општинском самоуправом њене руке - полиција.

**НАРОДНО-ЛИБЕРАЛНА СТРАНКА**. Либерали су последњи изашли са страначким програмом. Као и њихови политички конкуренти, учинили су то у првом броју свог страначког гласила *Српска независност* (1. октобра 1881). Касно објављивање програма, они су објашњавали тиме да „није програм, што којој му драго политичкој странци даје њезин значај и њену снагу, него је то њен рад, њена прошлост“. Правећи програм, либерали су пошли од става да програм није само „попис будућег, него и попис прошлога рада, који је јемство будућем“. Наглашавајући значај прошлог рада, и везујући почетак своје странке за либерални покрет 1848, либерали су половину свог програма испунили деловањем странке, односно либералне групе, до њеног пада с власти крајем 1880. Тако, 1875/6 су означене као године када је развијена „света косовска, мишарска и таковска застава“, која се „залепршала на бедемима града Ниша и код цркве Грачанице на Косову. Истина судба браће преко Дрине остала је и даље у рукама туђина. Но као што пропаст старе српске државе није дошла једнога дана и од једног удара, тако се ни ослобођење није могло добити једним великим напором ни једном срећном приликом.“ „После бурних и пресудних догађаја“ од 1876 - 1878, „природно је било, да се претежно старање народа и владе у Србији обрне унутрашњим питањима као унапређењу привредног и финансијског стања, развијању народне просвете, усавршењу установа и поправки закона државних, али с тим да се упоредо води и озбиљна брига за утврђење новодобивених права и тековина“.

Као националисти, либерали су у свој програм унели идеју српског државног уједињења: либерали „као и сваки добар патриот, држе да и српском народу мора бити главна брига и непрекидно старање, уједно највиша и најсветија циљ: да раскомадане делове и земље своје на балканском полуострву уједини у природним етнографским границама, а у облику старе историјске славе и моћи, како на политичком, тако и на црквеном пољу.“ Као најбољи пут ка националном уједињењу, либерали су сматрали склапање царинског и ширег савеза (конфедерације) са источним народима сличне историјске судбине. Зарад привредног јачања земље, народно-либерална странка је инсистирала на штедњи

(„штедња је прво течење“) и „да се за наше потребе првенствено служимо производима наше народне радиности“.

**СТРАНАЧКА УРЕЂЕЊА**. Пошто су странке у Србији биле нова појава, њихови оснивачи су се мање или више угледали на програме западноевропских странака.[6] И сам покрет Светозара Марковића, из кога је произашла Радикална странка, мада надахнут покретом руских револуционарних демократа XIX века, углавном је био западњачког карактера. Јер, идеје руских револуционарних демократа биле су, према руским условима прерађене социјалистичке идеје са европског Запада. Неко време боравећи у Швајцарској, Марковић и његове присталице, међу којима је био потоњи радикалски вођа Никола Пашић, били су изложени и директним западноевропским утицајима. Метод руских револуционара - метод проповедничког силаска у народ - радикалима је добро дошао за организовање странке. За силазак у народ, радикали су знали да искористе напредњачки Закон о удружењима и зборовима. Пошто су им оснивачки акти странке потврђени „потписом и печатом“ власти, радикалски агитатори су их стали показивати народу као да је то „некаква полицијска дозвола или, како се онда говорило ’бурунтија’, да се сме вршити по целој земљи уписивање у радикалну странку. Ово је учинило утисак на сељаке. Њима је изгледало да су радикали ’извадили’ код власти право на отварање странке, отприлике онако као што су други ’извадили’ право на отварање кавране или дућана.“ На тај начин разбијен је сељачки страх од дотад забрањеног уласка у забран политике. Радикали су, речју ненадмашног Слободана Јовановића, „први извршили страначко врбовање сељака у маси, први зашли са страначким списковима из места у место, први установили месне одборе који ће, као нека врста страначког подофицирског кадра, држати сељачку масу под сталним надзором и руководством. То је био први покушај да се у нашу патријархалну средину пресади модерно страначко устројство.“

Либерали су, од 1868-1880, имали неформалну патријархално-бирократску организацију чији су локални носиоци биле ауторитативне велике газде, тзв. „либерални домаћини“, потпомогнути окружним и среским начелницима. Пошто су основали странку, либерални прваци су је организовали „као књижевно-издавачком друштво“. Са доста година живота и рада у државној служби, либерали су сматрали да им не доликује да се спуштају у „арену демагошке агитације“. Ристићу је нарочито био стран сваки рад на придобијању присталица. Он је још на почетку каријере изашао са девизом: „Ја не тражим

[6] „ Страначких традиција - писао је С. Јовановић - такође нема; све су странке нове, и уместо да своје руководне идеје црпу из народне прошлости, оне преписују програме западноевропских странака; због тог подражавања западу, наша земља, иако није имала ни буржоазије ни радништва у западноевропском смислу, добија прво либералну, па онда социјалистичку странку“ (*Влада Александра Обреновића*, III, Београд, 1935, стр. 426,427).

популаритет! Ја хоћу ауктoритет!“[7] Напредњаци се нису показали много окретнијим од либерала. Они су приређивали своје страначке састанке „у унутрашњости, али њихов рад ограничавао се на вароши; у села нису залазили ни они“. Све у свему, већ самом ширином организације, у страначкој утакмици радикали су стекли знатну надмоћ.[8]

## Други закон о јавним зборовима и удружењима

Пошавши од уставног основа да „српски грађани имају права скупљати се мирно и без оружја у зборове“, Закон од 31. марта 1891. поделио је зборове на јавне и приватне. Јавни зборови дефинисани су као зборови који су приступачни „било сваком било само званим редовима грађанства“. Приватни збор је „онај који неко лично сам зове, и на који не може нико други доћи сем нарочито позваних, ни видети ни чути, шта се на збору ради. Приватни збор, према томе, држи се у простору затвореном са свију страна.“ Јавни збор, пак, могао се „држати или у затвореном простору или под ведрим небом“. За одржавање јавног збора у затвореном простору није била потребна пријава власти. О одржавању збора „под ведрим небом, и на месту које је изложено приступу публике“, сазивачи су морали „известити месну полицијску власт за један дан раније“, што је значило да збор ни у ком случају није могао бити забрањен. Законом је забрањено одржавање политичких зборова у црквама, школама и њиховим двориштима. Ред на збору имало је да одржава председништво збора, а не представници власти. Међутим, ако би на збору дошло до већег нереда („који се не би могао стишати“) председништво је било дужно да одмах позове „представника власти и у присуству његовом збор распусти. У противном случају сазивачи или председништво одговорни су за све што се на збору деси, као саучесници“.

---

[7] О манама увођења вишестраначког система, Јован Ристић ће писати: „Али с крајем 1880 почеше се развијати партијске заставе. По плодним долинама Србије, по њеним висовима и планинама, стадоше се разапињати партијски шатори; отворише се тевтери маси народа, да се уписује у партије, и народ се подели у непријатељске таборе. Ако, по несрећи, уставни живот и не може да буде без партија; ако без њих и нема уставних држава, у Србији се указа призор, који не видимо ни у којој другој уставној држави. Маса народа наведе се на клизави пут, да залаже у напред своју савест и своју памет људма неопробаним, делима непознатим“ (*Једно намесништво 1868-1872*, Београд, 1894, стр. 57).

[8] *Зборник закона*, књ. 36 (XXXVI), 251,260,263; В. Крестић - Р. Љушић, *Програми и статути српских политичких странака до 1918 године*, Београд, 1991, стр. 101-110,121-126; Д. Јанковић, *О политичким странкама у Србији XIX века*, Београд, 1951, стр. 224; С. Јовановић, *Политичке и правне расправе*, Београд, 1932, I, стр. 302,341,342, II, стр. 152; С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића*, Београд, 1934, II, стр. 70,127,154-156, III, стр. 48,124,126; W. D. McClellan, *Svetozar Markovic and the origins of Balkan socialisam*, Princeton-New Yersey, 1964, стр. 42,77,78,80; М. Милићевић, *Додатак Поменику од 1888*, Београд, 1979, стр. 146; В. Јовановић, *Успомене*, Београд, 1988, стр. 454-457; М. Протић, *Радикали у Србији / идеје и покрет 1881-1903*, Београд, 1990, стр. 69,73,105.

Посебан одељак Закона био је посвећен „кривицама учињеним на јавним зборовима“. Тако, под претњом новчане казне или казне затвора (од 10-30 дана, односно за теже случајеве од три месеца до једне године), забрањено је да се на јавном збору објављују одређени подаци, као што су акти из неокончаног судског поступка или извештај о кретању војних трупа у ванредним околностима. Као опште дело, инкриминисано је дело јавног подстрекавања: „Као саучесници једне радње, која се по кривичном закону сматра као злочин или преступ, узимају се сви они, који би било говором или претњом на јавним зборовима непосредно подстакли кога или које, да учини или учине злочин или преступ, па иза изазивања (провокације) дође одмах и дело или покушај злочина...“ Као посебни облици јавног подстрекавања инкриминисани су говори с позивима „да се учине кривице убиства, пљачке, паљевине или похаре“, или говори с намером да се војна лица „одврате од вршења војне дужности“. Ко би на збору „изречно“ позивао народ на буну имао се казнити „затвором од 1-3 месеца или новчано од 200-500 динара“; увреда Краља владаоца, учињена на јавном збору запрећена је казном затвора од 2 месеца до 2 године. Најзад, Законом је било инкриминисано и противправно понашање представника власти: „који орган својим незаконитим поступком спречи држање збора, казниће се губитком државне службе и затвором до 3 месеца“.

Правни статус јавних удружења регулисан је са само неколико одредби. За оснивање удружења била је довољна објава путем штампе: „Свако удружење или друштво мора обзнанити путем штампе, при самом постанку, своје уређење и своје представништво - управу“. Тајна удружења, „чији би смер и задатак био противан законима земаљским“, била су забрањена. Закон је садржавао само начелну одредбу о томе да је кажњива свака противправна радња удружења или његових чланова. То је значило да рад удружења потпада под опште прописе Кривичног законика. Пошто у Закону није било речи о разлозима за укидање удружења, оно, „ма шта радило није могло бити растурено, него само кажњено по прописима казненог законика“.

Закон о јавним зборовима и удружењима, као и остали политички закони под Уставом од 1888, били су дело Народне радикалне странке, која је у новоуведеном парламентарном систему одмах дошла на власт. По том, као „најјача странка у земљи, радикали су, у свом властитом интересу, тежили да страначки живот који је долазио до израза у зборовима и удружењима, ослободе полицијског надзора што потпуније“.[9]

[9] *Зборник закона и уредаба*, књ. 47, 396-405; С. Јовановић, *Влада Александра Обреновића*, I, Београд, 1934, стр. 52.

*Marko Pavlovic, a full-time professor*

## THE FIRST LAWS ON ASSOCIATIONS, ASSEMBLIES AND PARTIES IN SERBIA

The first law on associations and assemblies which allowed the organization of modern political parties was brought on April 1, 1881. Before its passage, the political organizations were basically banned. With the law of 1881, all political organizations and parties were subjected to a strict control. Their work permits were issued by the Minister of Interior who could forbid their registration if he thought they were to engage in criminal activities. He was also empowered to change the statutes of these organizations by erasing those acts that he thought were in conflict with other existing regulations. In addition, a political party could not hold its meetings without a prior notification submitted to local authorities which delegated its representative to attend the meeting. This representative would supervise the course of the meeting with the authority to terminate it. As for assemblies, the local authority also had to be notified about their getting together beforehand and was in charge of keeping order.

Modern political parties in Serbia were established on the bases of three ideologies relating to the status of civil servants. According to the first ideology which defended the Constitution, the executive branch of power was untouchable – the population (peasants) humbly revered the civil servants. It was the liberals who first came up with the idea that the government officials should be placed under control of the National Assembly and Svetozar Markovic, the founder of the socialist ideology, even went further suggesting they should be terminated. Young conservatives, the followers of the ideology which defended the constitution, established the National Party in 1879. The followers of Svetozar Markovic set up the National Radical Party in January of 1881 (both parties were established before 1881 law on associations). The liberals were the last who submitted their political program.

Marko Pavlovic, a full The law which was passed on March 31, 1881 divided all assemblies on public and private. A prior notification was not required for holding a public assembly indoors. All outdoors assemblies had to be notified beforehand and the organizers, not the authority, were responsible for keeping order. A special section of this law was devoted to offences committed during these assemblies. Incitement to committing a murder or inflicting serious injuries was considered to be one of most serious crimes. On the other hand, a government representative who prevented the

organization or terminated the holding of an assembly would be punished by a three-month imprisonment and would lose his job.

Legal status of associations of citizens was regulated only by a few acts. You could set up an association only by running a public notification in a newspaper. Its work was the subject of the Criminal Law Act, meaning that the association could not be cancelled, only its activities criminally prosecuted.

*Зоран Чворовић,*
*асистент-приправник*

***UDK**: 341.43(091)*

# ПОЧЕЦИ ПРАВА АЗИЛА

***Право азила у старом веку***. Право азила је најпре настало у форми храмовног азила. Наиме, храмови су као света места (ἱεροί τόποι) још у најранијим временима уживали имунитет у односу на световну власт, па су као такви били прибежишта за различите бегунце. Тако је храмовни азил био познат и старим Јеврејима, о чему сведоче Мојсијеви закони, који су ову врсту уточишта до почетка суђења обезбеђивали нехатном убици.[1] И права античких грчких полиса признавала су jus asylii паганским храмовима, па је ова традиција била жива у источном делу римског царства све до времена цара Теодосија I, када су коначно забрањени паганski култови и уништени њихови храмови.[2]

***Право азила у светлу хришћанске догматике***. Хришћанска Црква преузима стару форму установе храмовног азила, али јој даје ново догматско оправдање. Право хришћанских храмова да пруже уточиште различитим бегунцима од световне власти, темељи се на схватању, непознатом античком свету, да је Црква Христова неограничена временом и простором и да је као таква потпуно независна у односу на сваку световну власт.[3] Канони јасно оцртавају границу на којој престаје државна, а почиње власт Цркве, то су «свете ограде» (ἔνδον τών ἱερών περιβόλων) храмова.[4] Право азила само потврђује ту својеврсну екстериторијалност хришћанских храмова, омеђену речима Христовим: «Подајте, дакле, ћесарево ћесару, и Божије Богу» (Мт. 22, 21).

***Први хришћански цареви и право азила***. Први рановизантијски цареви, вођени римском паганском традицијом доминације imperiuma-a над sacerdotium-om, често нису признавали хришћанској Цркви право азила. Ипак, свети оци и учитељи ране Цркве као браниоци народа (defensor plebis) оштро иступају у појединим приликама у име овог права, следујући речима апостола: «Богу се

[1] IV Мој. 35, 11- 15, 32; V Мој. 19, 2-12.
[2] Н. П. Благоевъ, Еклога, София, 1932, стр. 124-125; Ф. Гранић, Прилози правној историји манастира у грчким областима позноримског царства у IV-VI веку, Богословље XLII (LVI), св. 1 и 2, стр. 102; Ц. Мајендорф, Империјално јединство и хришћанске деобе, Црква од 450. до 680. године, Крагујевац, 1997, стр. 16-17; Х. Г. Бек, Византијски миленијум, Београд, Бања Лука, 1998, стр. 124-125.
[3] Н. Милаш, Православно црквено право, Београд, Шибеник, 2004, стр. 734-741.
[4] Н. Милаш, Православно црквено право, стр. 604.

треба покоравати више него људима» (Дап. 5, 29). Позивајући се на јеванђељску заповест «ћесарево ћесару, и Божије Богу», Св Амвросије Милански се супротставља цару Валентијану II речима: «Дворови припадају цару, а храмови свештеницима цркве. Јавне зграде су под вашим старањем, али сакралне зграде нису».[5] Међутим, један од кључних догађаја у историји црквеног азила у Византији, који ће довести до његовог признања од стране државе и касније кривичноправне заштите, био је случај патрицијa и конзула Евтропија. Евтропије је био евнух, пореклом из источних провинција царства, који се тако високо уздигао у дворском апарату цара Аркадија, да је од 395. до 399. године био фактички регент источног дела империје. У нестабилним политичким приликама с краја IV века контролу над слабим царем Аркадијем преузели су Готи, најамници у царској војсци, а први који је пао у њихову немилост био је конзул Евтропије. Бежећи од прогона, Евтропије се сакрио у храм Св. Софије, где је дочекао недељну Литургију, држећи се за стуб олтара. Ту га затиче ондашњи цариградски архиепископ Св. Јован Златоусти, који одлучно стаје у заштиту прогоњеног конзула, бранећи тако право црквеног азила, иако је тај исти конзул, само неку годину пре тога, предлагао цару да донесе указ којим би се забранило Цркви да пружа уточиште бегунцима од световне власти.[6]

[5] Ц. Мајендорф, Империјално јединство, стр. 33-34.

[6] Поводом случаја Евтропије Св. Јован Златоусти је у храму Свете Софије изговорио две чувене проповеди: «Беседа на Евтропия евнуха, патриция и консула» и «Беседа когда Евтропий, найденный вне церкви, был схвачен, и о садах и писаниях, и на слова: «Стала царица одесную Тебя» (Псал. 44:10). Прва од њих, «Беседа о евнуху Евтропију, конзулу и патрицију», реторички је бисер златоустог цариградског архиепископа, а почиње речима: «Свагда је, а посебно сада, правовремено да се каже: Таштина, таштина, казала је Црква, таштина, таштина-све је таштина!» (Еккл. 1:2) Где је сада блиставо конзулско звање? Где су блиставе светиљке? Где су аплаузи и ликовања, гозбе и свечаности? Где су венци и гирланде? Где је градска врева и повици на коњским тркама и ласкаве речи гледалаца? Све је то прошло: изненада је дунуо ветар и покидао лишће, обнажио дрво и до темеља га потресао с таквом снагом, да се чинило да ће га ишчупати из корена и покидати и саме његове жиле. Где су сада пријатељи са двора? Где су пирови и обеди? Где је гомила готована и свакодневна изливања вина, и кулинарског умећа, и поклоници моћи, који ласкају речју и делом? Све је то било као ноћ и сан и ишчезло је са наступањем дана; све је било пролећни цвет, и са одласком пролећа све је увело; била је сенка- и прошла; био дим- и развејао се; били мехури-и распрснули се; била паучина-и покидала се. «Таштина, таштина, казала је Црква, таштина, таштина-све је таштина!». Творения святаго отца нашего Иоанна Златоуста, Архиепископа Константинопольского, том III, книга 2, Беседа на Евтропия евнуха, патриция и консула, стр. 1, http://www.ispovednik.ru/ylatoust/Z03_2/Z03_2_01.htm; «Беседа когда Евтропий, найденный вне церкви, был схвачен, и о садах и писаниях, и на слова: «Стала царица одесную Тебя» (Псал. 44:10), http://www.ispovednik.ru/ylatoust/Z03_2/Z03_2_02.htm; Ј. Мајендорф, Свети Јован Златоуст у Св. Јован Златоусти, Златне речи о Богу и људима-избор из писама и беседа, Београд, 2004, стр. 420-421; М. Дронов, Свети Јован Златоуст, Архиепископ Константинопољски-учитељ петнаест векова у Св. Јован Златоусти, Златне речи о Богу и људима-избор из писама и беседа, стр. 411; Г. Острогорски, Историја Византије, Београд, 1996, стр. 73-75; Н. П. Благоевъ, Еклога, стр. 125.

***Право азила у рановизантијској држави***. Убрзо након случаја Евтропија, иза кога је стајао ауторитет Св. Јована Златоустог, законима цара Теодосија II од 430. и 431. године државна власт признаје Цркви jus asylii, а повреду овог права кажњава као кривично дело.[7] Јустинијаново законодавство је ограничило круг лица која су могла да уживају привилегију црквене заштите, одузимајући право црквеног азила, пре свега, убицама.[8]

***Право азила у византијским кодификацијама***. Еклога, прва византијска кодификација издата после Јустинијановог Corpus iuris civilis-a, детаљно уређује кривичноправну заштиту права азила. У првој тачки XVII титуле Законика признаје се црквеним храмовима право да буду уточиште различитим бегунцима: «Нико насилно да не отима оног ко је пребегао у цркву».[9] Смисао црквеног азила није био да бегунцу пружи трајан и потпуни имунитет од судског гоњења, већ да га заштити од неоснованих оптужби и насилних аката могућих поверилаца, односно оштећених. Установа црквеног азила требала је да спречи сваки вид самопомоћи и да у немирним временима обезбеди законито суђење, што јасно произилази из Еклогине одредбе: «него нека свештеника извести о кривици бегунца, и тада може преузети бегунца, уз обезбеђење да ће законито бити испитано и решено његово дело».[10] Повреда црквеног азила кажњавана је казном батињања: «Ако неко покуша насилно да отме бегунца из цркве, такав да добије дванаест удараца, а након тога, онако како треба, да се испита дело бегунца».[11] По Липшицовој казна батињања се у овом случају, највероватније, извршавала помоћу палице-fustis.[12]

Одредба Исавријске кодификације која прописује кривично дело повреде црквеног азила, значајно одступа од законских решења рановизантијског права. Тако, како примећује Васиљевски, Еклога штити неповредивост црквеног

[7] Ф. Гранић, Прилози правној историји манастира у грчким областима позноримског царства у IV-VI веку, стр. 102; Н. П. Благоевъ, Еклога, стр. 125. Управо, установа црквеног азила показује сву сложеност и изнијансираност византијског правног и политичког система, који се не може уклопити у поједностављене обрасце цезаропапизма и тоталитаризма, којима је склон идеологизовани део западноевропске науке.

[8] В. Г. Васильевский, Законодательство иконоборцев, Законодательство иконоборцев, Труды IV, Ленинград, 1930, стр. 173-174. За разлику од Васиљевског, Благоев је био мишљења да Јустинијаново право није предвиђало кривичноправну заштиту установе црквеног азила. Н. П. Благоевъ, Еклога, стр. 125. Овакав став је у потпуности прихватила и Липшицова. Е. Э. Липщиц, Эклога-византийский законодательный свод VIII века, Москва, 1965, стр. 165. Насупрот томе, А. Соловјев наводи 17. Јустинијанову новелу као пример кривичноправне заштите црквеног азила. А. Соловјев, Законодавство Стефана Душана, Београд, 1998, стр. 467.

[9] Э. Липщиц, Эклога, XVII, 1, стр. 68; Н. П. Благоевъ, Еклога, XVII, 1, стр. 213-214.

[10] E. H. Freshfield, A Manual of Roman Law the Ecloga, Cambridge, 1926, XVII, 1, стр. 105-106; Э. Липщиц, Эклога, XVII, 1, стр. 68; Н. П. Благоевъ, Еклога, XVII, 1, стр. 213-214.

[11] E. H. Freshfield, A Manual, XVII, 1, стр. 105-106; Э. Липщиц, Эклога, XVII, 1, стр. 68; Н. П. Благоевъ, Еклога, XVII, 1, стр. 213-214.

[12] Э. Липщиц, Эклога, стр. 171.

уточишта независно од личности бегунца.[13] За законодавца је ирелевантно дело које се ставља на терет бегунцу, као што је небитан и његов правни статус, јер подједнаку заштиту уживају робови,[14] као и слободни. Такође, формулација кривичног дела повреде црквеног азила («ако неко покуша насилно да отме бегунца из цркве») је таква да не прави разлику између могућих починилаца овог дела, било да је реч о физичким лицима, или државним чиновницима који би бегунца гонили по службеној дужности.

Промене које је Еклога донела у кривичноправној заштити права азила биле су трајног карактера. Наиме, све касније византијске кодификације - Прохирон, Василике и Арменопулов Хексабиблос - дословце понављају одредбу прве тачке XVII титуле Еклоге.[15]

[13] В. Г. Васильевский, Законодательство иконоборцев, стр. 173-174; Э. Липщиц, Эклога, стр. 171. За разлику од њих, Соловјев истиче, да је Еклога, у односу на Јустинијаново законодавство, «покушавала да ограничи право азила». А. Соловјев, Законодавство Стефана Душана, стр. 467.

[14] E. H. Freshfield, A Manual, VIII, 5, стр. 89; Э. Липщиц, Эклога, VIII, 5, стр. 57; Н. П. Благоевъ, Еклога, VIII, 5, стр. 192.

[15] Н. П. Благоевъ, Еклога, стр. 124-125; Э. Липщиц, Эклога, стр. 165.

*Zoran Cvorovic, an assistant beginner*

## THE BEGINNINGS OF THE RIGHT OF ASYLUM

Since the ancient times temples were given the right of providing shelter for various fugitives. This practice was based on a belief that temples, being sacred places (ίεροί τόποι), enjoy the immunity from the secular authorities. Thus, Hebrews were acquainted with temple asylum, outlined in the Moses' Laws, which provided this kind of shelter till the beginning of trial for those who commited manslaughter (IV Mos. 35, 11-15, 32; V Mos. 19, 2-12). The laws of ancient Greek cities acknowledged ius asylii to pagan temples, prolonging the tradition in the eastern part of the Empire into the reign of the emperor Theodosius I, when pagan cults were finally forbidden and their temples annihilated. Christian church takes over the old form of temple asylum institution, but provides it with new dogmatic meaning. The right of Christian temples to give refuge to various fugitives is based on a belief, utterly unknown in antic world, that Church of Christ is not bound by time and space, and as such completely independent of any kind of secular government. However, first Christian emperors, led by the Roman pagan tradition of *imperium*'s domination over *sacerdotium,* often failed to recognize the right of asylum to the Christian church. Nevertheless, teachers and holy fathers of early Church, acting as defenders of the people (*defensor plebis*), occasionally take a strong standpoint regarding their right, following the words of apostles: "We ought to obey God rather than men" (Acts 5, 29). One of the crucial moments in the history of church asylum in Byzantium, leading to its recognition by the state and later legal protection, was the case of patritian and consul Eutropius. The persecuted consul was taken under the protection of archbishop of Constantinople, St. John Chrysostom. Thanks to the authority of St. John Chrysostom, the case of Eutropius emerged as decisive precedent followed by secular recognition of ecclesiastical ius asylii, and breach of this right was treated as a criminal act. Justinian's legislation produced limitations for persons whcih were to enjoy the right of ecclesiastical protection, denouncing the right of asylum to, above all, the murderes. In VIII century Ecloga procured significant novelty to legal protection of church asylum. Contrary to Justinian's law, Codification of Isavria protects the intanglibility of church asylum independently of fugitive's personality. Lawmaker is indifferent to aledged crime of the fugitive, as well as his legal status, since both the slaves and the free enjoyed equal rights. Also, lawmaker does not seggregate possible perpetrators, regardless of their being citizens or government officials which were to prosecute fugitives officially. Changes introduced with Ecloga had longlasting character, since latter Byzantine codifications (Prochiron, Vasilicas, Hexabiblos) completely reproduce its legal solutions.

*Одељак XII*

# МЕЂУНАРОДНИ ОКВИРИ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И УСКЛАЂИВАЊЕ СА НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ СЦГ

*Др Иван Чукаловић,*
*редовни професор*

***UDK**: 341.234(497.11+497.16)*
*342.7(497.11+497.16)*
*323.15(497.11+497.16)*

# ПРОБЛЕМ НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РЕШЕЊА У ДРЖАВНОЈ ЗАЈЕДНИЦИ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

Од тренутка стварања првих држава појавио се и проблем националних мањина, као група људи који се разликовао по одређеним карактеристикама као што су расна, верска, припадност, или боја коже, од преовлађујућег броја становника те државе.

Проблем се увећавао распадом колонијалних царстава и поделом држава по меридијанским линијама, чиме се увећавао и број држава са националним мањинама. Оне су често и биле узрок ратова и извор нестабилности. Довољно је поменути немачку националну мањину у Судетима и Војводини, албанску на Косову и Метохији, које су искористиле прву прилику да доведу до цепања матичних земаља и подршке националистичкој идеологији. Имајући све то у виду, међународно право је веома опрезно приступило решавању мањинских питања учећи се управо на грешкама међународне заједнице у претходним временима. Међународно право не прихвата националне мањине као субјект међународног права резервишући то право само за државе и међународне организације, док поједине категорије уживају заштиту међународног права као нпр. избеглице и апатриди. Мањине нису субјект међународног права већ субјект међународних односа „Та група људи има, наиме, врло много заједничких особина, интереса и права као и други општепризнати субјекти..... њихови припадници формирају засебне политичке странке; због њиховог постојања поједини делови државе у којој живе могу добити аутономију, у оквиру које мањине понекад могу утицати и на међународне односе своје државе.[1]

Проблем мањина треба опрезно посматрати, јер се у истим ситуацијама оне понашају на различит начин. У појединим ситуацијама мањине имају стремљења ка уједињењу са матичном државом нпр. Немци у Судетској области цепају се од Чешке али се словеначка и хрватска национална мањина на

[1] Б. Вукас: Етничке мањине и међународни односи стр. 21 Загреб. 1978.

референдуму после I светског рата, изјашњавају за останак у Аустрији а не за присаједињење Краљевини СХС у којој им живи матична нација.

У историји међународних односа многи сматрају да је Вестфалски мир којим је завршен рат протестаната и католика први значајнији подухват у правцу заштите мањина, Бечким Конгресом 1815 г. „установа мањинске заштите постепено еволуира, јер поред верских укључује и заштиту националних мањина."[2] Али и ту имамо пример приступа који су политички избалансирани. Донети су акти о заштити Пољске мањине у Аустрији, Русији и Пруској, али су ван заштите остала права мањина хришћана у Отоманској империји, па је заштита мањина у истој остављена за Париски уговор из 1856 године.

Највећи помак је урађен на Берлинском конгресу 1978. године где је новооснованим државама Србији и Црној Гори и Румунији као главни услов за признање била постављена гаранција поштовања права националних мањина који нису хришћани. Такође је Цариградском конвенцијом 1881. године успостављена заштита за исламску мањину у Грчкој.

Веома често је долазило до хуманитарних интервенција од стране великих сила у име наводне заштите националних мањина.[3] Но, у таквим случајевима прокламовани разлози су били параван за геостратешке интересе. Тако је нпр. Француска интервенисала у Либану у сукобу хришћана и муслимана што је довело до поделе Либана на две кајмакане а то је био и циљ француске интервенције.[4]

Пре појаве Друштва народа вредно је поменути Устав СССР и Руске Социјалистичке републике који у чл. 22 наглашава „признајући једнака права грађанима независно од њихове расне и националне припадности, објављује противним основним законима Републике установљење или допуштање било каквих привилегија или предности на тој основи а исто тако угњетаване националних мањина или ограничавање њихове равноправности“.

После завршетка Првог светског рата приступило се стварању Друштва народа као прве светске организације универзалног типа.

Идеализам који је био присутан приликом стварања Друштва народа био је присутан и кад је било речи о националним мањинама. Тако је Пакт Друштва народа у први план ставио заштиту мањина и њихова права запостављајући питање њихових обавеза. „Друштво народа тражиће од нових држава као претходни услов да би их признало као независне или аутономне државе, да се обавежу да пруже свим расним или националним мањинама у својој правној надлежности, како правно тако и фактички, потпуно исто поступање и безбедност коју пружају већини расе или народности свога народа." Процењује се да је у том периоду број припадника мањина спао са 50 на двадесет милиона у

[2] Н. Вучинић: Основи људских права и слобода, Подгорица 2001, стр. 141.
[3] И. Јелић: Права мањина, Подгорица 2004. стр. 16.
[4] В. Ортаковски: Грађански рат у Либану, докторска дисертација - Правни факултет Београд.

Европи. Међународне обавезе у оквиру Друштва народа биле су наметнуте пораженим државама и новонасталим. Интересантно је напоменути да су обавезе наметнуте и Краљевини Срба Хрвата и Словенаца.

Положај мањина био је утврђен правилима која су била иста за све земље којима су наметнуте, уз обавезу да имају примат над унутрашњим законодавством. Међу значајним правима мањина треба поменути њихово право на држављанство у матичној држави.

Тако се постепено дошло до парадокса да су мањинска права наметнута појединим државама доводиле мањине у повлашћенији положај од преовлађујућег броја становника. Мањине су тако имале права којима су биле изједначене са другим држављанима али су имале и права својствена само мањинама. У први план су стављана права мањина на живот и слободу, на недискриминацију при примању у јавне службе, на употребу језика, вере, штампе и публикација, да оснивају о свом трошку школе и слично. Из тог периода веома је интересантно питање српских школа у Албанији. Наиме, Албанија је одбила да финансира средње школе на српском језику у Албанији. Спор је изашао пред Стални суд међународне правде, који је у свом саветодавном мишљењу истакао да је Албанија у праву пошто се обавеза државе у односу на школовање мањина односи само на основно а не и на средње образовање, што не дира у право српске мањине да те школе оснива на принципу самофинансирања од стране Срба, односно формирањем приватних школа.[5]

Силе победнице нису биле обухваћене обавезама о мањинској заштити а невероватно је да се то није односило и на Немачку. Обавезе су Југославији биле наметнуте и према муслиманима, „Влада Краљевине СХС морало је предузети кораке да се именује реис ул улема, а обећала је и заштиту џамија, гробља и других верских муслиманских установа. Коначно, преузете су и обавезе да ће се дати потребне олакшице и дозволе постојећим вакуфима и верским и добротворним установама, а да се неће ускратити ни једна олакшица потребна за стварне нових верских и добротворних установа“[6]

Осврнућемо се и на механизам заштите установе мањинских права. Први се огледао у могућности да се пред органима Друштва народа покрену питања повреде мањинских права. Други облик је покретање спорова пред Сталним судом међународне правде. Поступак су могле покренути не само држава већ и мањине па чак и појединци што је још један доказ о довођењу мањина у повлашћенији положај. У сврху надзора формиран је и мањински одбор. Чланове је бирао председник од случаја до случаја а задатак му је био да испита сваки случај и предложи решење. У Друштву народа било је иначе преплитања функција и надлежности на свим нивоима па и у овом случају. Сваки члан

[5] Извори Међународног права, Нови Сад 1988.
[6] Б. Вукас: Етничке мањине и међународни односи, Загреб 1978 стр. 67.

Савета Друштва народа могао је проблем око мањина изнети како пред одбор тако и пред сам Савет не чекајући резултат рада одбора.[7]

Каже се да Друштво народа није успело на пољу разоружања, колективне безбедности и мирног решавања спорова. Америка никада није постала члан Друштва народа, Совјетски Савез је брзо напустио чланство а експанзија нацизма, напад Италије на Етиопију, Јапана на Манџурију и Хитлера на Пољску означили су крај постојања ове међународне организације.

У току II светског рата, мањине су углавном одиграле негативну улогу по суверенитет матичних држава и по правилу су биле реметилачки фактор. Сетимо се само Судетских Немаца, фолксдојчера и Албанаца. Зато се после II светског рата веома опрезно приступило решавању мањинског питања. Повеља УН ни једном речју не помиње посебно мањинску заштиту управо поучена негативним искуствима из прошлог периода. Заштита мањина се ставља у контекст заштите људских права уопште. „Због недостатака састава међународне заштите, мањина из предратног раздобља и делатности неких мањина које су придонеле пропасти држава у којима су живеле, превладао је став да нова организација не треба преузимати обавезе Лиге народа према мањинама."[8] Повеља УН у чл. 1 став III акценат ставља на „поштовање права човека и основних слобода за све без разлике расе, пола, језика или религијске припадности."

Критеријуми за припадност некој мањини су двојаки и то субјективни и објективни. Субјективни подразумева изјашњавање припадника мањине на пописима а објективни на основу одређених показатеља као што су нпр. упис у црквене верске књиге и слично[9] Поткомисија за спречавање дискриминације и заштиту мањина предложила је Комисији за права човека да се мањине дефинишу као недоминантне групе становништва које се од преовлађујућег броја држављана разликују по одређеним карактеристикама као што су језик, традиција и култура, боја коже, припадност некој религијској групи и слично. За известиоца у овој проблематици изабран је италијански професор Капаторти, који се у дефинисању мањина придржавао одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима.[10] Систем мањинске заштите обрађен је у Конвенцији о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године, Конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације 1965. године, УНЕСКО конвенцији против дискриминације у образовању из 1960. године, Конвенцији о правима детета из 1989. године, Декларацији о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина из 1992.

[7] У овом периоду интересантан је и спор између Шведске и Финске поводом Аландских острва у коме је Финска добила суверенитет док су становници острва задржали своје обичаје. Језик и културу. Више о томе Извори међународног права, Н. Сад 1988
[8] Б. Вукас - Етничке мањине и међународни односи, Загреб 1978 стр. 83
[9] М. Креча С. Аврамов: Међународно јавно право, Београд 2000.
[10] Е/ЦН4/СУБ2/384 стр. 7

године. Ова последња нема обавезујући карактер и резултат је рада Генералне скупштине УН. Завршни акт из Хелсинкија 1975. године, наглашава обавезу држава на поштовање „лица која припадају националним мањинама." Поред ОЕБСа у оквиру Савета Европе донета је Оквирна конвенција за заштиту националних мањина.

Повеља Европске Уније о основним правима из 2000. године, наглашава једнакост и недискриминацију као и поштовање мањина, слично као и Пакт за стабилност Југоисточне Европе.

Интересантно је напоменути да је у Нацрту Европске конвенције за заштиту мањина било више покушаја дефинисања мањина.[11]

Чак се и покушало бројчано одређивање по коме би мањине биле групе које су мање од половине преовлађујућег броја становништва тј. држављана. Тај критеријум није прихваћен јер имамо држава у којима су мањине бројније од преовлађујућег становништва које је доминантно у одређеној држави. Нпр. Сунити у Ираку су били већина у односу на шитско становништво које је било бројчано веће, али су Сунити имали одлучујућу улогу у Ираку све до Америчке агресије. Иако се много говори о мањинама још увек нажалост нема једнообразних стандарда. Срећемо разне називе нпр. националне мањине, етничке групе, језичке мањине и сл. Тако нпр. чл. 27. Међународног пакта о грађанским и политичким правима наглашава: „У државама где постоје етничке, верске или језичке мањине, лица која припадају тим мањинама не могу бити лишена права да имају у заједници са другим члановима своје групе, свој сопствени културни живот, да исповедају своју сопствену вероисповест и обављају верске дужности или да употребљавају свој сопствени језик." Носиоци мањинских права су појединци, припадници мањина али они ту заштиту остварују као припадници мањинске групе. По одредбама Пакта о грађанским и политичким правима државе на чијој територији живе националне мањине имају само обавезу да се уздрже од аката који би мањине довели у дискриминаторски положај. Друге конвенције, нпр. Унескова о образовању акценат ставља на обавезу држава да омогуће мањинама право на образовање и очување културе и традиције. Најшири облик заштите мањина садржан је у Декларацији о правима лица која припадају националним или етничким, верским и језичким мањинама. Поред права мањина говори се и о обавезама држава да штите мањине и усвајају законске мере да би постигле те циљеве и да мањинама обезбеде све услове да уживају сва људска права, да морају поштовати интересе мањина итд. Контрола заштите људских права поверена је Високом комесару УН за људска права и Комитету за спречавање дискриминације и заштиту мањина и Комитету за људска права коме је упућен већи број представки.[12] Представке су упућиване и

[11] Више о томе; Б. Кривокапић: Положај етничких мањина у образовању, Београд стр. 30.

[12] Више о томе: Xenrard K: Devising an Adegnate System of Minority Protection, Martinus Nijlolf Publishers, The Hague, Boston, London 2000, 178. стр.

Европској комисији за људска права која је заузела став да је заштита мањина фокусирана на право да не буду дискриминисани по основу припадности мањина. На европском тлу је донета и Европска повеља о регионалним и мањинским језицима и Оквирна конвенција за заштиту националних мањина из 1995. године, која садржи стандарде за заштиту мањина које су државе обавезне да поштују.

Што се тиче односа наше земље према овом проблему, СФРЈ је енергично стајала на становишту заштите и поштовања права мањина. Али док је заштита словеначке, хрватске и македонске у суседним државама имала приоритет, заштита српске мањине у суседним државама је била апсолутно запостављена. Најтежи период је био педесетих година прошлог века када су Срби у Румунији и Мађарској депортовану делту Дунава. Стотине хиљада Срба је асимиловано или нестало у егзодусима. У Албанији је дошло до присилне албанизације, па је данас српска национална мањина у Албанији остала само у фрагментима. Исто се десило у Хрватској, па чак и на Косову и Метохији, а да иронија буде већа, то се десило под управом међународне заједнице што отвара низ питања на која међународно право нема одговоре јер се налазе у домену политике.

Што се тиче Државне заједнице Србије и Црне Горе, она је прихватила све међународне стандарде о заштити мањина. Потписала је Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода а Оквирну конвенцију за заштиту националних мањина ратификовала је 2001. године. Убрзо потом донет је и Закон о заштити права и слобода националних мањина 2002 године, а 2003 године и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

Повеља ставља акценат на следећа права мањина:

Слобода изражавања националног идентитета, право на очување посебности, право на удруживање, сарадња са сународницима у другим државама. Сва ова права мањине уживају на територији република у којима живе, а као гарант се појављује Државна заједница Србије и Црне Горе, у којој међународно право има примат на унутрашњим како је и наглашено у Уставној повељи.

Дакле, Државна заједница Србија и Црна Гора, прихватила је све релевантне конвенције о заштити мањина и тиме одговорила својим обавезама преузетим на међународном плану. Постојећим одредбама Повеље права мањина штите се као колективна.

Ипак, стиче се утисак да европски тренд заштите мањина као услова европеизације, често прелази границе реалног, па се не ретко заштита мањина појављује као огроман терет, нарочито за државе у којима мањине имају сепаратистичке тежње.

Систем мањинске заштите полако почиње да личи на период Друштва народа, па се дешава да се из политичких разлога актуелизују права мањина и тамо где нема проблема и где мањине остварују своја права са већинским народом на традиционално добар начин.

Период који долази, показаће да ли је ово један од европских трендова који може да се претвори у бумеранг, јер ако се једној националној мањини у Европи

дају одређена већа права, неминовно је да ће то довести до таласања у Европи. Да ли је свет заборавио II светски рат и улогу мањина, видеће се већ приликом решавања коначног статуса Косова и Метохије. Статус који добије ова покрајина инспирисаће и мањине у другим земљама и неминовно довести до великих потреса. Позиција Државе заједнице Србија и Црна Гора на то неће посебно утицати, али се мора подићи глас и свету дати јасна порука да се нећемо сложити ни са једним решењем које је супротно Повељи УН и међународном праву, по коме националне мањине не могу имати право на самоопредељење посебно ако то води распаду земље у којој мањине живе.

*Ivan Cukalovic, a full-time professor*

## THE PROBLEM OF MINORITIES AND EUROPEAN INTEGRATION – THE SITUATION IN THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO

The institute of the protection of minorities' rights have been developing since the Westphal's Treaty, while the contemporary forms of protection of these rights are linked to the League of Nation and the United Nations Charter. However, we have to point out to politicizing of this problem. It is not something we have not seen before: for ex. after the World War Second, the alias, even defeated Germany did not have the obligation to protect minorities' rights, but this obligation was imposed on newly formed states, including the State of Serbs, Croatians and Slovenians. As for the State Union of Serbia and Montenegro, it accepted all international obligations in this field and ratified all existing agreements and conventions on protection of minorities' rights.

The author of this work applied comparative and historical method to present his views: by analyzing the problem of the protection of minorities' rights in the past, he could make a comparison with contemporary tendencies in this field.